Le régionalisme et le système commercial multilatéral

Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges
Industrie Services Échanges

OCDE

Le régionalisme et le système commercial multilatéral

OCDE

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1er de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Also available in English under the title:
Regionalism and the Multilateral Trading System

© OCDE 2003

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : *www.copyright.com*. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

AVANT PROPOS

Cette étude sur la relation entre les accords commerciaux régionaux (ACR) et le système commercial multilatéral a été demandée par le Comité des échanges lors de sa réunion des 13-14 février 2001. Un cadre principal de référence est fourni par le Communiqué de la réunion ministérielle 2001 de l'OCDE indiquant que "les accords commerciaux préférentiels compatibles avec les règles de l'OMC peuvent compléter mais ne sauraient remplacer les règles multilatérales cohérentes et la libéralisation multilatérale progressive". Cherchant à déterminer la nature de cette complémentarité, l'étude compare les dispositions normatives des ACR et celles de l'OMC dans dix domaines : les services, la mobilité de la main-d'œuvre, l'investissement, la concurrence, la facilitation des échanges, les marchés publics, les droits de propriété intellectuelle, la défense commerciale, l'environnement et les règles d'origine.

Il a été jugé particulièrement opportun, comme le fait la présente étude, de centrer l'analyse sur la dimension normative des accords commerciaux régionaux et ce, pour deux raisons. En premier lieu, parce que les dix domaines couverts par l'étude, et la dimension normative qu'ils comportent, bénéficient d'une attention accrue dans les initiatives commerciales régionales. En second lieu, afin de compléter les travaux plus traditionnels – mais qui sont loin d'être complets – sur l'évaluation des effets sur le bien-être des accords commerciaux préférentiels conclus au niveau régional.

Les dix chapitres de l'étude ont été longuement examinés par le Groupe de travail du Comité des échanges de l'OCDE. Les chapitres traitant de la Politique de la concurrence et de l'environnement ont été aussi examinés, respectivement, par le Groupe de travail conjoint sur les échanges et la concurrence et par le Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement.

Pour l'établissement de chacun des documents composant cette étude, un très large éventail d'accords a été analysé. La décision de mentionner ou non un accord particulier a été prise en fonction de l'utilité des indications fournies par l'accord sur la nature de la relation entre les initiatives commerciales régionales et le système multilatéral. L'analyse ne porte donc pas tant sur les ACR eux-mêmes que sur les questions qui sont au cœur du système commercial multilatéral ou qui influent sur ce système, l'expérience acquise avec différents ACR servant de base selon sa pertinence pour l'analyse. Si cette méthode a élargi l'éventail de l'expérience sur laquelle se fonder, elle a aussi obligé à tenir soigneusement compte des différentes circonstances dans lesquels cette expérience s'est forgée ou se forge.

Cette étude doit fournir une base analytique pour les travaux actuels des membres de l'OMC sur la meilleure façon de gérer la relation – et de renforcer la complémentarité – entre les ACR et le système multilatéral.

Ce volume est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

TABLE DES MATIÈRES

Glossaire et sigles 5

Synthèse. Le régionalisme peut compléter mais non remplacer le système multilatéral 11

Chapitre 1. Services..... 25

Chapitre 2. Mobilité de la main-d'œuvre 49

Chapitre 3. Investissement 69

Chaptire 4. Politique de la concurrence..... 81

Chapitre 5. La facilitation des échanges..... 99

Chapitre 6. Marchés publics..... 111

Chapitre 7. Droits de propriété intellectuelle 127

Chapitre 8. Défense commerciale 145

Chapitre 9. Environnement..... 159

Chapitre 10. Règles d'origine..... 181

Tableaux

Tableau 1.1. Disciplines clés dans les ACR couvrant les services..... 32
Tableau 1.2. Principales caractéristiques des ACR couvrant les services..... 37
Tableau 7.1 Accords commerciaux régionaux : principales prescriptions ou points de référence ... 139
Tableau 9.1 Clauses relatives à l'environnement figurant dans les accords de l'OMC et certains ACR..... 174

Encadrés

Encadré 10.1 Règles d'origine non préférentielles de l'UE 187

GLOSSAIRE ET SIGLES

Accord sur les ADPIC (Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce)

Accords d'association euro-méditerranéens (première génération) : Accords conclus par l'UE avec Chypre, Malte et la Turquie.

Accords d'association euro-méditerranéens : Accords conclus par l'UE avec Israël, le Maroc, la Tunisie, et l'Autorité palestinienne.

Accords d'association euro-méditerranéens : Accords conclus par l'UE avec l'Algérie, l'Egypte, la Jordanie, le Liban et la Syrie.

Accord EEE (Accord sur l'espace économique européen) : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède.

Accords européens : Accords conclus par l'UE avec la Bulgarie, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la République slovaque, la République tchèque, la Roumanie, la Slovénie.

Accord sur les MIC (Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce)

Accord MSP (Accord de l'OMC sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires)

Accord OTC (Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce)

ACP (États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique) : Afrique du Sud, Angola, Antigua et Barbuda, Bahamas, Barbade, Belize, Bénin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap Vert, Congo (Brazzaville), Côte d'Ivoire, Djibouti, Erythrée, États fédérés de Micronésie, Ethiopie, Fidji, Gabon, Gambie, Ghana, Grenade, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Guyane, Haïti, Iles Cook, Iles Marshall, Iles Salomon, Jamaïque, Kenya, Kiribati, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Namibie, Nauru, Niger, Nigeria, Niue, Ouganda, Palau, Papouasie-Nouvelle-Guinée, République centrafricaine, République démocratique du Congo, République dominicaine, Rwanda, Saint Christophe et Nevis, Saint Vincent et les Grenadines, Sainte Lucie, Samoa, Sao Tomé et Principe, Sénégal, Seychelles, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Suriname, Swaziland, Tanzanie, Tchad, Togo, Trinité et Tobago, Tonga, Tuvalu, Vanuatu, Zambie, Zimbabwe.

ACR (Accord commercial régional)

AELE (Association européenne de libre-échange) : Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse.

AFAS : Accord cadre de l'ANASE sur les services

AFTA : Zone de libre-échange de l'ANASE : Brunei Darussalam, Indonésie, Laos, Malaisie, Myanmar, Philippines, Singapour, Thaïlande et Vietnam.

AGCS (Accord général sur le commerce des services)

ALEA (Accord de libre-échange des Amériques) : Antigua et Barbuda, Argentine, Bahamas, Barbade, Belize, Bolivie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, El Salvador, Equateur, États-Unis, Grenade, Guatemala, Guyane, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Saint Kitts et Nevis, Saint Vincent et Grenadines, Sainte Lucie, Suriname, Trinité et Tobago, Uruguay, Venezuela.

ALECE (Accord de libre-échange centre-européen) : Bulgarie, Hongrie, Pologne, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie.

ALENA (Accord de libre-échange nord-américain) : Canada, États-Unis, Mexique.

ALENA-ENV (Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement)

AMP (Accord de l'OMC sur les marchés publics)

ANASE (Association des nations de l'Asie du sud-est) : Brunei Darussalam, Cambodge, Indonésie, Laos, Malaisie, Myanmar, Philippines, Singapour, Thaïlande et Vietnam.

ANZCERTA (Accord de libre-échange entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande) : Australie et Nouvelle-Zélande.

ANZGPA (Accord sur les marchés publics entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande)

AoA : (Accord sur l'agriculture)

APEC (Forum de coopération économique Asie-Pacifique): Australie, Brunei Darussalam, Canada, Chili, Chine, Corée, États-Unis, Hong Kong Chine, Indonésie, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Pérou, Philippines, Russie, Singapour, Taipei chinois, Thaïlande, Vietnam.

ARM (Accord de reconnaissance mutuelle)

ASACR (Association sud-asiatique de coopération régionale) : Bangladesh, Bhoutan, Inde, Maldives, Népal, Pakistan, Sri Lanka.

ASF (Accord sur les services financiers)

ASMC (Accord sur les subventions et les mesures compensatoires)

ATB : Accord (de l'AGCS) sur les télécommunications de base.

CACM (Marché commun centraméricain)

CARICOM (Communauté des Caraïbes) : Antigua et Barbuda, Bahamas, Barbade, Belize, Dominique, Grenade, Guyane, Haïti, Jamaïque, Saint Christophe et Nevis, Sainte Lucie, Saint Vincent et les Grenadines, Suriname et Trinité et Tobago.

CCAEC (Accord entre le Canada et le Chili sur la coopération en matière d'environnement)

CCFTA (Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili)

CCRFTA (Accord de libre-échange entre le Canada et le Costa Rica)

CDAA (Communauté de développement de l'Afrique australe) : Afrique du Sud, Angola, Botswana, Lesotho, Malawi, Maurice, Mozambique, Namibie, République démocratique du Congo, Seychelles, Swaziland, Tanzanie, Zambie, Zimbabwe.

CEDEAO (Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest) : Bénin, Burkina Faso, Cap Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée Bissau, Liberia, Mali, Mauritanie, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone et Togo.

CEP (Partenariat économique) : Nouvelle-Zélande et Singapour.

CIFTA (Accord de libre-échange entre le Canada et Israël)

CIRDI (Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement)

CJE (Cour de Justice européenne)

CNACE (Commission nord-américaine de coopération environnementale)

CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international)

COMESA (Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe) : Angola, Burundi, Comores, Djibouti, Egypte, Erythrée, Ethiopie, Kenya, Madagascar, Malawi, Maurice, Namibie, République démocratique du Congo, Rwanda, Seychelles, Soudan, Swaziland, Zambie, Zimbabwe.

Communauté andine : Bolivie, Colombie, Equateur, Pérou et Venezuela.

CPT (Changement de position tarifaire)

CSS (Clause de sauvegarde spéciale)

CTE (Comité des échanges et de l'environnement de l'OMC)

CUSFTA (Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis)

DPI (Droits de propriété intellectuelle)

EDI (Échange de données informatisé)

EUROPRO (Association des comités de simplification des procédures du commerce international au sein de l'Union européenne et de l'Association européenne de libre-échange)

GATT (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)

Groupe des Trois : Colombie, Mexique et Venezuela.

JSEPA (Accord de partenariat économique entre le Japon et Singapour)

MERCOSUR (Marché commun du Sud) : Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay.

MSU (Mécanisme de sauvegarde d'urgence)

OEA (Organisation des États américains)

OMC (Organisation mondiale du commerce)

OMD (Organisation mondiale des douanes)

OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle)

OUA (Organisation de l'unité africaine) : Afrique du Sud, Algérie, Angola, Bénin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap Vert, Comores, Côte d'Ivoire, Djibouti, Egypte, Erythrée, Ethiopie, Gabon, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Kenya, Lesotho, Liberia, Libye, Madagascar, Malawi, Mali, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Namibie, Niger, Nigeria, Ouganda, République centrafricaine, République démocratique arabe sahraouie, République démocratique du Congo, Rwanda, Sao Tome et Principe, Seychelles, Sénégal, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Swaziland, Tanzanie, Tchad, Togo, Tunisie, Zambie, Zimbabwe.

PAECNA (Prototype d'automatisation des échanges commerciaux nord-américains)

PS (Procédé de fabrication spécifié)

SAARC (Association pour la coopération régionale de l'Asie du sud) : Bangladesh, Bhoutan, Inde, Maldives, Népal, Pakistan, Sri Lanka.

SADC (Communauté de développement de l'Afrique australe) : Afrique du sud, Angola, Botswana, Lesotho, Malawi, Maurice, Mozambique, Namibie, République démocratique du Congo, Seychelles, Swaziland, Tanzanie, Zambie, Zimbabwe.

SGP (Système généralisé de préférences)

TBI (Traités bilatéraux en matière d'investissement)

Traité instituant la Communauté économique africaine : Afrique du Sud, Algérie, Angola, Bénin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Cap Vert, Comores, Côte d'Ivoire, Djibouti, Egypte, Erythrée, Ethiopie, Gabon, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Kenya, Lesotho, Liberia, Libye, Madagascar, Malawi, Mali, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Namibie, Niger, Nigeria, Ouganda, République centrafricaine, République démocratique arabe sahraouie, République démocratique du Congo, Rwanda, Sao Tome et Principe, Sénégal, Seychelles, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Swaziland, Tanzanie, Tchad, Togo, Tunisie, Zambie, Zimbabwe.

Traité instituant l'Union économique et monétaire ouest-africaine : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

UE (Union européenne) : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède.

UN/CEFACT (Centre des Nations Unies pour la facilitation des échanges et le commerce électronique)

UN/EDIFACT (Echange de données informatisées pour l'administration, le commerce et le transport) (Nations Unies)

VA (Valeur ajoutée)

ZLEA (Zone de libre-échange des Amériques) : Antigua et Barbuda, Argentine, Bahamas, Barbade, Belize, Bolivie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, Equateur, El Salvador, États-Unis, Grenade, Guatemala, Guyane, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Saint Christophe et Nevis, Saint Vincent et les Grenadines, Sainte Lucie, Suriname, Trinité et Tobago, Uruguay, Venezuela.

SYNTHESE

LE RÉGIONALISME PEUT COMPLÉTER MAIS NON REMPLACER LE SYSTÈME MULTILATÉRAL

par

Ken Heydon

Résumé : Deux enseignements généraux peuvent être tirés de cette étude du point de vue de l'action des gouvernements. Le premier enseignement est que de nombreuses conséquences du développement des ACR confirment la nécessité de renforcer le cadre multilatéral. Cette observation vaut en particulier pour la contribution du régionalisme à la divergence en matière d'élaboration de règles, les effets que l'hétérogénéité des accords régionaux peuvent avoir sur les pays non membres et le rôle du régionalisme dans l'augmentation des coûts de transaction pour les entreprises. Ces effets sont aggravés par le fait que dans bien des cas le régionalisme ne parvient pas à résoudre les problèmes les plus difficiles. Dans certains domaines particulièrement sensibles, les initiatives régionales n'ont pas donné de meilleurs résultats – et, dans certains cas, elles ont même été moins efficaces – que les règles multilatérales. Il faut reconnaître toutefois, que même si les disciplines multilatérales étaient renforcées, les ACR et les dispositions qu'ils renferment ne disparaîtraient pas. La question qui se pose dès lors est celle de savoir comment superposer et faire coexister disciplines multilatérales et arrangements régionaux.

Le second enseignement que l'on peut tirer de l'expérience acquise en matière de régionalisme est que, s'il est vrai que certaines conséquences du développement des ACR confirment la nécessité de renforcer le cadre multilatéral, certains éléments des approches régionales peuvent néanmoins *compléter* ce renforcement ou même *servir de base* pour l'élaboration de règles multilatérales renforcées. Les ACR peuvent compléter le cadre multilatéral dans la mesure où ils contribuent à l'harmonisation de l'élaboration de règles ; ils peuvent servir de base pour renforcer les règles multilatérales dans la mesure où leurs dispositions vont au-delà de celles de l'OMC. Ces deux éléments réunis créent des synergies très efficaces entre les approches régionale et multilatérale.

Introduction

Cette étude sur la relation entre les accords commerciaux régionaux (ACR) et le système commercial multilatéral a été demandée par le Comité des échanges de l'OCDE à sa réunion des 13-14 février 2001. Il existe trois principaux cadres de référence. Le premier est fourni par le Communiqué ministériel de 2001 de l'OCDE, qui note que "les accords commerciaux préférentiels compatibles avec les règles de l'OMC peuvent compléter mais ne sauraient remplacer les règles multilatérales cohérentes et la libéralisation multilatérale progressive". Le deuxième est la Déclaration faite à l'issue de la Conférence ministérielle de l'OMC tenue à Doha, qui souligne l'importance du régionalisme :

- en reconnaissant que les accords commerciaux régionaux peuvent jouer un rôle important pour ce qui est de promouvoir la libéralisation et l'expansion des échanges et de favoriser le développement ;

- en acceptant des négociations visant à clarifier et à améliorer les disciplines et procédures prévues par les dispositions existantes de l'OMC qui s'appliquent aux accords commerciaux régionaux ;

- en convenant que, dans les travaux du Groupe de travail des liens entre commerce et investissement de l'OMC, il faudrait tenir compte, en tant que de besoin, des arrangements bilatéraux et régionaux sur l'investissement existants.

Le troisième cadre de référence est l'évolution du régionalisme lui-même. Tandis que la nouvelle impulsion donnée à la libéralisation commerciale multilatérale et à l'établissement de règles dans ce domaine à Doha aidera à réduire les risques de développement du régionalisme en tant que solution de remplacement, aux dépens des tierces parties, les ACR continueront d'être négociés, comme par le passé, en réponse à tout un éventail de considérations économiques, géopolitiques et sécuritaires. De fait, la part du commerce mondial que représentent les accords commerciaux régionaux de type préférentiel passera probablement de 43 % actuellement à 55 % d'ici à 2005 si tous les ACR prévus voient effectivement le jour. La multiplication des ACR en Asie, entre des pays qui, auparavant, n'avaient pas d'arrangements préférentiels, est une preuve supplémentaire de la progression du régionalisme. De plus, il n'est pas absolument certain que l'élan pris à Doha se traduira par des mesures concrètes et, en cas d'échec de cette initiative, de nombreux membres de l'OMC sont prêts à mettre l'accent davantage encore sur les initiatives régionales.

Sur cette toile de fond, il convient d'analyser la nature de la complémentarité entre les ACR et le système commercial multilatéral. Pour cela, il est particulièrement approprié, comme le fait cette étude, de centrer l'analyse sur la dimension normative des accords commerciaux régionaux et ce, pour deux raisons. Premièrement, parce que les dix domaines couverts par cette étude (services, mobilité de la main-d'œuvre, investissement, concurrence, facilitation des échanges, marchés publics, droits de propriété intellectuelle, défense commerciale, environnement et règles d'origine) et leur dimension normative font l'objet d'une attention accrue dans les initiatives commerciales régionales. Deuxièmement, afin de compléter les travaux plus anciens – mais qui sont loin d'être complets – sur

l'évaluation des effets sur le bien-être des accords commerciaux régionaux de type préférentiel – à savoir l'étude traditionnelle de Viner sur la création et le détournement des échanges. [1]

L'examen de la relation entre les ACR et le système commercial multilatéral qui est proposé dans cette étude comporte plusieurs volets consistant à :

- examiner dans quelle mesure les ACR – pour les dix domaines abordés dans cette étude – vont au-delà des règles commerciales multilatérales existant à l'OMC ;

- examiner les effets systémiques des ACR. Favorisent-ils la convergence ou la divergence ?

- examiner les effets des ACR sur les pays tiers.

Le champ couvert par les "accords commerciaux régionaux" examinés ici est délibérément vaste, tant du point de vue du type des arrangements étudiés que du point de vue de leur stade d'élaboration. Les ACR étudiés englobent l'APEC, une communauté fondée essentiellement sur la pression exercée par les pairs et non sur des règles contraignantes ; des zones de libre-échange traditionnelles telles que l'ALENA, qui nécessitent des règles d'origine préférentielles afin d'éviter que les tierces parties ne dirigent leurs échanges vers le point d'entrée de l'Accord de libre-échange (ALE) qui a le tarif extérieur le plus bas ; des unions douanières comme le MERCOSUR, qui ont un tarif extérieur commun; et l'UE, une union économique et monétaire dotée d'une autorité supranationale et qui implique une profonde intégration allant bien au-delà du domaine commercial. Enfin, des accords qui n'ont pas été notifiés à l'OMC et qui, dans certains cas, sont encore en cours de négociation, sont aussi pris en compte dans cette étude.

Pour l'établissement de chacun des documents de cette étude, un très large éventail d'accords a donc été examiné. La décision de mentionner ou non tel ou tel accord a été prise en fonction de l'intérêt de l'accord en question par rapport à un ou plusieurs des trois aspects susmentionnés. Le facteur déterminant est la mesure dans laquelle l'expérience associée à un accord peut fournir des indications sur la nature de la relation entre les initiatives commerciales régionales et le système commercial multilatéral. L'analyse est donc centrée moins sur les ACR eux-mêmes que sur les questions qui sont au cœur du système commercial multilatéral ou qui le touchent de près, et elle s'appuie sur l'expérience acquise avec différents ACR dans la mesure où cette dernière présente de l'intérêt pour l'analyse.

Si cette approche a élargi l'éventail de l'expérience sur laquelle s'appuyer, elle a aussi obligé à faire attention aux différents contextes dans lesquels cette expérience a été, ou est, forgée. En particulier, on a pris soin d'établir une distinction entre les caractéristiques des zones de libre-échange et celles des unions douanières (par exemple dans les chapitres traitant de la facilitation des échanges et des règles d'origine) et de relever les dispositions des ACR qui ont un caractère exhortatoire et non contraignant et celles qui sont encore essentiellement en cours d'élaboration.

Les dix documents composant cette étude sont relativement indépendants les uns des autres et peuvent être – et seront sans doute – lus séparément. Il serait néanmoins dommage de ne pas chercher à dégager quelques éléments communs aux dix domaines étudiés. Cela permettra, espère-t-on, de mettre en évidence certaines des conséquences du régionalisme pour le fonctionnement du système commercial multilatéral. Ces indications fourniront elles-mêmes une base analytique pour les travaux des membres de l'OMC sur la meilleure façon de gérer la relation – et de renforcer la complémentarité – entre les ACR et le système multilatéral.

Il ressort clairement des dix documents que, précisément parce qu'ils sont à la fois un sous-ensemble de la libéralisation et une exception au principe NPF, les ACR comportent des aspects aussi bien positifs que négatifs. L'équilibre entre les éléments positifs et négatifs représente, par conséquent, un sous-thème central de l'étude.

Dispositions allant au-delà de celles de l'OMC

Dans presque tous les domaines examinés ici, il y a des exemples de dispositions des ACR qui diffèrent de celles de l'OMC ou qui vont au-delà. Cela ne veut pas dire, toutefois, que ces dispositions des ACR sont forcément "meilleures" que celles qui existent à l'échelon multilatéral, ou qu'elles sont nécessairement plus favorables à la libéralisation des échanges et de l'investissement. C'est la raison pour laquelle l'expression "allant au-delà" est préférée à l'expression "OMC plus", qui implique davantage un jugement de valeur.

Par ailleurs, certaines dispositions des ACR, même si elles paraissent aller au-delà de celles de l'OMC, traduisent plutôt des approches différentes. Par exemple, on peut dire que la disposition, contenue dans certains ACR, qui interdit le recours à des mesures *antidumping* dans le cadre de la coopération en matière de politique de la concurrence diffère des dispositions de l'OMC mais non pas qu'elle va plus loin. Les règles d'origine préférentielles détaillées que l'on trouve dans les ACR ne vont pas au-delà des dispositions de l'OMC, mais elles sont au contraire subordonnées à ces règles multilatérales, qui énoncent des principes généraux et visent à faire en sorte que la dérogation au régime NPF, inhérente aux ACR, n'aille pas à l'encontre des objectifs centraux du système commercial multilatéral. Quant aux dispositions des ACR relatives à la mobilité des personnes en général (y compris la migration permanente), elles ne vont pas vraiment au-delà des dispositions de l'AGCS (sur la circulation temporaire des prestataires de services) mais sont différentes et plus générales.

Néanmoins, les ACR vont souvent au-delà des règles de l'OMC, essentiellement parce qu'ils contiennent des dispositions de plus grande portée. Presque tous les chapitres de cette étude expliquent en quoi les dispositions des ACR sont plus ambitieuses que celles de l'OMC. La diversité des exemples est aussi grande que la diversité des questions examinées.

- Dans le domaine des **services**, de nombreux ACR, à la différence de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), adoptent une démarche "descendante" ou une approche par liste négative, selon laquelle tous les secteurs et toutes les mesures non conformes doivent être libéralisés sauf indication contraire. S'il est vrai que les approches par liste négative et liste positive peuvent théoriquement donner des résultats à peu près équivalents du point de vue de la libéralisation et que l'option "liste négative" n'est pas sans danger, un système de liste négative peut être bien plus efficace et ambitieux en matière de libéralisation. L'utilisation d'une liste négative peut maintenir la situation inchangée en ancrant solidement le *statu quo* en matière de réglementation tout en favorisant aussi une plus grande transparence et un engagement à un ensemble d'obligations générales.

- Dans le domaine de la **mobilité de la main-d'œuvre**, plusieurs ACR contiennent des dispositions qui vont au-delà des dispositions (mode 4) de l'AGCS en ce sens qu'ils prévoient un traitement national intégral et un accès total aux marchés pour les fournisseurs de services ou un accès spécial ou facilité pour certaines catégories de personnes.

- Les ACR comportant des règles relatives à l'**investissement** vont habituellement au-delà des dispositions de l'OMC en ce sens qu'ils contiennent des dispositions concernant le droit d'établissement, chose qui n'existe dans aucun accord de l'OMC. Par ailleurs, bon nombre d'ACR vont au-delà de la question de l'établissement et de la libre circulation des capitaux

en s'appuyant sur le principe de traitement et de protection des traités bilatéraux en matière d'investissement.

- Compte tenu du caractère embryonnaire des règles de l'OMC en matière de **concurrence**, la plupart des ACR, quasiment par définition, vont au-delà des disciplines de l'OMC, en ce sens qu'ils prévoient des obligations générales de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises ou qu'ils appellent à une coordination des normes et règles spécifiques en matière de concurrence.

- Les dispositions des ACR relatives à la **facilitation des échanges** reconnaissent, de plus en plus souvent, que le progrès technologique peut rendre les procédures établies inopérantes et elles prévoient donc, au niveau régional, la mise à jour régulière des règles et obligations existantes suivant l'évolution des circonstances, et le maintien de l'efficience des procédures par l'adoption de techniques modernes et de nouvelles technologies. On peut citer comme exemples de ces techniques la gestion avancée des risques et les techniques de profilage systématique de la cargaison, qui réduisent l'examen physique des expéditions ; ou l'informatisation, les échanges de données informatisés (EDI) et l'Internet, qui permettent des transactions affranchies de documentation, notamment l'utilisation de la technologie en ligne sécurisée pour faciliter les procédures de certification.

- En matière de **marchés publics**, certains ACR vont au-delà de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) en étendant la portée des engagements ou en autorisant la fourniture d'informations supplémentaires. Certains élargissent la portée des dispositions en couvrant un plus grand nombre d'entités ; d'autres réduisent les seuils des contrats couverts.

- La plupart des ACR traitant des **droits de propriété intellectuelle** contiennent des dispositions de portée plus vaste que celles de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), de par la manière dont ils abordent les périodes de transition (établissant des périodes plus courtes que celles prévues dans l'Accord sur les ADPIC) et l'application de la loi. En outre, les ACR qui rendent obligatoire l'adhésion à des accords internationaux (tels que le Traité de coopération en matière de brevets) reprennent indirectement les prescriptions de ces accords, comme les prescriptions procédurales, qui ne figurent pas dans l'Accord sur les ADPIC.

- Dans le domaine de la **défense commerciale**, un certain nombre d'ACR vont au-delà des règles de l'OMC, par exemple en éliminant dans les échanges internes toutes les subventions affectant les flux commerciaux ou en adoptant des disciplines en matière de subventions qui sont plus strictes que celles de l'OMC.

- Les ACR contenant des dispositions, ou des accords annexes, en matière d'**environnement** vont au-delà de l'OMC de diverses façons : en obligeant les Parties à établir des rapports périodiques sur l'état de l'environnement ; en stipulant que, en cas de dispositions contradictoires, les obligations incombant aux Parties en vertu de certains accords multilatéraux en matière d'environnement prévalent sur les obligations découlant des ACR ; et en mettant en garde les Parties contre la tentation d'assouplir les lois relatives à l'environnement afin d'encourager les échanges ou l'investissement.

Sans nécessairement contenir des dispositions de portée plus vaste que celles de l'OMC, les accords commerciaux régionaux peuvent aussi être considérés comme allant au-delà des règles de l'OMC du fait qu'ils couvrent davantage de pays. Les marchés publics en sont un bon exemple. Un certain nombre d'ACR prévoient des obligations pratiquement similaires à celles de l'AMP mais

couvrent des pays qui ne sont pas parties à cet accord. Les pays en développement, ainsi que les pays développés qui sont leurs partenaires, participent de plus en plus souvent à des accords bilatéraux ou régionaux sur les marchés publics, qu'ils soient ou non parties à l'AMP, montrant qu'il est possible de rassembler des pays qui en sont à différents stades de développement économique au sein d'un accord de libéralisation des marchés publics.

Dans d'autres cas, les ACR engagent des pays qui ne sont pas encore membres de l'OMC. C'est le cas, par exemple, de certaines disciplines régionales relatives à la mobilité de la main-d'œuvre et aux droits de propriété intellectuelle.

Convergence ou divergence ?

Quels sont les effets systémiques des accords commerciaux régionaux ? A Doha, l'ancien Directeur général de l'OMC, Mike Moore, a déclaré qu'une approche "à la carte" des ACR dans des domaines tels que l'investissement et la concurrence risquait d'être source de confusion. L'image qui ressort de cette étude est plus nuancée. Les accords commerciaux régionaux favorisent à la fois la convergence et la divergence.

Convergence

Les ACR peuvent contribuer à l'harmonie de trois façons : en s'inspirant des approches de l'OMC ou en les copiant ; en s'inspirant d'autres accords internationaux existants ; et, dans certains cas, en aidant à élaborer des modèles d'approches qui pourraient être adoptés ultérieurement à l'OMC. Les ACR peuvent aussi compléter les objectifs du système commercial multilatéral en encourageant la coopération et l'assistance technique entre partenaires régionaux.

Même si les ACR contiennent parfois des dispositions de portée plus vaste que celles de l'OMC, ils sont, le plus souvent, enracinés dans les approches et principes existants de l'OMC.

- Les ACR présentent généralement une grande similitude, tant entre eux qu'avec l'AGCS, du point de vue de l'éventail des disciplines visant à favoriser l'ouverture progressive des marchés de services, même si la charge impliquée en termes d'obligation diffère.

- Les accords qui ne prévoient pas la mobilité complète de la main-d'œuvre et des prestataires de services recourent généralement à des clauses de traitement spécial du type de celles de l'AGCS, reprenant souvent mot pour mot le texte de l'AGCS.

- Dans le domaine des marchés publics, les ACR, même s'ils vont parfois au-delà de l'AMP, suivent d'une manière générale le modèle de cet Accord, reproduisant dans bien des cas les dispositions de l'Accord de l'OMC.

- De même, les ACR reprennent généralement les dispositions des Accords sur les ADPIC et sur les MIC, soit en s'y référant explicitement, soit en reproduisant au moins en partie le contenu.

- Les dispositions des ACR relatives à l'environnement reflètent en grande partie l'approche adoptée dans les Accords de l'OMC. Beaucoup d'ACR reconnaissent en préambule la nécessité de préserver l'environnement et d'atteindre les objectifs du développement durable. Bon nombre de ces accords contiennent des clauses d'exception générale similaires à celles de l'Article XX du GATT, et ils utilisent souvent une formulation (empruntée à d'autres ACR) selon laquelle les mesures visées à l'Article XX(b) du GATT de 1994 englobent les

mesures environnementales nécessaires pour protéger la vie ou la santé humaine, animale ou végétale.

Dans la mesure où elles s'appuient sur des accords internationaux, les initiatives régionales servent aussi à favoriser une harmonisation plus générale. C'est le cas, par exemple, dans le domaine de la facilitation des échanges, où les ACR font souvent référence à la Déclaration d'Arusha de l'Organisation mondiale des douanes et à la Convention de Kyoto pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers.

Dans certains domaines, les initiatives régionales peuvent aussi, par elles-mêmes, aider à forger des approches communes. Si l'on observe, par exemple, une multiplication des accords en matière d'investissement, au plan bilatéral et régional, qui suscite des préoccupations au sujet de la prolifération des traités, il y a apparemment convergence des dispositions relatives à l'investissement vers ce qu'on pourrait appeler une norme internationale implicite. Cette convergence s'opère suivant deux voies. La première est celle des traités bilatéraux an matière d'investissement (TBI) qui, en tant que "TBI annexes", sont souvent associés à des ACR et suivent souvent les modèles de TBI. La seconde voie est celles des ACR qui ressemblent fortement aux dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)) relatives à l'investissement. De fait, tout comme la plupart des TBI suivent des modèles de TBI, les dispositions de l'ALENA en matière d'investissement sont, dans bien des cas, devenues une sorte de modèle de chapitre sur l'investissement pour les ACR.

De même, en ce qui concerne les règles d'origine, il apparaît que tous les ACR utilisent les mêmes mécanismes ou critères fondamentaux, mais dans des combinaisons différentes. A mesure que les ACR se multiplient, un petit nombre de modèles, initialement établis par les grands partenaires commerciaux comme les États-Unis ou l'Union européenne, sont reproduits dans les nouveaux accords que ces pays concluent avec des pays tiers. Le cumul des accords favorise aussi l'harmonisation parmi les participants en élargissant encore la portée de ces modèles.

Les différents chapitres de cette étude montrent diverses manières dont les ACR favorisent la coopération et l'assistance technique entre les Parties. Dans ce sens, on peut considérer qu'ils complètent les objectifs du Programme de Doha pour le développement en matière d'assistance technique et de renforcement des capacités. A titre d'exemple, la plupart des ACR prévoient des mécanismes de consultation et de coopération concernant l'application des mesures de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises ; un certain nombre d'ACR contiennent des dispositions prévoyant une coopération technique ou des améliorations dans l'harmonisation interne et les niveaux de protection des droits de propriété intellectuelle (DPI) ; et il existe de nombreux accords régionaux de coopération en matière d'environnement qui facilitent l'échange de renseignements et la coopération technique dans le domaine de l'environnement.

Dans la ligne de leurs dispositions relatives à l'assistance technique et au renforcement des capacités, de nombreux ACR permettent une grande souplesse d'application des règles, suivant le degré de développement de leurs membres. Cette souplesse est évidente en ce qui concerne chacune des quatre questions "de Singapour".[2]

- L'intérêt de la négociation de règles d'investissement à un niveau inférieur à l'échelon multilatéral réside notamment dans la souplesse que des pays ayant des approches traditionnellement similaires des questions d'investissement peuvent apporter dans le processus de négociation – leur permettant d'adapter leurs ambitions régionales aux objectifs particuliers de développement et aux situations et sensibilités locales.

- La souplesse est aussi une caractéristique du traitement de la concurrence à l'échelon régional, comme en témoigne, par exemple, l'application décentralisée du droit de la concurrence de la CE.

- Même si l'harmonisation est une priorité dans certains ACR, la facilitation des échanges repose essentiellement sur des principes communs qui sont ensuite adaptés à la situation particulière de chaque pays participant.

- Dans le domaine des marchés publics, on trouve un exemple intéressant de souplesse dans un accord bilatéral particulier selon lequel les contrats sont couverts au-dessus de seuils qui correspondent à ceux de l'ACR pour les marchés adjugés dans l'un des pays partenaires mais qui coïncident avec ceux de l'AMP pour les marchés attribués dans l'autre pays.

Divergence

La prolifération des accords commerciaux régionaux est néanmoins aussi une source de divergence. La convergence au niveau régional ne se traduit pas toujours par une approche harmonisée au plan international. Lorsqu'on examine les droits de propriété intellectuelle, par exemple, on constate que si les dispositions relatives aux DPI renforcent l'harmonisation des approches en matière de protection des DPI au sein d'un groupement régional, leur contenu peut diverger selon les ACR. Parmi les accords régionaux conclu dans les Amériques, il existe actuellement deux approches distinctes de la relation entre la politique de la concurrence et l'action *antidumping*. Dans un des cas, il est prévu la suppression réciproque des mesures *antidumping* dans le cadre de la politique de la concurrence ; dans l'autre, le droit d'une Partie d'appliquer des mesures *antidumping* est maintenu. [3]

Dans la pratique, la divergence des approches selon les ACR a pour conséquence grave un alourdissement des coûts de transaction pour les entreprises. Cette augmentation est particulièrement évidente dans le domaine des règles d'origine. Il n'est pas rare qu'un pays doive appliquer plusieurs ensembles différents de règles, selon les ACR auxquels il est partie. Cela complique les décisions de production et d'approvisionnement des entreprises établies, ou qui envisagent de s'établir, dans ce pays.

L'hétérogénéité des initiatives régionales peut aussi être source de frictions systémiques. Par exemple, les efforts déployés pour renforcer les disciplines multilatérales en matière de défense commerciale ne sont pas toujours facilités par la pléthore d'approches existant à l'échelon régional lorsque :

- certains ACR suppriment la possibilité de recourir à des droits *antidumping* ou compensateurs, tout en autorisant l'utilisation de mesures de sauvegarde dans les relations entre les membres ;

- d'autres suppriment la possibilité de recourir à des mesures *antidumping* ou de sauvegarde mais maintiennent la possibilité d'utiliser des droits compensateurs ;

- d'autres encore maintiennent la possibilité de recourir à la fois à des droits *antidumping* et à des droits compensateurs mais suppriment l'utilisation de mesures de sauvegarde.

Dans d'autres domaines, les approches régionales peuvent conduire non pas tant à des frictions systémiques – parce qu'il n'y a pas de tension directe avec l'élaboration de règles à l'OMC – mais plutôt à une surcharge systémique. On peut citer comme exemple le domaine de l'investissement, où la prolifération d'accords a provoqué une augmentation considérable du nombre d'affaires à traiter par

les divers mécanismes de règlement de différends. Avec la rapide multiplication des TBI, par exemple, le nombre de différends soumis au Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI) (l'un des organismes de règlement des différends auxquels il est le plus couramment fait référence dans les TBI et les ACR) s'est accru notablement. Compte tenu des préoccupations relatives aux mécanismes existants de règlement des différends à l'OMC et de l'intensification des recours aux divers mécanismes de règlement des différends en matière d'investissement, c'est un domaine dans lequel il y a beaucoup à faire du point de vue d'éventuelles disciplines relatives à l'investissement à l'OMC.

Effets sur les tierces parties

Tout comme la question de la convergence et de la divergence, les effets des ACR sur les pays tiers exigent un examen attentif. Comme le montrent les différentes sections de cette étude, il ne manque pas d'exemples de dispositions des ACR qui visent à protéger les intérêts des tierces parties. Les ACR couvrant les services prévoient généralement une clause libérale de "règle d'origine" (refus d'avantages), c'est-à-dire qu'ils étendent le traitement préférentiel à l'ensemble des personnes morales effectuant un volume substantiel d'opérations commerciales dans un pays membre. Cela signifie que, en pratique, le traitement après établissement de l'investissement – dans bien des cas, le mode le plus important de fourniture de services sur les marchés étrangers – est généralement non préférentiel pour les investisseurs de pays tiers. En outre, un certain nombre de pays participant à des accords régionaux, en particulier ceux qui adoptent une approche par liste négative en matière de libéralisation, se montrent disposés à étendre les préférences régionales sur la base du régime NPF dans le cadre de l'AGCS.

Dans le domaine de la concurrence, comme dans celui de l'investissement, les ACR appliquent le principe de la non-discrimination – s'engageant ainsi à ce que les mesures prises à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles s'appliquent de manière non discriminatoire.

Les mesures prises en vue de la facilitation des échanges, à quelques exceptions près, ont rarement un effet préférentiel. Il est impossible, dans la pratique, d'appliquer des procédures simplifiées pour les produits originaires de pays signataires d'un ACR et des procédures plus pesantes pour les produits en provenance de pays tiers. Et même lorsque les dispositions des ACR sont préférentielles, dans la mesure où elles encouragent la transparence d'une manière plus générale, comme dans le cas des marchés publics, elles peuvent en fin de compte procurer des avantages de plus grande envergure.

Nonobstant ces effets positifs ou sans gravité sur les tierces parties de certaines dispositions des accords commerciaux régionaux, il va de soi que les ACR peuvent avoir un effet préjudiciable, encore que ce dernier soit difficile à mesurer.

Les initiatives régionales peuvent modifier les habitudes d'investissement – en partie en raison de dispositions relatives à la protection de l'investissement contenues dans les ACR mais, et c'est peut-être plus important, en raison de possibilités de croissance perçues sur un marché régional élargi. Les accords régionaux peuvent aussi fausser les décisions d'investissement par le biais de règles d'origine sectorielles.

Si les règles d'origine ne sont pas suffisamment transparentes ou prévisibles, ou si leur caractère arbitraire les rend susceptibles d'être utilisées à des fins protectionnistes, elles peuvent représenter un obstacle au commerce. Ce risque concerne plus particulièrement les secteurs sensibles tels que les textiles et l'habillement, l'agriculture ou l'automobile. Ces secteurs sont souvent carrément ignorés dans les accords. Dans d'autres cas, la sévérité de certaines règles sectorielles fait que les biens

intermédiaires en provenance de pays tiers ont un accès très restreint au marché, surtout lorsqu'il s'agit de biens ayant une valeur ou un degré de transformation plus élevé.

Dans un certain nombre d'autres domaines examinés dans cette étude, le risque de distorsion des échanges est évident :

- des règles de concurrence sont substituées aux mesures *antidumping* dans le commerce intra régional alors que ces mesures *antidumping* s'appliquent toujours aux tierces parties ;

- lorsque les droits de douane sont moins élevés ou nuls, ou les prescriptions en matière de marquage sont simplifiées ou moins coûteuses pour les partenaires préférentiels ; et

- les dispositions relatives aux marchés publics qui figurent dans la plupart des ACR sont de nature préférentielle.

Des problèmes relatifs au traitement des tierces parties se posent aussi dans le contexte d'un projet séparé sur les accords de reconnaissance mutuelle (ARM). [4] Un certain nombre d'accords ou d'arrangements de reconnaissance, conclus dans le cadre d'ACR plus généraux, ont été notifiés en vertu de l'Article V (Intégration régionale) et non de l'Article VII (Reconnaissance de l'AGCS). La question s'est posée de savoir si ces accords ou arrangements seraient quand même soumis aux disciplines de l'Article VII qui stipulent, entre autres choses, que les parties sont tenues de ménager aux autres membres de l'OMC une possibilité adéquate de négocier leur accession à ces accords ou arrangements ou de négocier des accords ou arrangements comparables. De fait, d'aucuns ont fait valoir que ces notifications en vertu de l'Article V pouvaient refléter un désir d'éviter les obligations de l'Article VII. D'autres ont fait valoir que ces accords restent soumis aux disciplines de l'Article VII quel que soit l'article en vertu duquel ils ont été notifiés.

Il convient toutefois de souligner que l'importance des éventuelles distorsions pouvant apparaître dans chacun des domaines identifiés se mesure de façon empirique et que, dans chaque cas, les études qui ont été faites à ce sujet sont étonnamment peu nombreuses.

Enseignements à tirer

Des observations qui précèdent, on peut tirer deux enseignements généraux, qui ont chacun valeur d'avertissement et qui, chacun, nous ramènent à l'assertion des Ministres de l'OCDE citée au début de cette synthèse, à savoir que les accords commerciaux régionaux peuvent compléter mais non remplacer des règles multilatérales cohérentes et une libéralisation multilatérale progressive.

Le premier enseignement est que de nombreuses conséquences du développement des ACR confirment la nécessité de renforcer le cadre multilatéral. Cette observation vaut en particulier pour la contribution du régionalisme à la divergence en matière d'élaboration de règles, les effets que l'hétérogénéité des accords régionaux peuvent avoir sur les pays non membres et le rôle du régionalisme dans l'augmentation des coûts de transaction pour les entreprises.

Ces effets sont aggravés par le fait que le régionalisme, dans bien des cas, n'arrive pas à résoudre les problèmes les plus difficiles. Dans certains domaines particulièrement sensibles, les initiatives régionales n'ont pas donné de meilleurs résultats – et, dans certains cas, elles ont même été moins efficaces – que les règles multilatérales. Par exemple, les ACR ont généralement réalisé peu d'avancées en ce qui concerne l'interface en termes d'élaboration de règles entre réglementation intérieure et commerce des services et, dans certains cas, ils contiennent des dispositions plus étroites que celles de l'AGCS ; à quelques rares exceptions près, les ACR n'ont pas été d'une grande utilité

pour régler les principales questions “non terminées” relatives à l’élaboration de règles dans l’AGCS, en particulier pour ce qui concerne les disciplines ayant trait aux mesures de sauvegarde d’urgence et aux subventions en faveur des services. Et à quelques exceptions près, les ACR n’ont généralement guère aidé à ouvrir les secteurs de services qui posent des problèmes particulièrement difficiles à l’échelon multilatéral et, dans la plupart des cas, ils ont été moins efficaces que l’AGCS dans les principaux services d’infrastructure tels que les télécommunications de base et les services financiers. En matière de défense commerciale, la persistance de différentes combinaisons de mesures selon les ACR prouve l’impossibilité de résoudre ce problème – soulignée par le fait que certains ACR ajoutent de nouvelles possibilités de recourir à des mesures de sauvegarde, avec des disciplines moins strictes que celles de l’OMC.

Il faut reconnaître, toutefois, que même si les disciplines multilatérales étaient renforcées, les ACR et les dispositions qu’ils renferment ne disparaîtraient pas. La question qui se pose dès lors est celle de savoir comment superposer et faire coexister disciplines multilatérales et arrangements régionaux. Cette question touche elle-même à la mise en œuvre de l’Article XXIV et de l’Article V de l’AGCS ainsi qu’aux activités de l’Organe d’examen des politiques commerciales et du Comité des accords commerciaux régionaux. Prenons le cas de l’investissement. Les dispositions actuelles de l’OMC concernant l’examen des ACR ne couvrent l’investissement que dans la mesure où l’Article V de l’AGCS couvre les échanges de services fournis par le biais d’une présence établie. Pourtant les ACR prévoient, de plus en plus souvent, une couverture large des questions d’investissement, couverture qui va bien au-delà de l’investissement dans les services. Il pourrait par conséquent paraître souhaitable d’étendre les règles de l’OMC – en s’appuyant sur les disciplines que l’on trouve actuellement dans l’Article XXIV du GATT et dans l’Article V de l’AGCS – concernant les dérogations au traitement NPF en matière d’investissement qui sont inhérentes aux ACR. Cela serait souhaitable, en particulier, si l’OMC convenait d’un cadre multilatéral sur l’investissement.

Le second enseignement que l’on peut tirer de l’expérience acquise en matière de régionalisme est que, s’il est vrai que certaines conséquences du développement des ACR confirment la nécessité de renforcer le cadre multilatéral, certains éléments des approches régionales peuvent néanmoins *compléter* ce renforcement ou même *servir de base* pour l’élaboration de règles multilatérales renforcées. Les ACR peuvent compléter le cadre multilatéral dans la mesure où ils contribuent à l’harmonisation de l’élaboration de règles ; ils peuvent servir de base pour renforcer les règles multilatérales dans la mesure où leurs dispositions vont au-delà de celles de l’OMC. Ces deux éléments réunis créent des synergies très efficaces entre les approches régionale et multilatérale. L’histoire récente offre quelques exemples concrets de ces synergies – ou ingénierie inverse.

- S’il est vrai que l’AGCS assure un degré plus élevé de libéralisation consolidée dans le secteur des services financiers que la plupart des ACR, le Mémorandum d’accord de l’AGCS sur les engagements relatifs aux services financiers a été établi à l’aide de l’expérience acquise en matière d’ouverture des marchés financiers à l’échelon régional.

- Un accord régional a servi de modèle pour la formulation des dispositions de l’AGCS relatives à l’entrée temporaire (par exemple, pour la définition négative du terme “temporaire”) et, inversement, d’autres ACR sont formulés sur le modèle de l’AGCS.

- Pour l’avenir, si l’harmonisation des règles d’origine qui sera entreprise à l’OMC peut atténuer les risques inhérents à ces règles en servant de modèle pour les ACR qui seront négociés ultérieurement, l’activité de l’OMC sera elle-même influencée par les approches régionales en matière de règles d’origine, en particulier celles qui font intervenir les grands partenaires commerciaux.

Néanmoins, même si l'on peut s'appuyer sur l'expérience acquise avec les ACR pour une application prudente et sélective au plan multilatéral, en particulier dans les cas où les ACR cherchent à résoudre des questions mentionnées spécifiquement dans la Déclaration de Doha, il ne faut pas s'attendre à ce que l'analyse des dispositions et des pratiques des ACR permette de tirer des conclusions générales au sujet d'une pratique exemplaire et ce, pour deux raisons.

En premier lieu, ni l'OMC ni les ACR ne sont statiques. Les accords commerciaux régionaux se développent et évoluent, notamment en réponse à la conclusion d'autres ACR, et les règles multilatérales et l'accès aux marchés continuent de se développer et de s'étendre. En second lieu, les accords conclus au niveau régional sont, dans bien des cas, rendus possible par l'existence d'étroites affinités entre les membres. Les circonstances dans lesquelles les accords régionaux sont conclus diffèrent sensiblement de ce qu'elles sont pour l'OMC, de même qu'elles diffèrent d'un accord à un autre. La possibilité et la volonté, dans les ACR, d'élaborer et de mettre en œuvre des dispositions qui vont au-delà de ce qui serait possible, ou souhaité, à l'OMC dépendent d'un ensemble complexe de facteurs tels que le nombre des membres, leur proximité géographique, leur degré d'homogénéité économique, politique et réglementaire, l'ancienneté de l'accord et la force des motivations politiques et stratégiques en faveur de la coopération. En particulier, la profondeur de l'intégration au sein de l'Union européenne oblige à une extrême prudence lorsqu'on compare l'UE et l'OMC. La diversité des dispositifs institutionnels examinés ne veut pas dire que toute comparaison est impossible mais qu'il faut tenir pleinement compte des différences de contexte.

Il est implicite, dans une grande partie de ce qui précède, que tous les ACR obéissent, pour une grande part, à des considérations géopolitiques. Leur rôle dans le système d'échanges, bien qu'important pour la politique commerciale, sera toujours considéré par les gouvernements participants dans le contexte plus général des objectifs politiques et stratégiques que les accords visent à servir.

NOTES

1. Pour un examen de cet aspect du régionalisme, voir OCDE (2001a), *"Intégration régionale : effets commerciaux et autres effets économiques observés"*, TD/TC/WP(2001)19/FINAL.

2. Voir Heydon, Ken (2002), *"Regulatory Provisions in Regional Trade Agreements : the Singapore's Issues"*, document présenté à un atelier de l'OCDE sur "La dimension développement des questions de Singapour", tenu à Hong Kong, Chine, les 19-20 juin 2002 – http://www.oecd.org/pdf/M00036000/M00036456.pdf

3. La direction que suivra la Zone de libre-échange des Amériques est encore indéterminée.

4. Voir "*Circulation des prestataires de services : accords de reconnaissance mutuelle"*, TD/TC/WP(2002)48/FINAL.

Chapitre 1

SERVICES

par

Pierre Sauvé

Résumé : Ce chapitre compare le traitement des échanges de services dans les accords commerciaux régionaux (ACR) à celui qui est prévu dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Les initiatives régionales ont permis d'expérimenter utilement diverses approches de l'établissement de règles et de l'ouverture des marchés dans le domaine des échanges de services, tandis que l'AGCS lui-même reste incomplet, les négociations étant en suspens dans plusieurs domaines clés. Un nombre croissant d'ACR ont cherché, ces dernières années, à compléter les règles régissant les échanges internationaux de services (modes 1 et 2 de l'AGCS) par un ensemble plus étendu de disciplines parallèles concernant l'investissement et la circulation temporaire des hommes d'affaires. S'agissant des modalités de la libéralisation des échanges de services et de l'investissement dans les ACR, on trouve aussi bien une approche de l'ouverture des marchés par liste positive, ou approche hybride, (dans l'AGCS) qu'une approche par liste négative. Dans certains cas, les gouvernements participants à des ACR ont montré une volonté d'étendre ultérieurement les préférences régionales sur la base du traitement NPF dans le cadre de l'AGCS. On considère généralement que les ACR offrent une plus grande latitude pour réaliser rapidement des avancées sur des questions relatives à la coopération en matière réglementaire dans le domaine des échanges de services, notamment les normes relatives aux services et la reconnaissance des licences, diplômes et qualifications professionnelles. En revanche, les ACR ont généralement réalisé peu d'avancées en ce qui concerne l'interface en termes d'élaboration de règles entre la réglementation intérieure et le commerce des services ou la résolution des principaux points "en suspens" figurant sur le calendrier de l'AGCS (par exemple les sauvegardes d'urgence et les subventions). Les ACR n'ont guère contribué non plus, à l'exception notable des questions relatives au transport par voie terrestre, à couvrir les secteurs de services qui se révèlent jusqu'à présent particulièrement difficiles à traiter au plan multilatéral (par exemple les transports aérien et maritime, les services audiovisuels et les services liés à l'énergie).

Principaux points

Depuis une quinzaine d'années, on assiste à un important accroissement du nombre d'accords commerciaux régionaux (ACR) comportant des disciplines en matière de commerce et d'investissement dans le domaine des services. Ces accords sont la preuve tangible de l'intérêt accru porté par les autorités à la contribution de secteurs des services efficaces à la croissance et au développement économiques et d'une appréciation croissante des gains découlant des échanges de services et des investissements dans ce secteur.

Ces évolutions sont allées de pair avec des efforts tendant à établir un cadre pour les disciplines en matière de services au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sous l'égide de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Ces accords ayant, le plus souvent, été négociés de façon concurrente, les efforts régionaux et multilatéraux pour l'élaboration de règles dans le domaine des services ont représenté des processus étroitement liés entre eux, comportant une large part d'apprentissage par la répétition de l'expérience, d'imitation, ou ingénierie inversée. L'expérience de l'élaboration de dispositions relatives aux services dans les accords commerciaux régionaux a permis aux pays participants de développer une capacité de négociation importante, en fournissant une expertise pouvant être mise à contribution dans un cadre multilatéral.

La prolifération d'initiatives régionales a ouvert aux gouvernements un vaste champ pour expérimenter diverses approches en matière d'élaboration des règles et d'ouverture du marché dans le domaine des échanges de services. En particulier, l'approche régionale a fourni aux autorités la capacité de poursuivre des approches différentes de celles émanant du cadre multilatéral qui commence à prendre forme sous l'égide de l'AGCS. Étant donné que l'AGCS lui-même reste incomplet, les négociations n'ayant pas encore abouti dans un certain nombre de domaines-clés (exemple : sauvegardes d'urgence, subventions, marchés publics, réglementation intérieure), ce type d'expérimentation régionale a permis de tirer un certain nombre d'enseignements utiles en matière de négociation comparative et de dynamique pour l'élaboration de règles.

La présente section examine un éventail de problèmes soulevés par le traitement des échanges de services dans le cadre de quelques accords régionaux et leur éventuelle pertinence pour l'élaboration de règles au niveau multilatéral. Tout en formulant un certain nombre de commentaires sur les résultats obtenus par quelques uns des ACR sous revue, l'objectif immédiat de ce document, à l'instar de l'ensemble des autres chapitres de l'étude globale sur les ACR, consiste à comparer les dispositions figurant dans les ACR avec celles de l'OMC. L'analyse permet de faire ressortir les points-clés suivants[1]:

- Les accords commerciaux régionaux présentent généralement une grande similitude, que ce soit les uns par rapport aux autres ou vis-à-vis de l'AGCS en ce qui concerne la panoplie standard de disciplines visant à l'ouverture progressive des marchés de services. Dans certains cas, cependant (ex: restrictions quantitatives non discriminatoires, réglementation intérieure), les disciplines de l'AGCS vont plus loin que celles figurant dans un certain nombre d'accords régionaux.

- En commençant par l'ALENA en 1994, un nombre croissant d'accords commerciaux régionaux ont cherché, au cours de la période récente, à compléter les disciplines relatives au commerce transfrontières de services (modes 1 et 2 de l'AGCS) avec un ensemble plus vaste de disciplines parallèles relatives à l'investissement (qu'il s'agisse de protection des investissements et de libéralisation des investissements en activités productives de biens et services) et la circulation temporaire des hommes d'affaires (en liaison avec les échanges de biens et de services et l'investissement de manière générique.[2]

- Les accords commerciaux régionaux comportant des disciplines étendues ou de type générique en matière d'investissement octroient généralement un droit de non-établissement (aucune obligation de présence locale en tant que condition préalable à la fourniture de services) en tant que moyen d'encourager le commerce transfrontières de services. Une telle disposition, pour laquelle aucun équivalent n'existe dans le cadre de l'AGCS, pourrait se révéler particulièrement bien adaptée pour promouvoir le commerce électronique.

- A quelques rares exceptions (de nature essentiellement sectorielle), les accords commerciaux régionaux couvrant les services prévoient généralement une clause libérale de "règle d'origine"/refus d'avantages, c'est-à-dire qu'ils étendent le traitement préférentiel à l'ensemble des personnes morales effectuant un volume substantiel d'opérations commerciales dans un pays membre. En pratique, l'adoption d'une orientation libérale à cet égard implique que le traitement après établissement de ce qui représente dans bien des cas le mode le plus important de fourniture de services sur les marchés étrangers – l'investissement – est non-préférentiel pour les investisseurs de pays tiers.

- Les accords commerciaux régionaux couvrant les services suivent généralement deux grandes approches concernant les modalités de libéralisation des échanges de services et de l'investissement. Un certain nombre d'entre eux ont tendance à reproduire le recours, figurant dans l'AGCS, à une approche par liste positive ou approche hybride de l'ouverture du marché tandis que d'autres suivent une approche par liste négative. Si ces deux approches peuvent produire, en théorie, des résultats globalement équivalents en matière de libéralisation, sur le plan pratique, l'approche par liste négative peut se révéler plus efficace et plus ambitieuse pour arriver effectivement à une libéralisation. De même, le processus pour y parvenir est généralement différent, un certain nombre de caractéristiques visant à renforcer la bonne gouvernance étant associées à l'approche par liste négative, notamment en termes de transparence.

- Un certain nombre de gouvernements participant à ces accords commerciaux régionaux, en particulier ceux ayant adopté par approche de liste négative en matière de libéralisation, ont montré une volonté d'étendre ultérieurement les préférences régionales sur la base du traitement de la nation la plus favorisée dans le cadre de l'AGCS. Cela peut traduire à la fois la prise de conscience du fait que le traitement préférentiel peut être plus difficile à octroyer en matière d'échanges de services (et est peut-être indésirable du point de vue économique s'agissant de l'investissement) et que la libéralisation multilatérale peut offrir de meilleures occasions de garantir l'accès aux fournisseurs les plus efficaces, particulièrement en matière de services d'infrastructures susceptibles d'exercer des incidences substantielles sur les performances de l'ensemble de l'économie.

- Les accords commerciaux régionaux ont généralement réalisé peu d'avancées s'agissant de l'interface en termes d'élaboration de règles entre réglementation domestique et commerce des services. De fait, les dispositions en la matière contenues dans nombre de ces accords ne

présentent pas plus de substance et, dans certains cas, sont plus faibles ou plus étroitement délimitées (c'est-à-dire mettant l'accent uniquement sur les services à caractère professionnel) que celles découlant de l'Article VI de l'AGCS (y compris l'Article VI:4 programme de travail)

- On considère généralement que les accords commerciaux régionaux offrent une plus grande latitude pour réaliser plus rapidement des avancées sur des questions relatives à la coopération en matière réglementaire dans le domaine des échanges de services, notamment en ce qui concerne les normes relatives aux services et la reconnaissance des licences, diplômes et qualifications professionnelles. En dépit de similitudes initiales plus importantes des approches en matière de réglementation et des contacts transfrontières renforcés entre autorités réglementaires permis par la proximité géographique, les progrès en matière de réglementation intérieure ont été lents et les résultats généralement décourageants, même au niveau régional.

- A quelques rares exceptions près, les accords commerciaux régionaux n'ont pas non plus, à leur actif, beaucoup d'avancées s'agissant de la résolution des quelques points "en suspens" en matière d'élaboration des règles figurant sur le calendrier de l'AGCS. C'est notamment le cas des disciplines relatives aux mesures de sauvegarde d'urgence et aux subventions en matière de services, où les autorités nationales se heurtent aux mêmes défis techniques ou sensibilités politiques au niveau régional et au plan multilatéral. En revanche, des progrès plus importants ont été enregistrés au niveau régional du point de vue de l'ouverture des marchés publics de services, même si ces avancées ont généralement eu lieu dans le cadre des négociations sur les marchés publics plutôt que dans le domaine des services.

- A l'exception notable des questions relatives au transport par voie terrestre, où la proximité géographique est un élément essentiel, les accords régionaux ont généralement accompli peu de progrès en matière d'ouverture des secteurs de services qui, à ce jour, se sont révélés particulièrement difficiles à traiter au niveau multilatéral (exemple : transport aérien et maritime ; services audio-visuels[3] ; services liés à l'énergie). Dans les secteurs d'infrastructures clés que constituent les télécommunications de base et les services financiers, l'AGCS a certes réalisé un niveau de libéralisation consolidée plus élevé que dans la plupart des accords régionaux. Ce dernier résultat tend à indiquer que dans certains secteurs, l'économie politique du marchandage multilatéral, avec ses gains corrélatifs de masse critique, peut contribuer à surmonter la résistance à la libéralisation qui apparaît dans le cadre asymétrique ou plus étroit des conventions régionales.

Principales caractéristiques de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)[4]

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) étend pour la première fois des règles et engagements acceptés au niveau international, à peu près comparables à ceux du GATT, au domaine immense des échanges internationaux, qui est toujours en rapide expansion. L'ensemble des membres de l'OMC sont également soumis aux disciplines de l'OMC et ont pris des engagements spécifiques dans différents secteurs des services.

L'AGCS s'applique, en principe, à l'ensemble des services, à l'exception des mesures relatives aux droits de transport aérien ou des services liés à l'exercice de ces droits et de ceux fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. L'Article I :3(c) de l'AGCS définit ceux-ci comme des services qui ne sont fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec d'autres fournisseurs. Cette catégorie englobe les activités des banques centrales et d'autres autorités monétaires, les régimes de sécurité sociale et les plans de retraite publics à caractère obligatoire et des entités publiques utilisant

des ressources financières de l'État. L'AGCS opère une distinction entre quatre modes de fourniture des services : commerce transfrontières, consommation à l'étranger, présence commerciale et présence de personnes physiques.[5]

Les obligations contenues dans l'AGCS peuvent être regroupées en deux catégories : obligations générales s'appliquant directement et automatiquement à l'ensemble des membres, qu'il existe ou non des engagements sectoriels ; et engagements spécifiques dont la portée est limitée aux secteurs, sous-secteurs et/ou modes de fourniture pour lesquels un membre a souscrit des obligations en matière d'accès au marché et/ou de traitement national.

Obligations générales

Traitement de la nation la plus favorisée : En vertu de l'Article II, chaque membre est tenu "d'accorder immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services et fournisseurs de services similaires de tout autre pays". Des dérogations sont possibles sous la forme d'exemptions énoncées à l'Article II. Les membres ont été autorisés à établir une liste de ces exemptions avant l'entrée en vigueur de l'Accord. De nouvelles exemptions ne peuvent être accordées qu'à de nouveaux membres au moment de leur adhésion, ou aux membres actuels, sous forme d'une dérogation prévue à l'Article IX:3 de l'accord de l'OMC. Toutes les exemptions sont soumises à examen ; leur durée ne doit, en principe, pas excéder 10 ans.

Transparence : Les membres de l'AGCS sont tenus, entre autres choses, de publier toutes les mesures d'application générales et d'établir des points d'information nationaux chargés de répondre aux demandes de renseignements formulées par d'autres membres.

Engagements spécifiques

Accès au marché : L'octroi de l'accès au marché est un engagement négocié souscrit individuellement par les différents membres dans des secteurs particuliers. Il peut être accordé sous réserve d'une ou plusieurs limitations parmi les six énumérées à l'Article XVI(2). Par exemple, des limitations peuvent être imposées concernant le nombre de fournisseurs de services, le nombre d'opérations de services ou le nombre de personnes employées dans un secteur, la valeur des transactions, la forme juridique adoptée par le fournisseur de services, ou la participation du capital étranger.

Traitement national : dans tout secteur inscrit dans sa liste d'engagements spécifiques, un membre de l'OMC est tenu de faire bénéficier les services et les fournisseurs de services étrangers d'un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services et fournisseurs de services similaires, en fonction des modalités prévues dans cette liste. Dans ce cadre, l'obligation fondamentale consiste à s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de faire pencher les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services d'un membre.

L'AGCS n'impose pas l'obligation d'assumer des engagements en matière d'accès au marché ou de traitement national dans un secteur particulier. En inscrivant des engagements dans leur liste, les membres ont toute latitude pour définir la portée des engagements qu'ils souscrivent en fonction de leurs objectifs nationaux.[6] L'inscription sur la liste d'engagements spécifiques déclenche de nouvelles obligations (conditionnelles) concernant, entre autres choses, l'application objective des réglementations intérieures et la nécessité d'éviter des restrictions aux paiements et transferts internationaux.

Chaque membre de l'OMC est tenu d'avoir une **liste d'engagements spécifiques,** qui recense de façon positive les secteurs, sous-secteurs ou modes de fourniture des services soumis à des obligations en matière d'accès au marché, de traitement national, ainsi que les éventuels engagements additionnels. En vertu de l'approche hybride de l'AGCS en matière de libéralisation, dans les domaines faisant l'objet d'engagements, les membres de l'OMC doivent établir une liste négative des mesures non conformes qu'ils souhaitent maintenir en vigueur. La plupart des calendriers comportent des sections tant sectorielles qu'horizontales.[7] Dans les secteurs pour lesquels les pays membres de l'OMC prennent des engagements spécifiques, ces mesures sont assujetties aux disciplines de l'Article VI sur la **réglementation intérieure**. Les membres doivent donc veiller, entre autres choses, à les appliquer de façon raisonnable, objective et impartiale et à faire en sorte qu'elles ne constituent pas des obstacles non nécessaires aux échanges.

Reconnaissant la grande diversité des secteurs de services, l'AGCS contient plusieurs **annexes sectorielles** complétant les dispositions-cadres et/ou spécifiant le champ d'application dans des secteurs particuliers. Les deux principaux domaines dans lesquels des règles sectorielles ont été élaborées sont ceux des télécommunications de base, où les négociations ont abouti à un accord en février 1997, et des services financiers, où un accord a été conclu à la mi-décembre 1997. Dans ces deux séries de négociations, les membres sont parvenus à des engagements nettement renforcés avec un niveau de participation plus important que lors de la conclusion du Cycle d'Uruguay.

L'AGCS a élaboré un programme de travail habituellement désigné sous l'appellation **"programme incorporé"**.[8] En ce qui concerne l'élaboration des règles, divers articles de l'AGCS prévoient des négociations portant sur des questions spécifiques destinées à définir des règles et disciplines envisageables en matière de réglementation intérieure (Article VI), de clauses de sauvegarde d'urgence (Article X), de marchés publics (Article XIII), et de subventions (Article XV). Ces négociations sont en cours depuis 1995.

Si l'on examine l'accord AGCS, ainsi que l'importance des engagements en matière de services souscrits par les membres de l'OMC, il convient de souligner comment l'évolution des disciplines multilatérales peut coexister avec les disciplines ou les résultats en termes de libéralisation obtenus au niveau régional, s'en inspirer, et parfois les supplanter (comme c'est, à l'évidence, le cas des télécommunications de base). A l'instar de nombreux ACR relatifs au commerce et à l'investissement dans les services, l'AGCS reste incomplet. Le processus permettant de combler ces lacunes nécessitera vraisemblablement encore plusieurs années de négociations et l'expérience va certainement faire apparaître la nécessité d'améliorer ou de modifier certaines des règles existantes. Chaque calendrier d'engagements des membres de l'OMC en matière de commerce de services ne constitue également qu'une première étape, comparable non pas tant au calendrier du GATT de 1994, mais plutôt à la réduction limitée des droits de douane entreprise initialement lors de la création du GATT en 1948. Parmi les éléments les plus importants de l'AGCS figure le fait que de nouveaux cycles successifs de négociations seront engagés afin de poursuivre l'ouverture progressive du commerce des services au niveau mondial.

Dispositions inscrites dans les ACR

Disciplines fondamentales : convergence et divergence

Si les ACR couvrant les services sont de forme et de portée très variables, ils présentent, en règle générale, une série commune de disciplines-clés régissant le commerce et l'investissement dans les services qui figurent également dans l'AGCS, même si la charge impliquée en termes d'obligation diffèrent (cf. Tableau 1.1). Les domaines où l'on observe la plus grande convergence en matière d'élaboration des règles entre les niveaux multilatéral et régional ont trait au champ de couverture de

l'accord (là où des divisions du point de vue des droits en matière de trafic aérien et de services publics ont tendance à définir la norme) ; aux disciplines en matière de transparence, traitement national, traitement de la nation la plus favorisée, et disciplines relatives aux paiements et transferts, monopoles et fournisseurs de services exclusifs, et aux exceptions générales. Des similitudes considérables existent également entre les niveaux multilatéral et régional en ce qui concerne la nécessité d'une spécificité sectorielle (secteurs requérant un traitement spécial dans les annexes). En revanche, on constate une moindre convergence (et des progrès plus limités au plan régional) en ce qui concerne les aspects de l'élaboration de la réglementation qui ont posé des difficultés dans le cadre de l'AGCS. Cela recouvre notamment des questions telles que les restrictions quantitatives à caractère non discriminatoire (accès au marché dans la terminologie AGCS), la réglementation intérieure, les clauses de sauvegarde d'urgence et les subventions.

Les principes de la **nation la plus favorisée** et de **traitement national** constituent deux des principaux fondements de tout accord sur les services, tout comme pour les échanges de marchandises. A l'instar de l'AGCS, les ACR ne formulent que très rarement ces principes sous une forme non qualifiée [9], qu'ils soient ou non définis comme des obligations générales (ce qui est le cas du principe de la nation la plus favorisée dans pratiquement tous les accords et du traitement national dans les accords adoptant une approche par liste négative en matière de libéralisation) ou comme des obligations s'appliquant uniquement aux secteurs dans lesquels les engagements en termes de libéralisation sont effectivement mis en oeuvre.

Comme on pouvait s'y attendre du fait de l'intensité réglementaire dans le domaine du commerce des services, des disciplines en matière de **transparence** sont communes à l'ensemble des ACR couvrant les services. Elles stipulent en règle générale, comme dans le cas de l'AGCS, une obligation de publier des mesures pertinentes et de notifier les nouvelles mesures (ou les modifications apportées aux mesures existantes) affectant le commerce des services et d'établir des points d'information nationaux pour fournir, à la demande, des éléments d'information sur les mesures affectant le commerce des services. Une innovation par rapport à l'AGCS est la disposition contenue dans certains ACR, particulièrement dans l'hémisphère occidental, permettant aux membres de formuler (dans la mesure du possible) des commentaires préalables sur les propositions de modifications des réglementations en matière de commerce de services.

Si les ACR couvrant les services cherchent généralement à résoudre le problème des **restrictions quantitatives à caractère non discriminatoire** qui font obstacle à l'accès aux marchés de services (question traitée à l'Article XVI de l'AGCS), de nombreux accords, en particulier ceux conclus dans l'hémisphère occidental, calqués sur l'ALENA, ont une moindre portée que l'AGCS, engageant uniquement les parties à rendre entièrement transparentes dans des annexes les mesures non conformes et à faire tout leur possible pour démanteler ces mesures à l'avenir. En revanche, en vertu de l'AGCS, les membres de l'OMC souscrivent des engagements contraignants dans des secteurs, sous-secteurs et modes de fourniture pour lesquels des engagements en matière d'accès au marché sont programmés. Nombre d'autres ACR, comme le MERCOSUR et les divers ACR auxquels les membres de l'UE sont parties, contiennent une interdiction de l'introduction de nouvelles restrictions quantitatives de caractère non discriminatoire dans tout engagement et secteur figurant sur la liste, reflétant une obligation similaire contenue dans l'AGCS.

Tableau 1.1 Disciplines clés dans les ACR couvrant les services

Accords	Traitement NPF	Traitement national	Accès au marché (N-D QRs)	Réglementa-tion intérieure	Sauvegardes d'urgence	Disciplines en matière de subventions	Marchés publics	Règles d'origine (refus d'avantages)
AGCS	Oui	Oui	Oui	Oui	A venir	Négociations à venir	Négociations à venir	Oui
ALENA	Oui	Oui	Oui	Oui*	Non	Non	Chapitre distinct	Oui
Canada-Chili	Oui	Oui	Oui	Oui*	Non	Non	Non	Oui
Chili-Mexique	Oui	Oui	Oui	Oui*	Non	Non	Non	Oui
Bolivie-Mexique	Oui	Oui	Oui	Oui*	A venir	Non	Chapitre distinct	Oui
Costa Rica-Mexique	Oui	Oui	Oui	Oui*	A venir	Non	Chapitre distinct	Oui
Mexique-Nicaragua	Oui	Oui	Oui	Oui*	Non	Non	Négociations à venir	Oui
Mexique-Triangle du nord[1]	Oui	Oui	Oui	Oui*	A venir	Non	Non	Oui
Amérique centrale-République dominicaine	Oui	Oui	Oui	Oui*	A venir	Négociations à venir	Chapitre distinct	Oui
Amérique centrale-Chili	Oui	Oui	Oui	Oui*	Non	Non	Chapitre distinct	Oui
Groupe des Trois	Oui	Oui	Oui	Oui*	Non	Non	Chapitre distinct	Oui
MERCOSUR	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	Négociations à venir	Négociations à venir	Oui
Communauté andine	Oui	Oui	Oui	Oui*	Non	Non	Non	Oui
CARICOM	Non spécifié	Oui	Non spécifié	Oui*	Oui	Non	Non	Oui
CARICOM- République dominicaine	Oui	Oui	Oui	Oui*	A venir	Non	Chapitre distinct	Oui
Intégration économique en Amérique centrale	Non spécifié	Aucun article général	Non	Non	Non	Non	Non	Non spécifié
UE	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	Oui (couvert en vertu des disciplines sur la concurrence)	Oui	Oui

* Les règles sur la réglementation intérieure sont définies de façon étroite (dans la plupart des cas, elles ne s'appliquent qu'à l'agrément, à la certification de fournisseurs de services professionnels).

[1] Honduras, Guatemala et Salvador.

Tableau 1.1 (suite) Disciplines clés dans les ACR couvrant les services

Accords	Traitement NPF	Traitement national	Accès au marché (N-D QRs)	Réglementation intérieure	Sauvegardes d'urgence	Disciplines en matière de subventions	Marchés publics	Règles d'origine (refus d'avantages)
Accords en Europe	Oui	Oui	Non	Oui	Non	Oui (couvert en vertu des disciplines sur la concurrence)	Non	Bénéficiaires spécifiés par le biais de la définition "d'entreprises"
UE-Mexique	Oui	Oui	Oui	Non (dispositions sur un découpage réglementaire et une reconnaissance)	Non	Non	Chapitre distinct	Oui
AELE-Mexique	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Non	Non spécifié
AELE-Singapour	Oui	Oui	Oui	Oui	Non	Les demandes de consultation doivent être examinées avec bienveillance	Chapitre distinct	Oui
Japon-Singapour	Non	Oui	Oui	Oui	Non	Non	Chapitre distinct	Oui
Accord-cadre de l'ANASE sur les services	Oui	Oui	Oui	Non spécifié	Oui	Non	Non	Oui
Accord entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande sur le rapprochement économique	NPF pour secteurs exclus	Oui	Oui	Oui	Non	Interdiction des subventions à l'exportation Autres subventions exclues	Non	Oui
EU-Jordanie		Oui	Oui	Oui	Non	Négociations à venir	Oui	Oui

* Les règles sur la réglementation intérieure sont définies de façon étroite (dans la plupart des cas, elles ne s'appliquent qu'à l'agrément à la certification de fournisseurs de services professionnels).

[1] Honduras, Guatemala et Salvador.

Il existe une thèse selon laquelle les ACR dans le domaine des services permettent de créer des "zones d'harmonisation optimum", l'hypothèse étant que les coûts d'ajustement agrégés de la convergence en matière réglementaire et d'harmonisation des stratégies sont vraisemblablement moindres lorsque les préférences de l'étranger dans le domaine réglementaire sont similaires et les institutions réglementaires plus ou moins compatibles. Au total, il y a plus de chances que ces deux séries de conditions soient remplies lorsque les pays en question sont "plus proches" sur le plan matériel et/ou culturel/historique.[10] En pratique, cependant, on doit noter que les multiples problèmes qui se posent au carrefour de la **réglementation intérieure** du commerce des services se révèlent généralement réfractaires à tout traitement (comme avec l'AGCS) même dans le sous-ensemble plus restreint de pays ayant conclu des ACR.

Dans de nombreux cas, les ACR traitent la réglementation intérieure d'une façon analogue à celle prévue à l'Article VI de l'AGCS, c'est-à-dire que l'accent est mis sur la transparence des procédures et sur le fait de veiller à ce que l'activité réglementaire ne conduise pas à des restrictions déguisées au commerce ou à l'investissement dans les services. A l'exception de l'UE elle-même et d'accords conclus entre l'UE et les pays d'Europe centrale et orientale dans le cadre du processus de pré-adhésion, aucun ACR, à ce jour, n'a accompli de progrès tangibles en matière de définition des éléments éventuels d'un test de nécessité visant à garantir *grosso modo* une proportionnalité entre moyens et objectifs réglementaires (comme il est potentiellement prévu dans l'AGCS Article VI:4 mandat). De même, à quelques exceptions près (par exemple dans le cadre de l'UE de même que dans celui de l'Accord de rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande-ANZCERTA), peu d'avancées tangibles ont été enregistrées en termes d'harmonisation réglementaire. Il est à noter que ni l'ALENA ni les nombreux accords du type de l'ALENA conclus dans l'hémisphère occidental ne contiennent d'article sur la réglementation intérieure en tant que telle dans leurs chapitres consacrés aux services. Ces accords contiennent plutôt des disciplines plus circonscrites relatives aux agréments et certifications des professionnels.[11] En outre, même si un certain nombre d'accords ACR, notamment ceux conclus dans l'hémisphère occidental, appellent les membres à reconnaître, parfois sur la base de calendriers explicites (comme dans l'ALENA dans le cas des consultants juridiques étrangers et de l'agrément temporaire des ingénieurs), les diplômes universitaires étrangers et les qualifications professionnelles pour certaines professions, les progrès en matière de conclusion d'accords de reconnaissance mutuelle s'avèrent lents et difficiles, en particulier entre pays à structure fédérale.

A ce jour, l'expérience en matière de convergence et de coopération réglementaire au niveau régional ne fournit pas d'éléments probants pour étayer la thèse avancée sur les zones d'harmonisation (régionale) optimum. Étant donné qu'il est, presque par définition, très probable que toute tentative de parvenir à un tel résultat dans le domaine des services (tout comme avec les zones d'harmonisation optimum en matière de marchandises) soit limitée à un nombre restreint de pays participants, il n'est pas absolument clair que les ACR offrent une solution de rechange supérieure à celle dont disposent les membres de l'OMC en vertu de l'Article VII de l'AGCS.[12]

A quelques rares exceptions près, les ACR n'ont pas non plus réalisé beaucoup d'avancées pour résoudre les principaux points "en souffrance" en matière d'élaboration des règles figurant dans le calendrier de l'AGCS. C'est notamment le cas des disciplines concernant un mécanisme de sauvegardes d'urgence et des subventions en matière de services, domaines où les différents gouvernements nationaux se heurtent aux mêmes difficultés techniques ou sensibilités politiques au niveau régional qu'au niveau multilatéral. Il est intéressant de noter par exemple que les pays d'Asie du sud-est, qui ont été les plus actifs pour proposer l'introduction d'un **mécanisme de sauvegardes d'urgence** dans l'AGCS, n'ont pas adopté de dispositions de ce genre au sein de l'Accord cadre de l'ANASE sur les services. A ce jour, seuls les membres de la Communauté des Caraïbes-CARICOM (dans le Protocole II) dans l'hémisphère occidental ont adopté (mais pas encore mis en œuvre) un tel

instrument et des questions subsistent quant à la faisabilité opérationnelle d'un mécanisme de sauvegardes d'urgence en matière de commerce de services. Ailleurs, l'ANASE a fourni un exemple d'expérimentation sectorielle (dans les services financiers) qui comporte des mesures de sauvegarde.[13] En matière de **subventions**, à l'exception de l'UE (y compris dans ses accords de pré-adhésion avec des pays d'Europe centrale et orientale) et de l'ANZCERTA, l'adoption de disciplines régionales dans le secteur des services s'est révélée difficile, en particulier dans les pays à structure fédérale, en raison de l'ampleur de l'activisme dans ce domaine au niveau des États fédérés. Alors qu'un certain nombre d'ACR (exemple : le MERCOSUR) reprennent l'exigence figurant dans l'AGCS, visant à élaborer à l'avenir des disciplines relatives aux subventions dans le commerce des services, d'autres, l'ALENA et de nombreux accords du type ALENA conclus dans l'hémisphère occidental, excluent spécifiquement les pratiques de subventions de leur champ de couverture.[14]

Des progrès plus significatifs ont été observés au niveau régional du point de vue de l'ouverture de **marchés publics** pour les services, même si ces réalisations ont été obtenues par le biais de négociations dans le domaine des marchés publics en tant que tels (comme avec l'Accord de l'OMC sur les marchés publics) et non traitées dans le cadre de négociations sur les services.[15] L'approche adoptée dans les ACR est en grande partie similaire à celle de l'OMC, c'est-à-dire qu'elle est fondée sur le principe de non-discrimination entre les membres dans le cadre des engagements inscrits sur la liste et procédures destinées à accroître la transparence et l'équité des processus. Les ACR dont les membres sont tous parties à l'Accord sur les marches publics, comme l'AELE et l'accord entre Singapour et le Japon, stipulent expressément que les articles pertinents de l'Accord sur les marchés publics s'appliquent et la plupart des accords conclus dans l'Hémisphère occidental reproduisent, pour l'essentiel, les disciplines de cet accord au niveau régional. Toutefois, il convient de noter que, à la différence de cet accord, qui s'applique en principe aux achats effectués tant par l'État fédéral que les autorités des États fédérés, nombre d'ACR ne prévoient de disciplines contraignantes en matière de marchés publics qu'au niveau national.[16]

Traitement de l'investissement dans les services : droits d'établissement et de non-établissement

En commençant avec l'ALENA en 1994, un nombre croissant d'ACR ont cherché au cours des années récentes à compléter les disciplines en matière de commerce transfrontières de services (modes 1 et 2 de l'AGCS) avec un ensemble plus vaste de **disciplines parallèles sur l'investissement** (règles régissant à la fois la protection et la libéralisation des investisseurs et de leurs investissements en activités productrices de biens et de services) et la **circulation temporaire des hommes d'affaires** (en liaison avec le commerce et l'investissement dans les services d'une manière générique).[17]

Une différence importante dans les approches vis-à-vis du commerce de services, que ce soit entre ACR et l'AGCS (ou entre les divers ACR) a trait à l'interaction entre commerce et investissement transfrontières dans les services. Au niveau multilatéral, l'AGCS (et l'OMC d'une façon plus large) ne contient pas un ensemble exhaustif de disciplines en matière d'investissement (l'AGCS ne mentionne pas les questions relatives à la protection des investissements) mais incorpore l'investissement dans les services ("présence commerciale" selon la terminologie de l'AGCS) comme étant l'un des quatre modes de fourniture de services (cf. Tableau 1.2).

Nombre d'ACR ont suivi une approche du type AGCS, notamment les membres du MERCOSUR et de nombreux accords conclus hors de l'hémisphère occidental (ex. Accord-cadre de l'ANASE sur les services, Accord EU-Jordanie). Cette approche s'oppose à celle adoptée par l'ALENA et les ACR de type similaire, dans lesquels les règles et disciplines relatives à l'investissement couvrant à la fois les questions de protection de l'investissement (traitées traditionnellement dans des accords commerciaux bilatéraux) et la libéralisation (généralement s'agissant des questions soulevées avant et après l'établissement), conjuguées avec des dispositions concernant le règlement des différends entre

l'investisseur et l'État ou entre autorités étatiques, s'appliquent de façon générique aux biens et services dans un chapitre distinct. Ces derniers accords comportent donc des chapitres sur les services mettant l'accent uniquement sur la fourniture transfrontières (modes 1 et 2 de l'AGCS), complétés par des chapitres distincts régissant les mouvements de capitaux (investissement) d'une part, et l'entrée temporaire des hommes d'affaires, d'autre part .[18] Un certain nombre d'ACR, comme l'Accord de partenariat économique conclu entre le Japon et Singapour, le CARICOM ainsi que ceux entre l'AELE et le Mexique et l'AELE et Singapour, traitent de l'investissement dans les services à la fois du point de vue de la présence commerciale en tant que mode de fourniture (dans les chapitres consacrés aux services) et dans des chapitres distincts ayant trait à l'investissement, au droit d'établissement ou aux mouvements de capitaux (cf. Tableau 1.2).

Comme indiqué au Tableau 1.2, les ACR comportant des disciplines génériques en matière d'investissement prévoient généralement un **droit de non-établissement** (pas d'obligation de présence locale comme condition préalable à la fourniture d'un service, moyennant un droit de formuler des réserves et de dresser une liste de mesures non-conformes) en tant que moyen de favoriser un accroissement du volume de commerce transfrontières de services. Si cette obligation, pour laquelle il n'existe pas d'équivalent dans l'AGCS[19], a été à l'origine conçue (en commençant par l'ALENA) avant que l'Internet ne devienne une réalité commerciale tangible, elle peut néanmoins s'avérer particulièrement bien adaptée pour favoriser le commerce électronique et inciter les pays à adopter des restrictions moins pesantes sur le commerce transfrontières tout en réalisant leurs objectifs légitimes d'action publique (exemple : surveillance prudentielle, protection des consommateurs).

A quelques très rares exceptions près (essentiellement de nature sectorielle), les ACR couvrant les services adoptent généralement une "**règle d'origine"** libérale (*via* une disposition sur le refus d'avantages), c'est-à-dire que les avantages du traitement ACR ne sont, en règle générale, refusés qu'aux personnes morales qui ne réalisent pas un volume d'opérations substantiel dans un pays membre. En pratique, l'adoption d'une règle d'origine libérale implique que le traitement après établissement de ce qui représente dans de nombreux cas le mode le plus important de fourniture de services sur les marchés étrangers – l'investissement – est non-préférentiel pour les investisseurs de pays tiers pour ce qui concerne les engagements en matière de libéralisation.[20] En d'autres termes, en vertu d'une règle d'origine libérale pour les services et l'investissement, les investisseurs de pays tiers peuvent, dans la plupart des cas, profiter pleinement des possibilités qu'offre l'extension du marché permise par la création d'un ACR en s'établissant dans la région.[21]

Ce qui précède peut, dans une certaine mesure, expliquer la volonté affichée par un certain nombre de gouvernements participant à des ACR, d'accorder ultérieurement (soit immédiatement ou de façon progressive) des préférences régionales sur la base du traitement NPF au titre de l'AGCS. Cette attitude peut traduire à la fois la prise de conscience du fait que le traitement préférentiel peut être plus difficile à accorder dans le commerce de services (et peut même être indésirable du point de vue économique en ce qui concerne l'investissement/mode 3) et que la libéralisation multilatérale peut offrir davantage de possibilités de garantir un accès aux fournisseurs les plus efficaces, particulièrement pour les services d'infrastructures susceptibles d'avoir une incidence importante sur les performances de l'économie dans son ensemble.[22] La volonté d'accorder les préférences des ACR sur la base du principe NPF dans l'AGCS (ou d'accorder ces préférences dans des ACR conclus avec d'autres pays) est particulièrement perceptible dans les pays de l'hémisphère occidental, dont la majorité verrouillent généralement le *statu quo* réglementaire prévalant dans leur régime d'investissement en vertu de l'adoption d'une approche par liste négative en matière de libéralisation dans les ACR auxquels ils sont parties (voir ci-dessous).

Tableau 1.2 Principales caractéristiques des ACR couvrant les services

Accords	Portée/ couverture	Modalité de négociation	Traitement de l'investissement dans les services	Droit de non-établissement	Mécanisme de cliquet
AGCS	Universel*	Approche de liste positive	Couvert en tant que "présence commerciale" (mode 3)	Non	Non
ALENA	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Canada-Chili	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Chili- Mexique	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Bolivie-Mexique	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Costa Rica- Mexique	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Mexique-Nicaragua	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Mexique-Triangle du nord[1]	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Amérique centrale-République dominicaine	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Amérique centrale-Chili	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
Groupe des Trois	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Oui
MERCOSUR	Universel*	Approche de liste positive	Protocoles distincts	Non	Non
Communauté andine	Universel*	Approche de liste négative	Couvert en tant que "présence commerciale"	Non	Non
CARICOM	Universel*	Approche de liste négative	Couvert en tant que "présence commerciale" et dans des chapitres distincts (sur le droit d'établissement et les mouvements de capitaux)	Non	Non

* Le transport aérien et dans certains cas le cabotage dans les services maritime est exclu.
[1] Honduras, Guatemala et Salvador.

Table 1.2 (suite) Principales caractéristiques des ACR couvrant les services

Accords	Portée/ couverture	Modalité de négociation	Traitement de l'investissement dans les services	Droit de non-établissement	Mécanisme de cliquet
CARICOM-République dominicaine	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Non
Marché commun d'Amérique centrale	Services de construction	Approche de liste positive	Non spécifié	Non	Non
UE	Universel*	Approche de liste négative	Traité comme liberté d'établissement	Oui	Non
Accords en Europe	Universel*	Approche de liste négative	Chapitre distinct	Oui	Non
UE-Mexique	Universel (services audio-visuels explicitement exclus)	*Statu quo* (+ négociations à venir d'engagements à l'AGCS	Couvert en tant que "présence commerciale" et en vertu d'un chapitre distinct sur l'investissement	Non	Non
AELE-Mexique	Universel *	Approche de liste positive	Couvert en tant que "présence commerciale" et en vertu d'un chapitre distinct sur l'investissement	Non	Non
AELE-Singapour	Universel*	Approche de liste positive	Couvert en tant que " présence commerciale" et en vertu d'un chapitre distinct sur l'investissement	Non	Non
Japon-Singapour	Universel *	Approche de liste positive	Couvert en tant que "présence commerciale" et en vertu d'un chapitre distinct sur l'investissement	Non	Non
Accord-cadre de l'ANASE sur les services	Universel*	Approche de liste positive	Couvert en tant que "présence commerciale" et en vertu d'un chapitre distinct sur l'investissement	Non	Non
ANZCERTA	Universel*	Approche de liste négative	Couvert en tant que "présence commerciale" mais pas de disciplines communes sur l'investissement	Oui	Non
EU-Jordanie	Universel*	Approche de liste positive	Couvert en tant que "présence commerciale"	Non	Non

* Le transport aérien et dans certains cas le cabotage dans les services maritime est exclu.
[1] Honduras, Guatemala et Salvador.

Modalités de la libéralisation : approche par liste négative par opposition à une approche par liste positive

On peut distinguer dans les ACR et dans l'OMC deux grandes approches de la libéralisation du commerce et de l'investissement dans les services : liste positive ou approche "ascendante" (il s'agit généralement d'une approche hybride comportant une sélection volontaire, positive, de secteurs, sous-secteurs et/ou modes de fourniture pour lesquels les autorités sont disposées à souscrire des engagements contraignants, combinée avec une liste négative de mesures non-conformes devant être maintenues dans un certain nombre de domaines recensés sur cette liste), et l'approche par liste négative ou "descendante/consistant à dresser une liste ou à perdre toute prérogative". Si ces deux modalités de négociations peuvent produire (et ont effectivement produit dans certains cas) des résultats plus ou moins équivalents en matière de libéralisation, on peut soutenir que les deux génèrent un certain nombre de différences de nature qualitative présentant une importance potentielle du point de vue de la gouvernance au niveau tant intérieur qu'international[23]. Si le débat sur ces deux approches concurrentes semble être réglé dans le cadre de l'AGCS, il peut encore être utile de rappeler ces différences alors que les autorités s'interrogent sur les possibilités qui peuvent s'offrir dans le cadre des négociations en cours d'apporter d'éventuelles améliorations à l'architecture de l'AGCS.

Avec une **approche positive (ou hybride) de l'établissement d'engagements en matière de libéralisation, du type de l'AGCS,** les pays s'engagent à appliquer le traitement national et à accorder l'accès au marché en spécifiant (par le biais de réserves pour des domaines figurant sur la liste) la nature du traitement ou de l'accès ainsi accordé aux services étrangers ou fournisseurs de services étrangers.[24] Dans une telle approche, les pays conservent intact le droit de ne pas prendre d'engagements. Dans ce cas, ils ne sont soumis à aucune obligation juridique de fournir des informations à leurs partenaires commerciaux sur la nature des réglementations discriminatoires ou constituant une entrave à l'accès qui sont maintenues au niveau national. Une caractéristique connexe de l'AGCS, que l'on retrouve généralement dans les ACR adoptant une approche de type ascendant de la libéralisation, consiste à accorder aux pays la possibilité de prendre des engagements qui ne reflètent pas le *statu quo* réglementaire ou juridique (il s'agit d'une pratique de longue date dans le domaine des négociations sur les droits de douane qui a été reproduite dans le cadre de l'AGCS).

L'autre solution, ou approche "descendante" du commerce et de l'investissement dans les services repose sur le concept de **liste négative**, selon lequel l'ensemble des secteurs et des mesures non-conformes doivent être libéralisés, à moins que les listes de réserves figurant en annexe à l'accord ne prévoient le contraire, en le spécifiant de façon transparente. Les mesures non-conformes contenues dans ces listes de réserves font alors généralement l'objet d'une libéralisation par le biais de consultations ou, comme dans l'AGCS, de négociations périodiques. Il est intéressant de noter qu'en dépit de la forte opposition suscitée par cette approche lorsqu'elle a été initialement suggérée par quelques parties contractantes pendant le cycle de négociations de l'Uruguay, l'approche par liste négative pour la libéralisation des services a été adoptée dans un grand nombre d'ACR couvrant les services. Le Canada, le Mexique et les États-Unis ont ouvert la voie à cet égard avec l'ALENA en 1994. Depuis son entrée en vigueur, le Mexique a joué un rôle-pivot pour étendre cette approche vis-à-vis de la libéralisation et des disciplines de type similaire (exemple : droit de non-établissement) relatives aux services à d'autres ACR conclus par ce pays avec des pays d'Amérique du sud et d'Amérique centrale.[25]

Un certain nombre d'éléments caractéristiques du système de listes négatives peuvent être identifiés. D'une part, une telle approche intègre et affirme l'engagement public des signataires (moyennant des réserves) sur un très large éventail d'obligations générales. C'est actuellement le cas dans le cadre de l'AGCS uniquement pour ce qui concerne les dispositions de l'Accord sur le traitement NPF (Article II, avec possibilités d'exceptions ponctuelles) et la transparence (Article III),

toutes les autres disciplines s'appliquant selon un mode à la carte aux secteurs et aux modes de fourniture selon les modalités prévues dans les programmes d'engagements des membres.[26] Une seconde caractéristique, peut-être plus directement opérationnelle, des listes négatives réside dans leur capacité de stabiliser la situation, c'est à dire de créer un fondement plus solide pour la libéralisation en verrouillant la réglementation ou en préservant le *statu quo* réglementaire ou juridique. Une telle approche évite par conséquent le piège de l'AGCS, qui autorise l'apparition d'un coin entre réglementations appliquées et pratiques réglementaires ou juridiques contraintes. Un élément important d'amélioration de la gouvernance lié à l'adoption d'une approche de liste négative est le niveau accru de transparence qui en découle. L'information contenue dans les listes de réserves sera importante pour les investisseurs potentiels, qui apprécient les attributs de guichet unique d'un inventaire détaillé des restrictions potentielles existant sur les marchés étrangers. Ces listes bénéficieront également aux négociateurs du pays d'origine, en les aidant à établir une hiérarchie des obstacles à aborder dans les futures négociations. Une telle information peut, à son tour, se prêter plus facilement à une libéralisation sur la base d'une formule, par exemple en incitant les membres à convenir de réduire ou de supprimer progressivement les mesures non conformes "révélées" qui peuvent s'avérer identiques dans les différents pays (par exemple les limitations quantitatives à la détention de compagnies aériennes par des capitaux étrangers). L'élaboration d'une liste négative peut également aider à nouer un dialogue utile au niveau interne entre les entités négociant les accords commerciaux et celles en charge de la réglementation, incitant ainsi les pays à réaliser un audit détaillé des mesures existantes restreignant le commerce et l'investissement, à comparer les systèmes réglementaires intérieurs aux meilleures pratiques observées au niveau international, et à revoir le bien-fondé des objectifs nationaux et les mécanismes les plus efficients pour les atteindre.

Un élément supplémentaire de libéralisation que l'on trouve dans un grand nombre d'ACR ayant recours à une approche par liste négative du processus de libéralisation consiste en un **mécanisme de cliquet** (cf. Tableau 1.2) en vertu duquel toute mesure autonome de libéralisation prise par un membre d'un ACR entre deux cycles périodiques de discussions est automatiquement reflétée dans le programme d'engagements ou la liste de réserves de ce membre ; une telle disposition est destinée à empêcher les pays de faire marche arrière sur des changements d'orientation effectués de manière autonome. Elle peut également faciliter l'adoption d'une disposition en faveur de la libéralisation autonome, question aujourd'hui débattue dans le contexte de l'AGCS. Il a été avancé qu'une disposition de ce type exerce des effets positifs sur le climat en matière d'investissement des pays d'accueil en soulignant, à l'intention des fournisseurs étrangers, l'engagement des pays concernés de ne pas revenir sur le processus de changement d'orientation (en faveur de la libéralisation) engagé.[27]

Deux **pièges potentiels** liés à l'utilisation d'une liste négative ont été identifiés. Tout d'abord, le fait qu'une telle approche peut s'avérer lourde sur le plan administratif, en particulier pour les pays en développement ; cette charge peut cependant être atténuée si l'on autorise une progressivité dans l'achèvement des listes négatives de mesures non conformes des pays membres.[28] Les charges liées à la mise en conformité doivent aussi être évaluées au regard de certains des avantages en termes de gouvernance et de meilleures pratiques réglementaires décrites ci-dessus. Une seconde préoccupation tient au fait que l'adoption d'une liste négative implique que le gouvernement abandonne définitivement le droit d'introduire des mesures discriminatoires ou restreignant l'accès à l'avenir, y compris dans les secteurs qui n'existent pas ou ne sont pas réglementés à la date d'entrée en vigueur de l'accord. Pour apaiser ces préoccupations tout en encourageant l'amélioration de la transparence associée à l'utilisation d'une liste négative, il a été suggéré d'inciter les pays (y compris éventuellement dans le cadre de l'OMC) à échanger (comme c'est le cas pour la Communauté andine et comme on l'envisage dans le MERCOSUR) des listes détaillées, non contraignantes, de mesures non conformes.

Des limites à la pesanteur ? Comparaison de l'ampleur du mouvement de libéralisation du commerce des services au niveau régional par opposition au niveau multilatéral

A l'exception notable des questions liées au transport terrestre, où la proximité physique constitue un élément facilitateur déterminant, les ACR ont en général réalisé peu de progrès concernant l'ouverture des secteurs des services qui, jusqu'à ce jour, se sont avérés être particulièrement difficiles à traiter au niveau multilatéral. La plupart des ACR ont tendance à exclure de leur périmètre l'essentiel des services de transport aérien (à l'exception notable de l'UE pour le trafic entre États membres de l'Union européenne). De la même façon, des progrès limités ont été réalisés au niveau régional dans les secteurs qui soulèvent des problèmes politiques particulièrement sensibles, comme le transport maritime ou les services audiovisuels ou lorsque le champ possible de la libéralisation était limité au moment des négociations sur l'ACR, comme dans le cas des services énergétiques jusqu'à une date récente.

De la même façon, les avancées en matière d'harmonisation réglementaire et de reconnaissance mutuelle dans le domaine des services, bien qu'étant un objectif commun à de nombreux ACR, restent difficiles à réaliser au niveau régional. Certes, on a noté dans un certain nombre de cas des avancées tangibles dans le contexte des ACR, notamment au sein de l'UE et de l'ANZCERTA (où les progrès ont néanmoins été lents – par exemple en ce qui concerne la reconnaissance des qualifications professionnelles – même dans le cadre de politiques communes du marché du travail ou de marchés uniques intégrés[29]), ainsi qu'en Amérique du nord (où des accords de reconnaissance mutuelle ont été conclus dans un certain nombre de professions, notamment pour les comptables, les architectes et les ingénieurs, mais avec des degrés variables de respect de leurs dispositions par les instances nationales en charge de l'agrément). De surcroît, alors qu'un grand nombre d'ACR vont au-delà de l'AGCS en ce qui concerne le traitement des échanges commerciaux en vertu du mode 4 (par exemple, un éventail plus vaste de catégories professionnelles bénéficiant de privilèges d'entrée temporaires en vertu de l'ALENA que dans l'AGCS) et attirent l'attention des autorités sur le rôle essentiel de facilitateur des échanges que les dispositions sur la mobilité de la main-d'œuvre peuvent jouer parallèlement au mouvement de libéralisation du commerce et de l'investissement, ils ont, en revanche, tendance à aller à l'encontre de nombre de susceptibilités politiques présentes au niveau multilatéral dans le domaine de la mobilité de la main-d'œuvre.

Dans certains cas, il apparaît que les ACR peuvent simplement être dépassés par des événements intervenus au niveau multilatéral. Ainsi, dans les domaines clés des infrastructures des télécommunications de base et des services financiers, l'AGCS atteint un niveau plus élevé de libéralisation contrainte que celui figurant dans la plupart des ACR.[30] Cela peut, en partie, simplement refléter des questions de calendrier. Par exemple, les conditions requises pour envisager une libéralisation à grande échelle des services de télécommunications de base n'étaient en général pas mûres au moment où l'ALENA a été conclu en 1993[31], alors que le rapport des forces nécessaire – en termes politiques, réglementaires et technologiques – était atteint au moment de l'Accord AGCS sur les services de télécommunications de base conclu en 1997.

L'expérience acquise à l'occasion de ce dernier accord et de l'Accord sur les Services financiers tendrait également à indiquer que, dans certains secteurs, l'économie politique des marchandages multilatéraux, avec les gains qui en résultent en termes de masse critique, peut aider à surmonter la résistance à la libéralisation qui apparaît dans les limites plus étroites ou asymétriques des conventions régionales.

NOTES

1. Il convient de noter que les faits stylisés résumés ici décrivent de grandes tendances. Ces tendances peuvent se dégager même si le traitement de questions spécifiques relatives à la réglementation et/ou le degré de libéralisation obtenu dans des secteurs spécifiques ou en ce qui concerne des modes particuliers de fourniture de services diffèrent davantage. Le grand nombre d'ACR couvrant les services et le nombre encore plus élevé de secteurs englobés par ces accords compliquent à l'évidence les tentatives de généralisation en termes d'analyse. Ainsi, on peut noter que la tendance des membres de l'ALENA, en particulier le Canada et les États-Unis, à souscrire des engagements en matière de libéralisation globalement conformes à ce qui était envisagé (et voué ultérieurement à relever de la libéralisation contrainte) en vertu de l'AGCS dans une majorité de secteurs, alors même que des initiatives de libéralisation propres à certains secteurs, par exemple dans le domaine du transport terrestre (services de cars et de camions) ou des services aériens spécialisés, étaient poursuivies exclusivement au sein de l'ensemble régional.

2. Pour une description plus complète du traitement de l'investissement et de la mobilité de la main-d'œuvre dans les ACR, se reporter à la section suivante qui traite de ces questions.

3. Si un tel résultat se vérifie dans la majorité des ACR, certains accords, notamment l'accord de libre-échange entre le Chili et le Mexique, l'accord de libre-échange entre le Chili et le MERCOSUR ou l'accord de libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie, ont effectivement réalisé un certain degré de libéralisation dans les services audio-visuels.

4. Pour une description plus complète de la façon dont l'AGCS fonctionne, cf. OCDE (2002), pp. 57-63.

5. Ces deux derniers modes de fourniture rappellent combien la mobilité de la main-d'oeuvre est une caractéristique déterminante essentielle du commerce de services. Elles illustrent également comment les initiatives en matière d'élaboration des règles dans ce secteur englobent un éventail beaucoup plus vaste de domaines, y compris la réglementation des investissements étrangers ou le traitement des questions liées à l'immigration, qui peuvent s'avérer particulièrement sensibles.

6. Cependant, l'Article XIX stipule une obligation commune aux membres de l'OMC de participer à des séries successives de négociations commerciales en vue de réaliser progressivement un niveau de libéralisation plus élevé.

7. La "section horizontale" contient des limitations qui s'appliquent à l'ensemble des secteurs figurant dans le programme. Elles ont souvent trait à un mode particulier de fourniture, notamment la présence commerciale et la présence de personnes physiques. La "section secteur spécifique" contient des limitations qui ne s'appliquent qu'au secteur, sous-secteur ou mode de fourniture particulier auquel elles ont trait.

8. Ce programme de travail reflète à la fois le fait que toutes les négociations relatives aux secteurs n'ont pas pu être conclues dans le cadre temporal du cycle de l'Uruguay, et que les membres se sont déjà engagés, en vertu de l'Article XIX, à participer à des cycles successifs de négociations visant à réaliser progressivement un niveau de libéralisation plus élevé.

9. Seuls le Protocole du MERCOSUR et la Décision 439 de la Communauté andine prévoient qu'aucun écart ne sera autorisé par rapport au principe NPF et au traitement national parmi les membres des deux groupements d'intégration.

10. Cf. Fink et Aaditya (2002).

11. Alors que dans la terminologie similaire de l'AGCS, les mesures en question ne doivent pas constituer une restriction à la fourniture d'un service selon l'un des quatre modes de l'AGCS, les accords de type ALENA restreignent cette exigence à la fourniture transfrontières d'un service. Aucune disposition comparable n'existe dans les chapitres de ces accords consacrés à l'investissement. Parallèlement, dans l'ANZCERTA, la formulation relative à l'agrément et à la certification n'est pas juridiquement contraignante.

12. De fait, on peut soutenir que l'Article VII de l'AGCS autorise une plus grande sélectivité initiale dans le choix des partenaires en matière d'harmonisation réglementaire, alors que les ACR prévoient une convergence entre pays dont le régime réglementaire peut ne pas concorder parfaitement. Il existe, bien sûr, une différence importante entre les ACR et l'AGCS dans la mesure où le traitement préférentiel (y compris en matière réglementaire) peut être entièrement protégé en vertu de l'Article V de l'AGCS ; alors que les membres de l'OMC doivent être préparés en vertu de l'Article VII à étendre les privilèges de reconnaissance à l'ensemble des membres désireux et capables de satisfaire aux exigences réglementaires nationales.

13. En vertu du chapitre de l'ALENA sur les services financiers, le Mexique a été autorisé à imposer des limitations aux parts de marché au cas où les seuils convenus en termes de participation étrangère au capital – 25 et 30 % respectivement pour les banques et les maisons de titres – seraient atteints avant 2004. Le Mexique ne peut avoir recours à ces dispositions qu'une fois durant la période 2000-2004 et ne peut les imposer que pour une durée de trois ans. Ces mesures ne pourront en aucun cas être maintenues après 2007. Il convient de noter qu'à ce jour, le Mexique n'y a pas eu recours, même alors que la participation agrégée du capital étranger dans son système financier est aujourd'hui bien supérieure aux seuils décrits ci-dessus. Cf. Sauvé (2002), pp. 326-335.

14. En vertu de l'Accord de libre-échange entre l'AELE et Singapour, les demandes de consultations présentées par une partie, dans le cas où l'on peut estimer que des pratiques en matière de subventions affectant le commerce de services produisent des effets dommageables, doivent être considérées avec bienveillance. Le Nouvel accord de partenariat conclu entre le Japon et Singapour contient des dispositions génériques sur les subventions, applicables à la fois aux marchandises et aux services.

15. Il faut cependant rappeler qu'en dépit de progrès notables dans les ACR, les pratiques en matière de marchés publics continuent, dans la plupart des cas, de relever de pratiques discriminatoires. Dans le cas de l'ALENA, par exemple, en dépit du fait que le champ des achats couverts ait quadruplé par rapport au résultat de l'Accord de libre échange conclu en 1987 entre le Canada et les États-Unis, les entités couvertes ne représentaient qu'un dixième des marchés publics civils de l'Amérique du nord au moment où l'accord est entré en vigueur. Cf. Hart et Sauvé (1999), pp. 203-221.

16. Pour une analyse plus complète du traitement des marchés publics dans les ACR, Cf. section sur les marchés publics ci-dessous.

17. Pour un examen plus complet du traitement de l'investissement et de la mobilité de la main-d'œuvre dans les ACR, cf. sections sur la mobilité du travail et l'investissement.

18. Cette notion recouvre habituellement quatre catégories distinctes auxquelles des privilèges préférentiels temporaires en matière d'entrée sont accordés : hommes d'affaires en visite, négociants et investisseurs, agents transférés au sein d'une entreprise et professions libérales.

19. On pourrait soutenir qu'une telle disposition est plus ou moins implicite dans l'Accord, en ce sens qu'il permet uniquement aux États membres de maintenir des obligations de présence locale dans des secteurs inscrits dans la liste d'engagements (en vertu des modes 1 et 2) dans la mesure où ces dispositions non conformes apparaissent explicitement dans leurs listes. Toutefois, aucune discipline de ce type ne s'applique aux secteurs ne figurant pas dans les listes des membres de l'AGCS ou dans les modes de fourniture pour lesquels les membres de l'OMC ne sont pas soumis à une contrainte de libéralisation. En revanche, dans l'ALENA, le droit de non-établissement est une obligation à caractère général vis-à-vis de laquelle des réserves visant à préserver l'existence de mesures non conformes peuvent être émises.

20. Il convient cependant de rappeler qu'un certain nombre de facteurs économiques (ex. économies d'échelle provenant d'un marché régional plus large) et de variables stratégiques (ex. maintien de règles d'origine sectorielles discriminatoires au sein d'un ACR) peuvent affecter les profils mondiaux d'investissement, comme évoqué dans la section sur l'investissement.

21. De fait, l'objectif d'attirer des volumes plus importants d'IDE, y compris en provenance de pays tiers, est souvent un objectif central des ACR. Pour cette raison, il existe généralement peu d'exemples de cas dans lesquels les avantages d'un ACR dans le domaine des investissements soient limités aux personnes morales détenues ou contrôlées par des nationaux d'un pays membre. Parmi les ACR examinés dans le présent document, seuls le MERCOSUR et le Pacte andin comportent de telles restrictions.

22. Cf. Sauvé (2000), pp. 72-85.

23. L'objet du débat figurant ci-après est de noter ces différences sans prôner une hiérarchie implicite quant au caractère souhaitable des deux approches considérées. Chacune présente des avantages et des inconvénients. Toutefois, les aspects de nature à améliorer la gouvernance inhérents à l'approche de liste négative ont été soulignés par plusieurs observateurs [Cf. en particulier : Sauvé (1996), pp. 37-56 ; Snape et Bosworth (1996), pp. 185-203 ; OMC (2001c), et Stephenson (2002), pp.187-209].

24. Les membres du MERCOSUR ont adopté une version légèrement différente de l'approche de liste positive en vue de libéraliser le commerce de services au sein de la région. Selon le Protocole du MERCOSUR de Montevideo sur le commerce de services, des cycles annuels de négociations reposant sur l'établissement d'un calendrier de nombres croissants d'engagements dans l'ensemble des secteurs (sans exclusions) doivent se traduire par l'élimination de toutes les restrictions au commerce de services parmi les membres du groupe d'ici dix ans à compter de l'entrée en vigueur du Protocole, qui n'est pas encore effective. Cf Stephenson (2001*b*), pp. 163-185. Cf. aussi Pena, (2000), pp.154-168.

25. La Communauté andine a adopté une version quelque peu différente de l'approche par liste négative. La décision 439 sur le commerce des services spécifie que le processus de libéralisation doit commencer lorsque des inventaires nationaux exhaustifs (non-contraignants) des mesures affectant le commerce de services pour l'ensemble des membres de la Communauté andine seront finalisés. Les restrictions discriminatoires qui figurent dans ces inventaires doivent être levées progressivement par le biais d'une série de négociations, aboutissant à un marché commun exempt d'obstacles au commerce de services sous une période de cinq ans devant se terminer en 2005.

26. Il convient cependant de noter que la plupart des ARC employant une approche par liste négative de la libéralisation comportent des réserves dites "non-consolidées", dressant une liste des secteurs dans lesquels les membres souhaitent préserver le droit d'introduire de nouvelles mesures non-conformes à l'avenir. Dans de nombreux ACR, en particulier ceux calqués sur l'ALENA, ces réserves obligent néanmoins les pays membres à établir une liste des mesures discriminatoires ou empêchant l'accès dont l'incidence sur les services étrangers ou fournisseurs de services étrangers pourrait à l'avenir être rendue plus lourde.

27. Cf. Hoekman et Sauvé (1994), et Stephenson (2001*a*).

28. Dans l'ALENA, par exemple, les niveaux infra nationaux d'administration se sont vu à l'origine accorder deux ans supplémentaires pour finaliser leur liste de mesures non-conformes relatives aux services et à l'investissement. Les parties à l'ALENA ont ensuite décidé de ne pas finaliser ces listes au niveau infra national, en optant plutôt pour un *statu quo* s'agissant des mesures non-conformes existantes. La conformité avec l'élaboration de listes négatives a également été problématique ailleurs dans l'hémisphère occidental, un certain nombre d'accords ayant été conclus sans que ces listes aient été finalisées et sans date limite ferme pour ce faire. L'incapacité des "utilisateurs" à avoir accès aux informations contenues dans les listes négatives relatives à ces accords prive ces derniers d'une importante caractéristique de bonne gouvernance.

29 Pour une analyse détaillée des problèmes rencontrés dans la réalisation du programme de marché unique des services dans le cadre de l'Union européenne, cf. Commission des Communautés européennes (2002).

30 Les négociations de l'AGCS sur les services financiers, et notamment, l'élaboration de l'Accord de l'AGCS sur les engagements en matière de services financiers, ont bénéficié des éléments recueillis à l'occasion du traitement de l'ouverture des marchés financiers au niveau régional. C'est notamment le cas au titre de l'ALENA, dont le chapitre 14 traitait (en 1993) d'un éventail de questions qui figureraient en bonne place dans les négociations de l'accord de l'OMC sur les services financiers en date de 1997. Cf. Sauvé et Gonzalez-Hermosillo (1993). Cf. également Leroux, (1995).

31. Les pays membres de l'UE n'ont ainsi pas encore mis en place la cadre réglementaire destiné à renforcer la concurrence requis pour l'achèvement d'un marché intégré des services de télécommunications.

RÉFÉRENCES

Commission des Communautés européennes (2002), "*Le marché intérieur des services : état des lieux – Rapport de la Commission et du Conseil au Parlement européen*", présenté dans le cadre de la première étape de la Stratégie du marché intérieur pour les services, COM(2002)41 Final, Bruxelles, (30 juillet).

Fink, C. and A. Mattoo (2002), "*Regional Agreements in Services: Some Conceptual Issues*", mimeo, Banque mondiale, Washington, D.C.

Grain (2001), "*TRIPS-plus" through the back door – How bilateral treaties impose much stronger rules for IPRs on life than the WTO*", Genetic Resources Action International in co-operation with SANFEC (voir: http://www.grain.org/publications/trips-plus-en.cfm), juillet.

Hart, M. et P. Sauvé (1999), "*Does Size Matter? Canadian Perspectives on the Development of Government Procurement Disciplines in North America*", dans Hoekman, B. et P. Mavroidis (eds.), Law and Policy in Public Purchasing, University of Michigan Press, Ann Arbor.

Hoekman, B. et P. Sauvé (1994), "*Liberalising Trade in Services*", World Bank Discussion Paper No. 243, Banque mondiale, Washington, D.C.

Leroux, E. (1995*), "Le libre-échange nord-américain et les services financiers*", Collection Minerve, Montréal : Editions Yvon Blais.

OCDE (2001), "*Intégration Régionale : Effets Commerciaux et Autres Effets Économiques Observés*", TD/TC/WP(2001)19/FINAL, Paris.

OCDE (2002), "*GATS: The Case for Open Services Markets*", OECD, Paris.

OMC (2001), "*Market Access: Unfinished Business - Post Uruguay Round Inventory*", Special Study No. 6, Genéve.

Pena, M-A. (2000), "*Services in MERCOSUR: The Protocol of Montevideo*", dans Stephenson, S. M., (ed.), "*Services Trade in the Western Hemisphere: Liberalisation, Integration and Reform*", Unité en charge du commerce de l'Organisation des États américains et Brookings Institution Press, Washington, D.C.

Sauvé, P. et B. Gonzalez-Hermosillo (1993), "*Implications of the NAFTA for Canadian Financial Institutions*", dans C.D. Howe Institute Commentary, No. 44 (avril), C.D. Howe Institute,Toronto.

Sauvé, P. (1996), "*Services and the International Contestability of Markets*", dans Transnational Corporations, Vol. 5, No. 1, (avril).

Sauvé, P. (2000), "*Making Progress on Trade and Investment: Multilateral vs. Regional Perspectives*", dans Stephenson, Sherry M. (ed.), *Services Trade in the Western Hemisphere: Liberalisation, Integration and Reform*, Unité en charge du commerce de l'Organisation des États américains et Brookings Institution Press, Washington, D.C.

Sauvé, P. (2002*), "Completing the GATS Framework: Safeguards, Subsidies and Government Procurement"*, dans Hoekman, B., A. Mattoo et P. English, (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, Banque mondiale, Washington, D.C.

Snape, R. and M. Bosworth (1996), "*Advancing Services Negotiations"*, dans Schott, J., (ed.), *The World Trading System: Challenges Ahead*, Institut d'economie internationale, Washington, D.C.

Stephenson, S. (2001*a), Deepening Disciplines for Trade in Services*, OAS Trade Unit Studies: Analyses on Trade and Integration in the Americas, Organisation des États américains, (mars), Washington, D.C.

Stephenson, S. M. (2001*b*), "*Services"*, dans Salazar-Xirinachs, J-M. et M. Robert, (eds.), *Toward Free Trade in the Americas*, Unité en charge du commerce de l'Organisation des États américains et Brookings Institution Press, Washington, D.C.

Stephenson, S. M. (2002), "*Regional Versus Multilateral Liberalisation of Services"*, dans World Trade Review, Vol, 1, No. 2, (juillet).

Chapitre 2

MOBILITÉ DE LA MAIN-D'OEUVRE

par

Julia Nielson

Résumé : Ce chapitre examine la portée et le contenu des dispositions relatives à la circulation des personnes physiques dans toute une série d'accords commerciaux régionaux (ACR) et les compare aux dispositions du mode 4 de l'AGCS. Au total, 22 ACR sont examinés, qui couvrent à la fois des pays développés et des pays en développement et proposent diverses approches de la mobilité de la main-d'œuvre. Les ACR prennent deux formes fondamentales – soit ils prévoient la mobilité intégrale ou quasi-intégrale de la main-d'œuvre, soit ils prévoient la mobilité de certaines catégories de personnes exerçant des activités en rapport avec le commerce. Dans chacun de ces cas, les accords contiennent généralement des catégories de dispositions similaires, les différences reflétant, semble-t-il, l'ampleur et l'étendue des engagements plutôt que des approches fondamentalement différentes. La relation symbiotique entre l'AGCS et les ACR est mise en évidence – certains ACR ont servi de modèles pour l'AGCS, tandis que d'autres prennent à leur tour comme modèle le cadre de l'AGCS, parfois en s'y référant simplement. Les ACR servent également de modèles pour les uns et les autres.

Les ACR sont regroupés selon l'optique dans laquelle ils abordent la mobilité de la main-d'œuvre. Les observations faites dans ce chapitre quant à la question de savoir si tel ou tel ACR contient des dispositions supplémentaires par rapport à l'AGCS, s'appuient sur la présence ou l'absence, dans ces accords, d'éléments qui ne sont pas traités dans les dispositions générales de l'AGCS, et non sur les engagements spécifiques des membres de l'OMC. Les éléments supplémentaires peuvent inclure, par exemple, l'accès au marché du travail, un accès spécial au marché ou des visas pour certaines catégories de personnes, notamment autres que les fournisseurs de services, et la création de chapitres distincts dans les ACR traitant de toute circulation temporaire, notamment en liaison avec des investissements ou avec des échanges de biens ou d'investissements.

Principaux points

Les mouvements des travailleurs ou mobilité de la main-d'œuvre donnent lieu à un large éventail de dispositions dans les accords commerciaux régionaux (ACR). Certains de ces ACR réglementent la mobilité des personnes, d'une manière générale (c'est-à-dire migration permanente et non travailleurs compris) ; d'autres prévoient la libre circulation de la main-d'œuvre (y compris la libre entrée sur le marché du travail local) ; d'autres se bornent à faciliter la mobilité de certaines catégories d'activités liées aux échanges ou à l'investissement ; et d'autres encore, comme les AGCS, se limitent aux mouvements temporaires et exclusivement à ceux des fournisseurs de services (excluant expressément la pénétration sur le marché du travail et la migration permanente). Par ailleurs, certains portent sur les travailleurs de tous les niveaux de qualification, alors que d'autres concernent seulement les catégories les plus qualifiées.

La diversité des approches de la mobilité de la main-d'œuvre dans les ACR tient à une série de facteurs, parmi lesquels le degré de proximité géographique des parties, la similitude des niveaux de développement, ainsi que d'autres liens culturels et historiques. Si, en règle générale, les accords entre pays géographiquement proches et d'un niveau de développement similaire se montrent plus libéraux en matière de mobilité de la main-d'œuvre [c'est le cas, par exemple, pour l'UE, l'AELE, de l'EEE, l'Accord sur l'espace économique européen, l'Accord trans-tasmanien sur les voyages] que les accords entre pays géographiquement éloignés et à stades de développement différents [comme l'APEC (Forum de coopération économique Asie Pacifique) et l'Accord États-Unis – Jordanie], ce n'est pas toujours le cas (on songe par exemple au MERCOSUR et au SAARC (Accord pour la coopération régionale de l'Asie du sud-est).

Il peut être difficile de déterminer si les ACR examinés ici offrent une plus grande libéralisation que ne le font les pays concernés dans le cadre des Accords de l'OMC. Les dispositions relatives à la mobilité de la main-d'œuvre dans le cadre de l'OMC sont limitées aux mouvements des fournisseurs de services prévus dans l'AGCS, et l'accès offert par l'AGCS est fonction des engagements spécifiques des membres ; en d'autres termes, si l'AGCS concerne les fournisseurs de services à tous les niveaux de qualification, les engagements des membres sont généralement limités aux catégories possédant des qualifications de niveau supérieur. De fait, un ACR qui offre un accès général à certaines catégories de personnel, mais qui exclut certains secteurs, peut introduire une plus grande libéralisation ou simplement refléter le niveau existant des engagements d'un pays au titre de l'AGCS (pour ce qui est des engagements effectifs, les ACR entre membres de l'OMC ne vont normalement pas offrir des conditions d'accès plus restrictives que celles concédées dans le cadre de l'AGCS, pour des raisons évidentes). Pour savoir si l'accès offert par des parties prises individuellement va ou non au-delà des règles de l'AGCS demande donc une analyse au cas par cas.

Lorsqu'on parle dans la présente note de certains accords commerciaux régionaux qui comportent des dispositions allant au-delà des règles de l'AGCS, c'est généralement que les accords en question comportent des éléments que ne contiennent pas les dispositions générales de l'AGCS, plutôt que les engagements spécifiques des membres de l'OMC. Parmi les éléments qui vont au-delà de l'AGCS, on peut mentionner par exemple : l'accès au marché du travail (UE, AELE, EEE, Accord transtasmanien sur les voyages) ; le traitement véritablement national et l'accès au marché des fournisseurs de services (ANZCERTA) ; les engagements en matière de visas (ALENA), y compris pour des groupes plus

larges que les seuls fournisseurs de services (Accord États-Unis-Jordanie) ; l'accès spécial au marché ou la facilitation de l'accès pour certains groupes, y compris pour des groupes plus larges que les seuls fournisseurs de services (Communauté des Caraïbes, ALENA, Canada-Chili, Accords européens, APEC) ; les chapitres distincts consacrés à tout ce qui est mouvements temporaires, y compris ceux de l'investissement (Accord Japon-Singapour) ou les échanges de biens ou d'investissement (Groupe des trois) ; les dispositions spécifiques touchant le personnel essentiel pour les investissements [UE-Mexique, ZLEA (Zone de libre-échange des Amériques)] ; l'extension du traitement de l'OMC aux membres, non membres de l'OMC (Zone de libre-échange de l'ANASE) ; ou l'absence de discrimination pour les travailleurs, même autres que les fournisseurs de services (accords d'association euro-méditerranéens).

En outre, pour évaluer le degré de libéralisation offert dans un ACR et le comparer aux règles visées dans l'AGCS, il convient de lire simultanément les dispositions des ACR relatives à la mobilité de la main-d'œuvre et celles des mêmes accords relatives à la fourniture de services. La facilitation des mouvements de personnes ne s'accompagne pas automatiquement du droit de fournir des services spécifiques ; les possibilités effectives dépendent aussi du degré de libéralisation de secteurs particuliers des services. Cette remarque vaut non seulement pour les accords où la mobilité de la main-d'œuvre est visée exclusivement au titre du mode 4 du chapitre des services (MERCOSUR, Accord UE-Mexique, Accord États-Unis-Jordanie, par exemple) mais aussi pour les accords prévoyant une liberté générale de mouvement (comme l'UE) ou lorsque le mouvement des personnes physiques, pour des raisons liées à l'offre de services ou à l'investissement, fait l'objet d'un chapitre distinct (Accord Japon-Singapour). Par ailleurs, plusieurs accords excluent certains secteurs des services de leur champ d'application (ANZCERTA, Accord UE-Mexique, Accords européens par exemple) ou appliquent des règles spéciales à certains secteurs (UE, Accord UE-Mexique, par exemple). En général, le droit à la mobilité de la main-d'œuvre n'entraîne pas automatiquement le droit d'exercer une certaine profession ; les réglementations nationales en matière de licences et de reconnaissances des qualifications continuent d'être appliquées et les candidats doivent satisfaire à la totalité des critères et des conditions.[1]

Il convient aussi de faire remarquer que l'évaluation du degré de libéralisation offert par différents accords est rendue complexe par de profondes différences dans les méthodes employées : on peut facilement tomber dans le piège consistant à comparer ce qui n'est pas comparable. Comparer les catégories d'exceptions prévues par différents accords révèle peu de choses : certaines catégories de restrictions sont inutiles lorsque l'accord n'offre pas une certaine forme d'accès. L'UE, par exemple, prévoit le droit général de circuler et de travailler partout dans l'Union et il est donc nécessaire de préciser que certains emplois de la fonction publique sont réservés aux ressortissants nationaux. On ne trouve pas de dispositions de cet ordre dans les autres accords parce qu'ils n'ouvrent pas l'accès général au marché du travail qui rendrait cette exception nécessaire. De même, la prudence s'impose lorsque l'on compare le degré de libéralisation résultant d'accords offrant une large mobilité de la main-d'œuvre, mais excluant certains secteurs, et celui qui résulte d'accords portant sur la totalité des secteurs, mais qui limitent la mobilité accordée à certains groupes bien déterminés.

Les accords qui ne prévoient pas la mobilité totale de la main-d'œuvre ou des fournisseurs de services (Accord UE-Mexique, l'ALENA, Accord Canada-Chili, Accord États-Unis-Jordanie, MERCOSUR, Accord Japon-Singapour, le Groupe de trois, par exemple) ont tendance à comporter des exclusions analogues à celles que contient l'AGCS, quant ils ne reprennent pas mot-à-mot les termes employés dans cet accord. C'est ainsi que ces accords excluent généralement la migration permanente et l'accès au marché du travail (encore que l'ALENA et l'Accord Canada-Chili autorisent l'admission temporaire de certaines catégories de personnes sur le marché du travail) ; ils n'empiètent pas sur le droit des pays à réglementer l'admission et le séjour des particuliers (sous réserve que ces pays n'annulent pas et ne compromettent pas les engagements spécifiques contractés). Certains

accords (l'Accord entre l'UE et le Mexique et une proposition de la ZLEA) semblent exclure une prérogative plus large des parties en matière de réglementation, et notamment des réglementations concernant l'emploi, les conditions de travail et l'établissement des personnes physiques dans la formulation générale des mesures qu'un membre peut prendre à condition que ces mesures ne soient pas appliquées de manière à annuler ou à compromettre les avantages découlant d'un engagement spécifique (conformément au paragraphe 4 de l'Annexe de l'AGCS sur le mouvement des personnes physiques).

Si certains accords autorisent la mobilité générale des personnes physiques et confèrent des droits en matière d'immigration (l'UE, par exemple) la majorité des accords prévoient uniquement des conditions spéciales d'admission ou la facilitation des conditions d'admission existant dans le cadre des accords d'immigration existants. Dans la plupart des accords, la mobilité de la main-d'œuvre ne l'emporte pas sur la législation générale en matière de migration et les parties conservent une grande latitude en matière d'octroi, de rejet et de délivrance des permis de séjour et des visas. Par ailleurs, certains accords (accords euro-méditerranéens, par exemple) stipulent que les clauses de libéralisation de l'accord ne peuvent être invoquées pour contester une décision des autorités d'immigration de rejeter une admission sur le territoire et que le règlement des différents survenus dans le cadre de l'accord ne peut être invoqué que dans les cas où la question concerne des pratiques récurrentes et où les voies de recours locales ont été épuisées (Accord Canada-Chili, ALENA, par exemple).

Tout en comprenant le mode 4 dans le chapitre relatif aux services, certains accords (la ZLEA, par exemple) comportent aussi des dispositions sur la capacité des sociétés à étendre au personnel essentiel le chapitre relatif à l'investissement. De même, l'Accord-cadre sur l'investissement conclu dans le cadre de l'ASEAN prévoit une plus grande liberté pour les mouvements de travailleurs qualifiés et de professionnels ; l'accord États-Unis-Jordanie inclut des engagements en matière de visas pour les investisseurs et la section relative aux services financiers de l'accord UE-Mexique comporte des dispositions relatives à la nationalité du personnel essentiel. Si ces dispositions concernent peut-être davantage le mode 3 (établissement), elles montrent les liens qui existent entre les modes 3 et 4. Elles vont au-delà des règles de l'AGCS, en ce sens que l'AGCS ne contient pas de dispositions détaillées touchant ce personnel ; elles reflètent aussi simplement, semble-t-il, la réalité des engagements pris par les membres de l'OMC dans le cadre de l'AGCS, dont beaucoup sont plus libéraux à l'égard des mouvements relevant du mode 4 qui sont liés au mode 3 (cas, par exemple, des individus transférés entre des sociétés du même groupe). D'autres accords consacrent un chapitre distinct à toute forme de mouvement temporaire d'hommes ou de femmes d'affaires, qu'ils se déplacent pour des raisons liées à des biens, à des services ou à un investissement (voir notamment le Groupe des trois et plusieurs accords bilatéraux en Amérique latine) ; ou regroupent les individus transférés entre sociétés du même groupe, les fournisseurs de services et les investisseurs dans un chapitre séparé consacré au mouvement des personnes physiques (l'Accord Japon-Singapour, par exemple).

Enfin, la relation symbiotique entre l'AGCS et les ACR ressort aussi des accords choisis. L'ALENA a servi de modèle aux dispositions de l'AGCS concernant l'admission temporaire (c'est le cas, par exemple, de la définition de l'adjectif "temporaire" par la négative) et, à leur tour, d'autres ACR ont pris l'AGCS comme modèle (Accord UE-Mexique, Accord États-Unis-Jordanie, MERCOSUR), parfois en s'y référant simplement (Accord États-Unis-Jordanie). Les ACR se reprennent aussi les uns des autres – l'Accord Canada-Chili s'inspire largement du modèle de l'ALENA ; bon nombre d'accords entre pays d'Amérique latine se ressemblent fortement et l'on sent nettement l'influence à la fois de l'ALENA et de l'Accord UE-Mexique dans certaines propositions à l'examen dans le cadre de la ZLEA. Pour ce qui est de la mobilité de la main-d'œuvre, les ACR prennent fondamentalement deux formes générales – soit ils prévoient la mobilité intégrale ou quasi-intégrale de la main-d'œuvre, soit ils prévoient la mobilité de certaines catégories de personnes

exerçant des activités en rapport avec le commerce. Dans chacun de ces cas, les accords contiennent généralement des catégories de dispositions similaires, les différences reflétant, semble-t-il, l'ampleur et l'étendue des engagements plutôt que des approches fondamentalement différentes.

Dispositions de l'AGCS

Les Accords de l'OMC ne contiennent aucune clause sur la mobilité de la main-d'œuvre. Toutefois, la mobilité des personnes physiques en tant que fournisseurs de services est visée par le mode 4 de l'AGCS qui est défini comme étant "la fourniture d'un service… par un fournisseur de services d'un membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un membre sur le territoire de tout autre membre". Sont inclus les fournisseurs de services indépendants et les travailleurs indépendants, ainsi que les salariés étrangers des sociétés étrangères établies sur le territoire d'un membre.[2] L'AGCS s'applique aux ressortissants et aux résidents permanents lorsque le membre cherchant à fournir des services à l'étranger n'a pas de ressortissants faisant l'affaire ou qu'il accorde sensiblement le même traitement à ses résidents permanents et à ses ressortissants (cependant, dans de tels cas, le pays doit notifier le Conseil sur le commerce des services).

L'Annexe de l'AGCS sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de l'Accord prévoit deux limites importantes au mode 4. C'est ainsi que le paragraphe 1 de cette Annexe stipule que l'AGCS ne s'applique pas aux "mesures affectant les personnes physiques qui cherchent à accéder au marché du travail d'un membre, ni … aux mesures concernant la citoyenneté, la résidence ou l'emploi à titre permanent". L'AGCS est donc limité aux mouvements temporaires, même si aucune définition du terme "temporaire" n'a été donnée et même si les membres ont adopté des approches très diverses.

Le paragraphe 4 de l'Annexe indique : l'AGCS "n'empêchera pas un membre d'appliquer des mesures pour réglementer l'admission ou le séjour temporaire des personnes physiques sur son territoire, y compris les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité de ses frontières et assurer le passage ordonné de ses frontières par les personnes physiques, à condition que ces mesures ne soient pas appliquées de manière à annuler ou à compromettre les avantages découlant pour tout membre des modalités d'un engagement spécifique". Des prescriptions discriminatoires en matière de visa ne sont pas considérées en soi comme annulant ou compromettant ces avantages.

L'AGCS n'offre pas d'accès garanti aux fournisseurs du mode 4 ; l'accès étant fonction de la nature des engagements spécifiques de chaque membre. D'une manière générale, les engagements au titre du mode 4 comportent de nombreuses restrictions ; ils concernent principalement des individus transférés entre des sociétés d'un même groupe et sont souvent subordonnés aux critères utilisés pour procéder à l'examen des besoins économiques. Si le mode 4 couvre les fournisseurs de services à tous les niveaux de qualifications, les engagements des membres ont tendance à être limités aux catégories possédant des qualifications de niveau supérieur, comme les cadres, les spécialistes et les professionnels. L'accès au titre du mode 4 peut aussi être entravé par les exemptions du régime NPF et les prescriptions en matière de licence, y compris la reconnaissance des qualifications, ainsi que par les restrictions au titre du mode 3. L'AGCS ne comporte pas de dispositions spécifiques visant à faciliter l'admission, même si des pays peuvent avoir pris individuellement des engagements spécifiques prévoyant des mesures à cet effet.[3]

Dispositions des accords commerciaux régionaux

Les ACR examinés ci-après ont été divisés en sept grandes catégories, selon l'optique dans laquelle ils abordent la mobilité de la main-d'œuvre. Le classement a été fait en fonction des dispositions contenues dans les textes et non d'après celles qui ont été effectivement appliquées, car

cela dépasserait le champ de la présente étude et se révélerait dans certains cas difficile à évaluer avec précision et objectivité. Le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) est ainsi classé sous "mobilité complète de la main-d'œuvre" car tel est l'objectif proclamé de cet accord, même s'il est encore loin d'avoir été atteint à ce jour. Plusieurs accords comportent d'ores et déjà un programme de travaux futurs (les accords euro-méditerranéens comportent, par exemple, l'engagement d'établir un dialogue pour étudier les moyens de faire avancer la question de la mobilité de la main-d'œuvre ; le Groupe des trois et d'autres accords latino-américains prévoient la création de groupes de travail sur les admissions temporaires) mais on a prévu une catégorie distincte ("travaux en cours") pour les accords qui sont toujours en cours de négociation (ZLEA, SADC, par exemple). Dans le premier cas, les parties ont clairement adopté une décision qui reste à être appliquée ou du moins elles sont convenues d'un processus ; dans le deuxième cas, on ne peut dire avec certitude ce dont les parties sont convenues. En outre, les catégories présentées ci-après revêtent un caractère purement indicatif et l'on retrouve certaines similitudes entre des accords classés dans des catégories différentes – l'ALENA et l'Accord États-Unis-Jordanie contiennent tous deux, par exemple, des dispositions relatives aux visas.

Accords prévoyant la complète mobilité de la main-d'œuvre

Union européenne

L'UE prévoit un large droit à la mobilité de la main-d'œuvre. Au titre de l'une des libertés fondamentales du marché unique, l'Article 18 du Traité instituant la CE confère à chaque citoyen de l'UE le droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (sous réserve de certaines limitations et conditions). En outre, les dispositions de ce Traité s'appliquent à la circulation des salariés, des travailleurs indépendants et des fournisseurs de services (y compris ceux qui sont affectés temporairement dans un autre État membre) :

- La libre circulation des travailleurs (Article 39) comporte l'accès à l'emploi dans un autre État membre ; les droits de résidence (avec sa famille) dans un autre État membre (pour ceux qui recherchent un emploi, un délai de six mois est normalement applicable) ; et l'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail et les avantages liés à l'emploi.

- Le droit d'établissement (Article 43) inclut le droit d'exercer une activité non salariée, soit en constituant le centre professionnel principal soit en créant une filiale, dans les mêmes conditions que celles qui sont applicables aux ressortissants nationaux (sous réserve des dispositions relatives au capital).

- La liberté de fournir des services (Article 49) inclut les activités de caractère commercial et industriel, ainsi que les activités artisanales et les professions libérales exercées de façon temporaire[4] dans les mêmes conditions que celles qui sont applicables aux ressortissants nationaux (ou, lorsqu'un service n'a pas été libéralisé, les restrictions doivent s'appliquer également aux ressortissants nationaux et aux autres ressortissants de l'UE).

Aucun visa, ni permis de travail n'est requis, bien qu'un permis de résidence puisse l'être.[5] Même dans le régime très libéral prévu par l'UE, des exceptions sont applicables pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Néanmoins, toutes les mesures prises doivent être justifiées par l'existence d'une véritable menace pesant sur un intérêt fondamental de la collectivité et être conformes aux dispositions de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales et au principe de proportionnalité. Les motifs invoqués ne peuvent l'être pour servir des objectifs économiques. Les limites apportées à la liberté de fournir des services peuvent aussi être déterminées par le degré de libéralisation dans un secteur donné

des services. Par ailleurs, les conditions particulières s'appliquent à la fourniture de services de transport et aux services bancaires et d'assurance. En outre, certains postes relevant des services publics peuvent être réservés aux ressortissants nationaux.

En vertu de l'EEE, le Traité de l'UE sur la libre circulation des personnes a été élargi de façon à inclure les états de l'AELE et de l'EEE (voir ci-après).

Accord sur l'Espace économique européen (EEE)

Cet accord autorise les ressortissants des pays de l'EEE à se rendre dans tous les États membres de l'UE en tant que travailleurs, y compris travailleurs indépendants, fournisseurs de services ou bénéficiaires de services.[6] Les travailleurs peuvent séjourner ou circuler librement dans les États membres de l'UE et de l'AELE pour les besoins de leur emploi et séjourner sur le territoire des États membres de l'UE et de l'AELE après avoir été employés. Toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et d'emploi. L'emploi dans la fonction publique (c'est-à-dire l'exercice de l'autorité des pouvoirs publics) est toutefois exclu. Les droits d'établissement sont aussi garantis, y compris pour les travailleurs indépendants. Les exceptions concernent la fonction publique, la sécurité publique, la santé publique et l'exercice de l'autorité publique. Il n'existe aucune restriction à la liberté de fournir des services et les fournisseurs des services temporaires jouissent du traitement national. Des exceptions s'appliquent à l'exercice de l'autorité publique et les services de transport, financiers, audiovisuels et des télécommunications sont assujettis à des conditions spéciales.

Association européenne de libre échange (AELE)

Des dispositions similaires se trouvent dans l'Accord portant amendement de la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange, l'AELE (signée le 21 juin 2001 et entrée en vigueur le 1er juin 2002 parallèlement aux accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE).[7] Les amendements en question s'étendent pour une large part à l'ensemble de la zone de l'AELE (c'est-à-dire Suisse comprise), les arrangements existant entre des pays de l'AELE et de l'EEE (Islande, Liechtenstein, Norvège) et entre la Suisse et l'Union européenne. Cet accord prévoit la libre circulation des personnes, qu'il s'agisse de travailleurs, y compris de travailleurs indépendants ou de personnes sans emploi rémunéré, disposant par ailleurs de moyens financiers suffisants (et, dans certaines conditions, des membres de leur famille). Il confère le droit d'accès au travail, d'entrée/sortie et d'établissement (de résidence), le droit de fournir des services pendant une période maximale de 90 jours par an et le droit à l'égalité de traitement. Ces droits s'appliquent à toutes les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui sont intégrées dans le marché du travail ordinaire de l'un des États membres de l'AELE. Aucun visa n'est requis. Il existe toutefois certaines limites et des périodes transitoires [8] et des dispositions particulières sont applicables aux travailleurs frontaliers ; aux activités de service public et d'autorité publique ; ainsi qu'à l'acquisition de biens immobiliers en Suisse.

Le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA)

Le Traité instituant le Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe prévoit la mise en place d'une communauté à l'intérieur de laquelle les marchandises, les services, les capitaux et la main-d'œuvre sont libres de circuler d'un pays membre à l'autre. L'ensemble du mandat du COMESA est considéré comme un objectif à long terme – l'établissement d'une union monétaire et la libre circulation des personnes *de bonne foi,* y compris le droit d'établissement (statut de communauté économique) sont prévus pour 2025. Entre-temps, le COMESA applique un Protocole sur l'assouplissement progressif et l'élimination finale des prescriptions en matière de visas, ainsi qu'un

Protocole sur la libre circulation des personnes, de la main-d'œuvre, des services, ainsi que sur le droit d'établissement et de résidence.

Accord commercial sur le rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande (ANZCERTA)

Le Protocole relatif aux services prévoit à la fois le plein accès au marché (Article 4) et le traitement national intégral (Article 5) pour tous les fournisseurs de services.[9] Comme le Protocole s'applique à tous les fournisseurs de services, il ne contient pas de définitions détaillées des catégories de personnel et n'établit pas de distinction entre les différents modes de fourniture de services. Certains secteurs de services [10] sont toutefois exclus du champ d'application de l'Accord, lequel est aussi subordonné à la politique des États membres en matière d'investissement étranger (Article 2). L'ANZCERTA ne couvre pas la mobilité générale de la main-d'œuvre mais, semble-t-il, il n'a pas besoin de le faire étant donné qu'en vertu de l'Accord trans-tasmanien sur les voyages, les Australiens et les Néo-zélandais sont libres de vivre et de travailler dans l'un ou l'autre pays pendant une durée illimitée (malgré certaines exceptions concernant, par exemple, les personnes ayant un casier judiciaire). Cet accord ne s'exprime pas sous la forme d'un traité bilatéral contraignant, mais constitue plutôt une série de procédures en matière d'immigration, appliquées par chaque pays et étayées par des expressions conjointes de soutien politique. Cet accord ne fait pas partie de l'ANZCERTA.

Accords prévoyant un accès au marché pour certains groupes y compris pour des groupes autres que des fournisseurs de services et/ou regroupant en un chapitre distinct tout mouvement des personnes physiques/ainsi que les admissions temporaires pour raison d'affaires.

La Communauté des Caraïbes (CARICOM)

Le Protocole II : Établissement, services et capitaux (1998) prévoit la libre circulation des diplômés d'universités, des autres professionnels et personnes qualifiées, et des membres de certaines professions [11] ; ainsi que la liberté de circulation et d'exercice d'une profession (suppression de l'obligation de passeport, facilitation de l'admission aux points d'immigration, suppression de l'obligation de permis de travail pour les ressortissants des pays membres de la Communauté des Caraïbes). Le traitement national est garanti (bien que certaines réserves puissent être formulées), mais il n'existe actuellement aucune disposition relative au traitement NPF. Les exceptions (suivant l'AGCS) concernent les activités qui impliquent l'exercice de l'autorité publique, et les mesures visant à protéger l'éthique publique, la vie de l'homme, des animaux et des végétaux, la sécurité nationale ; le maintien de l'ordre et de la sécurité publics ; ou le respect des lois d'un État membre. Beaucoup de progrès ont été accomplis, mais l'accord n'est pas encore entièrement appliqué.

L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et l'Accord de libre-échange Canada-Chili

L'ALENA qui a précédé l'AGCS, a facilité l'élaboration de cet accord. Le Chapitre 16 de l'ALENA vise à faciliter la circulation des hommes et des femmes d'affaires et la partie correspondante de l'Accord de libre-échange Canada-Chili – le Chapitre K – est calqué sur lui. Ces deux accords se limitent à l'admission temporaire, définie négativement comme ne s'accompagnant pas de l'intention d'établir une résidence permanente, et s'appliquent uniquement aux ressortissants des Parties. L'accès est fondamentalement limité à quatre grandes catégories de personnes : les négociants et les investisseurs, les individus transférés entre des société d'un même groupe, les hommes et femme d'affaires en visite et les professionnels (des définitions détaillées en sont données). Ces groupes ne concernent toutefois pas uniquement les services et peuvent comprendre des personnes exerçant des activités en rapport avec l'agriculture ou l'industrie manufacturière. Les validations d'offres d'emploi ou les évaluations du marché de l'emploi sont supprimées pour les quatre groupes[12],

mais des permis de travail sont requis pour les négociants et les investisseurs, les individus transférés entre des sociétés d'un même groupe et les professionnels, mais non pour les hommes et les femmes d'affaires en visite (voir la note 11). Si des visas restent obligatoires, le tarif perçu au titre du traitement des demandes doit être limité au coût approximatif des services rendus.

Conformément à ces deux accords, les réglementations générales existantes en matière d'immigration (concernant par exemple la santé publique ou à la sécurité nationale) continuent de s'appliquer. Ces deux accords rejettent aussi l'admission si elle risque de compromettre le règlement d'un conflit du travail en cours sur le lieu de travail prévu ou l'emploi de toute personne impliquée dans ledit différend. De même, tous deux spécifient que les clauses relatives au règlement des différends ne peuvent être invoquées relativement au sujet d'une demande d'admission temporaire, à moins que la question en cause reflète une pratique récurrente et que l'homme ou la femme d'affaires ait épuisé les recours administratifs disponibles.

Conformément à l'ALENA, les États-Unis accordent aux professionnels[13] des visas "Trade NAFTA (TN)" (commerce ALENA) d'une durée de un an renouvelable. Les Canadiens peuvent recevoir le statut TN au point d'admission, sur simple présentation d'une lettre émanant d'un employeur des États-Unis, mais les Mexicains doivent à l'heure actuelle, faire en sorte que leur employeur dépose une demande de conditions de travail (bien que cette règle doive être abrogée en janvier 2004), puis faire une demande visa à l'ambassade des États-Unis à Mexico. Il n'existe pas de dispositions visant à faciliter l'admission dans l'Accord Canada-Chili (même si les hommes et les femmes d'affaires chiliens peuvent demander la prorogation de leur autorisation de travail pendant leur séjour au Canada).

Dans le cadre de l'ALENA, les États-Unis appliquent un quota de 5.500 professionnels mexicains, qui doit être abrogé le 1er janvier 2004. L'Accord Canada-Chili ne permet à aucune Partie d'imposer ni de maintenir des restrictions quantitatives touchant les admissions temporaires de travailleurs, à quelque catégorie qu'ils appartiennent.

Accords européens[14]

Les travailleurs ne jouissent pas d'une liberté générale de circulation ; les Parties doivent toutefois autoriser progressivement la fourniture de services par les ressortissants des autres Parties ou par les sociétés établies dans les autres Parties, compte tenu du développement des secteurs des services. Une admission temporaire est prévue pour les personnes physiques qui fournissent un service ; pour le personnel essentiel [15] ; et pour les représentants d'une société ou d'un ressortissant de l'UE ou d'un PECO qui négocient la vente de services ou la conclusion d'accords de vente de services (à condition qu'ils ne procèdent pas à des ventes directes au public et qu'ils ne fournissent pas de services eux-mêmes). Une période de transition horizontale de dix ans est appliquée. Les exceptions générales concernent la fonction publique, la sécurité ou la santé publique, ainsi que les activités liées à l'exercice de l'autorité publique. Des exclusions sectorielles peuvent aussi s'appliquer, avec des variantes selon les pays (secteur des transports pour la Pologne, par exemple). Le droit d'établissement (y compris à titre de travailleur indépendant) est aussi accordé sans distinction et le personnel essentiel peut être affecté à un poste pour une longue durée, à condition que la preuve d'un lien véritable et permanent avec le pays d'origine puisse être administrée. Des exceptions générales (comme indiqué plus haut) et des exclusions sectorielles sont applicables.

Accord de partenariat économique Japon-Singapour (JSEPA)

Le Chapitre 9 (Mouvement des personnes physiques) couvre des mesures qui affectent le mouvement des personnes physiques d'une Partie (les ressortissants japonais et les ressortissants et

résidents permanents de Singapour) admises sur le territoire de l'autre Partie pour raisons d'affaires (concerne également les investisseurs). Les exceptions sont semblables à l'annexe de l'AGCS (par exemple en ce qui concerne la nationalité, la citoyenneté, l'établissement ou l'emploi sur une base permanente). Les conditions d'admission et de résidence sont régies par des engagements spécifiques portant sur les hommes d'affaires en courte visite, les individus transférés au sein d'un même groupe d'entreprises (Annexe VI, Partie A), les investisseurs et les fournisseurs de services indépendants [16] (Annexe VI, Partie B). Les engagements spécifiques ne s'appliquent qu'aux secteurs qui ont fait l'objet d'engagements dans le cadre du Chapitre 7 (Services) et seulement lorsqu'il n'existe pas d'autres restrictions spécifiques au titre du Chapitre 8 (Investissement).[17] L'accord incorpore les exceptions générales de l'Article XIV de l'AGCS (à l'exception de l'Article XIV, paragraphes d) et e) ayant trait à la fiscalité) et reprend les termes de l'Annexe de l'AGCS (paragraphe 4) concernant les mesures réglementant l'entrée et le séjour.

Groupe des Trois[18]

L'admission temporaire des hommes et des femmes d'affaires fait l'objet d'un chapitre distinct (Chapitre XIII) qui mentionne l'existence de relations commerciales préférentielles entre les Parties, souligne les avantages qui découlent d'un assouplissement du régime des admissions temporaires sur une base réciproque et de la mise en place de procédures et de critères transparents applicables aux admissions temporaires. Il mentionne également le besoin d'assurer la sécurité des frontières et de protéger la main-d'œuvre nationale et l'emploi permanent sur le territoire respectif des Parties. (Les exceptions de l'AGCS ont trait à l'accès aux marchés du travail ou à l'emploi permanent et apparaissent au Chapitre X sur les services). L'accord incite chaque Partie à appliquer promptement les mesures relatives à ces admissions afin que les échanges de biens et services, et le déroulement des activités d'investissement ne soient ni entravés, ni retardés. Les Parties s'engagent également à mettre au point et à adopter des normes et des définitions communes, et à harmoniser leurs interprétations concernant la mise en œuvre de ce chapitre. L'accord porte création d'un Groupe de travail sur les admissions temporaires, composé de fonctionnaires des services d'immigration, qui doit se réunir une fois par an.

Des dispositions similaires se retrouvent dans l'Accord Mexique-Nicaragua, l'Accord entre l'Amérique centrale et la République dominicaine, l'Accord Mexique-Chili, l'Accord Mexique-Bolivie et l'Accord Mexique-Costa Rica.

Accords s'inspirant de l'AGCS mais allant plus loin que lui

Accord de libre-échange États-Unis-Jordanie

Dans l'Accord États-Unis-Jordanie, la mobilité de la main-d'œuvre est visée à la section relative au commerce des services (Article 3) qui utilise l'AGCS comme cadre de référence (sauf indication contraire, tous les termes employés à l'Article 3 et les listes qui les accompagnent ont *mutatis mutandis* la signification qu'ils revêtent dans l'AGCS [Article 3.4(a)]. Le traitement du mode 4 est aussi calqué sur l'AGCS – l'Annexe de l'AGCS sur le mouvement des personnes physiques crée des droits et des obligations dans l'Accord États-Unis-Jordanie [Article 3.2(c)(ii)] et des engagements spécifiques figurent dans les listes annexées à l'Accord. [19] L'Accord va tout de même plus loin que l'AGCS, car il contient des engagements précis en matière de visas (Article 8), à la fois pour les négociants indépendants (Article 8.1) et pour les personnes ayant un lien avec l'investissement [20] (Article 8.2), en plus des cas des fournisseurs de services. Les ressortissants jordaniens peuvent bénéficier d'un visa négociants (E-1) et investisseurs (E-2) des États-Unis et les ressortissants des États-Unis qui souhaitent être admis en Jordanie sont assurés de bénéficier d'un traitement similaire.

Ces dispositions sont toutefois assujetties aux lois des Parties qui régissent l'admission, le séjour et l'emploi des étrangers.

Accord de libre-échange UE-Mexique

L'Accord UE-Mexique traite de la mobilité de la main-d'œuvre dans le cadre des échanges de services. Cet accord prévoit la création d'un accord au titre de l'Article V de l'AGCS, fondé sur les principes de l'accès au marché, de la nation la plus favorisée et du traitement national. Les négociations touchant les modalités doivent intervenir dans les trois années suivant l'entrée en vigueur de l'Accord. Les engagements négociés doivent être mis en œuvre au cours d'une période transitoire qui ne doit pas dépasser 10 ans à compter de cette date. L'Accord n'est pas censé aller au-delà des dispositions de l'AGCS relatives à la mobilité de fournisseurs de services. Comme dans l'AGCS, l'accès au titre du mode 4 ne comprendra pas l'accès au marché du travail [Article 3(c)(i)] et les Parties conservent leur droit de réglementer l'admission et le séjour des individus – même si, contrairement à l'AGCS, l'Accord UE-Mexique précise aussi des règles concernant l'emploi, les conditions de travail et l'établissement des personnes physiques [Article 27 (Exceptions)]. L'accès est limité aux ressortissants des Parties [Article 3(f)]. Certains secteurs des services sont expressément exclus du champ d'application des négociations, à savoir l'audiovisuel, les services de transport aérien actuellement non visés par l'AGCS et le cabotage.

Il est fait expressément mention du "personnel essentiel" dans la section distincte relative aux services financiers (Chapitre III). Il y est déclaré que les Parties ne peuvent exiger que le personnel de direction ou essentiel soit d'une nationalité particulière, ni que plus de la majorité simple des conseils d'administration des fournisseurs de services financiers de l'autre Partie soit constituée de ressortissants et/ou de résidents d'une Partie (Article 16). Les Parties peuvent toutefois continuer d'appliquer des mesures non conformes à ces dispositions à condition qu'elles fassent l'objet d'une liste et qu'elles soient soumises à examen en vue de leur modification, de leur suspension ou de leur élimination (Article 17). Si, techniquement parlant, ces règles concernent le mode 3 (établissement) plutôt que le mode 4, elles font ressortir les liens qui existent entre ces deux modes et, en particulier, l'impact des restrictions concernant le mode 3 sur le mode 4 (voir aussi plus loin ZLEA).

Zone de libre-échange de l'ANASE

L'Accord de libre-échange de l'ANASE ne contient pas de dispositions spécifiques sur la mobilité de la main-d'œuvre, même si le mode 4 est visé par les clauses générales relatives aux échanges de services. L'Accord-cadre sur les services de l'ANASE conclu en 1995 prévoyait que les membres entameraient des négociations en vue de prendre des engagements dépassant ceux qui étaient énumérés dans leurs listes existantes de l'AGCS. Les ensembles d'offres ont été finalisés respectivement en 1997 et 1998 et ont porté sur tous les modes de fourniture ainsi que sur des secteurs de services qui n'étaient précédemment pas inclus dans les engagements contractés dans le cadre de l'AGCS. L'ensemble de 1998 prévoyait aussi que les États membres qui étaient membres de l'OMC devaient étendre les engagements spécifiques contractés dans le cadre de l'AGCS aux États membres de l'ANASE qui n'étaient pas membres de l'OMC. L'Indonésie et le Laos doivent encore ratifier cet accord. L'Accord-cadre sur la zone d'investissement de l'ANASE (1998) engage les membres à promouvoir une circulation plus libre des capitaux, de la main-d'œuvre qualifiée, des professionnels et de la technologie entre les États membres de l'ANASE.

Accords d'association euro-méditerranéens avec le Maroc et la Tunisie

Les Accords d'association euro-méditerranéens avec le Maroc et la Tunisie [21] (Titre III, Droit d'établissement et services) réaffirment simplement les obligations de chaque Partie au titre de

l'AGCS. Ils prévoient néanmoins un élargissement futur aux droits d'établissement et à la fourniture de services grâce à la mise au point d'un accord type "intégration économique" dont l'état d'avancement devra être examiné au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur de l'accord. En outre, sous le titre VI "Coopération dans les domaines social et culturel", Chapitre II (Dialogue sur les questions d'ordre social), les Parties conviennent d'entretenir un dialogue permanent pour chercher à progresser dans le domaine des mouvements de travailleurs (Article 69.2) (on notera qu'il s'agit de la totalité des travailleurs et non pas seulement des fournisseurs de services). Le même titre (Chapitre I – Travailleurs) comprend aussi des clauses prévoyant un traitement non discriminatoire en matière de conditions de travail, de rémunération, de licenciement (y compris pour les travailleurs temporaires) (Article 64)[22] et de sécurité sociale (Article 65). Les engagements de non-discrimination en matière de licenciement ne peuvent toutefois être invoqués pour obtenir le renouvellement d'un permis de résidence. L'octroi, le renouvellement et le rejet des permis de résidence demeurent régis par la législation de chaque Partie ou par tout accord bilatéral. Les ressortissants qui résident ou qui travaillent illégalement dans une autre Partie sont exclus (Article 66) et les accords bilatéraux entre des États membres pris en particulier et le Maroc/Tunisie peuvent comporter un traitement plus favorable (Article 68). [23]

Partenariat Nouvelle-Zélande-Singapour en vue d'un rapprochement économique

La mobilité de la main-d'œuvre est abordée dans la Partie 11 : Dispositions générales, par l'Article 72 (Mouvement des personnes physiques) qui reprend pratiquement exactement dans les mêmes termes le langage de l'Annexe de l'AGCS. Le mouvement des fournisseurs de services est traité dans la Partie 5 (Services) qui adopte le cadre de l'AGCS. Les Parties s'engagent à passer en revue la liste de leurs engagements tous les deux ans au moins (plus tôt même, s'il en est ainsi convenu), à élargir progressivement ces engagements initiaux ainsi que l'accès au marché et/ou à s'accorder mutuellement le traitement national, conformément à l'objectif de l'APEC qui est de parvenir à des échanges libres et ouverts dans le secteur des services d'ici 2010 (Article 20:4). Dans leurs engagements spécifiques, aussi bien Singapour que la Nouvelle-Zélande ont prévu des engagements horizontaux [24]pour le mode 4, mais ceux-ci sont limités à certaines catégories.[25]

Accords qui utilisent l'AGCS comme modèle

Marché commun du Sud (MERCOSUR)

Le MERCOSUR est aussi directement calqué sur l'AGCS. Les exceptions que comportent l'AGCS en ce qui concerne l'accès au marché du travail, la migration permanente et le droit des membres à réglementer l'admission et le séjour des étrangers sur leur territoire sont reprises textuellement. L'accès au marché est fondé uniquement sur des engagements spécifiques qui portent sur le mouvement de toutes les catégories de personnes physiques qui fournissent des services dans le cadre du protocole. Le mouvement des personnes physiques n'est pas traité dans le cadre de l'Accord Bolivie-MERCOSUR ou de l'Accord Chili-MERCOSUR (voir www.oas.org).

Accords ne prévoyant pas l'accès au marché mais facilitant l'admission

Forum de Coopération économique Asie-Pacifique (APEC)

L'APEC ne contient aucun accord spécifique d'accès au marché relatif à la mobilité de la main-d'œuvre qui soit assorti de durées et de conditions d'admission temporaire variant selon le pays. En revanche, l'APEC comprend des dispositions visant à faciliter la mobilité de la main-d'œuvre sous la forme d'échanges d'informations ; de dialogues avec les entreprises ; de l'élaboration et de la mise en œuvre de règles en matière d'immigration ; et de la mise en place de moyens qui rationalisent les

procédures régissant l'admission temporaire, le séjour et le départ des hommes et des femmes d'affaires. Des accords de principe ont été conclus pour accélérer le traitement des demandes de permis d'admission temporaire pour les cadres et les dirigeants appelés à être mutés à l'intérieur d'un même groupe d'entreprises, ainsi que pour les spécialistes.[26] Les accords conclus dans le cadre de l'APEC excluent le cas des travailleurs indépendants et des travailleurs non qualifiés ou semi-qualifiés.

Si l'APEC n'accorde aucun droit d'admission, elle a conçu un système visant à faciliter l'admission des hommes et des femmes d'affaires en visite, grâce à la mise au point de cartes de voyages d'affaires de l'APEC. La carte de voyage d'affaires de l'APEC est valable pour une durée de trois ans et ouvre droit à de multiples voyages d'affaires de courte durée, autorisant chaque fois un séjour pouvant atteindre deux à trois mois. Le titulaire d'une carte est tenu de présenter son passeport, mais bénéficie de formalités aéroportuaires accélérées et est dispensé des demandes distinctes de visas pour hommes et femmes d'affaires en visite.[27] Les économies participantes[28] s'engagent moralement à appliquer ce système et sont libres de maintenir les demandes de visas actuellement en vigueur pour les hommes et les femmes d'affaires en visite. Toutes les économies conservent le droit de rejeter l'admission d'un individu sans avoir à justifier leur décision ou rejeter l'admission à la frontière d'un titulaire de carte de voyages d'affaires de l'APEC.

Association sud-asiatique de coopération régionale (ASACR)

L'accord sud-asiatique de préférences commerciales ne couvre pas les échanges de services, bien qu'une zone de libre-échange sud-asiatique soit censée voir le jour en 2001. Toutefois, en vertu d'un Système d'exemption de visas (1992), des visas ne sont plus requis pour 21 catégories de personnes. Une simplification des procédures et des règles en matière de visas est aussi en cours en vue d'aider les hommes et les femmes d'affaires à accélérer la promotion du commerce et du tourisme dans la région.

Accords ne comportant pas de dispositions sur la mobilité de la main-d'œuvre ni sur les services

Accord de libre-échange d'Europe centrale (ALEEC)

L'ALEEC ne contient pas de dispositions relatives à la mobilité de la main-d'œuvre ni au commerce de services (et donc au mode 4). Pour l'heure, il n'est pas prévu d'en étendre le champ d'application.

Accords qui font l'objet de travaux en cours

Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA)

La ZLEA fait l'objet de négociations en cours, mais les propositions soumises semblent reprendre les dispositions d'accords auxquelles les membres potentiels de la ZLEA sont déjà parties.

Au stade actuel de la ZLEA, le mode 4 est inclu dans le projet de chapitre sur les services en termes analogues à ceux que contiennent l'AGCS. Il est proposé que cet accord porte sur les ressortissants nationaux et éventuellement sur les résidents permanents. Les propositions d'exceptions sont aussi similaires à celles que contient l'AGCS – elles concernent, par exemple, la migration permanente ou l'accès au marché du travail, et stipulent que l'accord doit être soumis aux lois et aux réglementations des membres, y compris pour ce qui est de la main-d'œuvre et de l'admission et du séjour des étrangers. Une proposition comprend aussi les éléments supplémentaires de l'Accord UE-Mexique concernant les règles relatives à l'emploi, aux conditions de travail et à l'établissement des

personnes physiques. Une autre proposition exclurait aussi de l'accord les marchés publics en matière de services et certains services publics.

On trouve aussi des dispositions relatives au "personnel essentiel" dans le projet de chapitre sur l'investissement ; elles portent sur les critères de nationalité pour les dirigeants et les membres des conseils d'administration, ainsi que sur la capacité des sociétés à recruter du personnel essentiel (et notamment des cadres et des personnes jugées indispensables au bon déroulement d'un investissement). Il est aussi proposé que le personnel essentiel soit dispensé des validations des offres d'emplois et non soumis aux restrictions quantitatives.

Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC)

L'objectif final de la SADC est de promouvoir la libre circulation des biens et des services dans la région ; actuellement, il n'existe toutefois aucune disposition touchant la libre circulation de la main-d'œuvre ou des fournisseurs de services. Une étude est en cours sur les questions du marché du travail, et notamment sur celles des travailleurs migrants et de la mobilité du personnel de haut niveau. Cette étude s'efforcera d'établir une classification des professions au niveau sous-régional en vue de faciliter la mobilité de la main-d'œuvre. Les recommandations d'un séminaire tripartite sur les migrations de main-d'œuvre organisé en Zambie en mars 2000 sont actuellement à l'étude.

NOTES

1. Certains accords (comme l'AELE) contiennent des dispositions facilitant la reconnaissance mutuelle et d'autres comportent des arrangements complémentaires (le Protocole sur les services de l'ANZCERTA, l'Accord trans-tasmanien sur les voyages et l'Accord transtasmanien de reconnaissance mutuelle, par exemple, prévoient ensemble que les personnes inscrites au registre du commerce en vue d'exercer une profession dans un pays peuvent exercer une profession équivalente dans l'autre pays).

2. Il n'y a pas unanimité au sein du Secrétariat de l'OMC lorsqu'il s'agit de déterminer si les employés étrangers d'entreprises nationales relèvent du mode 4. La note d'information du Secrétariat de l'OMC sur le mode 4 (S/C/W/75, du 8 décembre 1998) conclut que les étrangers qui travaillent dans les entreprises d'un pays hôte relèvent du mode 4 lorsqu'ils travaillent sur une base contractuelle, mais que ce n'est pas le cas lorsqu'ils sont les employés de ces sociétés. Cependant, d'autres ont fait valoir que, dans la mesure où bien des engagements des membres de l'OMC s'appliquent à des emplois à court terme et dans la mesure où ces engagements forment partie intégrante de l'AGCS, il règne une certaine incertitude juridique sur ce point [voir Karsenty (2000)]. Cependant, il y a lieu de tenir compte du fait que le Secrétariat de l'OMC n'est pas habilité à donner une interprétation juridique des AGCS.

3. Il convient de noter que les disciplines qui pourraient être mises au point dans le cadre de l'Article VI:4 de l'AGCS auront peut-être des conséquences sur les réglementations concernant les mouvements du mode 4.

4. Comme l'AGCS, l'UE exclut par là la recherche d'un accès au marché du travail.

5. Les permis de résidence doivent être accordés aux travailleurs pour une période minimale de 5 ans ; dans le cas d'un emploi temporaire d'une durée inférieure à un an, un permis de résidence temporaire peut être délivré pour la durée prévue de l'emploi. Les salariés exerçant une activité pendant moins de trois mois, les travailleurs frontaliers et les travailleurs saisonniers (dans des conditions déterminées) n'ont pas besoin de permis de résidence. Le coût de ces permis ne peut dépasser celui des cartes d'identité pour les ressortissants nationaux.

6. Les ressortissants des pays de l'EEE doivent avoir suffisamment de ressources pour subvenir à leurs besoins sans avoir recours aux fonds publics.

7. La Convention initiale de Stockholm a été signée en 1960.

8. La libre circulation en Suisse des ressortissants des autres états de l'AELE est soumise à des périodes de transition pouvant aller jusqu'à 5 ans. La Suisse réserve des quotas spéciaux aux ressortissants de l'AELE.

9. Un traitement différencié est autorisé à condition que la différence n'excède pas ce qui est nécessaire pour des raisons d'ordre prudentiel, fiduciaire, sanitaire et de sécurité ou pour des raisons de protection des consommateurs et que cette différence de traitement équivaut en pratique au traitement accordé par l'État membre à ses résidents ordinaires pour les mêmes raisons (Article 5.2 a) et b). Les subventions et les marchés publics sont exclus du champ d'application du traitement national (Article 5.4).

10. Ces secteurs sont les suivants : Australie : services aériens, navigation côtière, radiodiffusion et télévision ; radiodiffusion et télévision (sur ondes courtes et par satellite) ; assurance responsabilité civile ; et services postaux. Nouvelle-Zélande : aviation (services aéronautiques) et transports maritimes (navigation côtière). Pour beaucoup de ces services, seuls certains aspects spécifiques ou certaines pratiques ont été exclus.

11. Diplômés d'université (plusieurs universités régionales sont mentionnées mais d'autres sont aussi comprises), travailleurs des médias, sportifs, musiciens et artistes, et travailleurs des secteurs des loisirs et du tourisme.

12. Les hommes et les femmes d'affaires en visite sont dispensés des validations des offres d'emplois puisqu'ils ne perçoivent pas de rémunération dans le pays dans lequel ils sont admis et qu'ils ne sont donc pas considérés comme pénétrant sur le marché du travail.

13. Les critères appliqués sont les suivants : la profession doit figurer sur la liste de l'ALENA ; le candidat doit répondre aux critères spécifiques applicables à cette profession ; la situation envisagée exige une personne dotée de ces capacités ; et le candidat doit être appelé à travailler pour un employeur des États-Unis.

14. Les Accords européens reprennent et remplacent les accords bilatéraux précédemment conclus sur la mai-d'œuvre entre certains États membres de l'Union européenne – l'Allemagne en particulier – et certains pays d'Europe centrale et orientale. Une caractéristique importante des Accords européens est qu'ils ont servi de modèle pour des accords conclus entre pays associés eux-mêmes – créant une sorte de réseau dans toute l'Europe centrale et certaines parties de l'Europe orientale.

15. Le personnel essentiel se définit comme étant le personnel de haut niveau d'une entreprise, qui est essentiellement chargé de diriger cette entreprise, et comme les agents possédant des qualifications supérieures ou exceptionnelles pour une catégorie de tâches nécessitant des connaissances techniques, des connaissances indispensables au fonctionnement d'une entreprise, à la réalisation de travaux de recherche, à l'utilisation de matériel, à l'exploitation de techniques ou à la gestion. Ils doivent avoir au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise et être ressortissants du pays où ils exercent leurs fonctions.

16. Le terme "fournisseur de services indépendant" n'est pas utilisé ; la terminologie exacte est la suivante : personnes physiques effectuant un travail sur la base d'un contrat personnel avec des organisations publiques ou privées. Les engagements spécifiques à l'égard des investisseurs et des fournisseurs de services indépendants doivent être appliqués conformément aux lois et aux règlements de chaque Partie.

17. Les engagements spécifiques souscrits par Singapour prévoient l'admission des catégories suivantes (chacune faisant l'objet de définitions) : hommes d'affaires en visite – un mois à dater de leur entrée dans le pays, pouvant, sur demande, faire l'objet d'une prolongation allant jusqu'à 3 mois ; personnes transférées dans un même groupe d'entreprises s'il s'agit de cadres, de dirigeants ou de spécialistes dont la présence relève du mode 3 (exigence de 12 mois d'ancienneté précédant immédiatement la prise de fonction) – période de deux ans pouvant être prolongée pour des périodes allant jusqu'à 3 années supplémentaires, à concurrence d'une durée totale de 8 ans (d'autres prolongations sont possibles) ; investisseurs – séjour limité à deux ans mais pouvant être prolongé par périodes supplémentaires de 3 ans à concurrence d'un total de 8 ans (d'autres prolongations sont possibles) ; fournisseurs de services indépendants (voir note de bas de page numéro 16) limité aux ingénieurs dont les qualifications sont reconnues par les lois et réglementations intérieures de Singapour – séjour de 2 ans pouvant être prolongé par tranches supplémentaires de 3 ans, à concurrence d'une durée totale de 8 ans (d'autres prolongations sont possibles). Les engagements spécifiques souscrits par le Japon s'appliquent : aux hommes d'affaires en court séjour (qui font l'objet d'une définition) – une période ne dépassant pas 90 jours au maximum ; aux employés transférés dans un même groupe d'entreprises

(devant satisfaire à un critère d'ancienneté d'un an au minimum) – ne sont pas soumis à des limites de temps mais la personne doit être engagée dans certains types d'activités (essentiellement les cadres de haut-niveau ou des postes faisant appel à des qualifications spécialisées) ; aux investisseurs – le séjour peut se prolonger aussi longtemps que la personne continue à satisfaire aux critères et conditions qui lui ont été imposés lors de son entrée sur le territoire ; aux fournisseurs de services indépendants (voir note de bas de page numéro 16) limité aux personnes dont le travail requiert une technologie ou des connaissances ayant trait à l'ingénierie – le séjour peut se prolonger aussi longtemps que la personne continue à satisfaire aux critères et aux conditions qui lui ont été imposés lors de son entrée sur le territoire.

18. Les informations à ce sujet et au sujet d'autres accords mentionnés dans ce chapitre proviennent du site Web de l'Organisation des États Américains – www.oas.org.

19. Les engagements concernant le mode 4 sont essentiellement horizontaux, comportant des engagements sectoriels "non consolidés, sauf si cela est prévu dans la section horizontale", mais sont parfois accompagnés de prescriptions supplémentaires. Les engagements concernent : États-Unis – vendeurs de services, individus transférés entre des sociétés d'un même groupe (dirigeants, cadres et spécialistes), personnel engagé dans la constitution d'une entreprise, dans des modèles de mode et dans des métiers spécialisés ; et Jordanie – hommes et femmes d'affaires en visite, individus transférés entre des sociétés d'un même groupe, cadres, dirigeants, spécialistes et professionnels.

20. Les négociants indépendants doivent participer à des échanges importants, et notamment à des échanges de service ou de technologie, principalement entre les Parties. Les personnes ayant un lien avec l'investissement doivent mettre au point, organiser, gérer une opération d'investissement ou fournir des conseils sur une opération d'investissement pour laquelle elles ont elles-mêmes, ou une société de l'autre Partie qui les emploie, engagé un montant substantiel de capitaux ou d'autres ressources.

21. Les dispositions relatives à la main-d'œuvre varient selon les différentes catégories d'accords euro-méditerranéens. Il n'existe pas de dispositions spécifiques concernant les services dans l'Accord d'association euro-méditerranéen avec l'Autorité palestinienne. L'Accord de coopération avec l'Algérie ne contient pas de dispositions générales sur les services, mais il comporte des dispositions similaires aux Articles 64 et 65 sur la non-discrimination en matière de main-d'œuvre (Articles 38 à 41 de l'Accord). Les accords de coopération avec l'Egypte, la Jordanie, le Liban et la Syrie ne contiennent aucune disposition sur les services ni sur la main-d'œuvre ou les travailleurs. L'Accord d'association de première génération avec Chypre ne contient pas non plus de dispositions sur les services, ni sur la main-d'œuvre ou les travailleurs.

22. La Déclaration commune touchant l'Article 64 stipule que, sans préjudice de la situation et des procédures en vigueur dans chaque État membre, les Parties examineront l'accès au marché du travail d'un État membre du conjoint et des enfants légalement résidents dans le cadre d'accords de réunification de la famille pendant la durée du séjour autorisé du travailleur. Sont expressément exclus de l'application de cette clause les travailleurs saisonniers, les travailleurs détachés et les travailleurs en stage.

23. D'une manière plus générale, les questions de migration sont abordées dans l'Article 69.3 (Dialogue sur les questions de migration) et au chapitre III "Coopération dans le domaine social", Article 71 (Projets visant à réduire la pression migratoire).

24. La Nouvelle-Zélande fait également référence à la présence de personnes physiques sous la rubrique "Services dentaires". Le traitement national des Services dentaires au titre du mode 4 est limité aux dentistes qui exercent légalement et qui doivent convaincre le Conseil de l'ordre pertinent de leur intention de résider et de pratiquer en Nouvelle-Zélande.

25. La Nouvelle-Zélande n'a pris d'engagements qu'à l'égard de certaines catégories de main-d'œuvre : les personnes faisant l'objet d'un transfert au sein d'une société d'un même groupe (définies comme étant des personnes physiques employées par un fournisseur de services de l'autre Partie et offrant ces services par l'intermédiaire d'une présence commerciale) et les hommes d'affaires en visite. Les employés faisant l'objet d'un transfert en entreprise sont des dirigeants et des cadres supérieurs ainsi que des spécialistes et/ou du personnel de haut niveau (tous faisant l'objet d'une définition et étant soumis à la règle des 12 mois d'ancienneté au sein de l'entreprise) et ils bénéficient d'un permis de séjour pour une période initiale pouvant aller jusqu'à 3 ans. Les personnes chargées de l'installation et de l'entretien (lorsque l'installation ou l'entretien est une condition d'achat de la machine ou du matériel) bénéficient de permis de séjour de 3 mois maximum tous les ans. Les hommes d'affaires en visite bénéficient d'un ou de plusieurs permis de séjour pour une durée totale de trois mois par année civile. Singapour a également traité la présence des personnes physiques comme une question non consolidée, sauf dans le cas des employés transférés au sein d'une même entreprise et des hommes d'affaires en visite. La catégorie des personnes transférées au sein des entreprises d'un même groupe se limite aux seuls cadres, dirigeants et spécialistes (tous faisant l'objet d'une définition et devant avoir au moins un an d'ancienneté) et leur admission est limitée à une période initiale de trois ans, pouvant être prolongée de deux ans supplémentaires, mais ne pouvant excéder 5 ans au total. Les hommes d'affaires bénéficient d'une autorisation de séjour de un mois à compter de la date de leur admission, celle-ci pouvant être prolongée, sur demande, jusqu'à trois mois au maximum.

26. Des définitions types ont été élaborées pour les cadres et les dirigeants. Les spécialistes sont définis par chaque pays et inclus dans le manuel relatif aux voyages d'affaires de l'APEC.

27. Il n'y a pas de limite au nombre de cartes et il en a été délivré près de 4000 à ce jour. Le tarif applicable varie selon les pays participants. Ce système est ouvert aux ressortissants des pays participant à l'APEC (ou aux résidents permanents de Taipei et de Hong Kong, Chine), titulaires d'un passeport en cours de validité (ou d'un document équivalent), au casier judiciaire vierge et qui sont des hommes et des femmes d'affaires de bonne foi. Le système de cartes ne s'applique pas aux conjoints ni aux enfants ; ni aux personnes souhaitant trouver un emploi rémunéré ou travailler pendant leurs vacances ; ni aux athlètes professionnels, aux correspondants de presse, aux animateurs, aux musiciens, aux artistes et aux autres personnes exerçant des activités similaires.

28. Australie, Brunei Darussalam ; Chili ; Corée ; Hong Kong ; Malaisie ; Nouvelle-Zélande ; Pérou ; Philippines ; Taipei chinois et Thaïlande. Ni les États-Unis, ni le Canada n'envisagent d'y participer.

BIBLIOGRAPHIE

Karsenty, G. (2000), "Assessing trade in services by mode of supply" dans Sauvé et Stern (eds.), *GATS 2000 : New Directions in Services Trade Liberalisation*, Brookings Institution, Washington D.C.

Chapitre 3

INVESTISSEMENT

par

Michael Gestrin

Résumé : Ce chapitre étudie les dispositions des ACR relatives à l'investissement et les compare aux normes de l'OMC concernant l'investissement. Plusieurs thèmes ressortent de cette étude. Premièrement, la mesure dans laquelle les signataires d'un ACR tentent d'établir des règles ambitieuses en matière d'investissement, avec une définition large de l'investissement, des disciplines applicables aux MIC allant au-delà de la liste indicative de l'OMC et des mécanismes contraignants de règlement des différends, semble être fonction, principalement, de l'expérience acquise auparavant par les pays avec un régime d'investissement libéral. Deuxièmement, la flexibilité des ACR a permis aux pays en développement ayant des préoccupations communes d'aborder des problèmes particuliers de développement, tels que la promotion des entreprises locales. Troisièmement, les dispositions des ACR relatives à l'investissement semblent converger vers ce qu'on pourrait décrire comme une norme internationale implicite telle qu'on en trouve dans certains TBI récents et les types de protection et de libéralisation figurant dans diverses dispositions de l'ALENA relatives à l'investissement. Ce chapitre fait aussi ressortir un certain nombre de problèmes liés à l'hétérogénéité actuelle des dispositions des ACR relatives à l'investissement, notamment les règles d'origine, excessivement complexes et restrictives, et le fait que la prolifération des ACR (et des TBI) risque de multiplier les différends en matière d'investissement.

Principaux points

Il est généralement reconnu que le Cycle d'Uruguay du GATT a contribué davantage que les précédents à inscrire les questions d'investissement au programme des discussions sur les échanges multilatéraux. En même temps, la négociation de règles en matière d'investissement à des niveaux inférieurs à l'échelon multilatéral s'est aussi accélérée au début des années 90.

Cette double évolution du cadre de l'action dans le domaine de l'investissement international reflète la reconnaissance grandissante du rôle que l'investissement joue désormais dans le développement et l'intégration économiques au plan international. Tout comme le commerce a été perçu comme l'un des principaux moteurs de la croissance économique mondiale au cours des décennies d'après-guerre, l'investissement étranger est perçu, depuis les années 80, comme un "nouveau" mode important de liaison économique mondiale. Les statistiques indiquant que le développement des flux d'investissement direct étranger a commencé de dépasser à la fois l'expansion des échanges mondiaux et la croissance du PIB dans les années 80, ne faisant que renforcer l'impression qu'il était temps que le cadre de l'action internationale s'adapte au nouveau paysage économique international.

Cet examen des dispositions des ACR relatives à l'investissement révèle que l'un des avantages de la négociation de règles d'investissement à un niveau inférieur à l'échelon multilatéral est la flexibilité et la sélectivité que les pays ayant traditionnellement des approches analogues des questions d'investissement peuvent apporter au processus de négociation. C'est un point important car cela laisse penser que toute négociation de règles en matière d'investissement à l'échelon multilatéral devrait tenir compte de la diversité des expériences et des pratiques en matière de politiques d'investissement international qui s'est développée au niveau régional.

Plusieurs thèmes ressortent de cette brève étude des dispositions des ACR relatives à l'investissement. Premièrement, la mesure dans laquelle les signataires d'un ACR tentent d'établir des règles ambitieuses en matière d'investissement, avec une définition large de l'investissement, des disciplines applicables aux MIC allant au-delà de la liste indicative de l'OMC et des mécanismes contraignants de règlement des différends, entre autres choses, semble être fonction principalement de l'expérience acquise auparavant par les pays avec un régime d'investissement libéral. La plupart des pays qui ont conclu des accords fixant des normes élevées en matière d'investissement avaient soit déjà libéralisé unilatéralement leur régime d'investissement, soit appliqué des règles d'investissement dans le cadre d'accords antérieurs (par exemple, un certain nombre d'accords négociés récemment par les signataires de l'ALENA contiennent des dispositions pratiquement identiques à celles du chapitre 11 de l'ALENA). Dans les cas où les pays n'ont commencé que récemment à libéraliser leurs régimes d'investissement et où ces derniers étaient traditionnellement très restrictifs, on observe une préférence pour des accords moins étendus, couvrant des droits limités d'établissement et la circulation des capitaux. En d'autres termes, on pourrait dire que la négociation de règles d'investissement dans les ACR se situe à la marge de la politique d'investissement. Les pays qui se trouvent au même stade de la "trajectoire" de libéralisation de l'investissement peuvent fixer leurs ambitions en matière d'établissement de règles d'investissement d'après les normes locales appliquées dans le passé à l'investissement international.

A cette question se rattache celle des objectifs des règles d'investissement. Dans la plupart des cas, ces règles visent à améliorer l'efficience économique. Tel est l'objet des règles d'investissement établies à l'OMC et dans la plupart des ACR. Cependant, certaines dispositions des ACR sont orientées davantage vers des questions de développement, surtout en ce qui concerne la promotion des entreprises locales. C'est le cas aussi bien dans les accords qui établissent une distinction entre les droits des investisseurs locaux et ceux des tierces parties que dans les accords qui offrent des incitations et des préférences aux entreprises régionales.

Un autre thème qui ressort de cette étude a trait à l'apparente convergence des dispositions des ACR relatives à l'investissement vers ce qu'on pourrait appeler une norme internationale implicite. Cette convergence s'opère suivant deux voies. La première est celle des "traités bilatéraux annexes en matière d'investissement", des accords séparés sur l'investissement mais qui s'inscrivent néanmoins dans le contexte de processus plus larges d'intégration et de coopération commerciales et économiques.[1] Ce qui laisse penser que le rôle perçu des TBI évolue, au-delà de la protection de l'IDE, des pays développés vers les pays en développement pour compléter des initiatives de libéralisation plus générales et plus profondes.

La seconde voie est celles des ACR qui ressemblent fortement aux dispositions de l'ALENA relatives à l'investissement ou qui s'en inspirent. De fait, tout comme les TBI sont fondés sur des modèles de traités de ce type, les dispositions de l'ALENA relatives à l'investissement sont, dans bien des cas, devenues une sorte de "modèle de chapitre sur l'investissement dans les ACR". La tendance semble par conséquent être à un traitement plus cohérent de l'investissement dans les ACR, *tant du point de vue de la tendance des ACR à comprendre des règles applicables à l'investissement (ou TBI) que du point de vue de leur contenu.*

Cette apparente convergence est particulièrement importante dans la mesure où la plupart des TBI et des dispositions relatives à l'investissement dans les ACR établis sur le modèle de l'ALENA ne donnent pas lieu au type de préférences que les ACR créent pour les échanges. Les investisseurs de pays tiers bénéficient habituellement des mêmes droits que les investisseurs de la région couverte par l'ACR lorsqu'ils ont une présence importante dans un pays membre et, par le biais de cette présence, réalisent un investissement dans un autre pays signataire de l'ACR. Ainsi, par exemple, une filiale japonaise implantée au Canada qui effectue un investissement aux États-Unis ou au Mexique bénéficie des mêmes droits, en vertu de l'ALENA, qu'une entreprise canadienne réalisant un investissement similaire. Dans la mesure où les TBI et les dispositions des ACR relatives à l'investissement reflètent, de plus en plus, des normes (élevées) analogues, la multiplication de ces accords se traduit *de facto* par une plurilatéralisation des règles d'investissement – tant que ces dernières n'opèrent pas de discrimination à l'encontre des investisseurs de pays tiers.

Cependant, la disparité actuelle des dispositions relatives à l'investissement peut créer des difficultés. Les ACR peuvent modifier les habitudes d'investissement, en raison de possibilités de croissance perçues sur un marché en expansion, de dispositions relatives à la protection de l'investissement contenues dans l'ACR ou de règles d'origine particulières. Malgré tout, les principaux facteurs influant sur les décisions d'investissement demeurent la productivité et la politique macro-économique du pays. Enfin, la multiplication des ACR (et des TBI) est à l'origine d'un certain nombre de différends en matière d'investissement qui sont soumis à des tribunaux internationaux. Entre 1972 et 1999, par exemple, 69 différends ont été enregistrés au CIRDI, soit une moyenne de deux et demi par an. Entre janvier 2000 et février 2002, 29 différends ont été enregistrés, soit une moyenne d'environ 13 par an. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC a, de même, été fréquemment utilisé. Cependant, le nombre croissant de conflits traités est peut-être dû au fait que les mécanismes internationaux de règlement des différends gagnent en crédibilité auprès des agents économiques en offrant un ensemble de règles claires et prévisibles.

Dispositions des accords de l'OMC

Les questions relatives à l'investissement étranger sont traitées dans plusieurs Accords de l'OMC. L'Accord général sur le commerce des services (AGCS), l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) et l'Accord plurilatéral sur les marchés publics contiennent des dispositions ayant trait à l'entrée et au traitement des entreprises étrangères et à la protection de certains droits de propriété. L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC) et l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) limitent la possibilité pour les membres de l'OMC d'appliquer certains types de mesures afin d'attirer l'investissement ou d'influer sur les opérations des investisseurs étrangers. Le Protocole d'accord sur les règles et procédures gouvernant le règlement des différends contient des règles clairement définies pour résoudre les conflits qui surgissent dans le cadre de tous ces accords.

L'AGCS

De tous les accords de l'OMC, l'AGCS est celui qui traite le plus directement des questions d'investissement. Pour ce faire, il définit quatre modes de fourniture couverts par l'accord, dont l'un, le mode 3, consiste en la fourniture de services par le biais d'une présence établie sur un territoire étranger. Les obligations générales sont énoncées dans les parties I et II de l'accord. Les articles les plus importants sont les Articles I et II. L'Article I, sur la portée et la définition, dispose que l'AGCS s'applique aux mesures prises par les membres qui touchent au commerce des services, définis comme comprenant tout service, dans n'importe quel secteur, fourni selon l'un des quatre modes prévus, à l'exception de ceux qui sont fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. L'Article II codifie le principe inconditionnel de la nation la plus favorisée, en faisant l'une des obligations générales fondamentales de l'accord. En vertu du principe NPF, les membres de l'AGCS s'engagent à traiter les services et les fournisseurs de services d'un membre de la même façon que les services et fournisseurs de services de n'importe quel autre membre. L'obligation fondamentale de traitement national est énoncée dans des termes tout à fait similaires à ceux de la règle relative au traitement national énoncée à l'Article III du GATT mais, dans le cas de l'AGCS, elle se limite aux secteurs de services dans lesquels des engagements ont été pris dans la liste du membre en question.

MIC

L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce reconnaît que certaines mesures concernant les investissements restreignent ou faussent les échanges. Il dispose qu'aucun membre de l'OMC n'appliquera une MIC qui soit incompatible avec les Articles III (Traitement national) et XI (Interdiction des restrictions quantitatives) du GATT. A cette fin, une liste indicative de MIC reconnues comme incompatibles avec ces articles est annexée à l'Accord. Cette liste comprend les mesures qui exigent qu'une entreprise achète une certaine quantité ou une certaine valeur de produits l'origine locale ("prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale") ou qui limitent le volume ou la valeur des importations que cette entreprise peut acheter ou utiliser à un montant lié au volume ou à la valeur des produits locaux qu'elle exporte ("prescriptions relatives à l'équilibrage des échanges").

ADPIC

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) s'appuie sur le cadre existant de conventions relatives à la propriété intellectuelle (Convention Berne de 1971, Convention de Partis de 1967 et Traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, 1989, entre autres). L'Accord prévoit le traitement national, le régime

NPF et des normes fondamentales pour la protection de catégories particulières de propriété intellectuelle, des procédures de contrôle de l'application des règles au plan national et un mécanisme international de règlement des différends. L'importance de l'Accord dans le contexte de l'investissement tient à la part de plus en plus grande des actifs des entreprises multinationales qui est représentée par les actifs incorporels tels que les marques de fabrique, les brevets, les marques de commerce, etc. Par ailleurs, presque tous les accords modernes en matière d'investissement qui fixent des normes pour la promotion et la protection de l'investissement étranger inscrivent la propriété intellectuelle dans la définition de l'investissement.

Accord sur les marchés publics

L'Accord plurilatéral sur les marchés publics interdit toute discrimination à l'encontre des produits étrangers, mais aussi à l'encontre des fournisseurs étrangers et, en particulier, à l'encontre des fournisseurs établis sur le territoire national, en fonction de leur degré d'appartenance à des intérêts étrangers. Un autre aspect de cet Accord qui a trait à l'investissement est la disposition de l'Article XVI selon laquelle les entités acheteuses ne doivent pas, dans la qualification et la sélection des fournisseurs, des produits ou des services, ou dans l'évaluation des offres et l'attribution des marchés, imposer, chercher à obtenir ou envisager des compensations, définies comme étant des mesures utilisées pour encourager le développement local ou améliorer la balance des paiements au moyen d'obligations de contenu local, d'octroi de licences pour des technologies, de prescriptions en matière d'investissement, d'échanges compensés ou de prescriptions similaires.

Accord sur les subventions et les mesures compensatoires

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) définit la notion de "subvention" et établit des disciplines en matière d'octroi de subventions. L'intérêt de l'Accord SMC pour les questions d'investissement tient au fait qu'un certain nombre d'incitations à l'investissement entrent dans la définition d'une subvention et sont soit prohibées, soit soumises aux règles de l'Accord SMC si elles produisent des "effets défavorables". Les subventions subordonnées à l'exportation des produits fabriqués sont interdites. Les effets défavorables sont définis du point de vue des distorsions causées dans les flux d'échanges de produits subventionnés.

Dispositions des accords commerciaux régionaux

A l'échelon inférieur au niveau multilatéral, les questions d'investissement sont traitées dans les ACR, les traités bilatéraux en matière d'investissement (TBI) et tout un éventail d'arrangements plurilatéraux portant précisément sur ces questions. De fait, en ce qui concerne la protection de l'investissement, les ACR ne sont généralement pas le principal instrument de négociation de règles internationales en matière d'investissement. Ce sont plutôt les TBI qui constituent l'instrument le plus populaire à cet égard. Alors que le nombre de TBI a été évalué à 1941 en 2000, on estime qu'il y a actuellement 172 ACR en vigueur, dont une petite minorité seulement (même si elle grandit) traite de questions relatives à l'investissement.[2] La présente étude étant consacrée à la façon dont les ACR traitent des questions d'investissement, il importe de garder à l'esprit le fait que ces accords ne représentent qu'un cadre institutionnel parmi d'autres dans lesquels des règles en matière d'investissement sont établies à un niveau autre que l'échelon multilatéral.

Les règles en matière d'investissement sont liées de diverses manières à des processus plus généraux d'intégration et de coopération économiques et commerciales. Les sous-sections qui suivent traitent respectivement i) des accords portant sur le droit d'établissement et la libre circulation des capitaux, ii) des accords qui s'appuient sur les principes de traitement et de protection que l'on trouve généralement dans les TBI, iii) des accords qui font une distinction entre les droits accordés aux

investisseurs et ceux qui sont accordés à des tierces parties et iv) des accords contenant des dispositions relatives au statut des entreprises régionales.

Ce classement des ACR en fonction de caractéristiques générales est imparfait dans la mesure où la complexité de nombreux accords fait qu'ils peuvent entrer dans plusieurs catégories. De fait, le seul classement parfaitement exclusif des accords est celui qui se fait au niveau des différents accords considérés isolément puisqu'il n'y a pas deux accords qui soient rigoureusement identiques. Cependant, afin de structurer quelque peu l'examen et éviter de donner simplement une liste des accords et de leurs dispositions relatives à l'investissement, on a estimé qu'une description grossière en fonction d'objectifs généraux aiderait le lecteur à mieux appréhender cet examen.

Enfin, tous les accords examinés ci-après constituent des exemples d'efforts déployés afin d'aller au-delà des dispositions sur l'investissement existant à l'OMC, que ce soit du point de vue du fond ou du point de vue des objectifs. Les ACR contenant des règles en matière d'investissement vont généralement au-delà de l'OMC en ce sens qu'ils contiennent des dispositions sur le droit d'établissement, une obligation qui n'existe dans aucun accord de l'OMC.

Règles relatives au droit d'établissement et à la libre circulation des capitaux

Les premiers efforts visant à établir des règles en matière d'investissement au niveau régional ont porté principalement sur les questions d'établissement et de libre circulation des capitaux. L'un des exemples les plus généraux de cette approche a été le *Traité instituant la Communauté européenne* (1957) (révisé par le Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1er mai 1999). Le Traité instituant la CE aborde la question de l'investissement principalement par le biais de dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux. L'Article 52 du Traité initial interdit les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre et à la création d'agences, succursales ou filiales par des ressortissants d'un État membre établi sur le territoire d'un État membre.[3] La liberté d'établissement recouvre le droit d'entreprendre et de poursuivre des activités en tant que travailleurs indépendants et de créer et gérer des entreprises dans les conditions fixées pour ses propres ressortissants par le droit du pays où cet établissement s'effectue. En vertu de l'Article 58[4], ce droit d'établissement s'applique aux sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté.

Depuis la fin de la période de transition, le 31 décembre 1969, l'Article 52[5] s'applique directement en ce sens qu'il peut être invoqué par des particuliers devant les tribunaux nationaux des États membres. Les règles du Traité instituant la CE relatives à la liberté d'établissement non seulement s'adressent aux États membres mais elles exigent aussi l'adoption de mesures par les institutions de la Communauté concernant un large éventail de questions précisées aux Articles 54 et 57 afin de faciliter la mise en œuvre de la liberté d'établissement.[6] Conformément à ces dispositions, des directives ont été adoptées, entre autres, pour ce qui concerne les normes applicables dans des secteurs déterminés, le droit des sociétés, les marchés publics, la reconnaissance mutuelle et l'acceptation des diplômes, certificats et autres attestations de qualifications officielles.

S'agissant de la circulation des capitaux, l'Article 73 (b) du Traité instituant la CE, qui a été ajouté par le Traité de 1992 sur l'Union européenne, prévoit l'interdiction, à compter du 1er janvier 1994, des restrictions à la circulation des capitaux et des paiements entre les États membres et entre les États membres et des pays tiers.[7] Les mouvements de capitaux couverts par cette disposition comprennent les investissements directs, définis comme étant tous types d'investissement servant à établir ou à maintenir des liens directs et durables entre la personne apportant les capitaux et l'entreprise à laquelle les capitaux sont apportés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cette

interdiction générale est soumise à des clauses “de maintien des droits acquis” ou de transition pour ce qui concerne certaines restrictions existantes, certaines exceptions (liées, par exemple, à la fiscalité et à des mesures prudentielles) et une clause de sauvegarde applicable en cas de difficultés de fonctionnement de l’union économique et monétaire dues à des mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers.

Les accords signés par des pays qui, dans le passé, limitaient les mouvements de capitaux, mettent aussi l’accent, généralement, sur les questions d’établissement et de mouvement de capitaux mais beaucoup moins que les Traités de la CE. Par exemple, les *Accords européens* conclus au début et au milieu des années 90 entre la Communauté européenne et les pays d’Europe centrale et orientale sont aussi centrés, principalement, sur les questions d’établissement, accordant le traitement national pour l’établissement et les activités des entreprises et des ressortissants. Le terme “établissement” est défini dans tous ces Accords comme étant le droit d’entreprendre et de poursuivre des activités économiques par le biais de la création et de l'exploitation de filiales, de succursales ou d’agences.

Le *Traité établissant la Communauté des Caraïbes (CARICOM)* (1973), tel que modifié par un protocole adopté en juillet 1997, interdit l’instauration par les États membres de toutes nouvelles restrictions concernant le droit d’établissement des ressortissants d’autres États membres (Article 35 b). Les États membres sont aussi tenus de lever les restrictions au droit d’établissement de ressortissants d’autres États membres, notamment les restrictions à la création d’agences, de succursales ou de filiales par des ressortissants d’un État membre sur le territoire d’un autre État membre (Article 35 c).

De même, le Traité établissant la Communauté économique africaine (1991) et le Traité établissant le marché commun de l’Afrique de l’est et de l’Afrique australe (COMESA) (1993) ont notamment pour objectifs la suppression des obstacles à la libre circulation des capitaux et le droit de résidence et d’établissement.[8] Enfin, le Traité révisé de la Communauté économique des États de l’Afrique de l’ouest (CEDEAO) (1993) a pour objectifs, entre autres, l’établissement d’un marché commun caractérisé nomment par la levée des obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux et des obstacles au droit de résidence et d’établissement [Article 3(2)]. Le Traité de l’Union économique et monétaire ouest-africaine (1996) prévoit la liberté des ressortissants d’un État membre de fournir des services sur le territoire d’un autre État membre et interdit les restrictions aux mouvements de capitaux.

Règles fondées sur les principes de traitement et de protection des traités bilatéraux en matière d’investissement (TBI)

Un certain nombre d’ACR vont au-delà des questions relatives à l’établissement et à la libre circulation des capitaux. Par exemple, *l'Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) (1994) contient en son Chapitre 11 des dispositions génériques sur l’investissement.[9] L’“investissement” est défini à l’Article 1139 au moyen d’une liste générale d’actifs et d’une liste négative de certaines créances liquides, notamment des créances résultant de transactions commerciales, qui ne sont pas considérées comme des investissements. Chaque Partie est tenue d'accorder le traitement le plus favorable (traitement national ou traitement NPF) aux investisseurs d’une autre Partie, et aux investissements effectués par des investisseurs d’une autre Partie, en ce qui concerne l’établissement, l’acquisition, l’expansion, la gestion, la direction, l’exploitation et la vente ou autre aliénation d’investissements (Articles 1102-1104).[10]

Les dispositions de l’ALENA concernant les obligations de résultats s’appliquent aussi bien aux investissements effectués par des investisseurs d’une Partie à ceux effectués par des investisseurs d’un pays tiers. L’Article 1106 (1) interdit l’imposition ou l’application de prescriptions ou l’exécution

d'engagements visant à : (1) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services ; (2) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu local ; (3) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire ; (4) lier le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à cet investissement ; (5) restreindre sur son territoire la vente de produits ou de services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises ; (6) transférer une technologie, un procédé de fabrication ou un savoir-faire exclusif ; et (7) agir comme le fournisseur exclusif d'un marché mondial ou régional pour les produits que l'investissement permet de produire et les services qu'il permet de fournir. A l'exception de la première et des deux dernières, ces prescriptions sont aussi prohibées si elles servent de conditions pour l'obtention d'un avantage [Article 1106 (3)].

Les Articles 1115-1138 de l'ALENA prévoient l'arbitrage international des différends entre une Partie et un investisseur d'une autre Partie. Un investisseur peut soumettre à l'arbitrage international une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation découlant du Chapitre 11 ou de certaines dispositions du chapitre relatives aux monopoles et aux entreprises publiques et selon laquelle l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement. L'Article 1122 traite du consentement inconditionnel des Parties à l'arbitrage. L'investisseur peut choisir de s'en remettre à la Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), au Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Les règles détaillées sont contenues dans les dispositions traitant de questions telles que la constitution de tribunaux d'arbitrage, la consolidation des plaintes, le droit applicable, la nature des mesures correctrices, et la finalité et l'exécution des sentences arbitrales.

Un certain nombre d'ACR plus récents (et envisagés), surtout ceux auxquels participent des signataires de l'ALENA, suivent à peu près le modèle de l'ALENA pour ce qui concerne les règles en matière d'investissement. C'est le cas, par exemple, dans l'Accord de libre-échange Canada-Chili (1997) et dans le projet de texte pour la Zone de libre-échange des Amériques. On trouve aussi une structure et un contenu à peu près identiques à ceux des dispositions de l'ALENA relatives à l'investissement dans la Convention de Vaduz, la Convention révisée instituant l'Association européenne de libre-échange[11] (2001) et dans l'Accord de partenariat économique entre le Japon et Singapour. Un point intéressant à noter est que certains ACR bilatéraux signés récemment ne couvrent pas l'investissement parce qu'il existe déjà un traité bilatéral en matière d'investissement entre les signataires. C'est le cas, par exemple, avec l'Accord de libre-échange Canada-Costa Rica (2000).

D'autres ACR ont tenté d'incorporer des dispositions relatives à l'investissement similaires à celles des TBI mais n'ont pas repris les normes strictes de contrôle de l'application (par exemple les mécanismes obligatoires de règlement des différends) et les niveaux de protection et de libéralisation prévus dans des accords comme l'ALENA. Dans le contexte de la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC), des normes de nature non contraignantes concernant l'admission, le traitement et la protection des investissements étrangers ont été adoptées dans les *Principes non contraignants de l'APEC en matière d'investissement* (1994). Les principes généraux énoncent que les économies membres doivent assurer la transparence des lois, réglementations et politiques touchant à l'investissement étranger, étendre le traitement NPF aux investisseurs de n'importe quel pays du point de vue de l'établissement, de l'expansion et de l'exploitation de leurs investissements, et accorder le traitement national aux investisseurs étrangers pour ce qui concerne l'établissement, l'expansion, l'exploitation et la protection de l'investissement étranger, certaines exceptions étant prévues dans les lois, réglementations et politiques nationales. Il existe des principes plus spécifiques selon lesquels les économies membres ne doivent pas assouplir leurs réglementations en matière de santé, de sécurité et

d'environnement afin d'encourager l'investissement étranger ; qu'elles doivent réduire au minimum le recours à des obligations de résultats qui faussent ou limitent le commerce et l'investissement et permettre l'entrée temporaire et le séjour de personnel clé pour le lancement d'activités liées à l'investissement étranger, sous réserve des lois et réglementations pertinentes.

Il existe un certain nombre d'accords régionaux et plurilatéraux qui, au lieu d'incorporer directement tout l'éventail de dispositions relatives à la protection de l'investissement et au règlement des différends qui se trouvent généralement dans les TBI, envisagent la conclusion d'accords bilatéraux de ce type entre les Parties. Bien qu'ils ne fassent pas partie des ACR eux-mêmes, ces "TBI annexes" sont explicitement reconnus comme contribuant au processus plus général de libéralisation entre les Parties. On peut citer comme exemple l'Accord de Cotonou signé entre l'UE et les États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP).[12] Cet accord énonce quatre principes généraux concernant le traitement de l'investissement étranger, notamment l'obligation d'accorder un traitement loyal et équitable, et il prévoit que la réglementation plus spécifique des politiques d'investissement étranger sera traitée dans le cadre de la négociation d'accords bilatéraux entre les Parties contractantes. Déjà dans la quatrième Convention de Lomé, que l'Accord de Cotonou remplace, une déclaration conjointe présentée à l'annexe LIII de la Convention prévoyait que les Parties contractantes entreprendraient une étude des principales clauses des modèles d'accords bilatéraux en matière d'investissement. Divers accords récents signés par l'Union européenne avec des pays tiers se réfèrent aussi à la possible conclusion de TBI entre les États membres de l'Union européenne et les pays tiers en question.[13]

Règles établissant une distinction entre investisseurs locaux et investisseurs de pays tiers

Les règles d'investissement relatives à l'établissement, à la libre circulation des capitaux et celles qui s'appuient sur les questions habituellement traitées dans les TBI ont toutes pour objet fondamental de promouvoir une affectation internationale plus efficiente et une meilleure utilisation des capitaux. Cependant, toutes les règles d'investissement contenues dans les ACR n'ont pas pour objectif premier l'efficience économique. Certains accords contiennent des dispositions en matière d'investissement qui visent davantage le développement. Par exemple, en août 1994, les États membres du MERCOSUR ont adopté un *Protocole sur la promotion et la protection des investissements provenant d'États non membres du MERCOSUR*. Les signataires du Protocole s'engagent à ne pas accorder aux investissements effectués par des investisseurs de pays tiers un traitement plus favorable que celui qui est prévu dans le Protocole. En ce qui concerne le traitement des investissements établis, le Protocole énonce des normes générales analogues à celles contenues dans le Protocole de Colonia,[14] à cette différence près que les Parties à l'accord décident librement d'accorder ou non le traitement national et le traitement NPF aux investissements établis effectués par des investisseurs de pays tiers. Le *Protocole sur la promotion et la protection des investissements provenant d'États non membres du MERCOSUR* ne contient aucune disposition concernant des obligations de résultats.

D'autres accords traitant des investissements en provenance de pays tiers cherchent à réduire les restrictions appliquées jusque-là à ces investissements. Par exemple, dans le Contexte de la Communauté andine, des règles visant à harmoniser les politiques d'investissement des pays membres à l'égard des investissements provenant de pays tiers ont été adoptées pour la première fois en 1970. Le régime applicable actuellement apparaît dans la *Décision 291 de la Commission de l'Accord de Carthagène – Code commun pour le traitement des capitaux étrangers et sur les marques, les brevets, les licences et les redevances* (1991). Cette Décision stipule que les investisseurs étrangers ont les mêmes droits et obligations que les investisseurs nationaux, sauf dispositions contraires de la législation de chaque pays membre, et elle supprime l'obligation faite auparavant de soumettre les investissements étrangers à une procédure d'autorisation. Elle supprime aussi les restrictions contenues dans les règles précédentes sur le transfert de capitaux en obligeant les pays membres à

autoriser les investisseurs étrangers et les investisseurs infrarégionaux à envoyer à l'étranger, en monnaie convertible, les bénéfices nets tirés de l'investissement direct étranger et le produit de la vente ou de la liquidation de cet investissement. Une troisième modification importante apportée par la Décision est la suppression des restrictions à l'accès des produits fabriqués par des entreprises étrangères aux avantages de la libéralisation des échanges découlant de l'Accord de Cartagène. Avant l'adoption de cette Décision, ces produits ne pouvaient bénéficier de cette libéralisation commerciale que si l'entreprise étrangère s'engageait à se transformer en une entreprise commune ou une entreprise nationale.

Règles relatives aux entreprises régionales

Plusieurs accords régionaux visent à favoriser la coopération entre entreprises d'États membres en établissant un régime juridique spécial pour la création d'une forme régionale d'entreprise. Par exemple, le *Code uniforme sur les entreprises multinationales andines* établi par Décision 292 de la Commission de l'Accord de Cartagène prévoit la création d'entreprises multinationales andines. L'une des conditions pour la création d'une telle entreprise est que les apports de capitaux des investisseurs nationaux de deux ou plusieurs pays membres doivent représenter au total plus de 60% du capital de l'entreprise. Parmi les privilèges que la Décision oblige les pays membres à accorder à ces entreprises figurent le traitement national pour les marchés publics, les incitations à l'exportation et la fiscalité, le droit de participer aux secteurs économiques réservés aux entreprises nationales, le droit d'ouvrir des succursales dans n'importe quel pays membre, et le droit de transférer librement des fonds liés aux investissements. De même, *l'Accord de base sur le régime de coopération industrielle de l'ASEAN* (régime AICO) a été conclu par les membres de l'ASEAN en 1996 afin de promouvoir des activités manufacturières communes entre entreprises implantées dans l'ASEAN.

NOTES

1. Dans le contexte d'un examen des dispositions des ACR relatives à l'investissement, il s'agit là d'un développement important dans la mesure où il devient nécessaire de regarder au-delà du contenu des ACR eux-mêmes pour déterminer s'ils "contiennent" des dispositions en matière d'investissement.

2. Encore que, comme il a été indiqué, bon nombre de ces accords aient maintenant des "TBI annexes".

3. La référence faite dans le texte initial à la suppression progressive des restrictions au droit d'établissement au cours de la période de transition a été enlevée et remplacée par la notion d'interdiction dans les modifications apportées par le Traité d'Amsterdam, Article 43. *Journal officiel des Communautés européennes,* N° C 340, 10 novembre 1997, p. 61.

4. Traité d'Amsterdam, Article 48.

5. Traité d'Amsterdam, Article 43.

6. Traité d'Amsterdam, Articles 44 et 47, respectivement.

7. Traité d'Amsterdam, Article 56.

8. Voir, respectivement, l'Article 4 (2) (i) du Traité établissant la Communauté économique africaine et les Articles 4 (4) (c) et 4 (6) (e) du Traité COMESA.

9. Outre le Chapitre 11, des dispositions séparées traitant des questions d'investissement se trouvent au Chapitre 14 sur les services financiers, au Chapitre 15 sur la concurrence, les monopoles et les entreprises d'État et au Chapitre 16 sur l'entrée temporaire pour les hommes d'affaires.

10. L'ALENA adopte le système de liste négative, dans lequel le champ actuel des dispositions de l'Accord relatives à l'investissement est déterminé par les exceptions et réserves énoncées dans les annexes à l'Accord.

11. La Convention initiale de Stockholm a été signée en 1960.

12. Signé en juin 2000.

13. Outre les Accords européens et les Accords de partenariat et de coopération, on trouve des références à la conclusion future de traités bilatéraux en matière d'investissement dans l'Accord de coopération entre la Communauté européenne et le Royaume du Népal (1995), par exemple, l'Article 10 : l'Accord-cadre interrégional de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et le Marché commun du sud et ses États membres, d'autre part (1995), Article 12, et l'Accord-cadre de coopération conduisant finalement à l'établissement d'une association politique et économique entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part (1996), Article 15.

14. Le Protocole de Colonia gouverne le traitement des investisseurs régionaux et de leurs investissements.

Chapitre 4

POLITIQUE DE LA CONCURRENCE

par

Hunter Nottage

Résumé : Des dispositions relatives à la concurrence sont présentes dans les ACR conclus dans toutes les régions du monde et entre pays se trouvant à tous les stades du développement. Ce chapitre examine un certain nombre d'aspects de ces dispositions des ACR, ainsi que les dispositions des accords de l'OMC en matière de politique de la concurrence. Sont examinés, en particulier, la coordination des normes et des règles de concurrence dans les ACR, les mécanismes de coopération et de mise en œuvre et le traitement des monopoles et des entreprises ayant des droits spéciaux et exclusifs. Enfin, ce chapitre analyse le rapport entre les règles de politique de la concurrence et l'application de mesures commerciales correctrices, notant que certains ACR interdisent le recours à des mesures *antidumping* entre signataires en raison d'accords de coopération sur les questions de politique de la concurrence. L'étude de ces divers thèmes fait ressortir la diversité des ACR quant à la façon d'envisager l'intégration du point de vue du droit et de la politique de la concurrence.

Principaux points

Un constat qui se dégage immédiatement de ce bref tour d'horizon est la fréquence des dispositions relatives à la concurrence dans les ACR. On les trouve dans des accords commerciaux concernant toutes les parties de la planète et dont les membres sont soit des pays développés soit des pays en développement, soit les deux. Cela donne à penser qu'il existe un large consensus sur la valeur et l'opportunité d'inclure des dispositions sur la concurrence dans les accords commerciaux. Idée qui continue d'être débattue au niveau multilatéral.

Un deuxième thème majeur est celui de la disparité des divers ACR et du degré d'intégration qu'ils cherchent à établir en matière de concurrence. Ce thème apparaît tout d'abord dans l'analyse du degré de coordination des normes et des règles de concurrence que les ACR cherchent à établir. En particulier, les ACR qui appellent à une harmonisation poussée des normes et des règles spécifiques, telle que celle de l'Union européenne, contrastent avec ceux qui énoncent des engagements plus généraux de lutte contre les pratiques commerciales anticoncurrentielles, qui ont parfois pour conséquence l'obligation d'adopter et d'appliquer des lois sur la concurrence, tel l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). L'approche adoptée en matière de coordination varie généralement selon le degré d'intégration économique qu'envisagent les divers accords. Ce n'est toutefois pas toujours le cas ainsi que le montre l'exemple de certains accords d'association euro-méditerranéens qui établissent une coordination des règles concurrentielles de fond alors qu'ils n'ont que des objectifs relativement limités en matière d'intégration de marché. Le degré de coordination tend à être étroitement lié au rôle que jouent les institutions supranationales dans la surveillance de l'application des règles de concurrence.

Une troisième observation, plus provisoire, est que les ACR ont pour effet d'empêcher l'application de mesures *antidumping* dans le cadre de la coopération et de la politique de la concurrence. Cela est traditionnellement le cas quand il y a une forte intégration de la politique de la concurrence, comme par exemple au sein de l'Union européenne ou de l'ANZCERTA (Accord commercial de rapprochement économique australo-néo-zélandais) mais aussi, plus récemment, dans les ACR qui traitent des questions de politique de la concurrence de façon beaucoup plus générale, tels que l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili. Les liens entre les mesures *antidumping* et la politique de la concurrence continuent d'être examinés lors des négociations de nouveaux ACR. Dans ce domaine, les approches régionales peuvent être sensiblement différentes de ce qui est actuellement envisagé au niveau multilatéral et dans le cadre des disciplines de l'OMC.

Enfin, examinant le traitement des monopoles et des entreprises bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs ainsi que les mécanismes de consultation, de coopération et de mise en application, on constate que les ACR vont généralement au-delà des règles de l'OMC, ce qui n'est pas surprenant dans la mesure où la réglementation de l'interaction entre commerce et concurrence reste embryonnaire à l'OMC.

Dispositions des accords de l'OMC

La Déclaration ministérielle de Doha a élargi le rôle de la politique de la concurrence au sein de l'OMC, non seulement en reconnaissant les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à

améliorer la contribution de la politique de la concurrence au commerce international et au développement mais aussi en convenant que des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle[1]. Au cours des deux années qui s'écouleront jusqu'à la cinquième session, il a été demandé au Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de centrer ses travaux sur la clarification de certains principes fondamentaux, y compris la transparence, la non-discrimination et l'équité au plan de la procédure, les dispositions relatives aux ententes injustifiables, les modalités d'une coopération volontaire et le soutien en faveur du renforcement progressif des institutions chargées de la concurrence dans les pays en développement au moyen du renforcement des capacités.

Si la Déclaration ministérielle de Doha marque une étape importante, la politique de la concurrence n'est pas pour autant un sujet nouveau à l'OMC. Toutefois, cette question n'a pas fait l'objet d'une analyse systématique.

Historiquement, la Charte de la Havane de 1947, instituant une Organisation internationale du commerce (OIC) envisageait l'adoption d'une réglementation multilatérale des pratiques commerciales restrictives, accompagnée d'une procédure d'examen. Le Chapitre V de la Charte intitulé "pratiques commerciales restrictives" contenait plusieurs articles "afin d'empêcher les pratiques commerciales – qu'elles soient le fait d'entreprises commerciales privées ou publiques – qui, dans le commerce international, entravent la concurrence, restreignent l'accès aux marchés ou favorisent le contrôle à caractère de monopole."[2]

Toutefois, le Chapitre V n'a pas été inclus dans le GATT de 1947. C'est une Décision édulcorée qui a été adoptée en 1960 par les Parties contractantes du GATT[3]. Cette Décision, intitulée "Pratiques commerciales restrictives, dispositions prises en vue de consultations" reconnaissait que "les pratiques commerciales qui entravent la concurrence dans le commerce international peuvent freiner l'expansion du commerce international … compromettant ainsi les avantages des réductions de droits de douane et de la suppression des restrictions quantitatives, ou porter atteinte de toute autre manière aux objectifs de l'Accord général sur le tarif douanier ou le commerce." Et "qu'une coopération internationale est nécessaire pour lutter efficacement contre les pratiques commerciales restrictives qui ont des effets dommageables dans le commerce international." Toutefois, les Parties contractantes ont à l'époque considéré que "dans les circonstances actuelles, … elles ne pourraient assumer sous quelque forme que ce soit la réglementation de ces pratiques ni se charger d'enquêtes". Ainsi, la Décision de 1960 se borne à recommander que dans le cas de pratiques commerciales restrictives qui ont des effets dommageables dans le commerce international, les Parties contractantes engagent des consultations bilatérales ou multilatérales.[4]

Après la Décision de 1960, les dispositions relatives à la concurrence ont été intégrées de façon ponctuelle au GATT et dans les Accords ultérieurs de l'OMC. Plusieurs bilans de ces dispositions ont déjà été dressés par l'OCDE[5], l'OMC [6] et des universitaires [7]. On trouvera ci-après un résumé sélectif des dispositions essentielles des divers accords.

L'Article XVII du GATT de 1994 (Entreprises commerciales d'État), qui concerne les entreprises commerciales d'État et les autres entreprises qui bénéficient de privilèges exclusifs ou spéciaux, est important. L'article reconnaît que ces entreprises pourraient être utilisées de telle façon qu'il en résulterait de sérieuses entraves au commerce et note qu'il est important, pour assurer le développement du commerce international, d'engager des négociations sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, afin de limiter ou de réduire ces entraves.

Dans le domaine des services, l'Article VIII (Monopoles et fournisseurs exclusifs de services) de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) dispose que les membres de l'OMC doivent

faire en sorte que tout fournisseur monopolistique d'un service sur leur territoire n'agisse pas d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'Article II (Traitement de la nation la plus favorisée) et leurs engagements spécifiques. En outre, l'Article IX de l'AGCS (Pratiques commerciales) reconnaît que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services "peuvent limiter la concurrence et par-là restreindre le commerce des services". En ce qui concerne les services de télécommunications de base, un document additionnel, le Document de référence sur les télécommunications de base, stipule l'engagement général de maintenir des mesures adéquates pour empêcher les principaux fournisseurs de se livrer à des pratiques contraires à la concurrence.

Dans le domaine des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, l'Article 8.2 de l'Accord sur les ADPIC (Principes) autorise un membre à prendre des mesures appropriées afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions de cet Accord. En outre, l'Article 40.2 (Contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles) autorise les membres à spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui pour eux, dans des cas particuliers, constituent un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré. Enfin, l'Article 31 (Autres utilisations sans autorisation du détenteur du droit) envisage la concession de licence obligatoire en cas de pratique anticoncurrentielle.

L'Article 11.3 de l'Accord sur les sauvegardes (Prohibition et élimination de certaines mesures) fait obligation aux membres de l'OMC de ne pas encourager ni soutenir l'adoption de mesures non gouvernementales équivalentes à des mesures d'autolimitation des exportations, d'arrangement de commercialisation ordonnée, ou tout autre mesure gouvernementale interdite en vertu de l'Article 11.1 de cet accord.

Pour ce qui est des mesures concernant les investissements et liées au commerce, les dispositions relatives à la concurrence sont limitées à l'Article 9 de l'Accord sur les MIC (Examen par le Conseil du commerce des marchandises) qui donne pour mission au Conseil du commerce des marchandises d'examiner s'il convient de compléter l'accord par des dispositions relatives à la politique en matière d'investissement et à la politique en matière de concurrence.

On trouve également, semble-t-il, des éléments relatifs à la politique de la concurrence dans l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, dans l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, dans l'Accord sur l'inspection avant expédition, dans l'Accord sur les marchés publics et dans l'Accord sur le commerce des aéronefs civils. Par ailleurs, les règles plus générales de l'OMC relatives à la non-discrimination, à la transparence, les dispositions relatives aux consultations et à la coopération qui sont prévues dans chacun des grands accords de l'OMC et le mécanisme de règlement des différends sont également pertinentes.[8]

En matière de politique de la concurrence, une autre disposition du GATT de 1994 est l'Article VI (Droits antidumping et droits compensateurs) ainsi que l'Accord sur la mise en oeuvre de l'Article VI (Accord antidumping), qui l'accompagne. Ces dispositions autorisent l'imposition de droits *antidumping* dans les cas où l'on a déterminé que le *dumping* est pratiqué. En outre, la notion d'avantages annulés ou compromis par des pratiques non contraires à l'Accord basée sur l'Article XXIII du GATT peut offrir une base pour contester les refus d'accès au marché qui sont contraires aux concessions négociées. On a fait valoir qu'il n'est pas exclu que des pratiques commerciales restrictives puissent avoir une responsabilité dans de telles situations.[9]

Enfin, les questions relatives à la concurrence sont fréquemment examinées dans le contexte de l'examen des politiques commerciales et ont été étudiées de façon approfondie par le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC depuis sa création en 1996 lors de la Conférence ministérielle de Singapour. Ainsi qu'on l'a déjà mentionné, la récente Déclaration ministérielle de Doha a renouvelé le mandat du Groupe de travail en lui demandant de clarifier diverses questions relatives à l'interaction entre le commerce et la politique de la concurrence d'ici à la cinquième Conférence ministérielle.

Dispositions des accords commerciaux régionaux

Bien que l'objet de la présente étude soit d'examiner la façon dont les ACR traitent des questions relatives à la concurrence, il importe de souligner qu'ils ne représentent que l'un des cadres institutionnels qui traitent de la loi et de la politique de la concurrence au niveau international. Au-delà des accords régionaux et bilatéraux, il y a par exemple une pléthore d'arrangements coopératifs *antitrust* qui visent à faciliter l'application de la loi sur la concurrence au niveau multilatéral, régional et bilatéral. Ces accords comprennent l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives de l'ONU[10]. Plusieurs recommandations de l'OCDE[11] ainsi que divers accords bilatéraux incorporant notamment les deux principes de courtoisie positive et traditionnelle.[12]

Dans l'analyse de la façon dont les ACR appréhendent la politique de la concurrence, l'on a suivi ici une approche thématique et choisi les rubriques suivantes : (i) le degré de coordination des normes et des règles de fond en matière de concurrence ; (ii) le traitement des monopoles et des entreprises bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs ; (iii) les mécanismes de consultation, de coopération et d'application ; et (iv) les liens entre les règles de concurrence et les mesures correctives en matière commerciale.[13]

Étant donné le caractère embryonnaire et plutôt indirect des disciplines de l'OMC relatives à la concurrence, les dispositions des ACR examinées ici font presque automatiquement une place plus large à la concurrence que les disciplines de l'OMC. Cette remarque appelle toutefois une réserve dans les cas où les ACR n'autorisent plus l'application de mesures *antidumping* qui diffèrent des dispositions de l'OMC sans les élargir.

Le degré de coordination des normes et des règles en matière de concurrence

Un moyen de différencier les ACR qui traitent de la politique de la concurrence consiste à examiner le *degré* de coordination des normes et des règles en matière de concurrence qu'ils envisagent. A cet égard, il est possible de distinguer entre les accords commerciaux qui font aux Parties l'obligation générale de prendre des mesures pour combattre les pratiques anticoncurrentielles des entreprises (telle que l'obligation d'adopter une législation nationale sur la concurrence sans énoncer les normes ou les dispositions spécifiques qu'elle doit contenir) et ceux qui appellent à coordonner davantage les normes et les règles spécifiques en matière de concurrence (et exigent potentiellement des lois et procédures communes en matière de concurrence). Une classification nette de cette nature est limitée par le fait que, dans la réalité, il existe dans les ACR une convergence des dispositions touchant la politique de la concurrence. En outre, si les ACR comptant des éléments et des institutions supranationaux exigent nécessairement une importante coordination des normes et des règles en matière de concurrence, un certain nombre d'ACR qui ne sont pas de caractère supranational ont aussi procédé à une coordination dans ce domaine. Toutefois, malgré ces difficultés de classification, cette section offre un cadre permettant d'identifier deux grandes approches de la politique de concurrence dans les ACR.

L'ALENA, qui prévoit l'obligation générale de prendre des dispositions pour lutter contre les comportements commerciaux anticoncurrentiels, illustre la première approche. Son Chapitre 15, intitulé “Politique de concurrence, monopoles et entreprises d’État” demande aux pays membres d’adopter ou de maintenir « des mesures prohibant les comportements anticoncurrentiels et (d’exercer) toute action appropriée à cet égard” [14] sans toutefois prescrire de normes ou de règles spécifiques en matière de concurrence. Dans le cadre de cette obligation, le Mexique a adopté en 1993 une législation moderne et complète en matière de concurrence.[15] On trouve des dispositions analogues dans les Accords de libre-échange entre le Canada et le Chili et entre le Mexique et le Chili. L'Accord de partenariat économique entre le Japon et Singapour (JSEPA) prévoit que chaque partie prendra les mesures qu'elle juge appropriées pour lutter contre les activités anticoncurrentielles. De même, l’Accord de libre-échange entre l’Union européenne et le Mexique s’attache à assurer que les parties mettront en œuvre et appliqueront leurs législations respectives sur la concurrence d’une façon qui rappelle les accords annexes sur l’environnement et les normes du travail de l’ALENA.

Le chapitre sur la politique de la concurrence (Chapitre XI) de l'Accord de libre-échange récemment signé entre le Canada et le Costa Rica (ALECCR) adopte une approche comparable.[16] Il comporte l'obligation pour les Parties d'adopter ou de maintenir des mesures prohibant les agissements commerciaux anticoncurrentiels et, notamment, les cartels, les abus de position dominante et les fusions anticoncurrentielles – cette liste n'étant pas exhaustive [Chapitre XI, XI.2, paragraphe 3 a) à c)]. Cet accord de libre-échange est remarquable en ce sens qu'il incarne concrètement bon nombre des principes sur lesquels le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence a été chargé de centrer son attention comme suite à la Déclaration ministérielle de Doha. C'est ainsi que le cadre comporte une adhésion aux principes de *transparence*, chaque Partie devant veiller à ce que les mesures adoptées ou maintenues pour prohiber les agissements anticoncurrentiels soient “publiées ou offertes au public” [Chapitre XI, XI.2, paragraphe 4 a)].[17] Par ailleurs, les exclusions ou autorisations spéciales décrétées par une Partie en vertu de ses lois doivent être “transparentes et .... examinées périodiquement par chacune des Parties afin de déterminer si elles sont nécessaires” (Chapitre XI, XI.2, paragraphe 3). L'accord de libre-échange contient aussi des engagements de *non-discrimination*, puisque les mesures adoptées pour interdire les agissements anticoncurrentiels devraient être appliquées sur une base non discriminatoire (Chapitre XI, XI.2, paragraphe 2) ; et *d'équité procédurale* puisque les procédures judiciaires et quasi-judiciaires devraient être justes et équitables et qu'il devrait exister un processus de révision ou d'appel pour toute décision finale (Chapitre XI, XI.2, paragraphe 6). Enfin, ce chapitre prévoit expressément que les Parties conviennent “qu'il est de leur intérêt commun de collaborer en matière d'initiatives d'assistance technique se rapportant aux politiques sur la concurrence” (Chapitre XI, XI.5).

A la différence de ces vastes initiatives qui comportent l'obligation générale de prendre des mesures pour lutter contre les agissements commerciaux anticoncurrentiels, divers autres ACR prévoient la coordination des normes et des règles spécifiques en matière de concurrence. C’est en particulier le cas pour le système de règles de concurrence très avancé de l’UE, la majorité des accords commerciaux de l’Union européenne avec les pays tiers et divers groupes infrarégionaux d’Afrique et d’Amérique latine.

L’Union européenne s’est dotée de règles de concurrence supranationales reliées, par le Traité instituant la communauté européenne (1957) (le Traité de la CE)[18] à l’objectif fondamental de l’établissement d’un marché commun.[19] Les règles instituées par le Traité de la CE en matière de concurrence portent notamment sur les accords ou pratiques concertés ou accords entre entreprises (Article 81[20]), l’abus de position dominante par les entreprises (Article 82[21]), ainsi que les aides de l’État, subventions déguisées, qui ont pour effet de fausser la concurrence (Article 87[22]). L'UE a aussi adopté depuis 1989 des règles connexes touchant les concentrations dont les ventes atteignent un certain montant, destinées à s'appliquer aux opérations qui peuvent influer sur les échanges entre les

États membres de l'UE. Il est à noter que la coordination de ces règles spécifiques est assurée par le principe de la primauté du droit de la concurrence communautaire sur le droit national.[23] En même temps, les États membres de l'UE conservent des lois nationales et des autorités nationales distinctes en matière de concurrence, qui peuvent différer sensiblement les unes des autres.[24]

L'Union européenne se trouve également au centre d'un réseau d'accords commerciaux conclus avec des pays non membres de l'Union qui appellent à l'adoption et à la coordination de normes et de règles spécifiques en matière de concurrence, bien que le degré de cette coordination varie selon les degrés d'intégration économique qu'envisagent les divers accords. Un des meilleurs exemples en est l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE), conclu par l'Union européenne avec la plupart des pays de l'AELE.[25] Selon les dispositions de cet accord, des règles proches de celles du droit de la concurrence de la CE s'appliquent aux pratiques susceptibles de fausser le commerce ou la concurrence entre les pays membres de l'Espace économique européen. Ainsi les règles de concurrence applicables aux entreprises aux termes des Articles 53 et 54 de l'Accord EEE sont pratiquement identiques à celles des Articles 81 et 82 du Traité de la CE. De la même façon, l'Accord EEE s'applique aux fusions qui sont jugées incompatibles avec le bon fonctionnement de l'Accord quand elles ont pour effet de créer ou de renforcer une position dominante qui a pour objet d'entraver sensiblement le jeu de la concurrence sur les territoires de l'Espace économique européen.[26] Il en va de même des accords européens**,** conclus avec les pays d'Europe centrale et d'Europe orientale ainsi que de l'Accord de libre-échange conclu entre les pays d'Europe centrale, dont les règles de concurrence s'alignent sur celles du Traité de la CE en ce qui concerne des comportements qui affectent le commerce entre l'Union européenne et un autre pays signataire.[27] Si les Accords de stabilisation et d'association que l'Union européenne a conclus avec certains pays d'Europe du Sud-Est contiennent également des dispositions très proches de celles des Accords européens, ils vont encore plus loin dans deux domaines importants. Premièrement, en plus d'exiger le rapprochement du droit existant et futur de la concurrence des signataires avec le droit de la concurrence communautaire, ils se réfèrent explicitement à son application ; et deuxièmement, ils établissent des dates butoir strictes dans ces deux domaines.[28]

Les récents Accords euro-méditerranéens d'association introduisent également des règles spécifiques en matière de concurrence semblables à celles du Traité de la CE en ce qui concerne les actions concertées, l'abus de position dominante et les aides de l'État faussant la concurrence. Bien que ces dispositions restent à mettre en œuvre, elles sont significatives dans la mesure où elles affectent les relations commerciales de l'Union européenne avec un certain nombre de pays du Moyen-Orient et d'Afrique du Nord qui se trouvent à des niveaux de développement fort variables, dont les motivations et les incitations diffèrent de celles des pays d'Europe centrale et orientale ou des pays de l'AELE.[29]

La coordination des normes et des règles en matière de concurrence entre les ACR ne se limite pas aux accords conclus par l'Union européenne. Les questions de politique et de législation sur la concurrence commencent à être traitées de façon plus approfondie dans les accords infra-régionaux africains conclus avec le Traité établissant le marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique Australe (COMESA) qui interdit, dans son Article 55, tout accord entre entreprises, ou pratique concertée qui a pour objectif ou pour effet de prévenir, restreindre ou fausser la concurrence sur le territoire du marché commun (sous réserve d'une disposition prévoyant l'octroi d'exemptions par le Conseil du COMESA). En outre, le COMESA envisage d'élaborer et de mettre en œuvre une politique régionale de la concurrence qui harmonisera les politiques de concurrence nationales existantes ou les instituera là où elles sont inexistantes, dans le contexte du passage à l'union douanière totale.[30] Parmi les autres ACR qui ont adopté ou envisagent d'adopter des règles spécifiques coordonnées en matière de concurrence figurent le MERCOSUR[31], la Communauté andine[32] et l'Association européenne de libre-échange.[33]

L'Accord de rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande (ANZCERTA) établit également une coordination des spécifiques en matière de concurrence. Tant l'Australie que la Nouvelle-Zélande se sont engagées à harmoniser leur droit commercial et leur législation sur la concurrence. En outre, les deux pays ont éliminé les mesures *antidumping* dans le commerce transtasmanien et ont modifié leur législation sur la concurrence de façon à ce que les interdictions applicables à l'abus de puissance de marché ne s'appliquent pas seulement sur leurs propres marchés mais également sur le marché transtasmanien. Cela signifie en particulier que les interdictions australiennes et néo-zélandaises relatives au prix d'éviction et à la discrimination anticoncurrentielle par les prix peuvent être directement appliquées aux entreprises ayant des activités dans l'un ou l'autre pays. Cela signifie également que les affaires relatives à l'abus de position dominante intervenant sur le marché transtasmanien peuvent être poursuivies par l'Autorité de la concurrence de l'un ou l'autre pays.[34]

Monopoles, entreprises d'État et entreprises jouissant de droits spéciaux ou exclusifs

L'impact que les entreprises commerciales d'État, monopoles et entreprises jouissant de droits exclusifs ou spéciaux peuvent avoir sur l'accès au marché est depuis longtemps un sujet de préoccupation dans les relations commerciales internationales. Par conséquent, contrairement à la relative absence de dispositions relatives à la concurrence dans d'autres domaines, les accords de l'OMC contiennent un certain nombre de règles de concurrence concernant les monopoles, les entreprises d'État et les entreprises jouissant de droits spéciaux ou exclusifs. De la même façon, de nombreux ACR imposent des obligations étendues en ce qui concerne la conduite des opérations de ces entreprises.

L'Accord de libre-échange entre le Mexique, la Colombie et le Venezuela (l'Accord du Groupe des trois) en est un bon exemple dans la mesure où ses dispositions relatives à la concurrence ne s'appliquent qu'aux monopoles et entreprises d'État, leur imposant de conduire leurs activités sur la base de considérations commerciales sur leurs propres territoires et de ne pas faire usage de leurs situations monopolistiques pour s'engager dans les pratiques anticoncurrentielles sur un marché non monopolistique qui affecterait les activités des entreprises dans d'autres États membres.

L'Article 1502 de l'ALENA affirme le droit d'un membre de désigner des monopoles privés ou publics, à condition toutefois que ce membre : (a) agisse conformément aux obligations qui lui sont imparties aux termes de l'Accord ALENA ; (b) agisse uniquement en fonction de considérations commerciales au moment d'acheter ou de vendre le produit ou le service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent ; (c) accorde un traitement non discriminatoire aux investissements et investisseurs de l'ALENA, et aux fournisseurs de biens et de services de l'ALENA au moment d'acheter ou de vendre le produit ou le service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent ; et (d) n'utilise pas la situation de monopole pour se livrer sur un marché non monopolistique à des pratiques anticoncurrentielles. Pour ce qui est des entreprises d'État, l'Article 1503 dispose que celles-ci ne doivent pas agir d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations imposées par l'ALENA en matière d'investissements et de services financiers et maintiennent, dans la vente de ces produits ou services, un traitement non discriminatoire à l'égard des ventes effectuées sur son territoire par des investisseurs de l'ALENA.

Le Traité de la CE offre peut-être l'exemple le plus radical de l'application des lois régionales en vue d'éliminer les obstacles aux échanges. Les Articles 28 et 31[35] ont été appliqués à l'égard des monopoles d'État à caractère commercial, afin d'assurer l'élimination des mesures ayant un effet équivalent à celui des restrictions quantitatives et d'éviter toute discrimination entre les États membres de l'Union européenne.[36] L'Article 31 a été en particulier interprété comme faisant obligation d'éliminer les droits d'importation exclusifs d'un monopole commercial.[37] Pour ce qui est des

entreprises publiques ou des entreprises jouissant de droits spéciaux ou exclusifs, l'Article 86[38] du Traité de la CE énonce expressément qu'elles sont soumises aux autres règles du Traité de la CE, en particulier par les règles de concurrence. On trouve des dispositions similaires dans les accords européens et l'Accord EEE.

Mécanismes de consultation, de coopération et d'application de la loi

La plupart des accords commerciaux prévoient des mécanismes d'application de mesures visant à lutter contre le comportement anticoncurrentiel, telles que les procédures de notification, d'échange de renseignements et d'application des règles en matière de concurrence. Dans ce domaine, il convient de considérer les ACR en même temps que les autres accords de coopération *antitrust* que les parties auraient pu conclure. Par ailleurs, les enseignements tirés de ces accords de coopération ont été incorporés aux nouveaux ACR.[39]

Il existe toutefois une grande différence entre les ACR qui prévoient des dispositions se limitant à la consultation et à la coopération entre autorités nationales de la concurrence et ceux qui contiennent des éléments de supranationalité. Ces derniers attribuent souvent un rôle capital à des institutions supranationales dans l'application des règles de concurrence, tandis que les premiers font essentiellement appel à des procédures non institutionnalisées. Le Traité de la CE offre le meilleur exemple de l'application des règles de la concurrence par une institution supranationale dans la mesure où l'application de la législation de la CE sur la concurrence est essentiellement du ressort de la Commission. Il convient toutefois de noter que certaines lois et règles communautaires en matière de concurrence peuvent être appliquées par les tribunaux nationaux et par les autorités nationales de la concurrence – et que ce phénomène a gagné en importance au cours des dernières années où la Commission de la CE a encouragé une application plus décentralisée du droit communautaire de la concurrence.[40] Le système à deux piliers de l'Espace économique européen autorise aussi des compétences supranationales qu'il répartit entre la Commission de l'UE et l'Autorité de surveillance de l'AELE.[41] Les institutions de la Communauté andine ont également été dotées de compétences supranationales, le Conseil de l'Accord de Carthagène étant chargé d'ouvrir des enquêtes sur les cas de violations alléguées, et ces décisions ont directement un effet juridique dans les pays membres. Sur une plus petite échelle, le Comité technique sur la politique de la concurrence et la Commission sur le commerce du MERCOSUR peuvent publier des décrets relatifs à l'application de dispositions qui doivent être mises en œuvre par les agences nationales des pays membres.

Toutefois, le recours aux institutions internationales n'empêche pas la coopération entre les autorités nationales de la concurrence. Par exemple, la Commission de la CE coopère avec les autorités de la concurrence des États membres au cours des enquêtes, pour l'échange de documents, lors des auditions orales (en autorisant la représentation de l'État membre) et en autorisant les autorités nationales à faire connaître leur point de vue sur les projets de décision. L'Accord EEE contient également plusieurs dispositions supplémentaires visant à assurer la coopération non seulement avec les autorités nationales de la concurrence mais aussi entre la Commission de la CE et l'Autorité de surveillance de l'AELE.

L'Accord de rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande est un bon exemple d'ACR instituant une large application du droit de la concurrence qui n'est pas lié à l'existence d'institutions supranationales indépendantes. L'autorité et les tribunaux de la concurrence de chaque pays fonctionnent selon un modèle unique de "chevauchement de compétences" dans lequel les plaintes relatives aux pratiques d'entreprises qui abusent de leur puissance de marché peuvent être déposées et entendues dans un pays tandis que les citations à comparaître et les ordonnances correctives peuvent être émises dans l'autre pays. Ces dispositions sont renforcées par la conclusion d'un accord d'application bilatérale distincte qui prévoit une aide importante en matière de conduite

des enquêtes, d'échange de renseignements (sous réserve de règles de confidentialité) et la coordination des mesures d'application.

L'ALENA et l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili prévoient une approche différente et ne s'appuient pas sur des institutions supranationales pour l'application de la législation sur la concurrence. Par ailleurs, ces accords n'établissent pas de procédures de coopération détaillées et excluent tout recours au règlement des différends.[42] Ils contiennent plutôt des dispositions générales relatives à la consultation et à la coopération, appelant les parties à se consulter pour l'application efficace des lois sur la concurrence, la coopération dans le domaine de leur application, y compris l'entraide juridique, la notification, la consultation et l'échange d'informations. Toutefois, pour dresser un tableau complet, il convient de prendre en compte les accords de coopération bilatéraux conclus entre les parties.[43] En cas d'infraction aux règles de la concurrence, L'AELE prévoit seulement le recours aux procédures de consultation et de plaintes prévues à l'Article 31 qui, contrairement aux dispositions du Traité de la CE, de l'Accord EEE et de la Communauté andine, ne donnent pas à l'AELE le pouvoir d'ouvrir des enquêtes, de contraindre les entreprises à communiquer des renseignements et à modifier leurs pratiques.[44]

Enfin, le forum de Coopération économique Asie Pacifique (APEC) sert de cadre à de vastes échanges de vue, à des activités de coopération technique ainsi qu'à des débats sur des questions liées à la concurrence.[45] Dans le contexte des négociations des dispositions de l'Accord de libre-échange des Amériques relatives à la politique de la concurrence, la plupart des pays de la région qui se sont dotés d'une législation sur la concurrence se sont engagés à coopérer entre eux, conformément à leurs législations respectives, afin d'assurer une meilleure application de la loi, de diffuser les meilleures pratiques dans ce domaine et d'encourager les pays qui n'ont pas encore mis en place de solides régimes de la concurrence à mettre en place un cadre juridique et à promouvoir les principes de la concurrence. Dans le cadre du JSEPA, le Japon et Singapour vont envisager d'étendre leur coopération à la coordination des activités d'application de la loi. Comme Singapour est dépourvu de loi comme d'autorité globale en matière de concurrence, cet ACR offre un exemple du potentiel que représente une telle coopération avec les pays qui ne possèdent pas de régime ou d'institution de caractère général dans le domaine de la concurrence.

Les Accords de l'OMC prévoient des procédures de consultation et de coopération concernant les pratiques anticoncurrentielles. Outre les procédures générales de consultation applicables en ce qui concerne le règlement des différends, des procédures spéciales sont prévues aux termes de (a) la Décision de 1960, qui recommande que les parties engagent, si elles y sont invitées par une autre partie contractante, des consultations bilatérales ou multilatérales selon le cas sur des pratiques restrictives ayant des effets dommageables dans le commerce international[46] ; (b) l'Article IX de l'AGCS et (c) l'Article 40.3 de l'Accord sur les ADPIC. Il est à noter que ces deux dernières dispositions prévoient également l'échange de renseignements non confidentiels. Les obligations de consultation et de coopération établies par les ACR en ce qui concerne l'application de leurs dispositions sur la concurrence sont généralement plus étendues que celles des Accords de l'OMC. C'est le cas en particulier lorsque les obligations de coopération recouvrent de nombreuses disciplines ou qu'elles concernent directement l'application des règles de concurrence et notamment l'ouverture d'enquêtes relative à des plaintes, les auditions et les jugements. Pour ce qui est de ces derniers, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC constitue une instance internationale susceptible de faire appliquer les règles de concurrence établies par l'OMC. En cas de manquement cependant, ses compétences sont limitées à ces dispositions qui, ainsi qu'on l'a mentionné dans la Partie I, ont été élaborées au coup par coup.[47]

Lien avec les mesures correctives en matière commerciale

Un certain nombre d'ACR interdisent l'utilisation de mesures *antidumping* entre signataires au nom de la coopération dans le domaine de la politique de la concurrence (voir également la section sur la défense commerciale).

L'un des meilleurs exemples en est l'Accord de rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande (ANZCERTA) par lequel ces deux pays, ainsi qu'on l'a déjà mentionné, ont décidé de mettre fin à l'application des mesures *antidumping* dans leurs échanges mutuels à compter du 1er juillet 1990 et de modifier leur législation de la concurrence de façon à ce qu'elle s'applique sans réserve aux transactions anticoncurrentielles qui se produiraient dans la région. De la même façon, conformément à la non application des mesures *antidumping* prévues au sein de l'Union européenne, l'Accord EEE établit que les mesures *antidumping*, les droits compensateurs et les mesures sanctionnant les pratiques commerciales illicites ne s'appliquent pas aux relations entre les parties contractantes.[48] Dans le cadre du MERCOSUR, bien que l'application de droits *antidumping* demeure possible pour ce qui est du commerce intérieur, il est envisagé d'éliminer graduellement ces mesures, parallèlement à l'harmonisation de la politique de la concurrence.[49]

L'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili prévoit également l'élimination réciproque des mesures *antidumping* entre les deux parties.[50] Cet accord est significatif en ce qu'il est le premier à interdire les mesures *antidumping* dans le commerce entre les parties alors que les autres dispositions de l'accord n'envisagent la politique de la concurrence qu'en termes généraux.[51] L'approche adoptée dans l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili en ce qui concerne l'interface entre les mesures *antidumping* et les règles de concurrence diffère considérablement de celle de l'ALENA qui, tout en contenant des dispositions aussi larges en matière de politique de la concurrence, maintient le droit des parties d'appliquer des mesures *antidumping* ou des mesures compensatoires (Article 1902).[52] Les mesures qui seront prises dans le cadre de la ZLEA, de même la question de savoir si elle adoptera un modèle semblable à celui de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili ou à celui de l'ALENA, n'ont pas encore fait l'objet d'une décision, mais devront tenir compte de plusieurs considérations propres à chaque pays, et notamment du fait que moins de la moitié des pays de la région ont actuellement une législation sur la concurrence.[53]

Outre l'ALENA, les ACR qui continuent d'autoriser l'application de mesures *antidumping* conformes aux engagements pris dans le cadre du GATT/OMC comprennent l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Mexique, et les accords d'association euro-méditerranéens. Par ailleurs, le Traité de la COMESA établit des mesures *antidumping*, considérées comme un instrument nécessaire pour assurer que les programmes régionaux de libéralisation ne désavantagent pas de façon inéquitable des industries faibles et vulnérables.[54] À cet égard, il sera peut-être difficile de concilier la notion "d'inéquité" avec les dispositions d'un traité sur la concurrence qui vise en principe à protéger les consommateurs et à promouvoir l'efficience économique.

Ainsi qu'on l'a noté précédemment, le GATT/OMC prévoit l'utilisation des droits *antidumping*. Dans la mesure où un ACR n'autorise plus l'application de tels droits autorisée dans le cadre, ses dispositions diffèrent de celles de l'OMC. La substitution de règles de concurrence aux mesures *antidumping* dans le commerce infrarégional, alors que les mesures *antidumping* s'appliquent toujours aux tierces parties, risque, selon certains membres de l'OMC, de causer des distorsions potentielles dans le système commercial international lorsque les deux régimes sont fondés sur des critères et conditions différentes.[55] A cet égard, il a été suggéré que l'on explore dans ce domaine les liens entre la politique de la concurrence et les ACR.[56]

NOTES

1. Le lancement des négociations est toutefois subordonné à “une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette [cinquième] session sur les modalités des négociations” ; voir la Déclaration ministérielle, Conférence ministérielle, quatrième session, 14 novembre 2001, WT/MIN(01)DEC/W/1 paragraphes 23 à 25. La présente étude ne préjuge donc pas la question de savoir si des négociations seront ou devront être lancées à l'OMC dans l'avenir.

2. Charte de la Havane, instituant une Organisation internationale du commerce, Acte final et documents connexes, Conférence des Nations Unies sur le commerce et l’emploi, la Havane, Cuba, du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948. La Charte énumérait six principales pratiques commerciales restrictives susceptibles d’avoir un effet nuisible sur le commerce, à savoir : (i) la fixation des prix ou d’autres conditions ; (ii) l’exclusion d’entreprises d’un marché ou l’attribution d’un marché, la répartition de la clientèle et la fixation de conditions de vente ou d’achat ; (iii) la discrimination à l’encontre de certaines entreprises ; (iv) les limitations de la production ou la fixation de contingents de production ; (v) les accords empêchant l’amélioration ou la mise en œuvre de procédés techniques ou d’inventions brevetées ou non ; et (vi) certaines pratiques qui étendent l’usage du droit résultant de brevets, de marques de fabrique, de droit d’auteur ou de reproduction. En outre, il était envisagé que l’OIC mène des enquêtes et rende des décisions sur les plaintes déposées, et qu’elle ait le pouvoir d’exiger des membres qu’ils prennent des mesures correctives.

3. BISD 9S/ 28-29.

4. Ces dispositions n’ont été invoquées que trois fois, en 1996, dans une affaire opposant les États-Unis et le Japon, concernant les film et papier photographiques.

5 . OCDE (1999), OCDE (1994).

6 . OMC (1997).

7 . Voir par exemple, Petersmann, EU, *“International Competition Rules for Governments and for Private Business”*, Journal of World Trade, 1996, 30: 3, 5.

8 . Les relations potentielles entre ces règles, dispositions et mécanismes et la politique de la concurrence sont décrites au Chapitre V.1 du Rapport annuel de l’OMC, 1997 p. 90 à 94.

9 . OCDE (1999), p.88.

10. *L’Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives* a été adopté au terme de la Résolution de l’assemblée générale des Nations Unies 35/63, du 5 décembre 1980. La quatrième Conférence chargée de revoir les dispositions relatives aux pratiques commerciales restrictives a appelé tous les États membres à mettre en œuvre les dispositions de l’Ensemble (TD/RBP/CONF.5/15 du 4 octobre 2000). Toutefois les principes et règles définies dans l’Ensemble n’ont pas un caractère obligatoire.

11. Voir OCDE (1995) et OCDE (1998).

12. Voir CNUCED (2001), qui distingue six types d’instruments de coopération internationale dans le domaine du droit et de la politique de la concurrence. Ces instruments sont les suivants : (a) les

accords bilatéraux ou tripartites centrés sur la coopération, (b) les traités d'entraide judiciaire, (c) les traités d'amitié, de commerce et de navigation, (d) les accords de coopération technique dans le domaine de la réglementation économique, (e) les Accords commerciaux régionaux, et (f) les instruments multilatéraux.

13. Ces rubriques suivent, dans une certaine mesure, celles du Rapport annuel de l'OMC (1997), pp. 97-100.

14. Article 1501.

15 . Le Traité relatif à la Charte de l'énergie procède d'une approche quelque peu analogue en obligeant les parties contractantes à faire en sorte que, sur leur territoire, elles aient et elles appliquent les lois nécessaires et appropriées pour remédier aux comportements économiques anticoncurrentiels dans le secteur de l'énergie.

16. L'ALECCR a récemment été présenté au Groupe de travail (de l'OMC) de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence : voir la communication conjointe du Canada et du Costa Rica, datée du 2 juillet 2001, WT/WGTCP/W/173. Des copies du texte intégral de l'ALECCR peuvent être obtenues sur le site http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Costa_Rica-e.asp.

17. En outre, toute modification apportée à ces mesures doit faire l'objet d'un avis envoyé à l'autre Partie dans un délai de 60 jours, et d'un préavis dans toute la mesure du possible [Chapitre XI, XI.2, paragraphe 4 b)].

18. Révisé par le Traité d'Amsterdam qui est entré en vigueur le 1er mai 1999.

19. Le Traité de la CE se donne comme un de ses objectifs fondamentaux la mise en place d'un "régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur", paragraphe 3(g) [ex-paragraphe 3(f)].

20. Ex-Article 85.

21. Ex-Article 86.

22. Ex-Article 92.

23. L'Union européenne représente un modèle avancé de coordination. Toutefois, lorsque l'on compare cette façon de procéder à d'autres, force est de constater que l'UE constitue davantage une union douanière qu'une zone de libre-échange.

24. Comme la portée des règles de la CE en matière de concurrence se limite aux pratiques et aux conduites qui peuvent affecter les échanges entre les États membres de la CE, ces règles n'ont pas supplanté les lois nationales sur la concurrence des États membres.

25. Les membres de l'AELE sont l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse.

26. Les règles de concurrence secondaires de la Communauté sont intégrées à l'Accord EEE pour ce qui est des accords d'achat ou de distribution exclusifs, le transfert de technologie, les accords de spécialisation et les accords de recherche et de développement, etc.

27. Selon les dispositions des Accords européens, sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord (i) tous les accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; et (ii) le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une

position dominante sur le territoire de la communauté ou du pays considéré dans son ensemble ou dans une partie de celui-ci. Les Accords européens contiennent également des règles relatives à l'octroi des aides de l'État, bien que ces règles soient plus étroitement alignées sur les règles de l'Union européenne applicables aux régions les moins prospères de l'Union européenne et autorisent certaines exemptions concernant la Politique agricole commune et le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. En ce qui concerne l'Accord du libre-échange d'Europe centrale, voir en particulier les Articles 22 et 23.

28. Voir par exemple l'Article 68 (Rapprochement des législations et applications de la loi) de l'Accord de stabilisation et d'association entre les communautés européennes d'une part et l'ex-République yougoslave de Macédoine d'autre part (Bruxelles, 26 mars 2001, 2001/0049 (ACV) [disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/external_relations/see/fyrom/saa/saa03_01.pdf]

29. L'Accord euro-méditerranéen entre la Communauté européenne et la République tunisienne contient des règles de fond détaillées en matière de concurrence (voir Articles 36, 81, 82 et 87).

30. Musonda (2000).

31. Voir en particulier le protocole de décembre 1996 sur la politique de la concurrence.

32. Voir en particulier la décision N° 285 de mars 1991, de la Commission de l'Accord de Carthagène intitulée *"Norms to Prevent or Correct Distortions in Competition Caused by Practices that Restrict Free Competition".*

33. Voir en particulier l'Article 15.1.

34. OCDE (2001).

35. Ex-Articles 30 et 37.

36. L'Article 31 dispose explicitement que "les dispositions du présent article s'appliquent à tout Organisme par lequel un État membre, *de jure* ou *de facto*, contrôle, dirige ou influence sensiblement, directement ou indirectement, les importations ou les exportations entre les États membres. Ces dispositions s'appliquent également aux monopoles d'État délégués."

37. *Pubblico Ministero v Flavia Manghera* et autres, Affaire 59/75 [1976] ECR 91.

38. Ex-Article 90.

39. Par exemple, le principe de "courtoisie active", en vertu duquel une partie peut demander à une autre partie de prendre des sanctions à l'encontre d'un agissement anticoncurrentiel ayant lieu sur le territoire de cette dernière partie qui affecte ses intérêts. Ce principe a été introduit dans plusieurs ACR (et notamment dans le Traité relatif à la Charte de l'énergie et dans les Accords européens) après l'avoir été dans divers accords de coopération bilatérale (comme l'Accord de 1991 entre la Commission des Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence).

40. C'est ainsi, par exemple, que la Commission de la CE a maintenant adopté un projet de règlement qui prévoit la délégation aux juridictions nationales de ses pouvoirs au titre de l'Article 81 du Traité de la CE pour ce qui est d'examiner les pratiques commerciales restrictives et d'accorder des exemptions (les dispositions de l'Article 82 peuvent déjà être appliquées au niveau national). La Commission continuera toutefois de veiller à la mise en application des règles qui présentent une importance générale pour l'Union européenne.

41. L'Autorité de surveillance de l'AELE est établie aux termes de l'Article 108 de l'Accord EEE tandis que la répartition des compétences entre l'Autorité et la Commission de la CE est régie par l'Article 56 du même accord.

42. Voir les Articles 1501, 1502, 1503 et 1504 de l'ALENA.

43. L'accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs lois sur la concurrence et de leurs lois relatives aux pratiques commerciales déloyales de 1995 comporte par exemple des dispositions détaillées concernant les notifications, l'échange de renseignements, les mesures de coordination des activités de mise en application, et la coopération relative aux agissements anticoncurrentiels qui affectent les intérêts de l'autre partie (courtoisie active), la prévention des conflits (courtoisie traditionnelle) et les consultations. L'Accord de 2000 entre le Mexique et les États-Unis et l'Accord de 2001 entre le Mexique et le Canada relatifs à l'application de leurs lois sur la concurrence contiennent des dispositions similaires.

44. Voir OCDE (1994), paragraphe 51.

45. Les membres de l'APEC se sont toutefois engagés à appliquer les principes, non contraignants, de l'APEC relatifs à l'amélioration de la politique de concurrence et de la réforme de la réglementation afin de promouvoir une application efficace, adéquate et transparente des politiques et lois sur la concurrence et leur application, afin de promouvoir la concurrence entre les économies des pays de l'APEC et de prendre des mesures dans le domaine de la déréglementation.

46. Selon la recommandation de la Décision de 1960, la partie sollicitée devrait examiner la demande avec compréhension et se prêter à des consultations mutuellement satisfaisantes et, si elle reconnaît l'existence de ces effets dommageables, elle devrait prendre les mesures qui lui paraissent indiquées pour en assurer la suppression. Ainsi qu'on l'a déjà mentionné, ces dispositions ont été invoquées dans trois cas seulement – voir plus haut la note 5.

47. On trouvera dans le Rapport annuel de l'OMC, 1997, un examen du fonctionnement du mécanisme de règlement des différends de l'OMC dans ce domaine.

48. Traité de la CE, Article 91, Accord EEE, Article 26.

49. Décision 28/00, voir le chapitre sur la défense commerciale.

50. Article M-01 (Exemption réciproque touchant l'application de la législation sur les droits *antidumping*) de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili dispose que [sous réserve de l'application de l'Article M-03] "mais à compter de la date d'entrée en vigueur du présent accord, chacune des parties convient d'exempter les produits de l'autre partie de l'application de sa législation intérieure sur les droits *antidumping*". Plus précisément : (a) aucune des parties n'engagera d'enquêtes ou d'examens *antidumping à* l'égard des produits de l'autre partie ; (b) chacune des parties mettra fin à toute enquête ou investigation *antidumping* en cours à l'égard desdits produits ; (c) aucune des parties n'imposera de nouveaux droits ou autres mesures *antidumping* à l'égard desdits produits ; et (d) chacune des parties révoquera toutes ordonnances existantes visant la perception de droits *antidumping*. En outre, afin d'assurer la réalisation des objectifs du présent article, chacune des parties modifiera et publiera s'il y a lieu, sa législation intérieure pertinente sur les droits *antidumping* à l'égard des produits de l'autre partie.

51. Au contraire, ainsi qu'on l'a noté précédemment, l'ANZCERTA, l'Accord de l'Union européenne et l'Accord EEE accompagnent ces mesures d'une harmonisation significative des règles de fond en matière de concurrence.

52. L'ALENA a institué ses propres procédures de règlement des différends en ce qui concerne les mesures *antidumping*.

53. Voir *Inside US Trade* (2001).

54. Musonda (2000).

55. Voir OMC (2000).

56. La contribution japonaise au Comité des accords commerciaux régionaux de l'OMC, voir la note sur les réunions du 27 novembre et des 4 et 5 décembre 1997, Comité des accords commerciaux régionaux, 13 janvier 1998, WT/REG/M/15 au paragraphe 29. Voir également au paragraphe 26 la contribution du Canada qui concluait : "Mais si les parties à un accord commercial régional supprimaient entre elles les mesures *antidumping* ou adoptaient un autre mécanisme pour venir à bout de la discrimination par les prix… cela aurait-il nécessairement des répercussions au sens du paragraphe 5 de l'Article XXVI du GATT ? La réponse n'était pas claire et méritait un examen plus approfondi. Il pouvait y avoir entre les deux éléments un lien qu'il fallait explorer davantage". Plus récemment, le Groupe de travail conjoint du JSEPA avait reconnu que si la non-application des mesures *antidumping* … pouvait avoir un effet de démonstration positive significatif, plusieurs interprétations étaient possibles pour ce qui était de leur cohérence avec les obligations au titre de la clause de la nation la plus favorisée de l'OMC et ainsi suggérait que cette question fasse l'objet de nouvelles négociations, voir le rapport du Groupe de travail conjoint, paragraphes 48-49.

RÉFÉRENCES

CNUCED (2001), “L’expérience acquise dans le domaine de la Coopération internationale concernant la politique de concurrence et les mécanismes utilisés”, avant tirage, 8 mai 2001, TD/B/COM.2/CLP/2.

Inside US Trade (2001), OAS AD Study Sees Lessons for FTAA from Canada-Chile Pact, 20 avril.

Musonda, J. (2000), *“Enhanced Technical Assistance and Co-operation: Priorities for the Effective Implementation of Competition Policy in Africa – the Case of COMESA”*, Rapport présenté lors de l’atelier régional de l’OMC sur la politique de la concurrence, le développement économique et le système commercial multilatéral, qui s’est tenu au Cap, en Afrique du Sud, en février.

OCDE (1994) “Éléments de concurrence dans les accords internationaux”, document de travail de la Table ronde conjointe du Comité du droit et de la politique de la concurrence et du Comité des échanges tenue le 15 avril 1994, 21 mars 1994, COM/DAFFE/CLP/TD(94)35 ; voir également la Note sur les débats qui ont eu lieu lors de la table ronde, COM/DAFFE/CLP/TD(94)76, Paris.

OCDE (1995) “Recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux” C(95)130/FINAL, Paris.

OCDE (1998), “Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre des ententes injustifiables” C(98)35/FINAL, Paris.

OCDE (1999), *Échanges et concurrence : quelles politiques pour demain*, OCDE, Paris.

OCDE (2001), *Politiques de la concurrence et des échanges. Options pour une plus grande cohérence*, OCDE, Paris.

OMC (1997), *Rapport annuel de l’OMC 1997, Dossier spécial : le commerce et la politique de la concurrence*, Volume 1, Organisation mondiale du commerce, Genève.

OMC (2000), “Synopsis des ‘questions systémiques’ relatives aux accords commerciaux régionaux”, Comité des Accords commerciaux régionaux, 2 mars 2000, WT/REG/W/37, Genève.

Petersmann, EU, “International Competition Rules for Governments and for Private Business”, Journal of World Trade, 1996, 30:3.

Chapitre 5

LA FACILITATION DES ÉCHANGES

par

Evdokia Moïsé

Résumé : Ce chapitre examine les dispositions relatives à la facilitation des échanges dans neuf accords commerciaux régionaux (ACR) et les compare aux dispositions correspondantes du système commercial multilatéral telles qu'elles figurent aux Articles V, VII, VIII et X du GATT, et dans les Accords sur l'évaluation en douane, les procédures de licences d'importation, l'inspection avant expédition, les règles d'origine, les OTC et les mesures SPS. Il n'existe pas de dispositions concernant la facilitation des échanges dans tous les ACR mais on en trouve de plus en plus souvent dans les accords plus récents ainsi que dans les accords prévoyant un degré plus élevé d'intégration. Dans les ACR, lorsque ces dispositions sont présentes, elles concrétisent des accords multilatéraux existants tels que la Convention de Kyoto de l'OMD ou l'initiative EDIFACT des Nations Unies. La mise en œuvre des dispositions relatives à la facilitation des échanges au niveau régional se traduit rarement par l'octroi de préférences, de sorte que l'ACR vise à produire un effet positif plus général sur tous les négociants opérant dans la région et pas seulement sur ceux des pays participants. Dans ce sens, les dispositions des ACR relatives à la facilitation des échanges vont au-delà des dispositions existantes de l'OMC et les complètent, et elles apparaissent comme un véritable laboratoire d'idées.

Principaux points

L'examen des provisions des ACR[1] relatives à la facilitation des échanges montre que le degré de facilitation prévu dans un ACR peut être influencé par plusieurs facteurs, tels que la **date** de conclusion de l'accord, le **type** d'accord, et le nombre et le **niveau de développement relatif** des pays participants (on relèvera, toutes choses étant égales par ailleurs, qu'il est plus facile de simplifier et d'harmoniser les procédures bilatéralement, en particulier lorsque les pays concernés ont des niveaux de développement similaires).

Pour ce qui est de la **date**, il convient de noter que les mesures de facilitation des échanges prises dans le cadre des initiatives commerciales régionales semblent en être encore à un stade relativement peu avancé.[2] Pour ce qui est du mouvement international des marchandises, plusieurs ACR, parmi les plus anciens, sont exclusivement axés sur l'abaissement des droits de douane et ne contiennent aucune disposition visant à simplifier et à harmoniser les **procédures** y afférentes. Très rares sont les ACR actuellement en vigueur qui s'attaquent plus précisément et de façon détaillée aux procédures d'importation, d'exportation et de franchissement des frontières. En général, les procédures applicables restent du domaine de la réglementation nationale longtemps après l'institution du traitement tarifaire préférentiel par l'ACR. L'AELE par exemple n'établit pas de procédures et de formalités communes en matière de mouvement international des marchandises, mais appelle simplement les parties à coopérer afin d'assurer la bonne application des dispositions douanières de l'accord, tout en réduisant autant que possible les formalités commerciales. De la même façon, l'ALENA n'a pas eu d'incidence sur les administrations et les procédures douanières dans les pays membres, sauf en ce qui concerne les règles d'origine et les procédures de détermination de l'origine.

On se rend de mieux en mieux compte des coûts qu'entraînent certaines dispositions inutilement pesantes, inefficientes, mal définies ou redondantes, et de ce fait, les récentes initiatives accordent une attention plus grande à la question de la facilitation des échanges, bien que cela ne se soit pas encore concrétisé par des engagements formels. À cet égard, l'exemple de l'APEC est intéressant : bien que la coopération entre les membres ne repose pas sur des dispositions préférentielles, qui faciliteraient le commerce entre eux, les membres de l'APEC ont élaboré un ensemble de principes en matière de facilitation des échanges qui doivent être appliqués volontairement et en coopération avec le secteur commercial. Ces principes s'accompagnent d'exemples d'initiatives susceptibles de les mettre en pratique. Ils visent à encourager les initiatives individuelles des membres de l'APEC visant à supprimer graduellement les procédures pesantes et les tracasseries administratives pour permettre aux entreprises d'économiser du temps et de l'argent et, d'une façon générale, d'améliorer la situation des entreprises de la région.

Les ACR de la "nouvelle génération" récemment conclus ou actuellement en cours de négociation, tels que le JSEPA ou l'ALEA, accordent une place majeure à la question de la facilitation des échanges. De plus en plus, les ACR de la nouvelle génération adoptent des approches communes en matière de gestion du risque, de façon à faciliter le dédouanement des marchandises à faible risque[3] en réduisant au maximum ou en supprimant les conditions relatives à la vérification des documents et l'inspection matérielle. Ils élaborent des procédures différenciées et simplifiées en matière d'expéditions express et se mettent d'accord sur les séries de données qui seront requises lors de la mainlevée des marchandises et du dédouanement. En outre, l'attention que prêtent les négociateurs des

récents ACR au commerce électronique et le recours accru aux technologies de l'information et de la communication sont un puissant facteur de développement des initiatives de facilitation des échanges. Tant le JSEPA que l'ALEA accordent une place essentielle à l'échange de données électroniques.

Pour évaluer de façon précise les mesures de facilitation des échanges que contiennent les ACR, il est également nécessaire de prendre en compte le **type** d'accord et en particulier la distinction qui existe entre *les unions douanières* et *les zones de libre-échange*. Le tarif extérieur commun des unions douanières permet de simplifier considérablement les formalités aux frontières internes. L'absence même de règles d'origine préférentielles dans les unions douanières contribue grandement à cette simplification tant pour les échanges à l'intérieur de l'union qu'en ce qui concerne l'entrée des produits en provenance de pays tiers. La simplification et l'harmonisation sont même plus accentuées dans les unions douanières qui ont pris des mesures afin d'harmoniser l'ensemble de leurs politiques commerciales. L'exemple le plus achevé est celui de l'Union européenne qui a depuis longtemps dépassé le stade de l'union douanière des années 60, en instaurant un Marché unique à la fin de 1992. Étant donné le degré et l'étendue de l'intégration économique de l'Union européenne, il est même inapproprié de se référer au concept de facilitation des échanges en ce qui concerne le commerce à l'intérieur de la communauté. Le Marché commun implique la suppression des frontières internes ou des contrôles de frontières et la libre circulation des biens, des services et des personnes. Pour ce qui est des procédures d'importation et d'exportation, les échanges entre les pays membres n'ont pas besoin d'être facilités, ils sont totalement libres.[4]

Enfin, la possibilité de réaliser des progrès rapides et significatifs dans le domaine de la facilitation des échanges est affectée par le **niveau de développement relatif** des pays participants. Elle est clairement liée aux différences dans la qualité de l'infrastructure, aux possibilités d'informatisation et de financement de nouveaux projets de facilitation, mais également aux différents degrés de priorité qui peut être attribuée à la simplification des procédures commerciales aux différents stades de développement.

Cela nous conduit à formuler une importante observation en ce qui concerne les initiatives régionales de facilitation des échanges : à l'exception des cas d'intégration poussés, et malgré le fait qu'ils s'inspirent tous plus ou moins et mettent en pratique les mêmes instruments multilatéraux, tels que la Convention de Kyoto de l'OMD ou l'initiative EDIFACT des Nations Unies, les ACR ne vont généralement pas jusqu'à adopter des règles et procédures communes. Cela semble être un choix délibéré. Bien que l'harmonisation soit parfois une de leurs priorités, les ACR établissent plutôt dans ce domaine des principes de mise en œuvre communs qui peuvent être adaptés aux circonstances particulières de chaque pays participant. Par exemple, les produits transitant entre les pays de l'ALENA doivent encore respecter les législations, réglementations, procédures et formalités de chaque pays. Les dispositions douanières de l'ALENA, qui concernent principalement le marquage de l'origine, les méthodes de l'évaluation en douane, les redevances d'usagers et les procédures d'appel ont par conséquent pris effet dans le contexte des procédures existantes de chaque Membre, conformément à son régime juridique et réglementaire. De ce fait, la mise en œuvre diffère quelque peu d'un pays à l'autre. De la même façon, les pays membres de l'APEC sont censés appliquer les principes en matière de facilitation en fonction de leur niveau de développement économique et technologique, de leur régime juridique et objectifs de développement propres, de façon à permettre des progrès rapides dans la facilitation des échanges malgré le grand nombre et les différents niveaux de développement des pays participants. En conséquence, les principes ont été conçus de façon à permettre des mises en œuvre différentes dans les différents pays membres de l'APEC. Des pratiques de mise en œuvre nationale légèrement différentes permettent au moins à certains des participants d'aller au-delà du plus bas dénominateur commun, mais présentent également un risque de "facilitation à la carte".

Autre observation générale, les mesures de simplification des procédures commerciales internationales appliquées au niveau régional ont rarement des effets préférentiels, à l'exception toutefois du niveau de redevances douanières[5], les prescriptions en matière de marquage de l'origine[6], ou la certification de conformité.[7] Si l'on excepte ces dispositions, il est impraticable, sinon contraire aux règles de l'OMC, d'établir des distinctions entre des procédures qui seraient simplifiées pour les produits originaires des pays de l'ACR et des procédures plus lourdes, applicables aux produits provenant de pays tiers. Les mesures prises dans le cadre d'accords régionaux ont donc un effet globalement positif pour tous les négociants opérant dans la région, et non seulement pour les négociants des pays participant à l'ACR. Certains ACR se réfèrent même explicitement à des "*approches communes en ce qui concerne les pays extérieurs à la région couverte par l'Accord*" (ANZCERTA).

On peut donc raisonnablement avancer que, lorsque les accords commerciaux régionaux contiennent des dispositions relatives à la facilitation des échanges, celles-ci vont au-delà des dispositions existantes des accords de l'OMC, qu'elles complètent. Dans le contexte de l'après-Doha il convient de noter que les réflexions menées au niveau régional apparaissent comme un bon laboratoire d'idées, et ce quelle que soit la décision que prendront les membres de l'OMC – soit entreprendre l'élaboration de règles spécifiques de facilitation des échanges dans le cadre de l'OMC, soit conserver les dispositions existantes, en renforçant leur application au niveau national, notamment par l'assistance technique.

Dispositions des accords de l'OMC

Les questions relatives à la simplification et à l'harmonisation des procédures commerciales, y compris les prescriptions relatives à la transparence et à la prévisibilité, sont traitées dans plusieurs accords de l'OMC, notamment aux Articles V, VII, VIII et X du GATT, dans les accords sur l'évaluation en douane, les licences d'importation, l'inspection avant expédition, les règles d'origine, les obstacles techniques au commerce (OTC) et les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)[8]. Parmi ces accords, seul l'Accord sur l'évaluation en douane contient des dispositions spécifiques sur les procédures douanières et les procédures de passage des frontières. À ce jour il n'existe pas encore d'accord global sur la facilitation des échanges en soi.

Transparence des règles applicables

Transparence de la réglementation et respect d'une procédure régulière : l'Article X du GATT 1994 fait obligation aux membres de publier dans les moindres délais toutes les lois, règlements, décisions judiciaires et administratives relatives aux importations et aux exportations, tous les accords bilatéraux intéressant la politique commerciale internationale de façon à permettre aux négociants d'en prendre connaissance. Ces lois, règlements et décisions doivent être appliqués d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable. Les mesures imposant une prescription, une restriction ou une prohibition nouvelle ou aggravée ne peuvent être mises en vigueur avant d'avoir été publiées officiellement. Les pays doivent maintenir des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs afin de réviser et de rectifier dans les moindres délais les mesures administratives se rapportant aux questions douanières. Les obligations énoncées à l'Article X du GATT sont réaffirmées dans l'Accord sur l'évaluation en douane et l'Accord sur les procédures de licences d'importation.

Commerce des services : aux termes de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), une obligation générale de transparence s'applique à toutes les mesures "d'application générale" en matière de commerce des services.

Harmonisation des procédures et formalités

Évaluation de la valeur en douanes : l'Article VII du GATT énonce les principaux principes régissant la détermination de la valeur des marchandises importées pour le calcul des droits de douane et autres redevances (à l'exclusion des taxes intérieures), de façon à permettre aux commerçants de déterminer la valeur en douane avec une approximation suffisante. L'évaluation devrait être fondée sur la "valeur réelle" des produits importés ou de produits similaires (définie comme le prix auquel les marchandises importées ou les marchandises similaires sont vendues ou offertes à la vente à l'occasion d'opérations commerciales normales effectuées dans des conditions de pleine concurrence) et non sur la valeur de produits d'origine nationale ou sur des valeurs arbitraires ou fictives. La méthode de détermination de la valeur des produits devrait être constante et recevoir une publicité suffisante.

L'Accord sur l'évaluation en douane contient des règles plus détaillées de détermination de la valeur en douane. Il vise à assurer plus d'uniformité et de certitude dans la mise en œuvre des dispositions de l'Article VII du GATT. Pour atteindre cet objectif, l'accord contient des définitions précises, des règles et prescriptions procédurales et en particulier un nombre limité de méthodes d'évaluation applicables et fixe des conditions d'application de la méthode d'évaluation. L'accord prévoit l'établissement d'un cadre juridique et judiciaire adéquat afin d'assurer que les importateurs puissent exercer leur droit d'appel et demande aux autorités douanières d'autoriser les importateurs à retirer leurs marchandises en fournissant une garantie lorsqu'une enquête plus approfondie est nécessaire.

L'Accord sur l'inspection avant expédition s'applique à toutes les activités d'inspection avant expédition, qu'elles portent sur la quantité, la qualité et le prix, menées par des agents privés pour le compte d'autorités publiques. L'accord n'encourage pas le recours à l'inspection avant expédition mais harmonise l'utilisation de ces services en demandant aux entités d'inspection avant expédition de mener leurs activités de manière objective et non discriminatoire, selon une procédure régulière, uniforme et équitable. La mise en œuvre de ces dispositions reste bien sûr la responsabilité des membres faisant appel à ces services privés.

Simplification et élimination des restrictions inutiles

Trafic en transit : l'Article V du GATT de 1994 requiert la liberté de transit à travers le territoire des membres et le traitement NPF en ce qui concerne tous les droits, règlements et formalités relatifs au transit. Les mouvements de marchandises en transit doivent être exonérés de droits de douane ou de tout droit de transit et ne doivent pas être soumis à des délais ou à des restrictions inutiles, sauf lorsqu'il y aura défaut d'observation des lois et réglementations douanières applicables.

Formalités à l'importation et à l'exportation : L'Article VIII du GATT de 1994 appelle à minimiser l'incidence et la complexité des redevances et formalités liées à l'importation et à l'exportation, à maintenir ces redevances et impositions proportionnelles aux services rendus, et à réduire et simplifier les exigences en matière de documents requis à l'importation et à l'exportation. En outre, l'Accord sur les procédures de licences d'importation instaure des disciplines visant à assurer que les procédures de licences d'importation soient neutres dans leur application et administrées de manière juste et équitable. L'accord établit des délais pour la publication des informations relatives aux procédures de licences et au traitement des demandes de licences.

Marques d'origine : l'Article IX du GATT de 1994 institue le traitement NPF en ce qui concerne la réglementation relative au marquage et appelle à réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que de telles mesures peuvent entraîner, en tenant dûment compte de la nécessité de protéger les consommateurs. Cela signifie notamment que chaque fois que cela sera possible, les

marques d'origine doivent être apposées au moment de l'importation, sans occasionner de dommage aux produits, ni réduire substantiellement leur valeur, ni accroître indûment leur prix de revient.

Commerce des services : le traitement NPF s'applique à tout commerce de services entre les membres de l'OMC, qu'ils aient pris ou non des engagements spécifiques. Dans les secteurs où le Membre de l'OMC a pris des engagements spécifiques figurant sur sa liste, l'AGCS énonce plusieurs obligations importantes, notamment celle d'administrer les mesures d'une manière raisonnable, objective et impartiale ; d'instituer des procédures administratives et judiciaires permettant de réviser dans les moindres délais des décisions administratives affectant le commerce des services ; et de faire en sorte que les mesures en rapport avec les prescriptions en matière de qualification soient fondées sur des critères objectifs et transparents, telles que la compétence et l'aptitude à fournir le service.

Plusieurs secteurs de services offrent les possibilités et les moyens de faciliter le commerce, c'est le cas notamment de tout type de service de transport, des services de télécommunication (parmi lesquels l'Échange de données informatisées), les services financiers et les services de distribution. Plusieurs membres de l'OMC ont pris des engagements spécifiques dans plusieurs de ces secteurs.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) : l'Accord sur les ADPIC fixe des normes minimum en matière de protection des droits de propriété intellectuelle et de leur application. Il contient des *Prescriptions spéciales concernant les mesures appliquées à la frontière*, qui traitent des mesures permettant aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle d'obtenir l'aide des autorités douanières pour suspendre la distribution de marchandises contrefaites ou piratées. Ces dispositions contiennent des sauvegardes qui visent à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à prévenir les abus dans le domaine de l'application des prescriptions relatives à la propriété intellectuelle.

Travaux en cours

En décembre 1996, la Déclaration ministérielle de Singapour (paragraphe 21) demandait au Conseil du commerce des marchandises "*d'entreprendre des travaux exploratoires et analytiques, en s'inspirant des travaux des autres organisations internationales compétentes, au sujet de la simplification des procédures commerciales pour voir s'il y a lieu d'établir des règles de l'OMC dans ce domaine*". À ce jour, les travaux ont été essentiellement axés sur les procédures douanières et de franchissement des frontières. Un Séminaire de l'OMC sur la facilitation des échanges s'est tenu en 1998 afin d'examiner les principales difficultés auxquelles se heurtaient les commerçants lors du passage de leurs produits à la frontière. Les travaux du séminaire ont notamment porté sur les prescriptions excessives en matière de documentation, l'utilisation insuffisante des technologies de l'information, l'absence de transparence, l'opacité des prescriptions relatives aux importations et aux exportations et l'absence de coopération entre les autorités douanières. Les procédures et prescriptions à l'importation et à l'exportation, le transport et le transit des expéditions et les paiements, les instruments électroniques, la coopération technique et les questions de développement ont fait l'objet de réunions supplémentaires.

En novembre 2001, la Conférence ministérielle de Doha a convenu que des négociations sur la facilitation des échanges auraient lieu après la Conférence ministérielle de 2003 sous réserve d'un accord sur les modalités de cette négociation. Jusque-là, "*... le Conseil du commerce des marchandises examinera et, selon qu'il sera approprié, clarifiera et améliorera les aspects pertinents des Articles V, VIII et X du GATT de 1994 et identifiera les besoins et les priorités des membres, en particulier des pays en développement et des pays les moins avancés, en matière de facilitation des échanges*."

Dispositions des Accords commerciaux régionaux

La section ci-après examine un certain nombre de principes et de concepts centraux en matière de facilitation des échanges et présente des exemples concrets de la façon dont ils sont appliqués dans les ACR. Plusieurs de ces principes et concepts sont inspirés par des instruments multilatéraux obligatoires ou facultatifs existants, qu'ils mettent utilement en pratique de manière concrète. Parmi ces instruments on peut citer la Convention de Kyoto et la Déclaration d'Arusha de l'OMD, et l'initiative EDIFACT des Nations Unies. A titre d'exemple, les principes de l'APEC sont examinés de façon approfondie dans la mesure où ils sont l'un des aboutissements les plus élaborés des réflexions sur la question de la facilitation des échanges en soi. Ils peuvent donc utilement servir de modèle pour les évolutions futures envisagées au niveau multilatéral, et ce malgré le fait qu'ils ne lient pas les pays membres**.**

Règles relatives à la transparence et au respect d'une procédure régulière

Dans la plupart des ACR, les mesures relatives à la transparence et au respect de la procédure régulière constituent des mesures de facilitation essentielles, et visent notamment à éviter que la persistance de manières différentes de mettre en œuvre les mesures convenues entravent la facilitation des échanges. Ces dispositions s'inspirent très étroitement des dispositions correspondantes des Accords de l'OMC, telles que l'Article X du GATT, auquel plusieurs ACR se réfèrent explicitement. Selon les principes de l'APEC par exemple, les pays membres doivent mettre à la disposition de toutes les parties intéressées, sans délai et à un coût raisonnable, tout renseignement sur les lois, règlements, prescriptions et procédures affectant le commerce des biens et des services, par exemple en maintenant des points d'information ou en affichant des pages d'accueil électroniques. Les parties prenantes doivent avoir la possibilité de formuler des observations sur les règles et procédures en vigueur ou envisagées, de façon à accroître le degré de confiance et à améliorer la probabilité d'application des règles. Les parties prenantes qui cherchent à obtenir réparation en ce qui concerne la mise en œuvre des règles et procédures doivent avoir accès à des mécanismes d'appel appropriés. L'AELE dispose que toute nouvelle inspection et formalité soit notifiés à l'avance aux autres parties. Ces nouvelles formalités ne doivent pas rendre inopérantes les mesures de facilitation des échanges déjà adoptées.

Les dispositions générales de l'ALENA relatives à la *Publication, la notification et l'application des lois* disposent que les lois, règlements, procédures et décisions administratives d'application générale concernant l'Accord doivent être publiés sans délai. Elles invitent les Parties à publier à l'avance toute mesure avant son adoption et à ménager aux parties une possibilité raisonnable de la commenter. Les personnes directement affectées par une mesure ou procédure administrative particulière doivent recevoir un préavis raisonnable de l'engagement de la procédure ainsi qu'une description des questions en litige et avoir une possibilité raisonnable de présenter des éléments factuels et des arguments à l'appui de leur position. Les parties doivent instituer ou maintenir des tribunaux ou des instances judiciaires ou administratifs impartiaux et indépendants pour l'examen des décisions administratives relatives aux questions visées par l'accord.

Les ACR encouragent également la transparence par la collecte et la diffusion de tous les renseignements pertinents au moyen de publications, et de l'ouverture de sites internet ou de points d'information centralisés. L'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) a ouvert un site web douanier, qui affiche notamment des informations sur les procédures mises en place par les pays de l'ANASE pour traiter des plaintes et des appels des commerçants. L'Accord de libre-échange des Amériques, encore en cours de négociation, publie déjà des informations en ligne sur les procédures douanières, les législations, réglementations, principes directeurs et décisions administratives dans un guide intitulé "*Hemispheric Guide on Customs Procedures".*

La **cohérence** et la **prévisibilité** peuvent être considérées comme les corollaires des principes de transparence et de procédure régulière. Plusieurs ACR ne les citent pas explicitement mais seulement implicitement, en tant qu'objectifs qui doivent être atteints par l'application d'autres principes. Dans le cadre de l'APEC, ce principe ne se limite pas à préconiser la prévisibilité nécessaire à des choix éclairés dans le domaine des affaires mais souligne l'importance d'appliquer uniformément les règles et de limiter les interprétations et mises en œuvre discrétionnaires afin de promouvoir l'intégrité et de combattre la corruption dans les services de douanes. En ce qui concerne la gestion d'activité et du personnel des douanes, il est fait référence à la Déclaration d'Arusha de l'Organisation mondiale des douanes. Le principe recommande également l'adoption d'engagements vis-à-vis du public sur des objectifs relatifs au délai maximum de traitement des dossiers, ou à d'autres normes de service.

Harmonisation des procédures et des formalités

Les dispositions prévoyant l'harmonisation complète des procédures et des formalités restent rares dans les ACR. Dans ce domaine, il serait plus approprié de parler de convergence des modes d'opération des activités concernées. Cette convergence est liée aussi bien au mouvement d'intégration régionale qu'à l'élaboration de meilleures pratiques internationales en matière de douanes et de procédures à la frontière. Les ACR se réfèrent habituellement aux dispositions pertinentes de l'OMC, telles que l'Article VII du GATT, mais la référence majeure dans ce domaine est la convention de Kyoto de l'OMD pour la simplification et l'harmonisation des régimes douaniers. Les ACR offrent un moyen utile de tester ces pratiques dans un cadre de coopération qui va au-delà du cadre national étroit. Selon les principes de l'APEC, l'harmonisation et la reconnaissance mutuelle jouent un rôle important dans la réduction des coûts administratifs et des coûts d'application de la loi pour les commerçants, non seulement dans le domaine des procédures douanières de classification des droits de douane et d'évaluation en douane, mais également pour ce qui est des données nécessaires à l'accomplissement des procédures d'importation et d'exportation. Ces principes appellent en outre la conclusion de nouveaux accords de reconnaissance mutuelle en matière de normes et d'évaluation de la conformité, de qualification professionnelle et d'enregistrement.

Les dispositions des ACR relatives aux douanes prévoient souvent l'adoption d'une position commune des administrations concernées en matière de gestion quotidienne des prescriptions et procédures relatives à la classification douanière, à l'évaluation, aux documents de dédouanement, à la transmission et au stockage des données. Les administrations douanières de trois pays de l'ALENA ont décidé d'établir une Conférence trilatérale des chefs des administrations douanières dans la phase de négociation et de mise en œuvre afin de résoudre de façon coopérative les problèmes que pourraient poser leurs relations commerciales. L'un de ces problèmes était l'obligation posée par l'Article 906 de l'ALENA de renforcer la compatibilité des normes et les mesures et procédures d'évaluation de la conformité afin de faciliter les échanges. En 1993, la Conférence trilatérale a créé le Groupe de travail de laboratoire ALENA pour étudier les problèmes techniques et scientifiques que pose l'administration des douanes. L'une des premières tâches du Groupe du travail a été de concevoir des techniques de laboratoire harmonisées pour les analyses faites dans les laboratoires des douanes des trois pays. Il a déjà été établi une liste de techniques acceptées pour la détermination des propriétés physiques et chimiques requises pour le traitement douanier, y compris l'admissibilité et la classification au sein du Système harmonisé.

Dans le cadre de l'ANZCERTA, un *Mémorandum d'accord concernant l'assistance mutuelle entre les services de douanes* institue une coopération en vue d'harmoniser les procédures et mesures douanières "dans toute la mesure du possible". Cela implique notamment d'aligner plus étroitement les structures des droits de douane au niveau national, de limiter les subdivisions nationales au maximum ainsi que d'harmoniser les notes juridiques relatives aux droits de douanes, les formulaires et la phraséologie ; de tenir des consultations sur les interprétations ; et d'élaborer des

bases communes pour l'évaluation. Dans le cadre du MERCOSUR, plusieurs accords assurant la coopération entre les autorités douanières ont été conclus, notamment l'accord de Recife de 1993 sur la coordination des contrôles aux frontières, qui établit les mesures techniques et opérationnelles qui régissent les modalités des contrôles intégrés aux frontières [9] ; l'Accord de 1997 sur la coopération et l'assistance réciproque entre les administrations douanières pour la prévention et la lutte contre la contrebande ; ou le Programme Asunción de 1999 sur les mesures visant à simplifier les procédures du commerce international et les procédures aux frontières, qui fixe des objectifs en matière de simplification des procédures administratives.

Dans d'autres cas, quand le niveau de confiance entre autorités de réglementation est élevé, les ACR peuvent prévoir la reconnaissance mutuelle des formalités accomplies par les autorités compétentes des autres parties. Dans le cas des marchandises importées ou entrant en transit, l'Accord de l'AELE prévoit la reconnaissance mutuelle des inspections et des documents certifiant que les prescriptions du pays d'importation ou les prescriptions équivalentes du pays d'exportation sont satisfaites. Les pays de l'ANASE ont conclu un accord pour la reconnaissance des certificats d'inspection des véhicules commerciaux et des véhicules utilisés pour le transport des marchandises en transit.

Simplification et élimination des restrictions inutiles

Dans un certain nombre d'ACR moins récents, la simplification est limitée aux mesures concernant spécifiquement les produits d'origine préférentielle, telles que les redevances douanières ou le marquage de l'origine. Selon l'ALENA, toute mesure relative au marquage de l'origine que les parties adoptent ou mettent en œuvre doit être conçue de façon à minimiser les difficultés, les coûts et les inconvénients qu'elle peut causer. Les parties doivent accepter toute méthode de marquage utilisée par les autres parties dans la mesure où elle assure une visibilité et une permanence adéquates et doivent exempter du marquage les marchandises qui ne peuvent être marquées sans dommage ou ne peuvent l'être qu'à un coût prohibitif. En outre, bien que certaines redevances relatives aux formalités douanières restent perçues sur les importations et exportations entre pays de l'ALENA, les redevances douanières ne sont plus autorisées pour les produits originaires.

Dans d'autres ACR, la simplification concerne également les inspections et formalités à la frontière. Selon les principes de l'APEC, la simplification des règles et procédures applicables en vue d'éviter des restrictions commerciales inutiles peut être obtenue par la réduction au minimum des documents et prescriptions procédurales, l'institution de guichets uniques, l'accélération du dédouanement douanier, ou la diminution graduelle de la fréquence des contrôles de l'évaluation de la conformité pour les commerçants qui respectent bien les règles. L'Accord cadre de l'ANASE sur la facilitation du transit de marchandises encourage des inspections douanières conjointes des marchandises en transit.

L'Accord de l'AELE établit que les inspections et formalités à la frontière doivent être menées dans les meilleurs délais et, dans la mesure du possible, centralisées en un seul lieu. Les parties doivent promouvoir l'utilisation de procédures et de techniques de traitement et de transmission des données simplifiées. Elles doivent par exemple autoriser les différentes autorités concernées à déléguer leur pouvoir d'inspection à un service (de préférence le service des douanes) qui effectuera l'inspection pour leur compte ; les départements seront organisés de façon à minimiser les délais d'attente. En cas de perturbation lors du franchissement des frontières, les autorités concernées informent immédiatement les autorités de l'autre partie. Les inspections phytosanitaires devront se limiter à des vérifications aléatoires et à des tests au hasard, à moins que des circonstances justifiées n'imposent d'autres méthodes. Les postes frontières doivent fonctionner de sorte que les marchandises en transit puissent les franchir 24 heures par jour sans avoir à décharger sauf dans les cas où une

inspection est nécessaire pour des raisons sanitaires ; pour les marchandises qui ne sont pas en transit, une durée hebdomadaire minimum de fonctionnement des services d'inspection est établie. Les parties sont également encouragées à mettre en place des voies express chaque fois que cela est techniquement possible. Conformément aux prescriptions de l'Accord EEE concernant la coopération entre les parties en vue de simplifier les procédures applicables au commerce de marchandises, il a été établi un groupe d'experts sur les procédures efficaces en matière de commerce de l'AELE, constitué d'experts dans le domaine de la facilitation des échanges appartenant aux différents pays de l'AELE. Le groupe d'experts se réunit régulièrement pour coordonner les activités sur l'efficience commerciale au sein de l'AELE et participe à des forums internationaux tels que EUROPRO et le UN/CEFACT.

L'Accord sur l'espace économique européen fait obligation aux Parties non seulement de simplifier les contrôles et les formalités aux frontières, mais également de s'aider mutuellement en matière douanière. Deux Protocoles ont été adoptés, l'un sur *la simplification des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises* et l'autre sur *l'assistance mutuelle en matière douanière.* Le Protocole 10 de l'EEE sur la simplification des contrôles et des formalités lors du transport des marchandises ne s'applique pas au transport maritime ou aérien, ni aux contrôles et formalités de délivrance de certificats sanitaires ou phytosanitaires. A l'exception des règles se rapportant aux contrôles phytosanitaires, les mesures de facilitation des échanges énoncées dans le Protocole s'appliquent aux marchandises qui franchissent les frontières des pays de l'EEE ou des pays de l'EEE et de l'Union européenne, quelle que soit l'origine des marchandises ou la nationalité des commerçants concernés.

Modernisation et emploi des nouvelles technologies

De plus en plus, les dispositions des ACR reconnaissent que les progrès technologiques peuvent rendre inefficientes des procédures qui étaient antérieurement bien adaptées. Les principes de l'APEC préconisent la mise à jour régulière des règles et prescriptions applicables en fonction de l'évolution des circonstances ainsi que le maintien de procédures efficientes grâce à l'introduction de techniques modernes et de nouvelles technologies. Parmi ces nouvelles technologies, on peut citer les techniques avancées de gestion des risques et l'établissement systématique du profil des cargaisons qui écourtent l'inspection physique des expéditions ; ou l'informatisation, l'échange de données électroniques et l'internet qui permettent de communiquer sans papier, et notamment l'utilisation de technologies en ligne sûres facilitant les procédures de certification. Les autorités doivent assurer l'interopérabilité et/ou l'interconnectivité de ces technologies.

Les pays de l'ALENA mettent également au point un concept d'informatisation des échanges – Prototype d'automatisation des échanges commerciaux nord-américains (APECNA) qui consiste à introduire des données commerciales standardisées, à harmoniser les procédures de dédouanement et à promouvoir la transmission électronique des données commerciales de base l'aide du système UN/EDIFACT MESSAGES et grâce au traitement préliminaire de la part des services administratifs. L'APECNA utilisera des technologies de pointe tel que l'Internet pour la transmission et la réception des données et des transpondeurs basés sur les technologies du Système de Transport Intelligent afin d'identifier les moyens de transport électroniquement.

Les nouvelles technologies occupent une place essentielle parmi les mesures prises dans le cadre des ACR pour mettre en place des procédures de dédouanement sans papier. Les services de douane australiens et néo-zélandais ont mis en place un système commun visant à accélérer le dédouanement des marchandises, auquel le client peut avoir accès depuis ses bureaux, en passant par des réseaux de données communautaires ou en utilisant les installations disponibles. Dans le cadre de l'Accord Japon-Singapour les autorités participantes visent à mettre au point un système d'échanges sans papier permettant le transfert électronique de toutes les informations et tous les documents liés au mouvement

des marchandises (tels que les factures ou les connaissements) entre les importateurs et les exportateurs. Un Comité conjoint sur le commerce sans papier travaillera pour mettre en oeuvre ce système au plus tard en 2004 et s'assurer que les informations liées au mouvement des marchandises et échangées entre les entreprises sous forme électronique peuvent être utilisées en tant que documentation d'accompagnement par les autorités de réglementation du commerce des deux Parties.

NOTES

1. On peut définir la facilitation des échanges comme “la simplification et l’harmonisation des procédures du commerce international”, ces “procédures” étant “les activités, pratiques et formalités liées à la collecte, à la présentation, à la communication et au traitement des informations requises pour les échanges internationaux de marchandises” (Page d’accueil de l’OMC). Dans ce sens, elle concerne un large éventail d’activités telles que les procédures d’importation et d’exportation (par exemple, les procédures en matière de douane, d’octroi de licences et de quarantaine ; les formalités de transport, les paiements, les assurances et autres normes financières. Dans certains accords commerciaux régionaux, la facilitation des échanges couvre aussi la mobilité de la main-d’oeuvre ainsi que les procédures d’essai et de certification. Toutefois, ces aspects n’entrant pas dans le champ de la définition de l’OMC, ils ne seront pas traités ici. Par ailleurs, même si la facilitation des échanges telle qu’elle est définie ci-dessus ne couvre pas les échanges de services, il faut garder à l’esprit le fait que la libéralisation des services de transport, financiers et autres liés à la circulation des marchandises est essentielle pour permettre la facilitation des échanges de produits.

2. A l’exception notable de l’Union européenne, qui sera examinée plus loin.

3. En matière de procédures douanières, le risque concerne la piraterie, la contrebande ou la fraude en ce qui concerne la détermination de la valeur, l’origine, les conditions sanitaires, etc.

4. Contrairement aux autres ACR analysés ici, l’Union européenne a une politique commerciale extérieure commune, incluant les procédures d’importation et d’exportation, qui s’est substituée, vis-à-vis des pays tiers, aux prescriptions et procédures nationales. Il est impossible de dresser des comparaisons détaillées, disposition par disposition, entre ce régime commun et les régimes nationaux qui l’ont précédé, dans la mesure où ces régimes nationaux ont cessé d’exister il y a plus de quinze ans dans la plupart des pays membres de l’UE. On peut toutefois dire qu’au total, ce régime unique représente un pas important dans le domaine de la facilitation des échanges, tant en ce qui concerne l’harmonisation et la simplification des quinze régimes nationaux auxquels les négociants des pays tiers auraient autrement pu se trouver confrontés. Compte tenu de ces différences fondamentales, la question de la facilitation des échanges au sein de l’Union européenne ne sera pas analysée plus loin ici.

5. Les ACR prévoient habituellement un abaissement des droits de douane ou leur suppression en faveur des partenaires préférentiels. Selon les principes de l’APEC (adoptés dans le cadre d’un accord n’établissant pas de préférences régionales), les règles et procédures ne devraient opérer de discrimination entre des produits ou des services similaires ou des entités économiques qui se trouvent dans des circonstances similaires, par exemple pour ce qui est des redevances administratives prélevées à l’importation ou à l’exportation.

6. Les ACR peuvent prévoir un marquage simplifié ou moins coûteux pour les partenaires préférentiels.

7. La facilitation dans le domaine de l’évaluation de la conformité est principalement mise en œuvre au moyen d’accords de reconnaissance mutuelle portant sur les procédures de tests et d’évaluation et/ou sur les institutions des pays participants. Cette reconnaissance a un caractère préférentiel.

8. Ainsi qu’on l’a déjà noté, le présent document n’examine aucune des dispositions OTC ou SPS.

9. Contrôles qui s’opèrent dans un bâtiment unique, dans lequel les services douaniers de pays voisins opèrent côte à côte.

Chapitre 6

MARCHÉS PUBLICS

par

Massimo Geloso-Grosso

Résumé : Ce chapitre étudie les dispositions des ACR relatives aux marchés publics, examine leurs rapports avec l'OMC et son Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) et cherche à déterminer dans quelle mesure les dispositions des ACR peuvent aller au-delà de celles de l'OMC. L'examen révèle l'existence de nombreux points communs, voire d'une symbiose, entre le processus de libéralisation de la passation des marchés publics prévue par l'AMP de l'OMC et la réforme engagée dans ce domaine au niveau régional. Les ACR semblent aller plus loin que l'Accord de l'OMC ou le compléter à deux égards. Premièrement, certains ACR prévoient des obligations à peu près similaires à celles de l'AMP, mais ils s'appliquent à des pays qui ne sont pas parties à l'AMP. Deuxièmement, certains ACR couvrent davantage de disciplines ou permettent la fourniture de renseignements supplémentaires. En outre, même si les dispositions relatives aux marchés publics contenues dans la plupart des développement sont de nature préférentielles, les procédures imposées par ces dispositions peuvent aider à encourager la transparence de façon plus générale et donc, finalement, procurer des avantages de plus grande portée.

Principaux points

La présente section étudie les dispositions relatives aux marchés publics contenues dans les ACR, examine leurs rapports avec l'OMC et son Accord sur les marchés publics (AMP – un accord plurilatéral appliqué par 28 membres de l'OMC [1] – et cherche à déterminer dans quelle mesure les dispositions des ACR peuvent aller au-delà de celles de l'OMC. Les marchés publics concernent la vaste gamme des biens et des services achetés par les administrations et les entités publiques aux niveaux national, provincial et communal à travers le monde. D'après les estimations, ces achats représentent pour un pays donné 14 à 20 % du produit national brut.[2] La mondialisation croissante de l'économie se traduit par une progression des marchés publics à l'échelle internationale, qui s'élèvent actuellement à plusieurs centaines de milliards de dollars.

L'examen des dispositions prévues par les ACR en matière de passation des marchés révèle l'existence de nombreux points communs, voire d'une symbiose, entre le processus de libéralisation de la passation des marchés publics prévue par l'AMP de l'OMC et la réforme engagée dans ce domaine au niveau régional. Ce phénomène traduit la prise en compte de la nécessité pour les fournisseurs étrangers de biens et de services non seulement d'avoir accès aux marchés nationaux sur la base d'un traitement non discriminatoire, mais aussi de pouvoir disposer de procédures transparentes, prévisibles et équitables pour être en mesure de concurrencer efficacement les fournisseurs nationaux. Ce sont précisément les caractéristiques que doivent revêtir la modernisation et la réforme des règles et systèmes de passation des marchés actuellement en cours au niveau national.[3]

La prise de conscience du fait que le développement économique peut être favorisé par un système de passation des marchés transparent et concurrentiel s'est traduite depuis quelques années par un regain d'intérêt pour la question des marchés publics. L'APEC en fournit un exemple intéressant. Bien que la coopération prévue dans le cadre de l'APEC ne comporte pas de dispositions relatives à un traitement préférentiel entre ses membres, les membres ont établi une série de principes non contraignants pouvant être appliqués sur la base du volontariat et prenant en considération les caractéristiques économiques propres à chaque pays membre. Ces principes sont illustrés par des exemples détaillés d'initiatives de nature à favoriser leur mise en pratique. Ils visent à fournir aux membres de l'APEC une aide de base leur permettant de libéraliser plus facilement les marchés publics.

Un autre exemple, bien qu'il ne s'agisse pas d'un accord régional, est la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services. Cette Loi type est maintenant utilisée dans pratiquement tous les pays d'Europe orientale et elle fournit un modèle pour l'établissement d'une législation moderne et fondée sur le marché en matière de passation des marchés. La Loi type – dans la mesure où elle codifie ce qui est généralement reconnu comme un ensemble de procédures de passation des marchés favorisant l'économie et l'efficience, la concurrence, la transparence et la responsabilité – peut aussi se révéler utile aux pays d'autres régions du monde pour mesurer l'adéquation des règles existantes gouvernant la passation des marchés et servir de modèle pour la réforme des législations nationales en la matière, qui peut aider à mettre en œuvre les procédures prévues par les accords régionaux et multilatéraux dans la législation nationale. L'utilisation de la Loi type pour aider à mettre

en œuvre dans la législation nationale les engagements régionaux et multilatéraux pris par un pays en matière passation des marchés est rendue possible par la similitude générale qui existe entre les procédures et principes de cette Loi type et ceux contenus dans les accords régionaux et multilatéraux.[4]

Dans un certain nombre d'ACR récemment signés, une grande place – tout un chapitre – est accordée aux marchés publics. Il s'agit notamment de l'Accord de libre-échange UE-Mexique et d'initiatives prises par les pays riverains du Pacifique comme l'Accord de rapprochement économique entre la Nouvelle-Zélande et Singapour (CEP) et l'Accord de partenariat économique entre le Japon et Singapour (JSEPA). Ces Accords contiennent des dispositions détaillées sur la transparence et divers aspects des procédures de passation des marchés. En ce qui concerne les initiatives régionales prises en la matière, il faut aussi observer que les pays en développement et les pays émergents concluent de plus en plus souvent des accords bilatéraux ou régionaux dans ce domaine, qu'ils soient ou non parties à l'AMP. L'Accord du Groupe des Trois[5] et d'autres accords bilatéraux conclus par le Mexique, tels que l'Accord de libre-échange Mexique-Bolivie, l'Accord de libre-échange Mexique-Costa-Rica et l'Accord de libre-échange entre le Mexique et le Nicaragua, montrent que les pays en développement concluent de plus en plus d'accords régionaux sur la passation des marchés avec d'autres pays en développement. De même, l'ALENA et, plus récemment, l'Accord de libre-échange UE-Mexique prouvent qu'il est possible de réunir dans un même accord de libéralisation des marchés publics des pays n'ayant pas atteint le même stade de développement économique.

En général, les ACR contiennent des dispositions similaires à celles de l'AMP de l'OMC, mais leurs degrés d'application diffèrent. Les ACR semblent aller au-delà ou apporter quelque chose de plus à l'Accord de l'OMC à deux égards. En premier lieu, certains ACR vont au-delà de l'OMC en adoptant des dispositions obligatoires très proches de celles de l'AMP mais applicables notamment à des pays qui ne sont pas parties à l'AMP. Dans le scénario post-Doha, grâce en particulier aux négociations prévues sur la transparence de la passation des marchés, cela peut avoir un effet positif dans le sens où les pays non membres de l'AMP peuvent acquérir de l'expérience en répondant aux exigences établies au niveau régional en matière de transparence. A cet égard, on notera qu'un certain nombre de pays sont candidats à l'accession à l'AMP (voir section II).

En second lieu, certains ACR vont plus loin que l'OMC en couvrant davantage de disciplines ou en permettant la fourniture de renseignements supplémentaires. A titre d'exemple, plusieurs ACR étendent le champ d'application de la passation des marchés, élargissent l'éventail des entités couvertes ou abaissent les seuils des marchés concernés.

Il faut aussi souligner les effets positifs de ces phénomènes sur les biens et services fournis par des tiers. Bien que les dispositions relatives à la passation des marchés incluses dans les ACR soient en général des dispositions préférentielles, les procédures qu'elles mettent en place peuvent aider à promouvoir plus largement la transparence et ainsi, finalement, procurer de plus amples avantages. Par ailleurs, l'expérience régionale peut contribuer à établir la confiance parmi un groupe plus large de pays, aidant ainsi à étendre les disciplines de l'OMC.

Dispositions contenues dans l'Accord de l'OMC sur les marchés publics

Tout comme les investissements et les échanges de services, les marchés publics sont traditionnellement exclus de la portée des règles concernant les échanges multilatéraux. Dans le GATT, les marchés publics étaient explicitement dispensés de l'obligation centrale de traitement national et, plus récemment, ils ont été aussi exclus des engagements principaux de l'AGCS (Accord général sur le commerce des services).[6] La prise de conscience grandissante du fait que les politiques discriminatoires de passation des marchés publics restreignent les échanges s'est traduite par un

premier effort pour faire entrer, lors du Tokyo Round, les marchés publics dans les règles du commerce acceptées au niveau international. Par la suite, le premier Accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP), appelé aussi Code des marchés publics du GATT, a été signé en 1979, est entré en vigueur en 1981 et a été amendé en 1987. L'Accord vise à permettre aux membres de mettre en œuvre des procédures et prescriptions rigoureuses en matière de passation des marchés d'une manière ouverte, transparente et non discriminatoire.

L'étendue limitée du premier AMP montre que le processus de libéralisation multilatérale des échanges a avancé de façon très progressive dans le domaine des marchés publics. Au début, il ne portait que sur les marchés de biens, les seuils étaient très élevés et il ne concernait que les entités contractantes énumérées dans les annexes. Cette méthode de "liste positive" résultait de la négociation d'engagements individuels entre pays participants.

Le cycle d'Uruguay a abouti à un élargissement substantiel de portée. Le nouvel Accord, qui a pris effet le 1er janvier 1996, couvre maintenant non seulement les marchés de biens, mais aussi ceux portant sur les services et les travaux, les seuils monétaires ont été abaissés et l'AMP concerne désormais aussi les entités régionales et locales. Selon l'OMC, le montant total des marchés concernés par l'AMP a atteint environ 30 milliards d'USD par an de 1990 à 1994. L'OMC indique également que, d'après les estimations, la valeur des marchés ouverts à la concurrence internationale a décuplé avec l'AMP révisé.

Même si l'AMP est essentiellement un accord d'accès au marché puisqu'il abaisse les barrières aux échanges dans le domaine de la passation des marchés, la majeure partie du texte traite de divers aspects des procédures de passation. L'Accord prévoit l'établissement d'un cadre de procédures communes, la transparence à toutes les étapes du processus et la possibilité – grâce à un organe d'examen impartial et indépendant n'ayant aucun intérêt dans le résultat de l'adjudication – pour les soumissionnaires privés s'estimant lésés de contester les décisions en matière de passation et d'obtenir des réparations sans tarder en cas de non-respect des règles fixées par l'Accord. Cela témoigne de la prise de conscience du fait que pour donner un sens aux dispositions concernant l'accès au marché, il faut aussi faire en sorte que les systèmes de passation des marchés soient transparents, équitables, objectifs et responsables.

Bien que la portée de l'AMP en matière de marchés publics se soit élargie après le Cycle d'Uruguay, cet accord reste un accord plurilatéral qui concerne principalement des pays développés[7] et qui procure des avantages à ses membres. En outre, le champ d'application est défini par des seuils monétaires, mais aussi par un système de "listes" où chaque partie énumère les entités couvertes. En ce qui concerne les biens et les services, la plupart des pays utilisent une liste négative pour les biens et une liste positive pour les services. Il y a toutefois des pays qui ont fait exactement l'inverse. La couverture des biens militaires varie aussi fortement d'une partie à l'autre. Le champ d'application de l'AMP est donc souple, permettant aux membres de choisir l'approche qu'ils préfèrent.

Comme les autres Accords de l'OMC, l'AMP n'est pas statique. De fait, plusieurs pays sont actuellement candidats à l'accession.[8] Par ailleurs, l'AMP contient un mécanisme de réexamen et de négociations périodiques visant à le parfaire.[9] L'objectif de ces négociations, actuellement en cours, est d'élargir la portée de l'AMP, d'éliminer les mesures et pratiques discriminatoires qui ont un effet de distorsion sur les appels ouverts à la concurrence et de simplifier et d'améliorer l'AMP, grâce notamment à la réalisation de progrès dans le secteur des technologies de l'information. Ce mécanisme de réexamen a également pour but de rendre l'Accord plus facilement accessible aux pays non membres et de promouvoir l'augmentation du nombre de ses adhérents.

Ne se contentant pas de favoriser l'accession à l'AMP, les membres de l'OMC ont aussi envisagé l'élaboration d'un accord multilatéral sur la transparence dans les marchés publics. Un Groupe de travail de la transparence dans les marchés publics, mis en place après la Conférence ministérielle de l'OMC tenue en 1996 à Singapour, a collecté des informations sur les pratiques nationales et a été chargé de mettre au point les éléments d'un accord sur la transparence des marchés publics.

Lors de la Conférence ministérielle de Doha, les membres de l'OMC sont convenus que "des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations… Les négociations seront limitées aux aspects relatifs à la transparence et ne restreindront donc pas la possibilité pour les pays d'accorder des préférences aux fournitures et fournisseurs nationaux." Cela met en évidence les avantages attendus pour les économies nationales de la transparence dans les procédures de passation des marchés publics, indépendamment des autres facteurs pouvant influer sur l'accès au marché. Les membres de l'OMC ont aussi souligné la nécessité d'accroître l'assistance technique et de renforcer les capacités dans ce domaine ainsi que de prendre en compte les priorités des participants en matière de développement.

Au sein de l'OMC, les marchés publics font aussi l'objet de discussions séparées dans le cadre des négociations de l'AGCS. Bien que l'Accord initial de l'AGCS exclue les marchés publics de services, les États membres sont convenus d'entamer des négociations multilatérales sur les marchés publics de services dans les deux ans suivant la date d'entrée en vigueur de l'OMC. Ces discussions se déroulent dans le cadre des négociations d'ensemble de l'AGCS actuellement en cours, au titre du "Programme incorporé".

Dispositions contenues dans les accords commerciaux régionaux

A des degrés divers, les ACR réservent une place à la passation des marchés afin de renforcer leur intégration économique. Dans l'Union européenne, la suppression des barrières douanières pour les marchés publics a été un élément important des efforts d'intégration. Elle a donné lieu à la publication d'un certain nombre de directives libéralisant l'accès au marché et établissant des procédures standard de passation.[10] Les mêmes règles s'appliquent désormais, en vertu de l'EEE, entre les États membres de l'Union et la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein, qui ne font pas partie de l'Union européenne. De même, l'AELE et le récent Accord de libre-échange UE-Mexique contiennent des dispositions détaillées visant à libéraliser les marchés publics. En Europe centrale, l'ALEEC prévoit l'ouverture des marchés publics entre pays membres dans le cadre d'un programme global de libre-échange ; elle sera limitée dans un premier temps aux fournitures acquises par les administrations centrales, conformément à l'Accord de 1979 du GATT sur les marchés publics, mais son champ d'application pourra par la suite être élargi.

La libéralisation commerciale dans le domaine des marchés publics fait aussi partie intégrante de l'ALENA, qui contient un long chapitre consacré à cette question[11] (voir plus loin). Dans l'hémisphère occidental, il faut citer les dispositions prises en matière de marchés publics par l'Accord du Groupe des Trois (G3) et par d'autres accords bilatéraux conclus par le Mexique avec des pays voisins[12], l'Accord conclu récemment entre l'UE et le Chili[13] et les négociations en cours sur les marchés publics dans le cadre d'un accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili. Dans d'autres parties du continent américain, une place a été faite à la passation des marchés par des accords régionaux, tels que le MERCOSUR, l'Accord de libre-échange Canada-Costa-Rica, la Communauté andine, le CACM et la Communauté des Caraïbes. Des négociations sont également en cours dans le cadre du ZLEA, qui a institué un Groupe de négociation sur les marchés publics afin d'étendre en général l'accès aux marchés publics des pays du ZLEA. Dans le détail, il s'agit de promouvoir la non-

discrimination entre pays membres dans le cadre d'un champ d'application négocié, la transparence et l'ouverture du cadre réglementaire ainsi que l'équité et l'impartialité des procédures de réexamen.

Dans les pays riverains du Pacifique, l'Accord de rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande a marqué un progrès notable sur le chemin de la libéralisation des marchés publics. Celle-ci fait aussi partie intégrante du CEP, qui adopte une attitude proche de celle de l'Accord de rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande, et du JSEPA. L'APEC quant à lui a lancé un processus visant à collecter et à diffuser des informations sur les régimes de passation des marchés existants, à améliorer la transparence et enfin à libéraliser les marchés publics. En 1995, le Groupe d'experts des marchés publics a été créé dans le cadre de l'APEC en vue principalement de libéraliser les marchés publics dans toute la région Asie-Pacifique. Le Groupe d'experts a établi un ensemble de six principes non contraignants relatifs aux marchés publics qui ont été approuvés en 1999 en vue de leur adoption par les membres sur la base du volontariat.[14]

Les membres du Groupe d'experts des marchés publics se sont engagés à faire adopter ces principes dans leurs régimes de passation des marchés. Afin de suivre l'adoption des principes non contraignants par les membres, le Groupe d'experts a été invité à vérifier si leurs régimes respectent ces principes et à communiquer ses résultats et conclusions aux économies membres. Une fois que les membres auront établi leur rapport initial, ils fourniront des mises à jour sur les faits nouveaux intervenus dans leur régime de passation des marchés, ce qui contribuera à la mise en œuvre des principes non contraignants. Le premier principe au sujet duquel les membres du Groupe d'experts ont établi un rapport est la transparence, et ce rapport sera soumis à la réunion du Groupe dans le cadre du SOM III en août 2002 à Acapulco, au Mexique. Le second principe qui fera l'objet d'un rapport est la responsabilité et le respect de la procédure régulière. Étant donné que deux principes seulement font actuellement l'objet d'un rapport des membres du Groupe d'experts des marchés publics, il est trop tôt pour procéder à une évaluation des principes et fournir un rapport sur leur mise en pratique dans les économies membres.

Quelques caractéristiques des systèmes de passation des marchés publics

Le reste de la présente section examine certaines des caractéristiques principales des systèmes de passation des marchés publics et décrit les formes concrètes qu'elles revêtent dans les ACR. Il étudie notamment les principes de l'APEC, car en dépit de leur *nature non contraignante*, ils représentent un des exemples les plus élaborés de réflexion sur la question des marchés publics. Les paragraphes consacrés en particulier aux procédures de passation des marchés, aux règles de transparence et à la responsabilité et au respect de la procédure régulière intéressent directement les travaux actuellement menés par le Groupe de travail de la transparence des marchés publics de l'OMC.

Portée et champ d'application

En ce qui concerne la portée des engagements, nombre d'ACR adoptent des approches similaires à bien des égards à celles de l'AMP, même si la portée de certains va au-delà de celle de l'Accord de l'OMC. Certains ACR étendent le champ d'application, d'autres élargissent la portée en couvrant un plus grand nombre d'entités, alors que d'autres encore abaissent les seuils des marchés concernés. Les directives de la CE, par exemple, s'appliquent à la réalisation de travaux et à l'achat de fournitures et de services, y compris par les entités du domaine des services d'utilité publique, qui était auparavant exclu. Le champ d'application étendu couvre l'achat de produits, de travaux et de services par des exploitants de chemin de fer, des organismes opérant dans le secteur de l'énergie (électricité exclue) et des compagnies de télécommunications.[15] A la différence de l'AMP, les entités couvertes par ces directives englobent tous les niveaux, national, régional et local, qu'elles soient ou non énumérées dans les annexes aux Directives.

Dans l'Accord de rapprochement économique entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande, alors que l'accord initial de 1983 étendait le commerce préférentiel des biens aux achats du Commonwealth australien et du gouvernement néo-zélandais, il ne s'appliquait pas aux achats réalisés par les gouvernements des états australiens. Cette omission a été réparée en 1989 lorsque la Nouvelle-Zélande a été autorisée à rejoindre l'Accord de préférence nationale (NPA), au titre duquel les états australiens avaient précédemment accepté de ne pas appliquer de régime préférentiel l'un au détriment de l'autre. Les deux pays sont maintenant parties à l'Accord sur les marchés publics Australie-Nouvelle-Zélande (l'ANZGPA), qui a remplacé le NPA, ce qui montre qu'ils se sont entendus sur une plus large gamme de politiques et de pratiques en matière de marchés publics. En effet, à quelques exceptions près, l'Accord couvre l'ensemble des biens, travaux et services. L'élargissement de l'Accord porte aussi sur les entités concernées, puisque toutes les entités passant des marchés sont couvertes, sauf exemption dûment spécifiée (système de liste négative). Les deux pays excluent toutefois les autorités locales et les entreprises publiques, même si l'Accord stipule qu'ils doivent faire de leur mieux pour encourager sa plus large application. Une approche analogue a été adoptée par la Nouvelle-Zélande et Singapour pour le CEP.

La démarche de l'ALENA en ce qui concerne le degré de libéralisation est à bien des égards comparable à celle retenue par l'AMP, puisqu'elle repose sur des seuils monétaires et un système de listes positives pour les entités couvertes. Certaines différences sont toutefois à noter. A l'inverse de l'AMP, l'ALENA ne couvre pas les administrations des États et des provinces. Mais en même temps, ce dernier Accord, qui inclut lui aussi les biens et les services – y compris les travaux – dépasse les obligations de l'AMP en adoptant des seuils moins élevés et un système de listes négatives pour couvrir les services achetés par les entités énumérées sur les listes. En conséquence, sauf réserve expresse, tous les services sont couverts. L'ALENA semble avoir influencé d'autres ACR conclus dans la région, comme l'Accord du Groupe des Trois et plusieurs accords bilatéraux signés par le Mexique avec d'autre pays d'Amérique Latine.[16] Les dispositions prévues par ces accords en matière de passation des marchés sont en effet largement similaires aux dispositions de l'ALENA, même si elles comprennent un certain nombre de réserves et si, dans certains cas, leurs modalités d'application varient d'un pays à l'autre.[17]

Un autre ACR intéressant à étudier est celui signé par l'Union européenne et le Mexique. Dans cet Accord, le Mexique consent à l'UE les seuils les plus bas de l'ALENA et l'UE consent au Mexique les seuils les plus élevés de l'AMP (et des Directives de la CE). Cette décision a été prise pour faciliter les procédures d'appel à la concurrence grâce à une règle transparente et largement connue, identique pour tous les soumissionnaires dans chacun des pays membres et pour éviter aux entités passant les marchés comme aux fournisseurs d'avoir à utiliser différents seuils minimums et à vérifier quel accord s'applique à quel appel à la concurrence.

Traitement non discriminatoire

Comme pour l'AMP, le traitement non discriminatoire *parmi les pays membres de l'accord* des biens et services fournis par des étrangers est un des éléments essentiels des dispositions prises par la plupart des ACR en matière de marchés publics. Par exemple, le traitement non discriminatoire à toutes les étapes de la passation des marchés fait partie intégrante des dispositions contenues dans les accords conclus sur le continent américain, comme l'ALENA ou les autres accords signés par le Mexique. L'absence de discrimination vaut pour la qualification des fournisseurs, les procédures de sélection, la réception et l'ouverture des offres et les critères objectifs d'attribution des marchés. Comme l'AMP, ces accords comprennent aussi l'interdiction explicite de ce qu'on appelle "les compensations", des politiques visant notamment à imposer des conditions favorisant le développement local ou améliorant la balance des paiements d'un des pays membres par des méthodes telles que l'exigence qu'une partie des fournitures, des licences octroyées ou des investissements

soient d'origine locale. Cependant, à la différence de l'AMP où un pays en développement peut, lors de son accession, négocier les conditions de l'utilisation de compensations[18], dans ces accords, ces mesures sont interdites pour tous les pays.

Le traité de la CEE interdit toutes les mesures discriminatoires et traitements non équitables. Les principaux principes de libéralisation sont la non-discrimination, la libre circulation des marchandises, la libre circulation des services et la concurrence.[19] Les Directives ont renforcé cette interdiction en établissant des procédures de coordination assurant que les marchés publics sont, à travers toute la Communauté, ouverts dans les mêmes conditions aux entreprises de tous les pays membres et *non membres.*[20] Cette coordination était basée sur trois grands principes : a) l'organisation d'une publicité communautaire pour le développement d'une concurrence effective parmi les opérateurs économiques de tous les États membres b) l'interdiction de définitions techniques de l'objet du marché ayant un effet discriminatoire à l'encontre de soumissionnaires étrangers potentiels et c) l'application de critères objectifs de participation aux procédures d'adjudication et de choix du contractant. En ce qui concerne ce dernier point, il faut toutefois observer que, même si on peut faire remarquer que les compensations sont incompatibles avec les règles de non-discrimination, les Directives ne contiennent aucune interdiction explicite de leur usage.

Selon les principes de l'APEC, aucune loi, réglementation ou pratique relative à la passation des marchés susceptible d'exercer une discrimination à l'encontre des biens ou des services d'un pays en particulier ne doit être adoptée. Ces principes s'appliquent à toutes les étapes de la passation des marchés, y compris aux critères de qualification des fournisseurs, à la diffusion des mêmes informations à toutes les parties, aux spécifications techniques, à l'évaluation des offres et à l'adjudication des marchés. Certains ACR font explicitement référence aux principes de l'APEC. C'est le cas du CEP et ce devrait être aussi celui du futur Accord de libre-échange. Les clauses du CEP stipulent que les procédures de passation des marchés, y compris l'invitation à soumissionner et les procédures de qualification et d'adjudication doivent être compatibles avec les principes de l'APEC.

Procédures de passation des marchés ouvertes et équitables

Les ACR reconnaissent l'importance d'un cadre de procédures communes de passation des marchés. Un tel cadre fournit un environnement prévisible aux fournisseurs, qui peuvent compter sur un processus de passation des marchés – règles et réglementations comprises – clair et compréhensible. Ce besoin a aussi été reconnu par le Groupe de travail de la transparence des marchés publics de l'OMC. Les termes des dispositions des ACR dans ce domaine sont souvent très proches de ceux employés dans l'AMP, auxquelles plusieurs ACR font explicitement référence. A titre d'exemple, l'AELE réaffirme les engagements pris au titre de l'AMP, auquel tous ses membres sont partis. Une approche similaire a également été retenue par le JSEPA, qui stipule que les articles de l'AMP relatifs à la passation des marchés s'appliquent aux marchés de biens et de services couverts dans les deux pays par le JSEPA.

Le chapitre de l'ALENA consacré à la passation des marchés correspond en grande partie aux articles de l'AMP.[21] Il s'agit notamment des directives à suivre pour les procédures d'appel d'offres ouvert, sélectif et limité et des règles sur la présentation, la réception et l'ouverture des soumissions et sur l'adjudication des marchés. Dans les procédures d'appel d'offres ouvert, tout soumissionnaire intéressé peut soumettre une offre. Dans les procédures d'appel d'offres sélectif, seuls les fournisseurs invités à participer peuvent soumettre une offre. Les entités désirant utiliser ces procédures doivent établir des listes de fournisseurs qualifiés intéressés par les soumissions. Dans les procédures d'appel d'offres limité, dans certaines circonstances[22], l'entité peut contacter les fournisseurs individuellement. L'ALENA stipule que, pour être examinée, une soumission doit, à la date d'ouverture, être conforme aux exigences essentielles des notices ou de la documentation de soumission et émaner d'un

fournisseur qui remplit les conditions de participation. L'entité doit adjuger le marché au fournisseur qui a été jugé entièrement capable de l'exécuter et dont l'offre est, soit la moins disante, soit la plus avantageuse.

Les directives de la CEE sont elles aussi dans l'ensemble similaires aux dispositions de l'AMP, bien que la terminologie utilisée diffère parfois.[23] Ces directives prévoient la fourniture de renseignements supplémentaires, par exemple en exigeant, dans le système de qualification, que les fournisseurs apportent la preuve de leurs capacités financières, économiques et techniques au moyen de certificats, de garanties et de documents administratifs.[24] En revanche, l'AMP couvre des aspects non traités par les directives, tels que des règles spécifiques d'ouverture des offres. L'adjudication du marché se fait sur la même base. Il doit être adjugé à l'offre la moins disante ou la plus avantageuse sur le plan économique, notamment du point de vue du prix, de la date de livraison, des charges d'exploitation, du rapport coût/efficacité, de la qualité, de la technique employée, du service après-vente et de l'assistance technique. Les offres anormalement basses doivent être examinées avec soin et leur rejet éventuel doit être communiqué à la Commission.

Les principes retenus par l'APEC dans ce domaine, bien qu'ils soient non contraignants, sont comparables à ceux de l'AMP. Le processus de passation des marchés doit être conçu de manière à encourager des niveaux de concurrence entre fournisseurs proportionnels aux avantages attendus. Comme dans le cas de l'AMP, les acheteurs peuvent choisir entre un appel d'offres ouvert, limité ou restreint et des mesures sont prises afin d'assurer une concurrence effective. Il faut par exemple s'assurer que les négociations avec les fournisseurs sont toujours menées d'une façon structurée. Il est aussi exigé que les acheteurs se conduisent de manière à garantir que les procédures de passation des marchés soient gérées de façon juste et équitable. En pratique, cet objectif peut être notamment atteint en garantissant que les contacts entre l'ensemble du personnel chargé de la passation des marchés et de l'évaluation des offres et les soumissionnaires sont formalisés ; les enveloppes de soumission doivent rester scellées jusqu'à leur ouverture et les offres doivent être ouvertes par une équipe spécialement chargée de ce travail, cette équipe devant authentifier les offres et en garder un duplicata. Enfin, les principes de l'APEC exigent le meilleur rapport qualité/prix. En plus du prix et de l'adéquation de l'offre à l'objectif, d'autres facteurs peuvent être pris en compte telles que les performances, la qualité, la fiabilité, la livraison, les frais de stockage, les charges d'exploitation, les garanties et le service après-vente et les conditions de cession. En outre, l'amélioration des processus et de la gestion de la passation des marchés peut aussi générer des avantages sous la forme d'économies pour les contribuables et les fournisseurs.

Règles de transparence

La transparence des lois, réglementations et procédures est une des pierres angulaires des systèmes de marchés publics de la plupart des ACR ; elle vise en particulier à assurer que les fournisseurs des pays de la région ne souffrent pas de discrimination et qu'un soumissionnaire étranger malchanceux puisse demander réparation s'il estime que le marché lui a été refusé à tort ou arbitrairement. La décision prise à Doha d'engager des négociations sur la transparence dans les marchés publics souligne l'importance de cet aspect, et les exigences de transparence acceptées dans les accords régionaux permettront aux pays qui ne sont pas parties à l'AMP d'acquérir une expérience dans ce domaine.

La démarche adoptée au niveau régional en matière de transparence se rapproche de celle de l'AMP, mais les ressemblances sont plus ou moins fortes selon les ACR. Par exemple, l'ALENA et les accords voisins reprennent une grande partie des dispositions de l'Accord de l'OMC. Les directives portent principalement sur les points suivants : les conditions de qualification des fournisseurs doivent être publiées suffisamment tôt pour leur permettre d'engager et d'achever à temps toutes les

procédures de qualification nécessaires ; les invitations à participer à la passation des marchés doivent être publiées avec toutes les informations nécessaires[25] ; les délais fixés pour les offres et la livraison ont pour but de donner à tous les fournisseurs potentiels la possibilité de préparer une réponse, de soumettre une offre pour un marché ou de solliciter une invitation à participer ; lorsqu'une entité fournit une documentation aux fournisseurs, celle-ci doit contenir tous les renseignements leur permettant de soumettre des offres adaptées ; les offres doivent être soumises par écrit, en mains propres ou par courrier électronique et non par téléphone ; après l'adjudication de chaque marché, les entités doivent publier une notice indiquant la valeur de l'offre qui a été retenue ou les valeurs de l'offre la plus haute et de l'offre la plus basse prises en considération et, sur demande, elles doivent rapidement informer les fournisseurs participant aux procédures de soumission des décisions prises en matière d'adjudication du marché et donner les informations pertinentes à un fournisseur dont l'offre n'a pas été retenue, à savoir les raisons du rejet et les avantages présentés par le fournisseur qui a remporté le marché. L'ALENA et les autres accords conclus sur le continent américain[26] montrent que des pays n'ayant pas atteint le même niveau de développement économique peuvent participer à des accords qui favorisent l'adoption d'une réglementation plus rigoureuse en matière de transparence des marchés publics.

Les Directives de la CEE contiennent des exigences similaires. Au titre des *règles communes de publicité* les entités doivent publier : après le début de leur exercice budgétaire, un *avis indicatif* indiquant la contre-valeur totale des marchés qu'elles ont l'intention de passer au cours des douze mois suivants ; un *avis de marché* précisant la date approximative de lancement de la procédure d'adjudication et un *avis d'attribution de marché* présentant les principales conditions dans lesquelles le marché a été adjugé. Afin de donner à tous les fournisseurs potentiels la possibilité de soumissionner pour un marché ou de solliciter une invitation à participer, les Directives, tout comme l'AMP et l'ALENA, fixent des délais minimums pour chaque étape de la procédure. Il est intéressant de noter qu'elles stipulent que tout avis publié dans la presse nationale ne doit contenir aucune information autre que celles publiées au Journal officiel des Communautés européennes et qu'un avis ne peut pas être publié dans la presse nationale avant d'être envoyé pour publication dans toute la Communauté. Comme l'AMP, les Directives prévoient que tous les candidats éliminés ont le droit de demander les raisons du rejet de leur offre et le nom du soumissionnaire qui a remporté le marché.

Le CEP, dont la signature est récente, prévoit aussi des règles de transparence pour la passation des marchés. Les dispositions ne sont pas aussi détaillées que celles de l'OMC mais exigent que chaque partie prenante décide de mesures améliorant la transparence à toutes les étapes du processus. Parmi ces exigences, citons la publication de l'invitation à soumissionner, la fourniture, sur demande, d'informations sur l'adjudication du marché et la fourniture des renseignements pertinents sur le rejet éventuel d'une offre. Selon les principes de l'APEC, des informations suffisantes et appropriées doivent être communiquées à toutes les parties intéressées, de manière cohérente et à temps, par l'intermédiaire d'un média de grande diffusion. Ce principe général s'applique à tous les aspects de la passation des marchés publics, y compris le contexte opérationnel d'ensemble, les opportunités de marchés, les exigences en matière d'achats, les critères d'évaluation des offres et l'adjudication des marchés.

Les ACR favorisent aussi la transparence grâce au recueil et à la diffusion de toutes les informations nécessaires par voie électronique. Il convient en outre de mentionner que plusieurs pays (les pays de l'ALENA, par exemple) se sont dotés d'un système de cet ordre au niveau national, mais ce qui nous intéresse ici, ce sont les initiatives prises au niveau régional. Par exemple, l'Union européenne a récemment publié une nouvelle Directive[27] sur l'usage obligatoire de formulaires standards pour la publication des avis de marché. Il s'agit de simplifier l'application des règles de publicité en les adaptant aux moyens électroniques mis au point dans le cadre du système d'information sur les marchés publics (SIMAP) lancé il y a quelques années par la Commission en

collaboration avec les États membres. La CEE a lancé le projet afin d'encourager les meilleures pratiques dans l'utilisation de la technologie moderne de l'information pour les marchés publics. Dans un premier temps, le projet vise à améliorer la qualité des informations concernant les débouchés dans le domaine des marchés publics au sein de l'UE et à faire en sorte que ces informations soient portées à la connaissance de tous les fournisseurs qui pourraient être intéressés. A plus long terme, le projet couvrira l'ensemble du processus de passation des marchés, y compris les soumissions, l'adjudication des marchés, la livraison, la facturation et le paiement.[28] En outre, la possibilité d'utiliser le vocabulaire d'achat de la Communauté européenne (CPV) contribuera à améliorer la transparence sur le marché de l'UE. Le CPV a été créé par la CEE en 1993 afin d'améliorer la transparence et l'efficacité dans le domaine des marchés publics. L'utilisation de termes standards dans le CPV permet aux fournisseurs potentiels d'identifier plus facilement les marchés qui les intéressent. Le CPV facilite aussi une traduction rapide et exacte des avis de marché qui sont publiés au Journal officiel de la CE, ainsi que l'établissement de statistiques sur les marchés publics.

Dans le cadre du processus d'intégration en cours au sein de l'ANASE, les États membres ont récemment signé l'Accord-cadre électronique de l'ANASE, qui cherche à promouvoir l'utilisation des moyens électroniques dans la passation des marchés de biens et de services par les pays membres.

Responsabilité et respect de la procédure régulière

La possibilité pour les fournisseurs de contester dans un délai raisonnable la conformité à l'Accord du déroulement de la passation d'un marché est une des clauses importantes de nombreux ACR, qui permet notamment d'assurer la transparence et l'équité de la mise en œuvre du processus de passation. Ce besoin a également été reconnu par l'OMC, par exemple en ce qui concerne les procédures de soumission contenues dans l'AMP, telles qu'elles sont brièvement examinées à la section II ci-dessus ; le respect des règles est un des éléments qui pourrait être inclus dans l'éventuel Accord sur la transparence des marchés publics sous réserve des conclusions auxquelles aboutiront les négociations. Les conditions fixées dans les ACR ressemblent à celles de l'OMC. A titre d'exemple, l'ALENA et les accords voisins contiennent des dispositions détaillées permettant aux fournisseurs de contester les procédures de passation des marchés entrant dans le cadre de l'accord. Ces contestations doivent être examinées dans les meilleurs délais par un tribunal national "n'ayant aucun intérêt" dans le résultat de l'adjudication. Ce tribunal peut recommander certaines modifications dans les procédures employées par l'entité concernée si celles-ci enfreignent les règles de l'ALENA. Ce recours est possible non seulement pour les fournisseurs d'un pays de l'ALENA désireux de contester les procédures d'un autre pays, mais aussi pour les fournisseurs désireux de contester les pratiques de leur propre administration. Le recours à une commission d'experts est une des options possibles si aucune solution satisfaisante n'est trouvée.

Deux directives traitent des violations de la loi de l'Union européenne relative à la passation des marchés. La première directive porte sur les plaintes concernant l'adjudication des marchés dans les secteurs non exclus[29] et la seconde prévoit des recours pour les secteurs "exclus".[30] Selon ces Directives, les États membres doivent mettre en place des organismes compétents chargés de prendre des mesures temporaires pour remédier aux violations supposées. Il peut s'agir de la suspension des procédures d'adjudication ou des décisions prises, de la mise à l'écart des décisions non conformes à la loi (dont la suppression des spécifications discriminatoires) et de l'octroi de dommages-intérêts. Lorsque la Commission estime que la loi a été violée au cours d'une procédure d'adjudication, elle peut en informer les autorités compétentes afin que des mesures appropriées puissent être rapidement prises pour corriger toute transgression supposée. En dernier lieu, la Commission peut porter l'affaire devant la Cour de Justice des communautés européennes.

L'ANZGPA a une attitude différente vis-à-vis de la contestation des adjudications. Les procédures visant à traiter les plaintes[31] sont conçues pour résoudre les problèmes et éviter qu'ils ne se répètent grâce à la discussion et à la recherche d'un accord mutuel entre les "organismes désignés". L'Accord repose sur la volonté et l'engagement politiques des parties en faveur du respect des dispositions plutôt que sur un quelconque recours à la justice. En conséquence, l'instance de dernier recours est le ministre compétent dans la juridiction d'achat. Si une ou plusieurs des autres juridictions continuait à soulever un problème grave, celui-ci serait traité par le Conseil au niveau des hauts responsables et/ou des ministres afin d'obtenir un résultat acceptable par tous. Toutefois, l'Accord ne contient aucune disposition formelle en vue de la négociation d'une solution à ces niveaux.

Les principes de l'APEC appellent les gouvernements et les différents organismes publics à établir des lois et pratiques en matière passation de marchés et à les faire connaître, et les organismes et au personnel chargés des achats de les respecter sans aucune infraction tout au long de la procédure de passation des marchés. Les principes présentent des exemples concrets de mesures à prendre à cette fin, par exemple l'enregistrement de l'intégralité de la procédure de passation des marchés, la mise en place de mécanismes de surveillance pour assurer la responsabilité et de mécanismes d'examen pour traiter les plaintes.

NOTES

1. Les communautés européennes sont considérées ici comme un seul membre.

2. OCDE (2002).

3. Voir Sahaydachny et Wallace (1999) ; ce processus de réforme des marchés publics a aussi été étudié dans le cadre des travaux de l'OCDE sur la réforme de la réglementation et l'ouverture des marchés.

4. On peut citer comme exemples de similitudes importantes le champ d'application, les principes de non-discrimination, les procédures d'évaluation de la qualification, les diverses méthodes de passation des marchés (avec une préférence pour les méthodes concurrentielles), les prescriptions en matière de transparence, l'annonce de l'attribution des marchés, et les procédures d'examen. Voir Sahaydachny et Wallace (1999).

5. Sont parties à cet accord la Colombie, le Mexique et le Venezuela.

6. Dans son Article III, paragraphe 8a), l'accord de base du GATT prévoit que : "Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux règles, réglementations ou exigences gouvernant l'adjudication par des entités publiques de produits qui sont achetés pour couvrir les besoins de l'administration et non pour une revente à des fins commerciales ou une utilisation dans la production de biens destinés à être vendus." Une exclusion analogue des marchés publics est prévue à l'Article XIII de l'AGCS. L'Article XIII :2 de l'AGCS prévoit toujours des négociations sur les marchés publics de services (voir plus loint).

7. Les pays parties à l'AMP sont les suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Communautés européennes, Corée, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Grèce, Hong Kong Chine, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Liechtenstein, Luxembourg, Pays-Bas, Pays-Bas pour Aruba, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Singapour, Suède et Suisse.

8. Les pays suivants négocient actuellement leur accession ou se sont déclarés candidats : Bulgarie, Taipeh chinois, Estonie, Jordanie, République kirghize, Lettonie, Panama. Les gouvernements suivants ont pris des engagements concernant l'Accord : Croatie, Géorgie, Mongolie, Oman.

9. AMP, Article XXIV (7)(b).

10. Directives 93/36/CEE, 93/37/CEE et 92/50/CEE (modifiée par la directive 97/52/CEE) sur les administrations et Directive 93/38/CEE (modifiée par la Directive 98/4/CEE) sur les services publics. Les modifications visaient à intégrer les changements de procédures nécessités par l'AMP.

11. ALENA, Chapitre 10 ("Marchés Publics").

12. Par exemple l'Accord de libre-échange Mexique-Bolivie et l'Accord de libre-échange Mexique-Costa Rica.

13. Il n'est pas possible de donner le détail des dispositions de l'Accord UE-Chili dans la présente analyse car le texte de l'Accord est en cours de traduction et de révision juridique, et il n'est donc pas encore disponible.

14. Ces principes sont les suivants : transparence, rapport qualité/prix, concurrence ouverte et effective, équité, responsabilité ainsi que respect de la procédure régulière et non-discrimination.

15. Certains des services de télécommunications sont exclus du champ d'application de la Directive 98/38/EEC. La liste des services de télécommunications exclus a été publiée au Journal officiel (OJ C 156, 3.6. 1999, p. 3). Les membres de l'AELE ont aussi étendu le champ d'application de la même manière.

16. L'Accord de libre-échange Mexique-Bolivie et l'Accord de libre-échange Mexique-Costa Rica.

17. L'Accord du Groupe des Trois, par exemple, prévoit des réserves – qui seront progressivement réduites et complètement éliminées en 2004 – équivalant à 45 % (en 1996) des marchés de biens, travaux et services passés par les entités fédérales et certaines entreprises publiques des trois pays. L'Accord de libre-échange Mexique-Bolivie prévoit des seuils différents pour chacun des deux pays.

18. L'application de ces mesures dans la pratique est très importante, mais il n'y a pas de données d'observation disponibles.

19. Article 12, Article 28, Article 49 et Articles 81,82 et 86 respectivement.

20. Il est intéressant de noter que les Directives s'appliquent à tous les marchés publics, qu'ils soient ou non d'origine communautaire.

21. L'approche utilisée dans l'ALENA a aussi été adoptée, par la suite, dans les accords voisins auquel le Mexique est partie.

22. Voir ALENA, Article 1016.

23. Par exemple, *la procédure d'appel d'offres limité* de l'AMP correspond aux *procédures négociées* de la CEE (également , dans des circonstances exceptionnelles, sans appel préalable à la concurrence). A l'inverse de l'AMP, qui considère la *négociation* comme une des modalités de l'adjudication des marchés et non pas comme une procédure séparée, les directives y voient une procédure à part entière.

24. Directive pour la passation des marchés publics de fournitures – Articles 20 à 25.

25. Pour la description des informations exigées dans l'invitation à soumissionner, voir l'Article 1010 de l'ALENA.

26. Dont l'Accord de libre-échange États-Unis-Mexique.

27. Directive 2001/78/CE de la Commission.

28. Voir http://simap.eu.int/EN/pub/src/welcome.htm.

29. Directive 93/38/CEE.

30. Directive 92/13 CEE.

31. Annexe 1 : "Procédures de suivi".

RÉFÉRENCES

Arrowsmith, S. (1998), "National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?", dans Arrowsmith et Davies (eds.), *Public Procurement: Global Revolution*, Kluer Law International.

Didier, P. (1999), "The Uruguay Round Government Procurement Agreement: Implementation in the European Union", dans Hoekman et Mavroidis (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Public Procurement*, Michigan.

OCDE (2002), *The Size of Government Procurement Market,* OECD, Paris.

Sahaydachny S. et D. Wallace, Jr. (1999), "Opening Government Procurement Markets",dans Mendoza, Low et Kotschwar (eds.), *Trade Rules in the Making: Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*, Brookings Institution, Washington, D.C.

Chapitre 7

DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

par

Douglas Lippoldt

Résumé : Ce chapitre passe en revue les dispositions concernant les droits de propriété intellectuelle (DPI) dans quinze accords commerciaux régionaux (ACR). Il compare ces dispositions aux dispositions correspondantes du système commercial multilatéral figurant dans l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Les membres de l'OMC peuvent prévoir dans leur législation une protection des DPI plus étendue que la protection minimale requise en vertu de l'Accord sur les ADPIC, sous réserve que ces dispositions ne soient pas contraires à celles de l'Accord. Malgré des variations dans le nombre de questions couvertes en matière de DPI, les ACR examinés comportent souvent une ou plusieurs dispositions qui vont au-delà des prescriptions strictes de l'Accord sur les ADPIC. Dans un certain nombre de cas, ces prescriptions supplémentaires ont trait à la conformité avec d'autres accords internationaux pertinents ou à l'adhésion à ces accords. Certains ACR contiennent des dispositions spéciales allant au-delà de l'Accord sur les ADPIC dans la façon dont ils abordent les périodes de transition, la mise en œuvre ou la coopération, ou des clauses prospectives relatives à de possibles révisions futures des ACR.

Principaux points

Compte tenu du débat international actuel sur certains aspects de la mise en œuvre de l'Accord de l'OMC sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'Accord sur les ADPIC), il est opportun d'examiner comment ces questions ont été traitées dans les ACR. Quels sont les ACR qui se sont intéressés aux droits de propriété intellectuelle en imposant des conditions plus strictes que les conditions minimum des Accords de l'OMC ? D'une façon générale, font-ils simplement référence à l'Accord sur les ADPIC ? Contiennent-ils des dispositions différentes de celles de l'Accord sur les ADPIC ? Accordent-ils une protection plus grande aux détenteurs des droits de propriété intellectuelle ? L'étude n'a pas pour objet d'examiner de façon détaillée les dispositions juridiques de chaque accord, mais plutôt de présenter, à l'aide d'exemples, la nature des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle que contiennent les ACR sélectionnés.

Au cours des dernières années, les nouveaux ACR ont eu tendance à étendre leur champ traditionnel, jusque-là limité à des mesures d'abaissement des droits de douane, de façon à inclure des dispositions portant sur une palette beaucoup plus large de produits et de questions, et notamment sur les droits de propriété intellectuelle [Crawford et Laird (2001)]. Selon l'Accord sur les ADPIC, les membres de l'OMC sont autorisés à mettre en œuvre dans leur législation interne une protection plus large que les normes minimales imposées par l'Accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions de l'Accord.[1] En 1997, Maskus (1997) relevait déjà que le renforcement et l'harmonisation des droits de propriété intellectuelle qui avaient été opérés dans le cadre de groupements régionaux tels que l'ALENA et l'Union européenne allaient bien au-delà des nouvelles normes prescrites en la matière par les Accords du cycle d'Uruguay.

Sur la base de l'examen des ACR sélectionnés, quelques observations préliminaires peuvent être faites concernant le traitement des questions de droits de propriété intellectuelle dans ces accords. En général, ces ACR affirment les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, soit directement soit implicitement en se faisant l'écho d'une partie au moins de son contenu. Si les ACR ne couvrent pas tous dans la même mesure les questions de droits de propriété intellectuelle, la plupart incluent une ou plusieurs dispositions allant au-delà des prescriptions de l'Accord. Le Tableau 3 donne une liste (non exhaustive) de prescriptions non incluses dans l'Accord sur les ADPIC et des exemples d'ACR les intégrant.[2] Bien souvent, ces dispositions additionnelles concernent la conformité ou l'adhésion à d'autres accords internationaux. Le tableau fournit également des exemples d'ACR dont certaines dispositions vont au-delà des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC dans leur traitement des périodes de transition (par exemple, en définissant des périodes de transition plus courtes), la mise en application ou la coopération, ainsi que des exemples d'ACR incluant des clauses anticipatives sur les éventuelles révisions futures des ACR.

Les ACR qui incluent ces aspects supplémentaires favorisent une harmonisation plus rapide que celle qui semble pouvoir s'opérer dans le cadre de l'OMC. Ce résultat n'est pas surprenant car, comme Maskus l'a relevé, "il est souvent possible de dégager un large consensus sur des normes, fondé sur des intérêts communs associés à l'intégration régionale, tandis que dans [un cadre multilatéral], les intérêts économiques sont plus divergents […]." L'éventail des prescriptions visant à renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle dans les ACR a été l'un des moyens de dépasser le champ des dispositions de l'Accord sur les ADPIC (GRAIN, 2001). Cela n'a toutefois pas nécessairement

entraîné de plus grandes divergences dans les prescriptions. Dans la mesure où celles-ci se fondent sur des accords internationaux largement acceptés, elles peuvent faciliter une meilleure harmonisation des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle. Dans le même temps, certaines des dispositions des ACR ont été conçues en vue d'une application interne, entre États membres. Les dispositions des ACR relatives aux droits de propriété intellectuelle, si elles accroissent le degré d'harmonisation et, potentiellement, la protection des droits de propriété intellectuelle dans la zone de l'accord, peuvent néanmoins diverger dans leur contenu. Par exemple, les dispositions de l'ALENA ou de l'Union européenne tendent à uniformiser les dispositions de leurs États membres respectifs, mais cela ne signifie pas pour autant que les deux zones commerciales convergent pour ce qui est des questions de procédures.

Dispositions de l'Accord sur les ADPIC

L'Accord sur les ADPIC est en partie issu des inquiétudes que suscitaient les divers degrés de protection et d'application des droits de propriété intellectuelle dans les différentes régions du monde. L'Accord est un des résultats essentiels du cycle d'Uruguay et représente une avancée majeure en ce qu'il regroupe de nombreuses normes relatives à la propriété intellectuelle dans un Accord commercial multilatéral.

Les fondements de l'Accord sur les ADPIC

L'Accord sur les ADPIC fait fond sur le cadre des conventions relatives à la propriété intellectuelle de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), et en particulier sur :

- La Convention pour la protection de la propriété intellectuelle de 1967, qui traite de questions telles que les brevets, les marques de fabrique, les dessins industriels et la protection contre la concurrence déloyale ;

- La Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques – Convention de Berne, 1971 – (il est cependant notable que l'Accord sur les ADPIC ne comporte pas de dispositions relatives aux droits moraux) ;

- Le Traité sur la protection de la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés (Traité de Washington, 1989) ; et

- La Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion – Convention de Rome, 1961 – (bien que l'Accord sur les ADPIC ne contienne pas de prescriptions générales faisant obligation de respecter les dispositions de fond de la Convention de Rome).

L'Accord sur les ADPIC visait à rendre le traitement des droits de propriété intellectuelle plus systématique et à améliorer la prévisibilité en matière de droits de propriété intellectuelle ainsi que les procédures de règlement des différends. Les *dispositions générales* de l'Accord prescrivent le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, avec toutefois quelques exceptions ou exemptions concernant les traités préexistants mentionnés ci-dessus, certains autres accords internationaux ou certains droits que ne couvrent pas l'Accord sur les ADPIC. L'Accord encourage la transparence et la recherche d'un équilibre entre la nécessité de contribuer à la promotion de l'innovation et celle de promouvoir le transfert de technologies et le bien-être économique et social.

L'Accord traite des principaux points suivants : droits d'auteurs, marques de fabrique ou de commerce, indications géographiques, dessins et modèles industriels, brevets, schémas de

configuration (topographies) de circuits intégrés, secrets de fabrique et protection des renseignements non divulgués (Tableau 3, colonne 1).[3] L'Accord sur les ADPIC comprend également des dispositions relatives à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans le domaine des licences contractuelles. Il introduit plusieurs règles nouvelles ou renforcées dans un certain nombre de domaines. Il précise comment les principes du système commercial doivent être appliqués aux droits de propriété intellectuelle, comment assurer une protection appropriée de ces droits, comment les mettre en œuvre de façon adéquate, comment régler les différends relatifs à ces droits entre membres de l'OMC, et établit des dispositions transitoires.

Catégories de droits de propriété intellectuelle

Pour ce qui est des *droits d'auteurs*, l'Accord sur les ADPIC protège les programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne. Cette protection s'étend aux compilations de données. Les règles ont également été étendues afin de couvrir les droits de location qui permettent aux auteurs de programmes d'ordinateur et aux producteurs d'enregistrements sonores d'avoir le droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale au public d'originaux ou de copies de leurs œuvres protégées par le droit d'auteur. La protection s'étend également aux œuvres cinématographiques. Les artistes interprètes ont aussi le droit d'empêcher l'enregistrement, la reproduction ou la diffusion de leur exécution pendant au moins cinquante ans. L'Accord sur les ADPIC précise également les signes qui sont susceptibles d'être enregistrés comme marque de fabrique et la protection minimum applicable aux marques de service, les marques les plus distinctives étant susceptibles de bénéficier d'une protection supplémentaire. La période de protection initiale de la marque (renouvelable indéfiniment) n'est pas inférieure à sept ans. L'enregistrement obligatoire des marques de fabrique n'est pas autorisé.

Pour ce qui est des *indications géographiques*, l'Accord sur les ADPIC traite de l'utilisation des noms de lieux, qui permettent d'attribuer une qualité, réputation ou autres caractéristiques du produit. Les membres doivent prévoir les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher une utilisation de l'indication qui induit en erreur ou qui constitue un acte de concurrence déloyale. Une norme plus stricte est appliquée en ce qui concerne les vins et les spiritueux : il est interdit d'utiliser ces mentions pour les produits d'une autre provenance, même dans les cas où il y a peu de risques que les consommateurs soient induits en erreur. Ces règles connaissent quelques exceptions, notamment dans le cas d'indications géographiques qui sont devenues des termes génériques, comme pour le gouda. Les titulaires de dessins et modèles industriels protégés bénéficient d'une protection d'au moins dix ans, pendant laquelle ils peuvent empêcher la fabrication, la vente ou l'importation des articles portant ou comportant un dessin ou un modèle protégé.

En matière de *brevets*, la durée de la protection est d'au moins 20 ans, tant pour les produits que pour les procédés, en ce qui concerne la plupart des technologies. Certains domaines peuvent être exclus, tels que les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales ; les végétaux et les animaux (autres que les micro-organismes) ; les procédés biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux (autres que les processus biologiques) ; ainsi que les inventions qui menacent l'ordre public ou la moralité. La protection des variétés végétales doit être assurée par des brevets ou par un système *sui generis* (système distinct reconnu). Par exemple, de nombreux pays ont recours à l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV), mais l'Accord sur les ADPIC ne mentionne pas spécifiquement cette organisation. En outre, l'Accord sur les ADPIC indique que les membres peuvent exclure de la brevetabilité les plantes et les animaux.

Au terme de l'Accord sur les ADPIC, un brevet confère à son titulaire le droit d'empêcher des tiers agissant sans son consentement de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer le produit concerné ou, dans le cas où l'objet du brevet est un procédé, les produits obtenus

directement par ce procédé. Le titulaire d'un brevet a aussi le droit de céder, ou de transmettre par voie successorale, le brevet et de conclure des contrats de licence. Les pouvoirs publics sont autorisés à délivrer des licences obligatoires, à certaines conditions. De même, l'Accord reconnaît aux pouvoirs publics le droit d'intervenir dans le cas où l'obtention de droits de propriété intellectuelle serait anticoncurrentielle (c'est-à-dire lorsqu'il empêche des transferts de technologie ou restreint la concurrence), et prévoit des consultations et des échanges de vue entre les pouvoirs publics des pays où sont domiciliées les parties intéressées.

Ainsi que l'a récemment rappelé la Conférence ministérielle de Doha de l'OMC, il est possible d'appliquer le droit des brevets avec une certaine flexibilité dans le cas d'une crise de la santé publique. Dans les cas où les pouvoirs publics permettent l'utilisation d'un brevet sans l'autorisation du détenteur du droit, les dispositions suivantes doivent être respectées :

- l'autorisation de cette utilisation est examinée sur la base des circonstances qui lui sont propres ;

- le candidat utilisateur doit s'être efforcé d'obtenir l'autorisation du détenteur du droit, à moins qu'il ne s'agisse de situations d'urgence nationale, d'extrême urgence ou d'utilisation publique à des fins non commerciales, et

- la portée et la durée d'une telle utilisation sont limitées.

Une telle utilisation doit être non exclusive, autorisée principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur[4], sa durée sera limitée à la durée de la situation d'urgence, sera assortie d'une rémunération adéquate, prenant en compte la valeur économique de l'utilisation autorisée, et sera soumise à un examen indépendant pour ce qui est de sa validité juridique et la compensation accordée au détenteur de droits. Pour ce qui est des brevets de procédé, les droits du détenteur de brevet sont étendus aux produits ayant été directement obtenus par le procédé breveté.

Les schémas de configuration de circuits intégrés sont protégés par l'Accord sur les ADPIC. La protection peut être étendue, par exemple, en exigeant une période de protection minimum de dix ans. Les membres ont l'obligation d'accorder au propriétaire d'un schéma de configuration protégé le droit d'interdire à des tiers l'importation, la vente, la copie (à l'identique ou en majeure partie) ou l'exercice de toute autre activité commerciale impliquant un schéma de configuration protégé.

Aux termes de l'Accord sur les ADPIC, *les secrets commerciaux et les renseignements non divulgués* doivent bénéficier d'une protection sous réserve que leurs détenteurs aient pris des mesures raisonnables pour les garder secrets. Les pouvoirs publics doivent assurer la protection des essais relatifs à de nouveaux produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture dont la commercialisation doit être approuvée.

Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et mesures provisoires

L'Accord sur les ADPIC a été le premier traité international qui s'est attaqué concrètement à la question du respect des droits de propriété intellectuelle internationaux. Les gouvernements doivent faire en sorte d'assurer la protection juridique des droits de propriété intellectuelle en établissant des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure et en instituant des mécanismes de révision et d'appel sans qu'il soit nécessaire de mettre en place un système judiciaire distinct. Les procédures doivent être loyales et équitables et n'être ni trop onéreuses ni trop compliquées. Les autorités judiciaires doivent être habilitées à ordonner que les produits pirates

ou contrefaits soient écartés des circuits commerciaux ou détruits, ainsi que les matériaux et instruments ayant servi à leur création ou à leur fabrication, sans dédommagement.

Les membres sont convenus d'échanger des informations sur le commerce de produits portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle en vue de l'éliminer. Certains actes de contrefaçon de marques de fabrique, de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur sont passibles de sanctions pénales. Les autorités judiciaires doivent être à même, suite à une demande des détenteurs de droits, d'empêcher l'importation de produits contrefaits ou piratés et d'ordonner l'adoption de mesures provisoires rapides et efficaces pour empêcher qu'un acte portant atteinte à la propriété intellectuelle ne soit commis et pour sauvegarder les éléments de preuve. Dans le cas de brevets de procédés, la charge de la preuve incombe au prétendu contrevenant qui doit prouver que le procédé utilisé pour obtenir un produit identique est différent du produit breveté.

Les autorités judiciaires sont habilitées à ordonner le versement d'un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé. Le Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce veille au fonctionnement de l'Accord et examine la façon dont les gouvernements s'acquittent de leurs obligations à cet égard. Pour promouvoir la transparence, les pays membres ont l'obligation de notifier à l'OMC les lois et réglementations sur la propriété intellectuelle. En outre, l'Accord sur les ADPIC met l'accent sur la nécessité de tenir des consultations lors des procédures de règlement des différends, conformément aux prescriptions du GATT.

L'Accord sur les ADPIC précise les périodes de transition applicables aux membres de l'OMC, qui sont respectivement de un an pour les pays développés, de cinq ans pour les pays en développement ou en transition et de onze ans pour les pays les moins avancés. Il accorde une période de transition de dix ans aux pays en développement pour ce qui est des produits pharmaceutiques et des produits chimiques à usage agricole qui ne sont pas encore protégés par des brevets sur leur territoire. Durant les périodes de transition, les demandes de brevets relatifs à des produits chimiques ou pharmaceutiques doivent être acceptées et certains droits de brevets doivent être attribués.[5] Afin de faciliter la mise en œuvre de l'Accord, les pays développés membres ont l'obligation d'offrir, sur demande et selon des modalités et à des conditions mutuellement convenues, une coopération technique aux pays en développement membres.

Dispositions des accords commerciaux régionaux

Les États qui sont parties aux ACR examinés sont souvent convenus d'un commun accord d'inclure des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle qui complètent celles de l'Accord sur les ADPIC ou de raccourcir les délais établis dans cet Accord. Par ailleurs, certains ACR comptent parmi leurs membres des pays qui ne font pas encore partie de l'OMC (par exemple le Vietnam est partie aux discussions de l'APEC mais n'est pas encore Membre de l'OMC). La colonne 2 du tableau 3 présente les prescriptions ou éléments supplémentaires les plus importants des ACR retenus.

Bien que les ACR examinés ici aillent globalement dans le même sens que l'Accord sur les ADPIC, tous ne couvrent pas de manière exhaustive les questions de propriété intellectuelle ni ne font référence à l'Accord. Les droits de propriété intellectuelle ne sont pas abordés de la même manière dans tous les accords. Par exemple, l'ANZCERTA fait peu référence aux droits de propriété intellectuelle, si ce n'est pour noter que l'accord ne doit pas interférer avec les mesures de protection de la propriété intellectuelle (sous réserve qu'elles ne servent pas de prétexte à une discrimination arbitraire ou injustifiée). En fait, l'Australie et la Nouvelle-Zélande s'en remettent aux accords multilatéraux de l'OMPI et de l'OMC pour ce qui est de la protection internationale des droits de propriété intellectuelle.[6] Cela étant, l'Australie et la Nouvelle-Zélande étudient également "la

possibilité de coordonner plus étroitement l'octroi et la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle enregistrés" dans le cadre du programme de travail d'un accord bilatéral distinct, le "Memorandum of Understanding on the Co-ordination of Business Law".[7]

Certains ACR font référence à l'Accord sur les ADPIC dans certains domaines mais ne comportent pas de chapitre ou de section séparés sur les droits de propriété intellectuelle. L'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, par exemple, cite brièvement l'Accord sur les ADPIC dans deux articles. L'Accord COMESA n'indique parmi ses objectifs que la normalisation éventuelle des conditions relatives à la coopération industrielle, en particulier en ce qui concerne le droit des sociétés, les droits de propriété intellectuelle et la législation sur les investissements. Dans le cadre du SADC, les discussions relatives aux droits de propriété intellectuelle ont été principalement axées sur le renforcement des lois nationales afin d'assurer le respect des dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

Les autres ACR traitent des questions de propriété intellectuelle de façon plus approfondie dans un ou plusieurs domaines. L'Accord du MERCOSUR contient un *Protocole d'harmonisation des normes relatives à la propriété intellectuelle*, dont la ratification est en cours, qui traite principalement de la question des marques de fabrique (de façon assez approfondie) et des indications géographiques, mais ne traite que brièvement des autres questions.[8] Dans le JSEPA, les droits de propriété intellectuelle font l'objet d'un court chapitre sur la propriété intellectuelle et sont brièvement mentionnés dans d'autres chapitres sur des questions telles que la coopération et les investissements dans les sciences et technologies.

Les questions relatives à la propriété intellectuelle sont traitées de façon beaucoup plus approfondie dans l'ALENA ou dans l'Union européenne, qui consacre une attention considérable à un large éventail de questions. Ces ACR réitèrent les dispositions de l'Accord sur les ADPIC, mais adoptent des dispositions plus strictes et dans plusieurs domaines. Le Traité de l'Union européenne en particulier diffère de la plupart des ACR en ce qu'il attache une importance particulière à l'harmonisation des régimes relatifs aux droits de la propriété et à la convergence des normes, entre autres questions. Certaines autorités au sein de l'Union européenne estiment que le cadre des dispositions de l'OMC relatives à la propriété intellectuelle "n'offre pas une base adéquate pour l'achèvement du marché unique".[9] Ainsi la Commission a adopté plusieurs directives afin de promouvoir l'harmonisation des législations nationales.

Alors que l'Accord sur les ADPIC établit une protection minimum des droits de propriété intellectuelle, il est clair que certains ACR visent à aller plus loin. Les accords d'association euro-méditerranéens en sont l'un des meilleurs exemples.[10] Ces accords comprennent des dispositions, telles que celles des Accords d'association entre l'Union européenne et la Tunisie, l'Union européenne et l'Autorité palestinienne et l'Union européenne et le Maroc, qui stipulent que "les parties assureront une protection adéquate et effective des droits de propriété intellectuelle, industrielle et commerciale en conformité avec les plus hautes normes internationales, y compris les moyens effectifs de faire valoir de tels droits."[11] Cette référence aux plus hautes normes internationales renvoie à des dispositions en matière de droits de propriété intellectuelle plus complètes que celles figurant dans l'Accord sur les ADPIC.

Dispositions générales

Ainsi qu'on l'a mentionné plus haut, l'Accord sur les ADPIC contient des dispositions générales relatives au traitement national, au traitement de la nation la plus favorisée et à la transparence. Certains ACR, tels que l'Accord entre le Canada et le Chili, ne traitent pas spécifiquement ces questions dans le contexte des droits de propriété intellectuelle (même si elles sont traitées de façon générale dans le contexte global de l'Accord). Quelques Accords, tels que l'ALENA, l'Accord entre

les États-Unis et la Jordanie et le Protocole du MERCOSUR, font explicitement référence au traitement national dans le domaine de la protection et de la jouissance des droits de propriété intellectuelle.[12] Le projet d'Accord de libre-échange des Amériques (projet d'Accord FTAA) contient des propositions similaires, mais accompagnées d'un texte entre crochets concernant des exemptions spécifiques. Le JSEPA fait référence à la propriété intellectuelle dans sa définition des actifs couverts par le chapitre sur l'investissement et, dans un article distinct, prescrit le traitement national des investisseurs et des investissements.[13] D'autres Accords, tels que l'ALECE, prescrivent explicitement une obligation de non-discrimination en ce qui concerne l'octroi et la protection des droits de propriété intellectuelle. Dans ces domaines, les ACR s'inspirent généralement des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC.

Droits d'auteur et droits connexes

En général, les ACR ne mentionnent pas spécifiquement les droit d'auteur et les droits connexes, ou bien se réfèrent aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Plusieurs ACR vont au-delà des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC en ce qu'ils font obligation d'accéder ou de respecter d'autres accords internationaux, en particulier le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996) et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (c'est le cas par exemple de l'Accord AELE, du projet d'Accord FTAA et des Accords entre l'Union européenne et le Mexique, les États-Unis et la Jordanie et l'Union européenne).[14] Parmi les autres questions couvertes par ces traités, figurent le développement de nouvelles technologies et les questions concernant le réseau Internet.

Certains ACR adoptent des dispositions plus strictes que celles de l'Accord sur les ADPIC dans certains domaines relatifs au droit d'auteur. Par exemple, dans le projet d'Accord FTAA, le texte entre crochets fait référence au respect des droits moraux (c'est-à-dire le droit qu'ont les auteurs de refuser certaines modifications ou actions préjudiciables à leur œuvre), allant ainsi plus loin que l'Accord sur les ADPIC qui exclut explicitement l'Article 6bis de la Convention de Berne qui fait référence aux droits moraux. L'ALENA précise que l'utilisation de dispositifs de décodage pour l'interception des transmissions par satellite est illégale. Dans l'Union européenne, la Commission a émis plusieurs directives visant à harmoniser et à accroître la protection des droits d'auteur dans le domaine des programmes d'ordinateur et des bases de données, de la diffusion par satellite et de la transmission par câbles, des droits de *leasing* et de location, de la durée de la protection, entre autres.[15] L'UE est également devenue partie aux Traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Des démarches ont été entreprises pour poursuivre l'harmonisation des systèmes nationaux et de l'UE.

Marques de fabrique et de commerce

En matière de marques de fabrique et de commerce, comme dans le cas du droit d'auteur et des droits connexes, les ACR sélectionnés reflètent les prescriptions de l'Accord sur les ADPIC ou bien ne mentionnent pas spécifiquement ce sujet. Par ailleurs, certains ACR, notamment les Accords d'association euro-méditerranéens, imposent la conformité avec l'Accord de Madrid concernant l'enregistrement international des marques afin de faciliter l'enregistrement des marques. Des ACR tels que l'Accord entre les États-Unis et la Jordanie, le projet d'Accord FTAA et l'APEC, entérinent la Recommandation commune concernant des dispositions relatives à la protection des marques notoires (1999), qui a été adoptée après l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC et qui précise certains points tels que la détermination des marques notoires et la résolution des conflits concernant les noms de domaines d'Internet. Par ailleurs, l'Union européenne a inclus des prescriptions relatives à l'arrangement de Nice dans plusieurs ACR.

Le protocole du MERCOSUR auquel il a été fait référence ci-dessus contient une liste plus détaillée des droits qui peuvent faire l'objet d'une protection (où figurent par exemple les pseudonymes et les portraits) que l'Accord sur les ADPIC. Il prévoit un délai initial ainsi qu'une prorogation plus longue que celle qui est établie par l'Accord sur les ADPIC, et des prescriptions relativement détaillées en matière de procédures.

Au sein de l'Union européenne, les prescriptions relatives aux marques de fabrique et de commerce sont plus détaillées que celles de l'Accord sur les ADPIC. Une directive de la Commission prévoit l'harmonisation des conditions d'enregistrement d'une marque de commerce nationale et des droits conférés par l'enregistrement. Un règlement ultérieur sur la marque communautaire établit pour le détenteur de tels droits un ensemble de règles de protection unique.[16] D'autres règlements de l'Union européenne traitent des questions de mise en œuvre, des redevances, des appels et des arrangements institutionnels, allant là encore bien au-delà des dispositions de l'Accord sur les ADPIC en matière de mise en œuvre.

Indications géographiques

Parmi les ACR sélectionnés, certains font référence à la protection des indications géographiques mais ne contiennent pas de dispositions étendues sur ce point. Quand ils vont au-delà de ce qui est prévu dans l'Accord sur les ADPIC, c'est pour traiter de questions relatives à un produit spécifique ou pour accorder une protection accrue à des produits autres que les vins et les spiritueux. L'Accord sur les ADPIC s'attache à l'utilisation d'indications géographiques qui induit en erreur le public, ou qui constitue un acte de concurrence déloyale et accorde une protection additionnelle pour les vins et les spiritueux.[17]

Les Accords d'association euro-méditerranéens comportent des prescriptions relatives à la désignation de l'origine. L'AELE fait obligation d'établir une protection adéquate et efficace des indications géographiques, y compris les appellations d'origine, pour tous les produits et services. Les obligations du Chili aux termes de l'Accord sur les ADPIC n'étant pas encore en vigueur à la date de signature de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, cet ACR inclut un article sur les indications géographiques assurant la protection des appellations "Chilean Pisco" et "Canadian Whiskey", sur une base réciproque. Le protocole du MERCOSUR qui est sur le point d'être adopté fait obligation aux États membres de protéger, sur une base réciproque, leurs indications de sources et les appellations d'origine, et interdit leur enregistrement en tant que marques de fabrique et de commerce. L'Accord entre les États-Unis et la Jordanie adopte une approche particulière en ce qu'il considère les indications géographiques comme des marques de commerce, sous réserve de certaines conditions.

Dessins et modèles industriels

En général, les dessins et modèles industriels ne font pas l'objet d'une rubrique séparée dans les ACR. Quand c'est le cas, les dispositions reflètent les prescriptions de l'Accord sur les ADPIC. L'AELE occupe une position particulière en ce qu'elle prend pour référence, en matière d'enregistrement des dessins et modèles industriels, l'Acte de Genève (1999) de l'Arrangement de La Haye concernant le dépôt international de dessins et modèles industriels.[18] Celui-ci étend la durée de la protection potentielle de dix ans, durée prévue dans l'Accord sur les ADPIC, à au moins 25 ans (5 ans plus 4 prorogations consécutives). L'Acte de Genève cherche explicitement à établir un lien entre le système d'enregistrement international des dessins et modèles industriels, les systèmes régionaux ainsi que ceux de la Communauté européenne ou de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (qui permet aux organisations intergouvernementales de devenir parties à l'Acte).

Suivant une approche similaire à celle qui est utilisée en matière de marques de commerce, l'UE s'est dotée d'une directive communautaire sur la protection des dessins et modèles et d'une réglementation établissant un système communautaire pour la protection des dessins et modèles.[19] La protection communautaire est étendue aux dessins ou modèles enregistrés auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur de l'Union européenne, à Alicante, ainsi qu'aux dessins ou modèles non enregistrés (dans certaines limites). Les premiers bénéficient d'une période de protection allant jusqu'à 25 ans, ce qui est bien supérieur au minimum de 10 ans prévu par l'Accord sur les ADPIC.

Brevets

Pour ce qui est des brevets, de nombreux ACR contiennent des dispositions plus strictes que celles de l'Accord sur les ADPIC, particulièrement en ce qui concerne le respect d'accords internationaux autres que ceux qui sont cités dans l'accord. Plusieurs ACR incluent l'ALENA, le projet d'Accord ALEA, l'Accord États-Unis-Jordanie, l'Accord Union européenne-Mexique et certains Accords d'association euro-méditerranéens retiennent l'UPOV (Union internationale pour la protection des nouvelles variétés végétales) pour la protection des obtentions végétales (ce qui a conduit le Mexique, la Jordanie, la Tunisie et le Maroc à s'engager à ratifier l'UPOV dans des délais précis). Les Accords États-Unis-Jordanie, Union européenne-Mexique, Union européenne-Maroc, Union européenne-Tunisie font référence à l'utilisation des services d'un dépositaire international, tel que défini dans le Traité de Budapest, dans les cas où une description écrite n'est pas suffisante.

Pour ce qui est des brevets au sein de l'Union européenne, deux instruments principaux contribuent à une harmonisation additionnelle de la protection des brevets. Tous les membres de l'UE sont désormais parties à la Convention de Munich sur le brevet européen, qui prévoit qu'un brevet peut être obtenu sur présentation d'une demande unique à l'Office européen des brevets. En outre, des travaux ont été entrepris pour produire une version actualisée de la Convention de Luxembourg sur les brevets européens, qui n'est pas entrée en vigueur, afin de créer un brevet européen unique valable dans toute l'UE et qui coexisterait avec les brevets nationaux.[20]

Plusieurs ACR contiennent des dispositions relatives à des problèmes de brevet spécifiques qui ne sont pas nécessairement plus strictes que les prescriptions de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, un article de l'ACR entre le Canada et le Chili précise les limites de l'expropriation et la nature des dédommagements en ce qui concerne les investissements. Toutefois, cette disposition n'est pas applicable aux licences obligatoires, à la révocation, limitation et création de droits de propriété intellectuelle, à condition que de telles mesures soient compatibles avec l'Accord sur les ADPIC. En revanche, certains ACR ont adopté des dispositions plus strictes que le minimum établi dans l'Accord sur les ADPIC dans certains domaines des brevets. Par exemple, dans le contexte de l'ALENA, le Canada a supprimé son système de licence obligatoire pour les produits pharmaceutiques, ce qui a amélioré la situation des détenteurs de droits de propriété intellectuelle dans le secteur pharmaceutique [Maskus (1997)]. L'AELE établit un délai de protection additionnel de 5 ans au maximum pour les produits pharmaceutiques et les produits intéressant la protection des végétaux quand le délai écoulé entre la demande de brevet et l'autorisation de commercialiser le produit dépasse une certaine limite.

Autres questions : schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés, renseignements non divulgués, pratiques anticoncurrentielles

Certains ACR font référence aux droits de propriété intellectuelle en ce qui concerne les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés, les renseignements non divulgués et les pratiques anticoncurrentielles. Généralement, ils ne prescrivent pas pour autant d'adhérer à des accords internationaux supplémentaires. Certaines de ces références peuvent être spécifiques ou détaillées,

mais reflètent généralement le contenu des dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple l'ALENA contient des dispositions détaillées en matière de protection des topographies, conformément au Traité de Washington et à l'Accord sur les ADPIC. Une directive de l'Union européenne traite de la protection juridique des topographies.[21] L'Accord de libre-échange d'Europe centrale, qui est antérieur à l'Accord sur les ADPIC, dispose explicitement que la protection des topographies de circuits intégrés assurée par une partie doit être accordée sur une base réciproque.

Mise en œuvre

Certains ACR se réfèrent spécifiquement à la mise en œuvre, le plus souvent en termes généraux qui s'inspirent des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, les Accords euro-méditerranéens d'association font obligation aux signataires d'assurer des moyens efficaces de faire respecter les droits de propriété intellectuelle. L'AELE requiert des dispositions dans ce domaine qui sont aussi contraignantes que celles que prévoit l'Accord sur les ADPIC.

Dans un petit nombre de cas, les ACR contiennent des dispositions plus précises que celles de l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les détails de la procédure. L'ALENA, par exemple, comprend de longues dispositions sur les mesures à la frontière, les mesures provisoires, les procédures civiles et pénales et les sanctions. L'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie s'accompagne d'un mémorandum d'accord sur les questions relatives à la protection des droits de propriété intellectuelle.[22] Ce court mémorandum demande des éclaircissements sur un certain nombre de points concernant le régime des droits de propriété intellectuelle de la Jordanie et accroît les sanctions pénales en cas d'infraction relative au droit d'auteur et droits connexes ou aux marques de fabrique et de commerce.

Dispositions prospectives et coopération

L'Accord sur les ADPIC établit un mécanisme de révision périodique confié au Conseil des ADPIC. Il prévoit aussi dans certaines limites la possibilité de modifier l'accord pour l'adapter à des niveaux plus élevés de protection des droits de propriété intellectuelle établis et applicables conformément à d'autres accords internationaux acceptés par tous les membres de l'OMC. Sur la base des recommandations du Conseil, le Conseil ministériel peut prendre des mesures pour modifier l'Accord sur les ADPIC conformément à la proposition du Conseil. L'accord comprend également des dispositions visant à promouvoir la coopération internationale dans le domaine de l'élimination du commerce des produits portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle ainsi que la coopération technique entre pays développés et pays les moins avancés dans la mise en œuvre de l'accord.

Plusieurs ACR contiennent des dispositions relatives à la coopération technique ou au renforcement de l'harmonisation interne et de la protection des droits de propriété intellectuelle, qui vont dans certains cas au-delà des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC. Certains des Accords d'association euro-méditerranéens prévoient une coopération en vue de la mise en place d'institutions responsables de la propriété intellectuelle (Union européenne-Tunisie, Union européenne-Maroc, Union européenne-Autorité palestinienne) et "en vue d'aider les pays partenaires de l'Union européenne à rapprocher leurs législations de celle de la communauté", ce qui aboutirait à des dispositions plus strictes que celles de l'Accord sur les ADPIC. En outre, dans l'Accord d'association entre l'Union européenne et la Tunisie, la Tunisie s'est engagée à "faire de son mieux pour adhérer, en particulier aux conventions auxquelles les États membres de la Communauté européenne sont parties". En outre, plusieurs accords contiennent des principes relatifs à la protection des données (en particulier en ce qui concerne les données personnelles). L'Accord de coopération euro-méditerranéen avec l'Algérie fait référence à la facilitation de l'acquisition des brevets à des conditions favorables. Le JSEPA souligne la possibilité de "développer la coopération entre les Parties dans le domaine de la propriété intellectuelle".[23] Il encourage l'utilisation de moyens tels que les échanges d'informations, la formation conjointe et les échanges d'experts afin de promouvoir la compréhension des

politiques de chaque pays et de partager les informations et les expériences de chacun dans le domaine de la mise en œuvre.[24]

L'AELE contient une disposition relative à des consultations sur les activités se rapportant à des "conventions internationales identifiées ou à venir sur l'harmonisation, l'administration et l'application des droits de propriété intellectuelle". L'accord prescrit la révision et la mise à jour continuelle de ces dispositions, laissant la porte ouverte à des prescriptions additionnelles, telles que l'adhésion à de futurs accords internationaux. De même, le JSEPA établit un Comité conjoint sur la propriété intellectuelle chargé "d'étudier et recommander de nouveaux axes de coopération".[25] L'ALEEC prévoit également des consultations relatives à des conventions internationales existantes ou futures sur l'harmonisation, l'administration ou l'application de la propriété intellectuelle. Il appelle également à une amélioration progressive des droits de propriété intellectuelle et fixe comme objectif l'application, dans un délai de cinq ans, des normes des Conventions de Berne, de Paris et de Rome, ainsi que ceux de l'Accord européen sur les brevets. Le protocole de MERCOSUR oblige également les États parties à s'efforcer de signer, dès que possible, des accords supplémentaires concernant les droits de propriété intellectuelle.

Les ACR européens et d'Amérique du Nord fixent généralement, pour certaines prescriptions, des délais de transition, qui sont plus courts que les périodes prévues dans l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les pays en développement et les pays en transition (de 5 à 10 ans). L'Accord d'association Union européenne-Tunisie, par exemple, fixe des prescriptions en matière d'adhésion à plusieurs accords internationaux au cours d'une période de transition de quatre ans. Dans le cadre de l'ALENA, le Mexique a eu un délai de trois ans pour se conformer aux prescriptions du Traité de Washington.

De même que l'Accord sur les ADPIC, la plupart des ACR contiennent des dispositions établissant que la consultation est le moyen qui doit être préféré pour le règlement des différends qui concernent explicitement ou implicitement des questions de droits de propriété intellectuelle. Par exemple, le protocole du MERCOSUR en cours d'approbation fait obligation aux parties de coopérer dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, et indique que la négociation directe constitue le mode de règlement des conflits préféré (mais au cas où un accord ne peut être trouvé, le système de règlement des conflits du MERCOSUR s'applique).

Tableau 7.1 Accords commerciaux régionaux : principales prescriptions ou points de référence (s'ajoutant à ceux de l'Accord sur les ADPIC)

Prescriptions de l'Accord sur les ADPIC	Liste illustrative des prescriptions et points qu'ajoutent les ACR
Obligations générales	
Traitement national Traitement de la nation la plus favorisée (où les dispositions des accords régionaux ou bilatéraux antérieurs sont reconnues) Transparence	Ajustement visant à harmoniser la législation applicable avec celle de l'UE (UE-Maroc, UE-Tunisie) La protection des droits de propriété intellectuelle doit être assurée conformément aux *normes internationales les plus hautes* (UE-Maroc, UE-Autorité palestinienne, UE-Tunisie, UE-Mexique)
Droits d'auteur et droits connexes	
Convention de Berne Convention de Rome (artistes interprètes ou exécutants, phonogrammes, radiodiffusion) Durée minimum de 50 ans Les programmes d'ordinateur sont protégés en tant qu'œuvres littéraires La protection des droits d'auteur s'étend aux compilations de données Les producteurs de phonogrammes, artistes interprètes et exécutants bénéficient d'une protection au titre des droits connexes Droits de location	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996) (AELE, UE-Mexique EU-Jordanie, UE, Projet d'Accord FTAA). Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (1996) (AELE, UE-Mexique, UE-Jordanie, UE, Projet d'Accord FTAA) Convention de Genève pour la protection des producteurs de phonogrammes (1971) (ALENA, Projet d'Accord FTAA)
Marques de fabrique et de commerce	
Convention de Paris (propriété industrielle) Les marques notoires sont mieux protégées Précisions relatives aux conditions d'utilisation Interdit les licences obligatoires	Accord de Nice concernant la classification internationale des biens et des services aux fins de l'enregistrement des marques (Genève, 1979), (UE-Maroc, UE-Tunisie, UE-Mexique) Accord de Madrid concernant l'enregistrement international des marques et protocole concernant l'enregistrement international des marques (1989), (UE-Maroc, États-Unis-Jordanie) Recommandation conjointe concernant la protection des marques notoires (1999), (États-Unis-Jordanie, APEC, Projet d'Accord FTAA)
Indications géographiques	
Empêche l'usage d'indications géographiques qui induisent en erreur ou constituent une concurrence déloyale Accorde une protection plus étendue aux vins et aux spiritueux	Certains ACR accordant une protection aussi stricte que celle que l'Accord sur les ADPIC étend aux vins et aux spiritueux à toute une gamme de produits (AELE, UE).
Modèles et dessins industriels	
Durée de protection de 10 ans minimum	Acte de Genève de l'Arrangement de la Haye concernant l'enregistrement international des modèles industriels (1999) (AELE)

Tableau 7.1 (suite) Accords commerciaux régionaux : principales prescriptions ou points de référence (s'ajoutant à ceux de l'Accord sur les ADPIC)

Prescriptions de l'Accord sur les ADPIC	Liste illustrative des prescriptions et points qu'ajoutent les ACR
Brevets	
Convention de Paris (propriété industrielle) Couvre les produits et les procédés dans tous les domaines technologiques Les biotechnologies sont couvertes avec des exceptions concernant les plantes et les animaux Droits exclusifs de fabrication, d'utilisation, d'offre à la vente, de vente ou d'importation Le brevet est protégé pendant 20 ans au minimum à compter de la date de dépôt Renversement de la charge de la preuve pour les brevets de procédé (incombe au prétendu contrevenant, sous réserve de certaines conditions) Les obtentions végétales sont protégées soit par des brevets, soit par un système *sui generis*, soit par une combinaison des deux.	Convention sur le Brevet européen (prévoit une demande unique, 1973) (AELE : Suisse et Liechtenstein seulement ; ALEEC, UE) Accord de l'espace économique européen (AELE : Islande et Norvège uniquement) Traité de Budapest (1980) pour la reconnaissance internationale du dépôt de micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevet (UE-Maroc, UE-Tunisie, UE-Mexique, États-Unis-Jordanie) Traité de coopération sur le brevet (tel que révisé en 1984) (UE-Maroc, UE-Tunisie, UE-Mexique, États-Unis-Jordanie) Pour mémoire (système *sui generis*) : Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (1991) (UE-Maroc, UE-Tunisie, UE-Mexique, États-Unis-Jordanie, ALENA)
Schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés	
Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés (Washington, 1989) Protection étendue aux articles contenant des éléments contrefaits Durée de protection minimum de 10 ans	Référence spécifique dans certains ACR (par exemple dispositions détaillées dans l'ALENA)
Protection des renseignements non divulgués	
Protection étendue aux articles comprenant des dessins et modèles contrefaits	Les ACR ne contiennent généralement pas de dispositions spécifiques dans ce domaine, à l'exception de certains des accords dont la couverture est la plus étendue, tels que ceux de l'ALENA.
Atteinte aux droits de propriété intellectuelle	
La politique de la concurrence offre de nombreux instruments pour lutter contre les infractions à la concurrence	Les ACR ne contiennent généralement pas de dispositions spécifiques dans ce domaine, à l'exception de certains des accords dont la couverture est la plus étendue, tels que ceux de l'ALENA.
Mesures d'application	
Prescrit des mesures civiles et pénales ainsi que des sanctions à la frontière	Il y est fait spécifiquement référence dans certains ACR (par exemple les dispositions détaillées de l'ALENA)

Tableau 7.1 (suite) Accords commerciaux régionaux : principales prescriptions ou points de référence (s'ajoutant à ceux de l'Accord sur les ADPIC)

Prescriptions de l'Accord sur les ADPIC	Liste illustrative des prescriptions et points qu'ajoutent les ACR
Arrangements provisoires	
Période de transition de 5 ans pour la plupart des pays en développement et des pays en transition et 11 ans (avec possibilité de prorogation) pour les pays membres de l'OMC les moins avancés.	L'Accord États-Unis-Jordanie prévoit des périodes de transition pouvant aller jusqu'à trois ans, selon la question. Les accords UE-Tunisie et UE-Maroc prévoient un délai pouvant aller jusqu'à 4 ans pour l'adhésion aux conventions multilatérales, et un délai illimité dans certains autres domaines. L'Accord UE-Mexique prévoit un délai qui peut aller jusqu'à trois ans pour l'adhésion au Traité de Budapest, "diligence" pour l'accès au WCT et WPPT. ALEEC (1992) : prévoit un délai pouvant aller jusqu'à cinq ans pour instituer une protection égale à celle des Conventions de Paris, de Berne et de Rome et à la Convention européenne des brevets. L'ALENA a accordé au Mexique 2 ans pour mettre en œuvre les dispositions de l'UPOV, 3 ans en ce qui concerne le Traité de Washington (1989), et 4 ans pour ce qui est des dispositions à la frontière.
Dispositions institutionnelles	
Conseil des ADPIC Règlement des différends, approche standard, avec un moratoire de 5 ans dans certains cas.	Certains ACR contiennent des dispositions relatives à la coopération ou à l'institution de consultations distinctes (par exemple, des dispositions du JSEPA prévoient des activités de coopération dans le domaine de la science et de la technologie et des consultations sur les questions de droits de propriété intellectuelle y afférentes ; dans le cas du MERCOSUR, le mécanisme de règlement des différends spécifique de l'ACR peut être invoqué dans certaines circonstances liées à des questions de droits de propriété intellectuelle).

Source : Examen des ACR individuels par le Secrétariat de l'OCDE, le texte de l'Accord sur les ADPIC et de Maskus (1997).

NOTES

1. Ceci est énoncé dans l'Acte final du cycle d'Uruguay, Annexe 1c (TRIPS), Article 1.1, qui peut être consulté à l'adresse : http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf .

2. Le Tableau 3 donne des exemples tirés de 11 des 15 ACR examinés qui vont au-delà des prescriptions de l'Accord sur les ADPIC. (Pour les besoins du tableau, les Accords d'association euro-méditerranéen sont comptés comme un seul ACR).

3. Outre les droits qu'il établit, l'Accord sur les ADPIC contient des articles relatifs à certaines limitations ou exceptions aux droits exclusifs en ce qui concerne les *droits d'auteur* et *droits connexes*, aux exceptions aux droits conférés par une marque de fabrique, et aux exceptions aux droits exclusifs conférés par un *brevet*.

4. Aux termes de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, les membres de l'OMC s'engagent à trouver des solutions d'urgence permettant l'accès aux médicaments en cas de grave crise de santé publique.

5. Selon la *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* adoptée lors de la Conférence ministérielle de Doha, il a été convenu que les pays les moins avancés, membres, ne seraient pas obligés, en ce qui concerne les produits pharmaceutiques, de mettre en œuvre ou d'appliquer les dispositions de l'Accord sur les ADPIC concernant les brevets ou la protection des renseignements non divulgués ou de faire respecter les droits prévus par ces dispositions jusqu'au 1er janvier 2016 (sans préjudice du droit des pays les moins avancés, membres, de demander d'autres prorogations conformément aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC).

6. Voir, par exemple : Commonwealth of Australia (1997).

7. Ce Protocole d'entente a été signé le 31 août 2000 et son texte peut être consulté à l'adresse : http://www.mfat.govt.nz.

8. L'Accord initial du MERCOSUR ne se référait pas explicitement aux droits de propriété intellectuelle. Un protocole ultérieur, le Protocole d'harmonisation des normes relatives à la propriété intellectuelle dans le MERCOSUR relatif aux marques de fabrique, aux indications de sources et à la détermination de l'origine (1996) assurera – lorsqu'il sera en vigueur – l'harmonisation du traitement de certaines questions dans les pays parties à l'Accord.

9. Ceci fait référence à un exposé d'ensemble sur la stratégie de l'Union européenne en matière de propriété intellectuelle (au 19/07/01), qui peut être consulté à l'adresse suivante : http://europa.eu.int.

10. L'Accord d'association euro-méditerranéen, fondé sur la Déclaration de Barcelone de 1995, vise à établir en 2010 au plus tard une zone de libre-échange entre l'Union européenne (qui est elle-même une union douanière comptant 15 États membres) et 12 États méditerranéens partenaires. Dans le cadre du partenariat, ont été conclus : des Accords d'association (Tunisie, Israël, Maroc, et un Accord d'association provisoire avec l'Autorité palestinienne), des Accords de coopération (Algérie, Égypte, Jordanie, Liban, Syrie) et des Accords d'association de la première génération (Chypre, Malte, Turquie). Les négociations d'un Accord d'association entre l'Union européenne et l'Algérie ont récemment pris fin tandis que d'autres sont en cours. Les Accords traitent de questions telles que l'adoption de mesures appropriées en ce qui concerne les règles d'origine, la certification, la protection des droits de propriété intellectuelle et industrielle et la concurrence, entre autres. Les

dispositions précises des Accords d'association euro-méditerranéens varient quelque peu selon le partenaire (pour plus de détails, voir : http://europa.eu.int).

11. Pour le texte complet, voir les références suivantes : Article 39 (UE-Tunisie et UE-Maroc) et Article 33 (UE-Autorité palestinienne).

12. Maskus (1997) note que l'ALENA prévoit quelques exceptions, notamment en ce qui concerne les industries culturelles au Canada.

13. Au moment de la rédaction du présent document, ces deux conventions de l'OMPI n'étaient pas encore entrées en vigueur. On trouvera le texte complet au Chapitre 8, Articles 72 et 73 du JSEPA.

14. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est entré en vigueur le 6 mars 2002. Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes est entré en vigueur le 20 mai 2002.

15. Pour plus d'informations, on se référera à la Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ; la Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données ; la Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble ; la Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle ; et la Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

16. Voir le Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire. Voir aussi l'amendement figurant dans le Règlement (CE) n° 3288/94 du Conseil, du 22 décembre 1994.

17. Dans le cas des vins et des spiritueux, l'Accord sur les ADPIC vise à empêcher l'utilisation d'une indication géographique identifiant les vins (ou les spiritueux) qui ne sont pas originaires du lieu indiqué par l'indication géographique en question.

18. L'Acte de Genève n'est pas encore entré en vigueur ; il le sera lorsque six États auront déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion, à condition que chaque pays justifie d'un certain niveau d'activité dans le domaine de la protection des dessins et modèles industriels. En mai 2002, trois États remplissaient ces critères.

19. Pour plus d'informations, voir la Directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles et le Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires.

20. Pour des informations sur la proposition de brevet européen de la Commission, voir http://europa.eu.int.

21. Pour plus d'informations, voir la Directive 87/54/CE du Conseil du 16 décembre 1986 concernant la protection juridique des topographies de produits semi-conducteurs.

22. Le texte complet peut être consulté à l'adresse http://www.ustr.gov/regions/eu-med/middleeast/memopro.pdf .

23. Cette référence figure dans le JSEPA, Chapitre 1 (*General Provisions*), Article 1.a (viii).

24. Cette référence figure dans le JSEPA, Chapitre 10, Article 96 (3) a-c.

25. Cette référence figure dans le JSEPA, Chapitre 10, Article 97 (1) c.

RÉFÉRENCES

Commonwealth of Australia (1997), *Closer Economic Relations: Background Guide to the Australia New Zealand Economic Relationship*, Department of Foreign Affairs and Trade, Canberra, février.

Crawford, J-A et S. Laird (2001), Regional Trade Agreements and the WTO, *The North American Journal of Economics and Finance*, Vol. 12, No. 2.

Grain (2001), *"TRIPS-plus" through the back door – How bilateral treaties impose much stronger rules for IPRs on life than the WTO*, Genetic Resources Action International in co-operation with SANFEC - http://www.grain.org/publications/trips-plus-en.cfm), juillet.

Maskus, K. A. (1997), *Implications of Regional and Multilateral Agreements for Intellectual Property Rights*, World Economy, Vol. 20, No. 5, août.

Chapitre 8

DÉFENSE COMMERCIALE

par

Massimo Geloso-Grosso

Résumé : Ce chapitre examine les dispositions des ACR relatives à la défense commerciale en vue de montrer en quoi elles vont au-delà du cadre de l'OMC. Les dispositions de l'OMC dans les domaines des sauvegardes, des mesures *antidumping* et des subventions ont toutes été renforcées dans le cadre du Cycle d'Uruguay. Dans les ACR, l'optique adoptée dans ces domaines est très diverse. Certains ACR ont supprimé la possibilité de recourir à des mesures *antidumping* et à des droits compensateurs, tout en autorisant l'utilisation de mesures de sauvegarde dans les relations entre les membres. D'autres ont supprimé la possibilité de prendre des mesures *antidumping* et de sauvegarde mais ont maintenu la possibilité de recourir à des droits compensateurs. Dans d'autres cas encore, les ACR ont maintenu la possibilité d'utiliser à la fois des mesures *antidumping* et des droits compensatoires, mais ont supprimé les mesures de sauvegarde ou appliquent des dispositions plus strictes que celles qui existent à l'OMC. Plusieurs ACR vont également plus loin que les dispositions de l'OMC dans le domaine des subventions. La combinaison de dispositions contenue dans chaque ACR, dont le bien-fondé mérite peut-être une analyse plus approfondie, reflète en partie l'objectif et le choix des mesures adoptées pour atteindre le niveau souhaité d'intégration économique.

Principaux points

La question de la défense commerciale[1] se pose donc essentiellement dans des régimes d'échanges libéraux lorsque, les barrières aux frontières étant relativement peu importantes, il apparaît que le volume des importations justifie des mesures exceptionnelles de restriction aux importations. Au niveau national, l'aide à l'ajustement complète souvent la défense commerciale (ou la rend moins nécessaire).

Les dispositions de l'OMC dans le domaine des sauvegardes, des mesures *antidumping* et des subventions ont toutes été renforcées lors des négociations du Cycle d'Uruguay. Les dispositions des ACR dans ces domaines reflètent deux tendances : d'un côté, la réduction des barrières commerciales applicables aux ressortissants des pays membres au-dessous des niveaux applicables à la nation la plus favorisée (NPF), qui pourrait faire craindre un recours accru aux mesures de défense commerciale ; d'un autre côté, l'objectif d'approfondissement de l'intégration rend peut-être ces dernières moins nécessaires ou peut inciter les membres à ne pas y recourir (ou à en limiter la portée), et dans le cadre d'une union douanière, à mettre en œuvre des politiques extérieures communes dans ces domaines.

Pour ces raisons, les approches adoptées par les ACR en matière de défense commerciale sont fort diverses. Certains ACR vont au-delà des règles de l'OMC, qu'ils renforcent afin de minimiser les possibilités d'utilisation des mesures de défense commerciale à des fins protectionnistes, tandis que d'autres ACR ont complètement éliminé la possibilité d'y recourir dans les relations entre membres. Toutefois, dans le domaine des sauvegardes, certains ACR ajoutent de nouvelles possibilités de recours à ces mesures.

Les ACR autorisent généralement le recours à certaines de ces mesures, mais dans des combinaisons diverses, dont la justification mérite plus ample analyse. Il convient de mentionner en particulier le cas de l'Union européenne, où ces mesures ont été éliminées en ce qui concerne le commerce intérieur mais qui a adopté une politique commune en matière de commerce extérieur. Certains ACR ont éliminé la possibilité de recourir aux mesures *antidumping* et aux mesures compensatoires, tout en autorisant l'utilisation de mesures de sauvegarde dans les relations entre membres. D'autres ont éliminé la possibilité de recourir aux mesures *antidumping* et aux sauvegardes mais ont conservé les droits compensateurs. Enfin, dans certains cas, les ACR maintiennent les droits *antidumping* et les droits compensateurs, mais éliminent les mesures de sauvegarde ou appliquent des dispositions plus strictes que celles des accords de l'OMC. Plusieurs ACR ont également pris des mesures plus strictes que celles de l'OMC en matière de subventions.

La combinaison de dispositions qu'établit chaque ACR reflète en partie l'objectif et le choix des politiques visant à obtenir le degré d'intégration économique désiré. Certains observateurs[2], cherchant à identifier les conditions qui ont conduit les ACR à interdire le recours à des mesures de défense commerciale entre membres concluent que le paramètre qui affecte le plus les coûts et les avantages de la défense commerciale est le degré d'intégration économique entre pays participants. Il est vrai que, selon ce point de vue, les mesures de défense commerciale prises dans le cadre des accords européens et de l'ANZCERTA semblent avoir été un élément du processus d'approfondissement de l'intégration stimulé par la convergence des conditions de concurrence sur les marchés intérieurs des membres. Cette convergence s'est effectuée tant au niveau macro-économique – par exemple par la création

d'une monnaie unique dans l'Union européenne – qu'au niveau micro-économique – par l'adoption de mesures *antitrust*, l'octroi de subventions et d'incitations fiscales, la mobilité du travail et du capital et la réglementation des monopoles.

Toutefois, l'approfondissement de l'intégration ne s'accompagne pas toujours de l'élimination des droits *antidumping* et des droits compensateurs dans les pays membres des ACR. Dans le cas de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, qui élimine le recours aux droits *antidumping* dans les relations entre membres, le Canada et le Chili ont un niveau d'intégration relativement faible et n'ont pas adopté de règles *antitrust* communes (voir le chapitre sur la politique de la concurrence). En outre, les deux pays peuvent encore appliquer des mesures de sauvegarde dans leurs relations commerciales.

Une approche similaire (élimination des mesures *antidumping* mais maintien des mesures de sauvegarde) a également été adoptée dans certains accords auxquels sont parties des pays ayant profondément intégré leurs économies, tels que l'Accord EEE et l'Accord de l'AELE. Bien que ces pays ne puissent généralement plus appliquer de mesure *antidumping* dans les relations entre membres, on peut noter que les disciplines de sauvegarde prévues dans ces accords restent moins strictes que celles qu'établissent les accords de l'OMC.

Dispositions des accords de l'OMC

La consolidation des droits de douane et leur application égale à tous les partenaires commerciaux (NPF) sont essentielles à la bonne circulation des marchandises. Les accords de l'OMC maintiennent ces principes mais permettent, dans certaines circonstances, des exceptions. Ces exceptions sont les suivantes :

- mesures d'urgence destinées à limiter temporairement les importations, afin de "sauvegarder" les industries nationales ;
- mesures destinées à lutter contre le *dumping* (vente à un prix déloyal) ;
- subventions et droits compensateurs spéciaux visant à compenser les subventions.

Il est à noter que certaines de ces mesures font l'objet d'un examen à la lumière de la Conférence ministérielle de Doha. Plus précisément, les membres sont convenus d'ouvrir des négociations afin d'améliorer et de clarifier les disciplines contenues dans les Accords sur la mise en œuvre de l'Article VI du GATT (Accord antidumping) et de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires.

Sauvegardes

L'Article XIX du GATT permet à un membre de prendre des mesures de sauvegarde afin de protéger un secteur national spécifique en cas d'augmentation imprévue de l'importation de produits, qui cause ou menace de causer un dommage grave aux producteurs nationaux. L'Accord sur les sauvegardes du Cycle d'Uruguay comprend des dispositions plus détaillées sur la mise en œuvre de cet article.

L'Accord contient des dispositions supplémentaires qui interdisent les mesures "de la zone grise" limitant les importations ou les exportations, et introduit une "clause d'extinction" de toutes les mesures de sauvegarde. Il définit également les critères du "dommage grave" et les facteurs qui doivent être examinés pour déterminer l'impact des importations. La mesure de sauvegarde ne peut

être appliquée que dans la mesure nécessaire pour prévenir ou réparer un dommage grave et faciliter l'ajustement. Si une restriction quantitative est utilisée, elle ne doit pas ramener les quantités importées au-dessous d'un niveau correspondant à la moyenne des importations effectuées pendant les trois dernières années représentatives pour lesquelles des statistiques sont disponibles, sauf s'il est clairement démontré qu'un niveau différent est nécessaire pour empêcher ou réparer un dommage grave.

En principe, les mesures de sauvegarde s'appliquent à un produit importé quelle qu'en soit la provenance. La répartition des parts de contingent s'effectue sur la base des proportions fournies pendant une période représentative précédente, de la quantité ou de la valeur totale des importations du produit. Toutefois, un pays importateur peut déroger à ces dispositions s'il peut démontrer, lors de consultations menées sous les auspices du Comité des sauvegardes, que les importations en provenance de certains pays se sont accrues d'un pourcentage disproportionné par rapport à l'accroissement total des importations du produit considéré pendant la période représentative et que les conditions de cette dérogation sont équitables pour tous les fournisseurs du produit considéré.

L'Accord établit la durée d'application maximum de toutes les mesures de sauvegarde. En général, celle-ci ne doit pas dépasser quatre ans, à moins qu'elle ne soit prorogée, la période d'application ne devant pas dépasser huit ans, à condition que les autorités nationales compétentes aient déterminé que la mesure de sauvegarde continue d'être nécessaire et qu'il existe des éléments de preuve selon lesquels la branche de production procède à des ajustements. Toute mesure imposée pendant une période supérieure à un an doit être progressivement libéralisée.

L'Accord prévoit des consultations sur la compensation des effets des mesures de sauvegarde. Lorsque ces consultations n'aboutissent pas à un accord, les membres affectés peuvent obtenir des concessions ou d'autres obligations substantiellement équivalentes résultant du GATT de 1994. Toutefois, ce droit de suspension ne peut être exercé pendant les trois premières années d'application de la mesure de sauvegarde si cette mesure a été prise conformément aux dispositions de l'accord par suite d'un accroissement des importations en termes absolus.

Il convient de relever en particulier le cas du secteur agricole dans lequel les membres sont autorisés à prendre des mesures de sauvegarde spéciale conformément à l'Accord sur l'agriculture. Pour ce qui est des produits pour lesquels les restrictions non tarifaires ont été converties en droits de douane, les gouvernements ont la possibilité d'imposer un droit additionnel à l'importation du produit en cas de poussée soudaine du volume des importations ou de diminution substantielle du prix des produits importés. De fait, les conditions à satisfaire pour l'application des clauses de sauvegarde spéciale à des produits agricoles sont relativement moins strictes que celles qui sont prévues par l'Accord sur les sauvegardes (la détermination de l'existence du dommage n'est pas requise).

Des mesures de sauvegarde ont également été envisagées dans le secteur des services. En matière de sauvegarde d'urgence, l'Article X de l'AGCS prescrit la tenue de négociations multilatérales fondées sur le principe de la non-discrimination. Celles-ci sont en cours dans le cadre du Groupe de travail des règles de l'AGCS.

Mesures antidumping

Les dispositions des accords de l'OMC permettent aux pays d'appliquer des mesures *antidumping* à des produits importés dont le prix à l'exportation est inférieur à une "valeur normale" (habituellement le prix de ce produit sur le marché intérieur du pays exportateur) dans la mesure où les produits importés faisant l'objet d'un *dumping* causent ou menacent de causer un dommage important à une branche de production nationale. Le Code antidumping volontaire, conclu à la fin du Tokyo

Round complète l'Article VI du GATT et établit des règles plus détaillées concernant l'application de ces mesures. Les négociations du Cycle d'Uruguay ont abouti à un Accord antidumping, fondé sur l'ancien Code, qui précise de nombreux points restés jusqu'alors peu précis et détaillés et qui est obligatoire pour tous les membres de l'OMC.

L'Accord révisé éclaircit et précise en particulier les règles qui permettent de déterminer si le produit fait l'objet d'un *dumping*, les critères à prendre en compte dans la détermination de l'existence d'un dommage, les procédures à suivre pour l'engagement de la procédure et des enquêtes ultérieures, et la mise en œuvre et la durée d'application des mesures *antidumping*. Enfin, le nouvel accord clarifie le rôle des groupes spéciaux dans les différends relatifs aux mesures *antidumping*.

En ce qui concerne la méthodologie appliquée pour la détermination du *dumping*, le nouvel Accord ajoute des dispositions relativement précises notamment sur les critères de répartition des frais lorsque le prix du produit exporté est comparé à une valeur normale "construite" ainsi que des règles visant à assurer une comparaison équitable entre le prix d'exportation et la valeur normale du produit.

L'Accord maintient l'obligation qui est faite au pays importateur d'établir un lien causal clair entre les importations du produit qui fait l'objet d'un *dumping* et le dommage causé à la branche de production nationale. L'examen de l'incidence des importations faisant l'objet d'un *dumping* sur la branche de production nationale concernée doit comporter une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de cette branche. L'Accord confirme l'interprétation existante de l'expression "branche de production nationale". Sous réserve de quelques rares exceptions, "la branche de production nationale" s'entend de l'ensemble des producteurs nationaux de produits similaires ou de ceux d'entre eux dont les productions additionnées constituent une proportion majeure de la production intérieure totale de ces produits.

Des procédures ont été établies en matière d'engagement de l'action *antidumping* et des modalités d'enquête. L'article énonce des conditions visant à assurer que toutes les parties intéressées aient la possibilité de présenter des éléments de preuve. Les dispositions relatives à l'application de mesures provisoires, le recours aux engagements en matière de prix lors des procédures *antidumping* et la durée d'application des mesures *antidumping* ont été renforcés. On notera ainsi un ajout significatif à l'Accord qui est l'introduction d'une nouvelle disposition prévoyant que toute mesure *antidumping* est supprimée cinq ans au plus tard à compter de la date à laquelle elle a été imposée à moins que les autorités ne déterminent qu'il est probable que le *dumping* et le dommage subsisteront ou se reproduiront si la mesure est supprimée.

Une nouvelle disposition dispose que l'enquête sur le *dumping* sera immédiatement close dans le cas où les autorités détermineront que la marge de *dumping* est *de minimis* (soit inférieure à 2 %, exprimée en pourcentage du prix à l'exportation) ou que le volume des importations faisant l'objet d'un *dumping* est négligeable (généralement quand le volume des importations faisant l'objet d'un *dumping* en provenance d'un pays particulier représente moins de 3 % des importations du produit similaire dans le pays importateur).

Subventions et mesures compensatoires

Les disciplines de l'OMC dans ce domaine sont énoncées dans l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, qui développent certains aspects des Articles VI, XVI et XXIII et du Code du Round de Tokyo. L'Accord définit une subvention comme étant une contribution financière accordée directement ou indirectement par l'État ou par un organisme public. Les disciplines de l'Accord ne s'appliquent qu'aux subventions spécifiques à une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production ("subventions spécifiques").

L'Accord établit deux catégories de subventions. La première catégorie prohibée est celle des subventions qui sont subordonnées aux résultats à l'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés[3]. Les affaires concernant les subventions prohibées font l'objet de procédures spéciales de règlement des différends, qui comprennent une procédure accélérée devant l'Organe de règlement des différends et l'application de la règle selon laquelle, s'il est déterminé que la subvention est réellement "prohibée", elle doit être immédiatement retirée. Si la subvention n'est pas retirée dans le délai spécifié, le membre plaignant est autorisé à prendre des contre-mesures.

La deuxième catégorie est celle des subventions "pouvant donner lieu à une action". L'Accord dispose qu'aucun membre ne doit accorder de subvention qui cause des effets défavorables pour les intérêts d'un autre membre (intérêts de la branche nationale de production ou autres intérêts). Les questions relatives aux subventions pouvant donner lieu à une action peuvent être portées devant l'Organe de règlement des différends. S'il est déterminé que la subvention a causé des effets défavorables, le Membre qui accorde la subvention doit prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou retirer la subvention. S'il ne donne pas suite dans les délais impartis, le pays affecté peut appliquer des contre-mesures.

La question du secteur agricole fait l'objet d'un traitement séparé, conformément à l'Accord sur l'agriculture. L'Accord prévoit la réduction au cours de la période 1995-2000 (1995-2004 pour les pays en développement), du soutien interne ayant un effet de distorsion, à l'exclusion toutefois de certaines mesures de soutien, les mesures dites de la "boîte bleue" (versements au titre de programmes de limitation de la production) et les versements au titre de la "boîte verte" (mesures de soutien interne qui n'ont que peu ou pas d'impact sur les échanges). En outre, l'Accord sur l'agriculture autorise le recours aux subventions à l'exportation, bien que la durée des subventions ait également été réduite à six et dix ans pour les pays développés et les pays en développement respectivement (aucune réduction n'étant appliquée aux pays les moins avancés). Cependant, faisant fond sur les travaux déjà accomplis au début de l'année 2000 au titre de l'Article 20 de l'Accord sur l'agriculture, les membres se sont engagés à Doha à opérer des réductions substantielles du soutien interne ayant des effets de distorsion des échanges et des subventions à l'exportation, en vue du retrait progressif de ces dernières.

Une partie de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires concerne l'application de mesures compensatoires aux produits importés subventionnés. L'Accord précise les disciplines concernant l'engagement des procédures en matière de droits compensateurs, les enquêtes menées par les autorités nationales et les règles relatives aux éléments de preuves, afin d'assurer que toutes les parties intéressées puissent présenter des renseignements et des arguments. L'Accord contient certaines règles relatives au calcul du montant de la subvention, qui servent de base à la détermination du dommage subi par la branche de production nationale.

L'Accord dispose que tous les facteurs économiques pertinents doivent être pris en compte dans l'évaluation de la situation de l'industrie nationale et qu'un lien causal doit être établi entre les importations subventionnées et le dommage allégué. Les enquêtes relatives aux mesures compensatoires prennent fin immédiatement lorsque le montant de la subvention est *de minimis* (la subvention est inférieure à 1 % *ad valorem*) ou lorsque le volume des importations subventionnées, effectives ou potentielles, ou le dommage, est négligeable. Sauf circonstances spéciales, les enquêtes doivent être terminées dans un délai d'un an, et en tout état de cause dans un délai ne devant pas dépasser dix-huit mois après leur ouverture. Tout droit compensateur doit être supprimé cinq ans au plus tard à compter de la date à laquelle il a été imposé, à moins que les autorités ne déterminent, au cours d'un réexamen, qu'il est probable que le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront si le droit est supprimé.

Les dispositions des Accords commerciaux régionaux

Mesures de sauvegarde

Pour ce qui est des mesures de sauvegarde, un certain nombre d'ACR vont plus loin que les mesures de l'OMC, soit qu'ils éliminent la possibilité de recourir à ces mesures, soit qu'ils appliquent des règles de l'OMC renforcées afin de réduire au minimum la possibilité de les appliquer d'une manière protectionniste.[4]

L'Union européenne offre un cas unique en ce que, bien que l'application des mesures de sauvegarde prévues à l'Article XIX du GATT soit interdite dans les échanges communautaires, un mécanisme de transfert a été mis en place, en application de l'Article 158 du Traité de la CE qui vise "à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et les retards des régions où il est moins favorisé, y compris les zones rurales". Plus précisément, des fonds structurels (Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, Fonds social européen, Fonds européen de développement) ont été mis en place dans le Marché commun, complétés par la Banque européenne d'investissement.

De même que dans l'Union européenne, les mesures de sauvegarde ont également été éliminées pour les échanges internes dans le cadre du partenariat économique entre la Nouvelle-Zélande et Singapour et dans le MERCOSUR. Cela est également vrai de l'ANZCERTA, dont l'Article 17 pose que les mesures de sauvegarde ne peuvent être appliquées que pendant la période de transition, période pendant laquelle les mesures suivantes restent en vigueur sur le territoire de l'un ou l'autre membre : i) les droits de douanes ; ii) les restrictions quantitatives à l'importation ou les contingents tarifaires ; iii) les incitations à l'exportation basées sur la performance dont la liste figure à l'Annexe D de l'Accord ; ou iv) les mesures de stabilisation du soutien qui freinent le développement des possibilités d'échange équitable entre les États membres.

Dans le cas de l'Accord de libre-échange entre le Mexique et les États-Unis, les mesures de sauvegarde n'ont pas été éliminées dans les échanges internes, mais les dispositions ont été renforcées et vont plus loin que celles des Accords de l'OMC. La durée autorisée d'application de la mesure est ramenée de quatre à un an, et dans des circonstances exceptionnelles, de huit à trois ans. En outre, un membre qui a l'intention de prendre une mesure de sauvegarde doit, avant l'adoption de la mesure, offrir une compensation à l'autre membre. La Clause de pénurie (Article 16) constitue un élément intéressant de cet accord. Selon cette clause, un membre peut adopter des restrictions à l'exportation ou instituer des droits de douanes à l'exportation en cas de pénurie critique.

Les mesures de sauvegarde ont également été renforcées en Amérique du Nord. Dans l'Article 1102 de leur Accord de libre-échange (CUSFA), le Canada et les États-Unis sont convenus de ne pas s'appliquer l'un à l'autre les mesures de sauvegarde globales prévues à l'Article XIX du GATT, à moins que les importations de l'autre partie soient substantielles ou contribuent sensiblement au dommage grave, ou à la menace de dommage grave, causé(e) par l'augmentation des importations.

Les règles de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALECEU) relatives aux mesures de sauvegarde d'urgence ont été reprises pour l'essentiel dans l'Accord ALENA. L'Article 802 de cet Accord prévoit l'exclusion des marchandises d'un membre du champ d'application des mesures de sauvegarde globales de l'autre membre, à moins que les importations en provenance de ce membre : i) ne représentent une part substantielle des importations totales (ce membre doit normalement être l'un des cinq premiers fournisseurs, en termes de parts des importations totales, au cours de la période de trois ans la plus récente) ; ii) ne contribuent sensiblement au dommage grave ou à la menace de dommage grave[5]. En outre, un membre n'est

autorisé à prendre des mesures d'urgence bilatérales après l'expiration de la période de transition qu'avec le consentement d'un autre membre et en s'acquittant d'une compensation convenue d'un commun accord (Article 801). Les membres peuvent également appliquer les mesures de sauvegarde sous la forme d'un contingent tarifaire applicable aux produits agricoles (le droit de douane hors contingent ne doit cependant pas être supérieur au taux NPF) et, uniquement pendant la période de transition, une mesure de sauvegarde spéciale pour les textiles et pour les vêtements.

Les mesures de sauvegarde des Accords de libre-échange entre le Canada et le Chili et entre le Canada et le Costa Rica s'inspirent de celles de l'ALENA. Selon ces deux accords, les membres ne peuvent appliquer de mesures de sauvegarde à la fin de la période de transition qu'avec l'accord des autres membres et en s'acquittant d'une compensation convenue. Les accords contiennent également des mesures de sauvegarde spéciales pour les textiles et les vêtements semblables à celles de l'ALENA et, dans le cas de l'ALE Canada-Costa Rica, les membres peuvent également appliquer des sauvegardes spéciales dans le secteur agricole pendant la période de retrait progressif.

D'autres ACR contiennent des dispositions moins strictes que celles des Accords de l'OMC dans ce domaine, ce qui conduit à s'interroger sur les conditions dans lesquelles les pays participants peuvent appliquer des mesures de sauvegarde. C'est le cas notamment de l'Accord EEE et de l'Accord AELE, où ces conditions sont définies aux Articles 112 à 114 (Accord EEE) et aux Articles 40 et 41 de l'Accord AELE.

En effet, il n'est pas fait mention dans ces articles du critère de "dommage grave". Les accords se bornent à énoncer qu'une partie peut prendre des mesures de sauvegarde "en cas de difficultés sérieuses d'ordre économique, sociétal ou environnemental, de nature sectorielle ou régionale, susceptibles de persister". De la même façon, il n'est pas fait mention des mesures spécifiques qui ne devraient pas être prises (c'est-à-dire les mesures de la zone grise) ni de la durée de l'application de la mesure ("ces mesures de sauvegarde sont limitées, dans leur champ d'application et leur durée, à ce qui est strictement indispensable pour remédier à la situation"). Dans le cas de l'Accord AELE, il n'est pas fait mention de mesures de compensation ou de rééquilibrage pour alléger les déséquilibres potentiels.[6]

Les membres de l'Accord centre-européen de libre-échange ont adopté une approche similaire. L'Accord ne mentionne ni la durée d'application de la mesure, ni compensations, ni mesures de rééquilibrage.[7] En outre, l'Accord ALEEC adopte une approche intéressante en ce qui concerne les dispositions relatives à l'application des mesures de sauvegarde (Article 31), qui font référence à plusieurs mesures, et notamment aux mesures classiques à l'encontre d'une poussée soudaine des importations, mais également les mesures prises à l'encontre des entreprises, des aides de l'état, en cas de *dumping* et de pénurie – toutes apparemment traitées de la même façon. Une autre disposition intéressante de l'ALEEC en matière de sauvegarde est l'article relatif à "l'ajustement structurel" (Article 28). Au cours de la période de transition, les membres sont autorisés à prendre des mesures exceptionnelles (sous la forme d'une augmentation des droits de douane) afin de protéger les industries naissantes ou encore certains secteurs qui se trouvent confrontés à de graves difficultés ou bien sont en cours de restructuration.[8]

D'autres ACR prévoient l'utilisation de mesures de sauvegarde conformément aux disciplines de l'OMC. On trouve un exemple récent de cette approche dans l'Accord de partenariat économique entre le Japon et Singapour (JSEPA). Le JSEPA souligne l'application non discriminatoire des mesures de sauvegarde prévues à l'Article 2.2 de l'Accord de l'OMC sur les sauvegardes et n'exclut pas les Parties de l'application de ces mesures. Le JSEPA prévoit aussi des mesures d'urgence bilatérales provisoires en vue de faciliter le processus de libéralisation.

Mesures antidumping et droits compensateurs

La plupart des ACR autorisent l'application de mesures *antidumping* et de droits compensateurs, conformément aux règles de l'OMC. C'est le cas, notamment, du JSEPA, qui maintient les disciplines de l'OMC en ce qui concerne ces deux types de mesures. En revanche, quelques accords ont tenté d'aller au-delà des règles des Accords de l'OMC dans ces domaines, en éliminant la possibilité d'appliquer ces mesures dans les relations entre pays participants.

C'est le cas notamment dans l'Union européenne. L'intégration très poussée des marchés et l'adoption de politiques de concurrence communes (voir le chapitre sur la politique de la concurrence) signalait la reconnaissance explicite du fait que les droits *antidumping* et les droits compensateurs n'avaient pas leur place dans un marché commun, et par conséquent ne pouvaient être appliqués entre les membres (l'Article 91 du Traité instituant la Communauté européenne n'autorise l'imposition de droits *antidumping* que pendant la période de transition). Une approche similaire a été adoptée lors de la création de l'EEE puis dans l'Accord modifiant la Convention de l'AELE en 2001. L'Article 26 et le nouvel Article 36 éliminent la possibilité d'utiliser ces mesures, respectivement. Il convient cependant de noter que les membres de l'EEE conservent le droit d'appliquer ces mesures pour les produits agricoles – définis comme les produits relevant des Chapitres 1 à 25 du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises – dans la mesure où ces produits sont complètement exclus de l'Accord.

Dans le cas de l'ANZCERTA, un Protocole sur l'accélération du libre-échange des marchandises a été ajouté en appendice à l'accord en 1988. Selon le Préambule de ce Protocole : " … le maintien de dispositions *antidumping* en ce qui concerne les marchandises originaires d'autres États membres cesse d'être approprié au fur et à mesure que les États membres progressent vers le libre-échange de marchandises". L'Article 4 de l'ANZCERTA a été modifié afin d'éliminer la possibilité pour les membres du bloc de faire usage des mesures *antidumping* dans leurs relations commerciales. Toutefois, un examen plus détaillé de l'ANZCERTA révèle que ces deux pays n'ont pas entièrement reproduit les dispositions de l'Union européenne. En effet, les deux membres peuvent toujours s'appliquer l'un à l'autre des droits compensateurs, conformément aux dispositions du GATT, encore que cela ne soit jamais arrivé depuis l'entrée en vigueur de l'ANZCERTA.

L'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili est intéressant en ce qu'il va au-delà des dispositions de l'ALENA et élimine la possibilité d'appliquer des droits *antidumping* à un autre membre. L'élimination est liée à l'abolition des droits de douanes : les mesures *antidumping* concernant des produits spécifiques cessent d'être applicables dans les échanges internes des parties à l'accord le jour où les droits de douane prélevés sur ce produit sont éliminés (produit défini au niveau des rubriques à 8 chiffres). Cette période ne peut en aucun cas être prorogée au-delà du 1er janvier 2003.

De même que dans l'ANZCERTA, l'élimination des mesures *antidumping* ne s'étend pas aux droits compensateurs. Toutefois, il est prévu que cette exclusion soit temporaire, l'Article M-05 de l'accord disposant que les membres peuvent obtenir des consultations afin d'éliminer l'imposition de droits compensateurs entre eux. Il en va de même dans le MERCOSUR où, bien que l'utilisation des droits *antidumping* et des droits compensateurs reste possible dans les échanges internes, il est envisagé que ces mesures soient graduellement éliminées parallèlement avec les progrès réalisés dans l'harmonisation de la politique de la concurrence (Décision 28/00).

Le CEP n'élimine pas la possibilité d'appliquer des mesures *antidumping* dans les échanges intra-bloc mais va cependant au-delà des dispositions de l'OMC dans ce domaine en renforçant les dispositions de l'Accord antidumping. En effet, la marge *de minimis* est portée de 2 à 5 % et la marge

des importations faisant l'objet d'un *dumping* normalement considérée comme négligeable est portée de 3 à 5 %. L'accord prévoit également que les révisions et réévaluations des droits *antidumping* seront effectuées après trois ans, au lieu de cinq.

Subventions

Plusieurs ACR ont adopté des règles plus strictes que celles des Accords de l'OMC dans le domaine des aides de l'État. Dans l'Union européenne et dans l'Espace économique européen, les aides de l'État affectant les flux commerciaux sont interdites entre membres, bien que les subventions à caractère général (aides à caractère social, aides versées en cas de dommage causé par une catastrophe naturelle, etc.) soient en principe autorisées, de même que l'aide aux régions défavorisées (Articles 87 à 89 et 61 à 63, respectivement). L'ALEEC a adopté une approche similaire en éliminant toutes les subventions affectant les flux commerciaux, dans les échanges internes. Toutefois, tant dans l'EEE que dans l'ALEEC, les subventions peuvent être utilisées conformément aux règles de l'OMC applicables aux produits agricoles, qui ont été exclus de l'accord et de l'article pertinent (Article 23), respectivement.

En matière de subventions, l'ANZCERTA applique des disciplines plus strictes que celles des Accords de l'OMC. Toutes les subventions à l'exportation ont été éliminées dans les échanges internes en 1987. En ce qui concerne le soutien interne, à la suite de la première révision quinquennale de l'ANZCERTA de 1988, les deux membres ont signé un procès-verbal approuvé sur l'aide à l'industrie, par lequel ils convenaient de ne pas verser (à compter de juillet 1990) des subventions à la production ou de ne pas appliquer des mesures similaires aux marchandises exportées à destination de l'autre membre et se sont engagés à s'efforcer d'éviter l'adoption de mesures applicables à une branche spécifique (primes, subventions et autres soutiens financiers) qui ont des effets défavorables sur la concurrence au sein de la zone de libre-échange. A la suite de la deuxième révision quinquennale de l'ANZCERTA de 1992, ces dispositions ont été renforcées par la conclusion d'un accord selon lequel chaque membre s'engage à dûment prendre en considération les observations présentées par l'autre membre sur les effets que des aides non financières apportées à une branche de production spécifique, pourraient avoir sur la concurrence au sein de la zone de libre-échange. Ces mesures ont largement contribué à éliminer toutes les formes de distorsion des échanges liées aux subventions, ce qui est un résultat unique.

De même que l'ANZCERTA, le CEP interdit également toute forme de subventions à l'exportation de marchandises dans les échanges internes, y compris pour les produits agricoles. En outre, dans le cas où une subvention nationale versée par un membre cause un préjudice grave aux intérêts commerciaux de l'autre membre, des consultations peuvent être tenues afin de limiter le subventionnement.

En matière de subventions, les disciplines de l'ALENA sont identiques à celles des Accords de l'OMC[9], à l'exception des subventions à l'exportation dans le secteur agricole. Certes, les subventions à l'exportation de produits agricoles sont interdites dans les relations entre le Canada et les États-Unis par l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (cette disposition est incorporée à l'Annexe 702.1 de l'ALENA). Pour ce qui est des échanges trilatéraux, l'Article 705 de l'ALENA affirme qu'il est inopportun pour une partie de verser une subvention à l'exportation d'un produit agricole vers le territoire d'une autre partie lorsqu'il n'y a pas d'autres importations subventionnées de ce produit. En outre, un membre peut adopter ou maintenir une subvention à l'exportation d'un produit agricole vers le territoire d'un autre membre en cas d'accord exprès avec le pays importateur.

L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis semble avoir influencé les autres ACR conclus dans la région. En effet, l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili élimine la

possibilité de recourir aux subventions à l'exportation dans le secteur agricole. L'Article C-14 de l'accord dispose qu'aucun membre ne sera autorisé à maintenir les subventions à l'exportation dans les échanges internes après le 1er janvier 2003. Cela est vrai également en ce qui concerne l'accord de libre-échange entre le Canada et le Costa Rica qui comporte des dispositions éliminant les subventions à l'exportation pour les produits agricoles à compter de la date d'entrée en vigueur de l'accord.

Travaux en cours

Compte tenu de leur importance, il nous a paru utile d'inclure dans la discussion certains accords en cours de préparation. L'APEC a établi un grand nombre d'organes qui sont chargés d'explorer les possibilités de mener des "actions collectives" dans des domaines qui sont pertinents pour la poursuite et le maintien des objectifs du libre-échange. Un de ces sujets est la politique de la concurrence. Les travaux dans ce domaine sont centrés sur la collecte et le partage d'informations et la fourniture d'assistance technique (voir le chapitre sur la politique de la concurrence). Les implications de la mise en place d'un cadre concurrentiel dans les différents secteurs réglementaires est l'une des dimensions du programme de travail sur la politique de la concurrence, dont les mesures de défense commerciale sont un élément.

Dans le contexte de l'ALEA, un groupe de travail sur les subventions, les droits *antidumping* et les droits compensateurs a été créé. Ce groupe s'est engagé dans un processus de collecte de renseignements et d'échanges de vues, et examine actuellement un projet d'accord dans l'objectif de conclure des négociations en 2005 au plus tard. Au terme de son mandat, le groupe s'est engagé à dégager une position commune, en vue d'améliorer le fonctionnement de la défense commerciale, "pour ne pas créer d'obstacles injustifiés aux échanges dans l'Hémisphère".

NOTES

1. La “défense commerciale” désigne ici les mesures prises par les gouvernements pour contrecarrer les effets préjudiciables des importations pour les producteurs nationaux, y compris lorsque ce préjudice est imputable à des pratiques telles que le *dumping* ou les subventions.

2. Voir Hoeckman (1998), et Tavares *et al,.* (2001).

3. Reconnaissant que les subventions peuvent jouer un rôle important pour le développement économique des pays en développement, l’Accord exempte certains membres en développement de cette interdiction, et fixe des délais pour la suppression progressive des subventions à l’exportation.

4. La question de savoir s’il est fondé d’exempter les membres d’ACR de l’application des mesures de sauvegarde est à l’étude au Comité des accords commerciaux régionaux de l’OMC dans le cadre de plusieurs affaires de règlements de différends.

5. Dans l’affaire *Gluten de blé* [Enquête No. TA-201-67 (Publication 3088 ; mars 1998)], par exemple, la Commission du commerce international des États-Unis, en excluant le Canada, a déterminé que si le Canada représentait une part substantielle des importations, les importations en provenance du Canada ne contribuaient pas de façon importante aux dommages causés par les importations.

6. Les membres de l’AELE conservent le droit de prendre des mesures de sauvegarde spéciales pour les produits agricoles, conformément aux dispositions du GATT.

7. L’accord contient également des dispositions relatives aux mesures de sauvegarde spécifiques pour les produits agricoles, qui peuvent être appliquées après consultation entre les membres.

8. Une approche analogue a aussi été adoptée dans le contexte des Accords européens entre l’UE et les pays d’Europe centrale et orientale. De fait, ces accords contiennent les mêmes dispositions, à la seule différence qu’elles sont unilatérales tandis que celles contenues dans l’ALEEC sont valables pour tous les membres en raison de leur niveau analogue de développement économique.

9. Il convient de relever que les dérogations relatives aux droits perçus sur les pièces détachées et composants importés en vue d’une exportation, qui sont exemptés des restrictions imposées par l’Accord de l’OMC sur les subventions et les droits compensateurs, ne s’imposent qu’aux échanges à l’intérieur de la zone de l’ALENA. Toutefois, ces restrictions s’appliquent aux produits importés non originaires d’un pays de l’ALENA (ou aux pays se substituant à des produits identiques ou similaires) qui sont utilisés dans la production d’un autre produit exporté à destination d’un pays de l’ALENA, mais ne s’appliquent pas aux produits originaires d’un pays de l’ALENA.

RÉFÉRENCES

Hoekman, B. (1998), *"Free Trade and Deep Integration: Antidumping and Antitrust in Regional Agreements"* Banque Mondiale, Washington, D.C.

Tavares *et al*. (2001), *"Antidumping in the Americas",* OAS.

Chapitre 9

ENVIRONNEMENT

par

Ronald Steenblik et Cristina Tébar Less

Résumé : Ce chapitre donne un aperçu général de la façon dont les considérations relatives à l'environnement sont abordées dans les accords et partenariats commerciaux régionaux (ACR) et fait ressortir les similitudes et les différences entre ces accords et les dispositions correspondantes des accords de l'OMC. Il montre que les dispositions des ACR concernant l'environnement reflètent dans une large mesure l'optique adoptée dans les accords de l'OMC. Par exemple, le préambule de nombreux ACR reconnaît la nécessité de protéger l'environnement et d'atteindre les objectifs de développement durable. L'une des principales différences entre les accords de l'OMC et certains ACR est la structure institutionnelle. Alors que les dispositions de l'OMC relatives aux mesures environnementales sont intégrées dans les divers accords et traitées par les Comités, dans un certain nombre d'ACR, l'environnement fait aussi l'objet d'accords distincts sur la coopération dans ce domaine. Par ailleurs, plusieurs ACR qui ne contenaient pas, au départ, de dispositions spécifiques sur l'environnement, ont, depuis, créé des protocoles ou instruments distincts pour traiter de l'environnement en général ou de problèmes particuliers d'environnement. Le degré d'harmonisation tenté dans le domaine des normes et réglementations environnementales varie généralement en fonction de la question de savoir si les membres du groupement régional visent l'intégration économique ou simplement la facilitation des échanges. Dans trois domaines, quelques ACR vont au-delà du système commercial multilatéral en ce sens qu'ils contiennent des dispositions empêchant l'assouplissement des lois environnementales nationales et de l'application de ces lois, qu'ils définissent la relation entre les accords multilatéraux sur l'environnement et l'ACR et qu'ils exigent que chaque Partie établisse (et rendent public) périodiquement un rapport sur l'état de son environnement.

Principaux points

Cette section passe en revue la façon dont les considérations relatives à l'environnement sont prises en compte dans les accords et partenariats commerciaux régionaux (ACR) et souligne les similitudes et les différences que l'on relève dans ces accords et dans les dispositions correspondantes des accords de l'OMC. Pour les besoins présents, elle s'intéressera non seulement aux dispositions relatives à la protection des ressources naturelles, mais aussi à celles qui concernent la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ainsi qu'à celles qui concernent la promotion du développement durable.

Le système commercial multilatéral reconnaît que la protection de la santé des personnes et du milieu naturel est un objectif légitime de la politique des pouvoirs publics depuis la signature en 1947 du traité initial instituant le GATT, même si le mot “environnement” n'apparaît jamais en toutes lettres dans le texte de l'Accord.[1] Le rapport entre politique commerciale et politique environnementale est devenu beaucoup plus explicite dans le Cycle d'Uruguay, ainsi qu'en témoigne le préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et les divers accords distincts. En général, les mesures liées à la protection de l'environnement sont considérées comme compatibles avec les disciplines générales du système commercial multilatéral.

Les dispositions des ACR relatives à l'environnement reprennent en grande partie l'approche adoptée dans les accords de l'OMC. Dans beaucoup d'entre eux, le préambule reconnaît la nécessité de protéger l'environnement et d'atteindre les objectifs du développement durable. Bon nombre contiennent des clauses d'exceptions générales similaires à celles que contient l'Article XX du GATT et la tendance est d’inclure des dispositions (souvent empruntées à d'autres ACR) affirmant que les mesures mentionnées à l'Article XX(b) du GATT de 1994 comprennent les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux.

Une des principales différences entre la façon dont l'environnement est traité dans les accords de l'OMC et dans certains ACR et organisations de coopération régionales est la structure institutionnelle. Alors qu'à l'OMC, les dispositions relatives aux mesures environnementales sont intégrées dans les divers accords et abordées dans les comités, dans plusieurs ACR, l'environnement fait aussi l'objet d'accords distincts sur la coopération environnementale. Plusieurs ACR qui, initialement, ne contenaient pas de clauses spécifiques sur l'environnement ont, depuis lors, créé des protocoles ou des instruments distincts pour s'occuper de l'environnement d'une manière générale, ou de problèmes environnementaux spécifiques. C'est le cas du MERCOSUR (Mercado Comùn del Sur), par exemple, pour lequel un protocole sur l'environnement est en cours de préparation.

S'il devient plus courant d'inclure des accords secondaires portant sur les problèmes environnementaux, on peut toutefois observer de fortes divergences entre ACR au niveau des institutions créées pour administrer leurs accords de coopération environnementale. L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACE – accord secondaire de l'ALENA), qui a joué le rôle de pionnier, dispose d'un Secrétariat qui lui est propre et a pour mandat de collecter des données à l'appui des allégations de négligences dans l'application des dispositions relatives à l'environnement[2]. Plus courants sont les nombreux accords de coopération dans le domaine

de l'environnement associés à des ACR qui ont été créés pour faciliter les échanges d'informations et la coopération technique sur les questions liées à l'environnement. L'accord de coopération environnementale entre le Canada et le Costa Rica et les divers “accords de partenariat” signés entre les pays de l'UE et les pays méditerranéens non membres de l'UE en constituent de bons exemples. De fait, la coopération technique dans le domaine de l'environnement – et, en particulier, le renforcement des capacités – apparaît comme un des domaines dans lesquels les ACR sont allés plus loin que les accords de l'OMC. En général, on crée des groupes de travail ou des comités bilatéraux ou multilatéraux pour administrer les accords de cet ordre, plutôt que d'instaurer de véritables secrétariats.

La structure institutionnelle des ACR conclus dans le domaine de l'environnement exprime naturellement leurs aspirations fondamentales, en particulier en ce qui concerne l'amélioration du niveau et l'application des réglementations relatives à l'environnement. Le degré d'harmonisation souhaité dans le domaine des normes et des réglementations environnementales tend à varier selon que les membres du groupe régional visent l'intégration économique ou simplement la facilitation des échanges. L'UE, qui est l'ACR économiquement le plus intégré, s'est mise progressivement à harmoniser les normes et à fixer des normes contraignantes pour tous ses États membres. D'autres organisations régionales, comme le Forum de coopération Asie Pacifique (APEC) et la Communauté du développement de l'Afrique australe (SADC), ont mis en place des programmes de collaboration dans des domaines spécifiques, comme la gestion de l'environnement et des ressources naturelles.

Un objectif important de bon nombre d'accords de coopération dans le domaine de l'environnement associés à des accords de libre-échange, en particulier ceux qui impliquent des pays membres de l'OCDE, est d'éviter un relâchement de la législation nationale en matière d'environnement et de veiller à sa mise en application, en particulier pour attirer des courants d'échanges ou d'investissements. Ces objectifs, de même qu'aider à préserver la qualité de l'environnement, pourraient aussi servir à réduire le risque que des distorsions des échanges ou de l'investissement ne résultent de l'abaissement par un pays de ses normes d'environnement. A ce propos, le libellé de l'Article 3 de l'accord de coopération dans le domaine de l'environnement entre le Canada et le Chili (ACECC) est typique : “chacune des Parties fera en sorte que ses lois et réglementations garantissent des niveaux élevés de protection environnementale et s'efforcera constamment de continuer d'améliorer lesdites lois et réglementations.” L'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie demeure exceptionnel, car le texte par lequel il met en garde les Parties contre tout assouplissement des lois nationales relatives à l'environnement (qui figure dans l'Accord de libre-échange lui-même et non dans un accord secondaire) reconnaît expressément ces pratiques comme constituant un moyen inapproprié d'encourager les *échanges*. Dans l'ALENA et l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili (ALECC), au contraire, les Parties reconnaissent qu'il est inapproprié d'utiliser ce moyen pour encourager *l'investissement*.

Dans deux autres domaines, quelques accords commerciaux régionaux sont allés plus loin que le système commercial multilatéral en ce sens qu'ils comprennent des dispositions qui ne figurent pas dans les accords de l'OMC en définissant le rapport entre les accords environnementaux multilatéraux et l'accord commercial régional et en demandant à chaque Partie d'établir périodiquement (et de publier) un rapport sur l'état de son environnement. Plusieurs accords commerciaux régionaux contiennent des dispositions visant à faire en sorte qu'en cas de conflit (et sous réserve de certaines conditions), les obligations incombant aux Parties au titre de certains accords environnementaux multilatéraux l'emportent sur celles qui découlent de l'accord commercial régional. A cet égard, les dispositions d'accords précédents (l'ALENA, par exemple) peuvent avoir un effet de “cascade”, réapparaissant en termes plus ou moins similaires dans les accords bilatéraux entre une des parties à l'accord commercial régional et un pays tiers, comme cela semble avoir été le cas dans l'Accord de libre-échange entre le Chili et le Mexique. L'obligation d'établir des rapports sur l'état de

l'environnement (pour reprendre des termes identiques) a aussi été étendue à l'accord de coopération environnementale entre le Canada et le Chili après son inclusion initiale dans l'ANACE.[3]

Dispositions des accords de l'OMC

Les accords de l'OMC contiennent une multitude de dispositions concernant les mesures environnementales, même si elles ne font pas toujours expressément mention de l'environnement. Les plus fréquemment citées sont décrites dans les paragraphes qui suivent.

Objectifs généraux concernant l'environnement ou le développement durable

Le concept de développement durable joue un rôle de premier plan dans le préambule de l'Accord instituant l'OMC, où il est déclaré que l'OMC doit être orientée vers "le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique."[4] Dans le préambule de la déclaration ministérielle de Doha, les ministres des pays de l'OMC ont, notamment, réaffirmé avec force leur engagement en faveur de l'objectif du développement durable, en faisant valoir que "les objectifs consistant à maintenir et à préserver un système commercial multilatéral ouvert et non discriminatoire, et à oeuvrer en faveur de la protection de l'environnement et de la promotion du développement durable peuvent et doivent se renforcer mutuellement."

La protection de l'environnement fait aussi partie intégrante de l'*Accord sur l'agriculture*. Dans le préambule de cet accord, les membres reconnaissent que les engagements au titre du programme de réforme devraient tenir compte des considérations autres que d'ordre commercial, y compris la sécurité alimentaire et la nécessité de protéger l'environnement.[5]

Institutions s'occupant de l'environnement

La Décision sur le commerce et l'environnement adoptée à Marrakech en 1994 a porté création du Comité du commerce et de l'environnement au sein de l'OMC et préconisé un mandat et un programme de travail pour ce comité, ainsi qu'une nouvelle structure institutionnelle pour son exécution. En adoptant cette décision, les ministres ont estimé qu'il ne devait pas y avoir de contradiction de fond entre soutenir un système commercial multilatéral ouvert, non discriminatoire et équitable et prendre des dispositions en vue de protéger l'environnement et de promouvoir un développement durable. Ils ont aussi exprimé leur désir de coordonner l'action gouvernementale dans le domaine du commerce et de l'environnement sans sortir du cadre de compétence du système commercial multilatéral, qui est limité aux politiques commerciales et aux aspects liés au commerce des politiques environnementales qui peuvent avoir d'importantes retombées commerciales pour les membres de l'OMC. Le Comité du commerce et de l'environnement offre aux membres une tribune importante où discuter des problèmes qui se situent à l'interface entre le commerce et l'environnement.[6] Une Décision distincte sur le commerce des services et l'environnement engage de la même façon le Comité du commerce et de l'environnement à examiner les questions d'environnement liées au commerce des services.

D'autres comités s'occupent aussi de questions en rapport avec certains aspects de l'environnement. Le Comité des obstacles techniques au commerce, par exemple, reçoit des notifications sur toutes sortes de mesures environnementales liées à des questions telles que les

combustibles, les économies d'énergie, les organismes génétiquement modifiés, l'agriculture biologique, les pesticides, les engrais, les déchets, les écotaxes, les substances menaçant la couche d'ozone et les matières dangereuses. Par sa procédure officielle de questions et de réponses, les membres peuvent solliciter des informations autres que celles qui sont fournies dans les notifications. Le Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires remplit un rôle similaire au sujet, par exemple, des mesures appliquées pour éviter ou limiter la survenue de dommages, sur le territoire du membre, résultant de l'entrée, de l'établissement ou de la diffusion de parasites.

Exceptions générales concernant la protection de l'environnement ou la conservation des ressources naturelles

L'Article XX du GATT confère aux membres la faculté de déroger légitimement aux règles de l'OMC en cas de mesures qui, autrement, seraient incompatibles avec leurs obligations :

> "... rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures :
>
> (b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;
>
> (d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'Article II et à l'Article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur ;
>
> (g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ; …".

Cependant, les mesures de protection de l'environnement ne doivent pas constituer un obstacle au commerce légitime, ni dissimuler des intentions protectionnistes. C'est pourquoi, le "chapeau" de l'Article XX dispose que ces mesures ne sont pas appliquées "… de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international …. La compatibilité des réglementations environnementales nationales et régionales avec les conditions fixées par l'Article XX a fait l'objet de plusieurs différends importants dans le cadre du GATT et de l'OMC.[7]

Expliquant son raisonnement touchant la première affaire relative à l'environnement qui lui était soumise dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel de l'OMC a déclaré : "Les membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour déterminer leurs propres politiques d'environnement (et notamment son rapport avec le commerce), leurs objectifs dans le domaine de l'environnement et la législation relative à l'environnement qu'ils adoptent et appliquent. En ce qui concerne l'OMC, cette autonomie n'est limitée que par la nécessité de respecter les dispositions de l'Accord général et des autres accords visés." [8]

L'Organe d'appel a aussi fait remarquer que l'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'Article XX (g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement. L'Article XX n'a pas été modifié pendant le Cycle d'Uruguay, mais le préambule de l'Accord sur l'OMC montre que les signataires de cet accord

étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale.[9]

L'Article XIV de l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS) dont le libellé est moins détaillé, stipule que "sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout membre de mesures : (…) (b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes ou à la préservation des végétaux ; (…)." On retrouve un libellé semblable dans l'Article XXIII de l'Accord sur les marchés publics, accord plurilatéral annexé à l'Accord final sur l'OMC.

L'Article 27:2 de l'Accord sur les *Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord ADPIC) dispose que "les membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation". L'Article 27:3(b) autorise les membres à exclure de la brevetabilité "les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques."

Normes et réglementations

Les disciplines visées dans l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* ("l'Accord OTC"), qui concerne les règlements techniques ayant force obligatoire, les normes volontaires et les procédures d'évaluation de la conformité, intéressent la plupart des mesures environnementales. Dans son préambule, l'Accord OTC reconnaît que rien ne saurait empêcher un pays de prendre "les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement … aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international …".

Bon nombre de mesures visées par l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* ("l'Accord SPS"), telles que celles qui réglementent les limites maximums de résidus de pesticides dans les denrées alimentaires ou celles qui ont trait aux espèces envahissantes et à la protection de la santé de la faune et de la flore sauvages, sont étroitement associées à la politique d'environnement. L'Accord SPS énonce des disciplines spécifiques pour ces mesures et précise notamment qu'une mesure n'est appliquée "que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux", qu'elle est fondée sur "des principes scientifiques" et qu'elle n'est pas "maintenue sans preuves scientifiques suffisantes" (Article 2.2), qu'elle n'établit pas "de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les membres" et qu'elle ne sera pas appliquée "de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international." (Article 2.3).

Rapport avec les instruments internationaux relatifs à l'environnement

Les accords de l'OMC ne contiennent aucune référence expresse aux accords environnementaux multilatéraux (AEM) ni aux autres instruments internationaux relatifs à l'environnement. La Décision sur le commerce et l'environnement renvoie toutefois à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le

développement et à l'Action 21.[10] Le rapport entre les règles du système commercial multilatéral et les mesures commerciales prévues dans les AEM fait partie du programme de travail ordinaire du Comité du commerce et de l'environnement. Le rapport entre les règles actuelles de l'OMC et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les AEM a été inclus dans le Programme de Doha pour le développement parmi les questions à négocier dans le domaine du commerce et de l'environnement.[11]

Dans l'affaire *États-Unis-Crevettes*, l'Organe d'appel a cité, notamment, le rapport du Comité du commerce et de l'environnement faisant partie du rapport du conseil général soumis aux ministres à l'occasion de la Conférence ministérielle de Singapour de 1996, dans lequel les membres de l'OMC ont approuvé et appuyé " … les solutions multilatérales fondées sur la coopération internationale et le consensus comme étant le moyen le plus efficace pour les gouvernements de s'attaquer aux problèmes environnementaux de caractère transfrontière ou mondial. Les accords de l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux traduisent les efforts déployés par la communauté internationale pour réaliser des objectifs communs et il faut tenir dûment compte des uns et des autres en établissant entre eux des relations qui s'étayent mutuellement."[12]

Subventions

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC) stipulait initialement que certaines subventions sont prohibées (Articles 3 et 4), que d'autres peuvent donner lieu à une action (Articles 5 à 7) et qu'une dernière catégorie de subventions ne donne pas lieu à une action (Articles 8 et 9).[13] La question des subventions à l'environnement a été examinée par le groupe de négociation sur les subventions et les mesures compensatoires pendant le Cycle d'Uruguay. Il a été convenu que les subventions à l'environnement seraient classées dans les subventions ne donnant pas lieu à une action, avec les subventions aux activités de recherche et aux régions défavorisées.[14]

Cette situation a été maintenue pendant une période de cinq ans (jusqu'à la fin de 1999) et n'a pas été prorogée.[15] Conformément aux dispositions de l'Article 31 de l'Accord SMC, le Comité des subventions et des mesures compensatoires a été autorisé à prolonger ou à modifier les dispositions de l'Article 8.2. L'accord ne s'est pas fait sur la prolongation ou non de ces dispositions, mais elles ont fini par devenir caduques, le Comité n'ayant pu parvenir à un consensus.[16] A la Conférence ministérielle tenue par l'OMC à Doha (Qatar) en novembre 2001, il a été convenu d'engager des négociations visant à clarifier et à améliorer les disciplines relatives aux subventions et mesures compensatoires ; entre autres tâches, les participants à ces négociations "viseront...à clarifier et à améliorer les disciplines de l'OMC concernant les subventions aux pêcheries, en tenant compte de l'importance de ce secteur pour les pays en développement" (paragraphe 28)[17]

L'Annexe 2 de l'Accord sur l'agriculture[18], qui énumère les différentes catégories de subventions exemptées d'engagements de réduction, énonce plusieurs catégories différentes de mesures qui concernent l'environnement. Sous réserve de satisfaire aux critères de base prévus pour ces exemptions, les membres sont autorisés à demander à être exemptés des engagements de réduction au titre des dépenses (ou des recettes publiques sacrifiées) en rapport avec des programmes qui fournissent des services ou des avantages à l'agriculture ou à la communauté rurale. Ceux-ci comprennent la recherche liée aux programmes de protection de l'environnement, les services d'infrastructure liés à ces programmes et les paiements effectués dans leur cadre.

Coopération technique dans le domaine de l'environnement

Les accords de l'OMC ne contiennent pas de dispositions spécifiques sur la coopération technique dans le domaine du commerce et de l'environnement. Au paragraphe 33 du Programme de Doha pour le développement, les ministres ont toutefois reconnu l'importance de la fourniture d'une assistance

technique aux pays en développement et, en particulier aux pays les moins avancés, dans le domaine du commerce et de l'environnement, ainsi que du renforcement de leurs capacités y afférentes. Au cours des dernières années, le Secrétariat de l'OMC a organisé des séminaires de formation régionale sur le commerce et l'environnement en Asie, dans les Caraïbes, en Méditerranée, en Amérique latine, en Europe centrale et orientale et en Afrique. L'objectif de ces séminaires a été de sensibiliser aux liens qui unissent le commerce, l'environnement et le développement durable ; d'informer les pays sur les discussions en cours à l'OMC et sur les règles correspondantes du GATT/de l'OMC ; et de préparer les participants à des discussions futures au sein du Comité de l'OMC sur le commerce et l'environnement ou dans d'autres instances de l'organisation.

Dispositions des accords commerciaux régionaux

Les accords commerciaux régionaux qui aspirent principalement à développer la coopération économique semblent contenir des dispositions relativement générales touchant l'environnement. L'APEC, par exemple, ne prévoit pas de règles contraignantes. Son *modus operandi* passe toutefois par une forte pression des pairs, s'exerçant à l'aide de mécanismes d'examen mutuel de plus en plus pointus et rigoureux, qui incite vivement ses membres à respecter les engagements contractés. Les membres de l'APEC définissent de vastes objectifs régionaux d'intérêt commun, dont les aspects spécifiques sont appliqués unilatéralement au niveau national. L'autre extrême est constitué par l'Union européenne – exemple d'intégration profonde, impliquant une autorité supranationale – , où la protection de l'environnement joue un rôle de premier plan. L'Article 2 du Traité instituant la Communauté européenne, réactualisé pour la dernière fois par le Traité d'Amsterdam de 1998 (ci-après dénommé Traité consolidé sur l'Union européenne) consacre le principe du développement durable et prévoit un haut niveau de protection de l'environnement et l'amélioration de celui-ci parmi les tâches incombant à la Communauté. L'Article 6 du Traité consolidé sur l'Union européenne dispose que les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et activités de la Communauté – qui comprennent les politiques commerciales – en particulier afin de promouvoir le développement durable.[19]

Le tableau 1 présente un récapitulatif des diverses dispositions relatives à l'environnement qui figurent dans 15 ACR représentatifs, et les compare aux accords de l'OMC. Pour qu'il soit facile à lire, force a été de sacrifier les nuances et les différences touchant des points de détail. Plusieurs conclusions d'ordre général se dégagent néanmoins de ce tableau. La première est que la majorité des ACR indiquent expressément pour objectif la protection de l'environnement ou la promotion du développement durable et contiennent des clauses générales d'exception pour les mesures environnementales. Une autre est que les institutions chargées de l'environnement ont souvent été créées dans le cadre des ACR. Dans certains cas, elles sont mises en place par référence à l'ACR lui-même ; dans d'autres, elles le sont par la voie d'un accord secondaire sur la coopération dans le domaine de l'environnement. Lorsqu'un accord de libre-échange a été élaboré dans le cadre d'un organe régional poursuivant des objectifs économiques et politiques plus vastes, comme l'ANASE ou la SADC, certaines des institutions environnementales connexes – souvent mises en place pour faciliter la coopération technique sur les ressources naturelles transfrontières – peuvent en fait dater d'une période plus lointaine.

Objectifs généraux concernant l'environnement ou le développement durable

Plusieurs accords commerciaux régionaux contiennent des dispositions générales relatives à la protection de l'environnement, à la conservation des ressources naturelles épuisables ou non renouvelables ou à la promotion du développement durable. Ces dispositions figurent souvent dans une clause d'exceptions générales. Dans quatre rapports établis depuis 1999 (OMC, 1999a, 2000 et 2001b), le Secrétariat de l'OMC a trouvé des dispositions relatives à l'environnement dans plus de

60 notifications d'ACR ; presque toutes contiennent des dispositions générales ou des exceptions générales liées à la protection de l'environnement.[20]

Le préambule de l'ALENA, qui est entré en vigueur en janvier 1994, stipule que les objectifs de l'accord doivent être atteints d'une manière compatible avec la protection et la conservation de l'environnement et prévoit parmi les objectifs de l'Accord la promotion du développement durable et le renforcement de l'élaboration et de l'application des lois et règlements en matière d'environnement. Le préambule réaffirme en outre l'importance de la conservation, de la protection et de l'amélioration de l'environnement sur le territoire de leurs membres. Il réaffirme aussi la Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain de 1972 et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992. Des dispositions presque identiques figurent dans les deux accords distincts de coopération environnementale conclus entre le gouvernement canadien et les gouvernements du Chili et de Costa Rica – tous deux étant des accords secondaires des accords de libre-échange bilatéraux respectifs (ALECC et ALECCR).

Institutions pour l'environnement

Plusieurs ACR ont institué des groupes de travail ou des comités permanents pour s'occuper des questions d'environnement. Depuis 1994, l'APEC organise des réunions des ministres chargés de l'environnement et l'environnement figure régulièrement à l'ordre du jour des réunions des dirigeants économiques depuis la réunion de Blake Island de 1993 où le "dialogue sur le développement durable" a été lancé.[21] Plusieurs groupes de travail et comités de l'APEC s'occupent de questions relatives à l'environnement.[22]

Le Préambule de l'Accord sur le MERCOSUR (Traité d'Asunción) ne contient qu'une référence mineure à l'environnement. Plusieurs décisions du *Grupo Mercado Comun* et du *Consejo de Mercado Común* portent toutefois sur des questions telles que les pesticides, les politiques énergétiques et le transport de produits dangereux. Des réunions des ministres de l'environnement des pays membres ont jeté les bases de la poursuite de la coopération sur ces questions dans la région, à la suite de quoi un groupe de travail informel *(Reunión especializada en Medio Ambiente)* a été créé en 1992. Ce groupe a publié des orientations fondamentales touchant la politique d'environnement et, au fil des ans, s'est transformé en Sous-groupe de travail sur l'environnement (SGT-6) qui a examiné des questions comme l'environnement et la compétitivité, les obstacles non tarifaires aux échanges et des systèmes communs d'information sur l'environnement.[23]

L'institution spécialement chargée de l'environnement la plus perfectionnée et la plus intégrée est peut-être la Commission nord-américaine de coopération environnementale (CNACE) créée en 1994 dans le cadre de l'ANACE. Cette Commission se compose d'un Conseil, d'un Secrétariat et d'un Comité consultatif public mixte. Les principales tâches du Conseil sont les suivantes : servir de forum de discussion, superviser la mise en œuvre de l'Accord, élaborer des recommandations et promouvoir et faciliter une coopération sur les questions relatives à l'environnement (Article 10). L'Article 13 dispose que le Secrétariat peut établir des rapports publics sur n'importe quelle question d'environnement pour autant qu'elle ne touche pas à la mise en œuvre de lois. Dans le cadre de l'ALENA, la Commission de libre-échange de cette dernière et la CNACE travaillent en coopération à plusieurs questions intéressant les échanges et l'environnement et s'emploient, notamment, à éviter des différends liés aux échanges et à l'environnement.[24]

Le modèle procuré par l'ALENA et son accord secondaire – l'ANACE – ont depuis lors été adaptés aux accords de coopération dans le domaine de l'environnement conclus par le Canada avec d'autres pays des Amériques. Toutefois, si l'accord Canada-Chili de coopération dans le domaine de l'environnement a créé une Commission Canada-Chili de coopération pour l'environnement (composée

d'un Conseil, d'un Comité mixte de documentation et d'un Comité consultatif public mixte), contrairement à la CNACE, elle ne constitue pas un organisme autonome doté d'un secrétariat lui appartenant en propre. Ses services de secrétariat sont au contraire assurés par deux Secrétariats nationaux, respectivement mis en place dans chacun des pays. L'Accord plus récent de coopération conclu entre le gouvernement canadien et le gouvernement de la République du Costa Rica dans le domaine de l'environnement (accord secondaire de l'ALECCR) n'a instauré ni une Commission bilatérale, ni un système de règlement des différends. Le principal objectif de cet accord est de renforcer la coopération bilatérale. Des réunions officielles ont lieu tous les deux ans, mais des réunions bien plus fréquentes se tiendront sur les questions spécifiques de coopération technique. Le Traité instituant le COMESA prévoit la création d'un certain nombre de comités techniques chargés d'élaborer et d'appliquer les programmes dans leurs secteurs respectifs. L'un d'eux est le Comité technique des ressources naturelles et de l'environnement.

Exceptions générales concernant la protection de l'environnement ou la conservation des ressources naturelles

Comme indiqué plus haut, de nombreux ACR contiennent des exceptions générales analogues à celles prévues dans l'Article XX du GATT de 1947. Dans certains, comme l'ANZCERTA (qui est entré en vigueur en 1983), leur libellé est similaire mais non identique à celui que l'on trouve dans l'Article XX. Ainsi, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié soit une restriction déguisée au commerce dans la région, rien dans l'ANZCERTA ne sera interprété comme “empêchant l'adoption par tout État membre des mesures nécessaires … (c) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, y compris à la protection de la faune ou de la flore indigènes ou menacées d'extinction ;” ou “(g) à la conservation des ressources naturelles limitées.” Le caractère distinctif de ces deux alinéas réside dans la référence explicite qui y est faite aux espèces indigènes ou menacées d'extinction et dans la réserve introduite par le terme “limitées” à l'alinéa (g).

L'Article 13 de la Convention actualisée de l'AELE dispose que l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation et les mesures ayant un effet équivalent n'empêcheront pas l'adoption des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux et de l'environnement. Ces mesures ne doivent toutefois pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée au commerce. Les Articles 27 et 33 prévoient des exceptions similaires respectivement dans les domaines de l'investissement et du commerce des services. L'Article 40 autorise un État membre à prendre unilatéralement des mesures appropriées au cas où surviendraient “de graves difficultés économiques, sociales ou environnementales de caractère sectoriel ou régional susceptibles de persister.” Si cet article présente une certaine ressemblance avec l'Article XX du GATT, son champ est beaucoup plus restreint puisqu'il s'applique uniquement aux restrictions quantitatives.

Plusieurs ACR ou accords commerciaux bilatéraux impliquant le Canada et les États-Unis font expressément référence à l'Article XX. L'ALENA, l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie, l'ALECC, l'ALECCR et l'ALECI, par exemple, contiennent tous des dispositions identiques affirmant que les “mesures visées à l'Article XX(b) du GATT de 1994 comprennent les mesures relatives à l'environnement nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux et que l'Article XX(g) du GATT de 1994 s'applique aux mesures se rapportant à la conservation des ressources épuisables biologiques et non biologiques.”[25] En outre, l'ALENA dispose que les exceptions prévues à l'Article XX du GATT sont incorporées dans cet accord dont ils font partie intégrante.

Normes et réglementations

Plusieurs ACR contiennent des dispositions sur les normes similaires à celles qui figurent dans les Accords SPS et OTC. Conformément au Chapitre 7(B) de l'ALENA, par exemple, chacune des Parties pourra adopter, maintenir ou appliquer toute mesure sanitaire ou phytosanitaire nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux sur son territoire, y compris une mesure plus rigoureuse qu'une norme, directive ou recommandation internationale. Et chacune des parties pourra, aux fins de protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou de préserver les végétaux, fixer des niveaux de protection appropriés.[26] Pour éviter des abus, chacune des Parties veillera à ce qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire adoptée n'établisse pas de discrimination arbitraire ou injustifiable à l'encontre de produits similaires. Une mesure doit être fondée sur des principes scientifiques, cesser de s'appliquer lorsqu'elle n'est plus justifiée par des preuves scientifiques, être fondée sur une évaluation des risques, selon qu'il sera approprié dans les circonstances, être appliquée uniquement dans la mesure nécessaire pour atteindre le niveau de protection approprié et ne pas représenter une restriction déguisée au commerce. En procédant à une évaluation des risques, les Parties tiendront compte de toutes sortes de facteurs et notamment des preuves scientifiques pertinentes ainsi que des conditions écologiques et autres conditions environnementales pertinentes. Les Parties fonderont leurs mesures sanitaires et phytosanitaires sur les normes internationales pertinentes. L'Accord spécifie toutefois que ces dernières ne seront pas interprétées comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer des mesures plus strictes que les normes internationales pertinentes. L'annexe de la Convention de l'AELE sur les mesures SPS stipule que les États membres appliquent l'Accord SPS de l'OMC et ses dispositions relatives à l'environnement. Plusieurs références aux considérations relatives à l'environnement figurent aussi dans l'annexe sur la reconnaissance mutuelle à propos de l'évaluation de la conformité (Article 15 de la Convention actualisée).

Le Chapitre 9 de l'ALENA s'applique aux mesures relatives aux normes autres que celles qui sont visées par le Chapitre 7. Les Parties y confirment, relativement aux mesures normatives, les droits et obligations existants qu'elles ont les unes envers les autres en vertu de l'Accord du GATT relatif aux obstacles techniques au commerce et de tous autres accords internationaux, y compris les accords en matière d'environnement et de conservation auxquels elles sont parties. Comme en vertu du Chapitre 7, chacune des Parties pourra, en vue de la réalisation de ses objectifs légitimes touchant la sécurité, la protection de la santé et de la vie des personnes ou des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement ou des consommateurs, établir les niveaux de protection qu'elle juge appropriés, sous réserve de respecter son obligation de ne pas établir de discrimination ni créer d'obstacles non nécessaires au commerce. Les dispositions concernant les normes internationales sont similaires à celles du Chapitre 7. En cas d'affaire d'arbitrage soulevée par une Partie au titre des Chapitres 7 ou 9, la Partie qui conteste la loi ou la réglementation assume la charge de la preuve, alors qu'en vertu du GATT, une Partie peut administrer la preuve que ses lois sont compatibles avec les dispositions de l'Article XX (b) ou (g).[27]

Le respect ou l'amélioration progressive des normes et réglementations environnementales est un objectif que l'on trouve exprimé dans plusieurs ACR ou dans leurs accords secondaires sur l'environnement. Le Protocole sur le commerce de la SADC [Article 17.3)], par exemple, encourage ses États membres à rendre leurs normes relatives à l'environnement et autres compatibles avec celles des autres États membres, et avec les normes internationales correspondantes, mais précise qu'ils doivent le faire “sans réduire le niveau de sécurité ou de protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale, de l'environnement et des consommateurs...” L'ANACE, les accords de coopération dans le domaine de l'environnement entre le Canada et le Chili et entre le Canada et le Costa Rica et l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie ne se limitent pas à

dissuader d'assouplir les normes, mais comportent des dispositions prévoyant l'application de la législation nationale sur l'environnement.

Des obligations concernant les mesures relatives à l'environnement sont énoncées à l'Article 3 de l'ANACE qui reconnaît le droit des Parties d'établir leur propre niveau de protection de l'environnement national et le fait que ce niveau doit être élevé. Les parties s'engagent à publier leurs réglementations relatives à l'environnement (Article 4), à les appliquer (Article 5) et à assurer l'accès des parties privées aux recours (Article 6) en respectant certaines garanties de procédure (Article 7).[28] Conformément à l'Article 14 de l'ANACE, la CNACE pourra examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne alléguant qu'une Partie omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement si elle juge que cette communication satisfait aux critères spécifiques mentionnés dans l'article. Si le Secrétariat de la CNACE estime que la communication justifie, à la lumière de toute réponse fournie par la Partie, la constitution d'un dossier factuel, le Conseil pourra l'autoriser à le faire et, en dernière analyse, à le rendre publiquement accessible (Article 15). Aucune autre sanction n'est prévue dans le cadre de cette procédure.

Une procédure différente est le règlement des différends d'État à État, qui s'applique si une Partie omet de façon systématique d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement. En pareils cas, les autres Parties pourront demander des consultations et engager une procédure officielle de règlement des différends (Article 22).[29] En cas d'échec de la médiation ou de la conciliation du Conseil, un groupe arbitral pourra être chargé d'examiner la question (Articles 23 et 24). Si la Partie n'applique pas les recommandations du groupe spécial, celui-ci pourra imposer des compensations monétaires (Article 34)[30] et, en dernière analyse, suspendre l'application d'avantages de l'ALENA jusqu'à concurrence du montant correspondant à la compensation monétaire pour non application (Article 36).[31]

Les dispositions relatives aux modalités d'application des accords bilatéraux de coopération dans le domaine de l'environnement conclus entre le Canada et le Chili et entre le Canada et le Costa Rica diffèrent de façon importante de celles de l'ANACE. Alors que l'Accord entre le Canada et le Chili et l'ANACE prévoient des “compensations monétaires pour non application” (amendes) en cas d'omission systématique d'assurer l'application efficace de la législation de l'environnement, seul l'ANACE autorise des sanctions commerciales (Suspension d'avantages, Article 36) lorsqu'une Partie omet de payer l'amende. Une deuxième différence est que l'Accord entre le Canada et le Chili autorise le Chili à décider d'un plan d'application de sa législation de l'environnement. (L'ANACE ne prévoit pas cette faculté pour le Mexique). L'accord secondaire touchant l'environnement qui a complété l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Costa Rica ne contient aucune disposition prévoyant des sanctions ou des amendes. L'application y reste une question d'ordre purement national et rien dans l'Accord n'habilite les autorités d'une Partie à entreprendre des activités visant à faire respecter la législation de l'environnement sur le territoire de l'autre Partie.

L'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Jordanie dispose qu'il est inapproprié d'assouplir la législation nationale de l'environnement (ou ses modalités d'application) pour attirer des échanges commerciaux mais, contrairement à ce que l'on a pu voir dans le cas de l'ALENA et de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, ces dispositions font partie intégrante de l'Accord de libre-échange. (Dans ces autres accords de libre-échange, on exhorte les Parties à ne pas encourager l'investissement, et non les échanges commerciaux, en assouplissant les mesures environnementales.) En outre, tout en reconnaissant le droit de chacune des Parties à établir ses propres niveaux de protection nationale de l'environnement et ses politiques et priorités dans le domaine de la mise en valeur de l'environnement, l'accord stipule que chaque Partie doit veiller à ce que ses lois assurent un niveau élevé de protection de l'environnement, chercher à continuer d'améliorer ces lois et appliquer

efficacement ces lois. Une Partie est réputée respecter la disposition relative à l'application si une action ou une inaction apparaît raisonnable ou résulte d'une décision véritable touchant l'affectation des ressources. Toutefois, en cas de non-respect, aucune voie de recours n'est spécifiée.

Rapports avec les instruments environnementaux internationaux

Plusieurs ACR récents, ou accords secondaires à des ACR concernant l'environnement, comme l'ACRECC et l'ACECC, portent expressément sur les rapports avec des accords en matière d'environnement et de conservation. L'ALENA stipule qu'en cas d'incompatibilité entre ses dispositions et les obligations spécifiques en matière de commerce que prescrivent certains accords en matière d'environnement et de conservation expressément mentionnés[32], ces derniers prévaudront dans la mesure où il existe une incompatibilité, si ce n'est que, s'agissant de se conformer auxdites obligations, toute Partie devra choisir, parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les dispositions de l'ALENA. L'Accord entre le Chili et le Mexique contient une disposition très similaire. Les accords bilatéraux entre la Géorgie et divers pays de la région[33] préservent le droit d'une Partie d'appliquer des mesures concernant la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux et de l'environnement qui sont nécessaires à l'application des accords internationaux.

Subventions

L'Article 704 de l'Accord de l'ALENA invite les parties signataires à veiller à ce que leurs mesures de soutien interne à l'agriculture : *(a)* aient un effet de distorsion minimal ou nul sur le commerce et la production ; ou *(b)* ne soient pas visées par les engagements de réduction du soutien interne applicables susceptibles d'être négociés dans le cadre de l'Accord général. Ce dernier critère peut être interprété comme autorisant implicitement des dépenses consacrées à certaines catégories de programmes environnementaux, tels que ceux qui sont énoncés à l'Annexe 2 de l'Accord sur l'agriculture.

Coopération technique dans le domaine de l'environnement

Bon nombre d'ACR contiennent des accords secondaires ou des déclarations d'intention visant à faciliter la coopération technique dans le domaine de l'environnement. Ils sont devenus particulièrement courants dans les accords bilatéraux de libre-échange entre pays membres et non membres de l'OCDE et sont généralement centrés sur le renforcement des capacités dans les moins avancés des deux catégories de pays. La Déclaration conjointe des États-Unis et de la Jordanie sur la coopération technique dans le domaine de l'environnement, par exemple, est axée sur le renforcement des capacités humaines et institutionnelles et sur l'amélioration de la gestion des ressources en eau et des autres ressources naturelles de la Jordanie dont dépend le développement de ce pays. Dans les accords signés par le Canada, l'engagement de coopération dans le domaine de l'environnement est exposé de façon détaillée. Si le cadre des objectifs et des obligations offre un fil directeur pour la mise en oeuvre des accords, les activités de coopération connexes constituent un aspect majeur de leurs modalités d'application. Les accords secondaires créent un partenariat environnemental continu qui évolue en parallèle avec le partenariat économique créé par l'accord commercial et approfondit le lien global. Dans le cadre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, un important soutien a été accordé au Chili au titre du renforcement des capacités et de la coopération, l'accent étant mis sur des domaines tels que le respect et l'application des règlements relatifs à l'environnement, l'homologation environnementale et l'évaluation des effets sur l'environnement des négociations commerciales. Un soutien plus important encore est envisagé dans l'Accord de libre-échange conclu entre le Canada et le Costa Rica.

Une part substantielle des activités de la CNACE est liée à la coopération (gestion des produits chimiques, harmonisation des données relatives aux émissions de substances toxiques, inventaires des polluants atmosphériques, étiquetage et certification, etc., par exemple). La coopération technique dans le domaine de l'environnement est aussi la marque de plusieurs accords de partenariat conclus entre l'UE et d'autres pays ou régions. Conformément au nouvel accord de partenariat ACP-CE (Accord de Cotonou), signé en 2000, la gestion durable des ressources naturelles et de l'environnement sera appliquée et intégrée à tous les niveaux du partenariat. Un certain nombre de dispositions portent expressément sur l'environnement et prévoient une coopération dans ce domaine, notamment en ce qui concerne le renforcement des institutions et des capacités.[34] Le Programme d'actions prioritaires à court et moyen terme pour l'environnement adopté en 1997 pour la Méditerranée sert de cadre à la protection de l'environnement dans cette région. Il vise à orienter les investissements vers un certain nombre de domaines d'action prioritaires pour l'environnement (gestion des déchets et des ressources en eau, aménagement des zones côtières, désertification et diminution de la biodiversité, par exemple) et appelle à adopter et à appliquer des mesures législatives et réglementaires, et notamment des mesures préventives et des normes environnementales appropriées, alors que les discussions se poursuivent au sujet d'une proposition de zone euro-méditerranéenne de libre-échange.[35] Dans le cadre des négociations entre l'UE et le MERCOSUR (qui ont commencé en 2000 et se poursuivent encore), la coopération dans le domaine de l'agriculture vise à promouvoir les échanges mutuels de produits agricoles et à accroître la compatibilité des législations de façon à éviter la création d'obstacles aux échanges. Dans ce contexte, elle s'efforce de faire appliquer certaines mesures environnementales et une réforme agraire, en particulier dans les régions les plus pauvres, de façon à leur permettre de mener une agriculture qui soit à la fois durable et respectueuse de l'environnement.[36]

Dans le cadre de l'APEC, la coopération technique a concerné non seulement les pouvoirs publics, mais aussi les autorités locales et les entreprises et le secteur privé. Un grand nombre de projets ont été menés par divers groupes de travail de l'APEC. Le Groupe de travail sur l'énergie a, entre autres initiatives, lancé dans la République populaire de Chine un projet de démonstration de l'utilisation du gaz de houille ; mis en place des cours de formation aux techniques de combustion propre du charbon ; et organisé des colloques sur les questions techniques liées à la fixation de normes minimums de rendement énergétique.

L'accord de partenariat économique entre le Japon et Singapour comprend un chapitre sur la coopération dans le domaine des sciences et de la technologie, y compris les sciences de la vie et l'environnement. L'Accord précise les formes d'activités qui seront menées en coopération : échanges d'informations et de données ; séminaires, ateliers et réunions conjoints ; visites et échanges de chercheurs, de techniciens ou d'autres experts et mise en oeuvre de projets et programmes communs.

Quelques ACR contiennent des dispositions relatives à la coopération dans le domaine de la gestion des ressources naturelles. Le Chapitre 16 du Traité établissant le marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), par exemple, prévoit une coopération dans le domaine de la mise en valeur des ressources naturelles, de l'environnement et de la faune et de la flore sauvages. Dans ce Traité, les Parties s'engagent à adhérer aux accords internationaux pertinents sur l'environnement et la conservation. En 1999, les ministres des pays membres d'un autre ACR africain, la Communauté du développement de l'Afrique australe (SADC) (dont plusieurs membres sont aussi membres du COMESA), ont adopté de la même manière un protocole sur la conservation de la faune et de la flore sauvages et l'application de la législation y afférente. Ces dispositions visent à assurer la conservation et l'exploitation durable des ressources de la faune et de la flore sauvages dans leurs régions respectives. Le Chapitre 16 du COMESA et le protocole de la SADC encouragent l'un et l'autre la coopération au niveau national et l'élaboration, dans toute la mesure du possible, d'approches communes de la conservation et de l'exploitation durable de la faune et de la flore sauvages. Ils prévoient aussi une collaboration entre les États membres en vue d'atteindre les objectifs des accords

internationaux applicables à la conservation et à l'exploitation durable du milieu naturel. En outre, le protocole de la SADC dispose que les États membres veillent à ce que les activités menées sur leurs territoires ne causent pas de dommages aux ressources naturelles des autres États ou des régions situées au-delà des limites de leur juridiction nationale.[37]

Travaux en cours

Le projet de Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) tel qu'il a été publié ne contient pas de chapitre spécifiquement consacré à l'environnement. Les négociateurs travaillent néanmoins dans le cadre des neuf groupes de négociation créés dans le cadre de la ZLEA (agriculture, accès aux marchés, investissement, marchés publics, services, règlement des différends, droits de propriété intellectuelle, politique de la concurrence, et subventions, droits *antidumping* et droits compensateurs), ainsi que dans celui du Comité de négociations commerciales, à dégager des considérations pertinentes relatives à l'environnement et à les incorporer dans la ZLEA.

Depuis plusieurs années, le sous-groupe de travail sur l'environnement du MERCOSUR participe à des négociations sur un Protocole concernant l'environnement qui viendrait s'ajouter à l'Accord sur le MERCOSUR, dont un projet a été définitivement au point en juin 2001. On s'attend à ce que les principes et les règles qu'il définit exercent une très grande influence sur tout le régime régional mis en place dans le cadre de l'Accord.[38] Le projet de protocole prévoit l'harmonisation dans le sens le plus strict des systèmes de gestion de l'environnement et une plus grande coopération dans le domaine des écosystèmes partagés ; il comprend des dispositions relatives aux instruments de gestion environnementale, et notamment normes de qualité, méthodes d'évaluation de l'impact sur l'environnement ; surveillance et coûts de protection de l'environnement ; systèmes d'information sur l'environnement et procédés de certification de caractère non dommageable pour l'environnement ; et dispositions relatives aux zones protégées ainsi qu'à la conservation et à l'exploitation durable des ressources naturelles.[39]

Dans le cadre des négociations en cours sur un accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, les gouvernements des deux pays examinent une série d'éléments qui pourraient servir de base à un accord de coopération dans le domaine de l'environnement.[40] Les discussions entre les Parties relatives à la coopération dans le domaine de l'environnement n'ont pas abordé tous les sujets et n'ont pas été menées dans l'intention de préjuger la façon dont les questions environnementales seront abordées dans le cadre de l'accord de libre-échange proposé. Tout programme de travail touchant une coopération dans le domaine de l'environnement sera adopté par les deux Parties, examiné sur une base périodique et modifié en tant que de besoin.

Des discussions touchant un accord distinct sur la coopération dans le domaine de l'environnement se déroulent entre le Canada et Singapour à propos de la conclusion éventuelle d'un accord de libre-échange entre ces deux pays et entre le Canada et quatre pays d'Amérique centrale (à l'exclusion du Costa Rica et de Panama). Dans ce dernier cas, l'environnement sera abordé à l'aide d'accords parallèles (International Trade Daily, 2001). Cet accord suivra probablement le modèle de l'accord de libre-échange conclu entre le Canada et le Costa Rica pour la coopération dans le domaine de l'environnement (Araya, 2001). Lors de leurs discussions préliminaires sur les principes et les objectifs de négociations touchant un accord de resserrement du partenariat économique, la Nouvelle-Zélande et Hong Kong sont convenus d'inclure dans les négociations les échanges et l'environnement.

Tableau 9.1 Clauses relatives à l'environnement figurant dans les accords de l'OMC et certains ACR

Nom de l'accord (Accord secondaire sur l'environnement)	Clause énonçant comme objectif la protection de l'environnement ou la promotion du dé-veloppement durable	Clause d'exception générale concernant les mesures environ-nementales	ACR (ou accord secon-daire) créant des institutions chargées des questions d'environnement	Clause précisant la relation entre l'ACR et les obligations internationales en matière d'environnement	ACR (ou accord secondaire) prévoyant une coopération technique dans le domaine de l'environnement	ACR (ou accord secondaire) visant à empêcher un abaissement des normes et régle-mentations inter-nationales
Accord de l'OMC	OUI	OUI	OUI	Non	OUI	Non
AFTA	OUI[2]	OUI	OUI[3]	Non	OUI[3]	Non
APEC	OUI	Non	OUI[4]	Non	OUI	Non
CCFTA (CCAEC)	OUI	OUI	(OUI)	(OUI)	(OUI)	(OUI)[5,6]
CCRFTA (CCRAEC)	OUI	OUI	Non	(OUI)	(OUI)	(OUI)[5]
CIFTA	Non	OUI	Non	Non	Non	Non
COMESA	OUI	Non	OUI	Non	OUI	Non
EEE	OUI	OUI[7]	OUI	Non	OUI	OUI
AIE-UE-Mexique	OUI	OUI	(OUI)[9]	Non	(OUI)[9]	Non
AELE	OUI	OUI	Non	Non	Non	Non
JSEPA	Non	OUI	Non	Non	OUI	Non
MERCOSUR	OUI	Non	OUI	Non	OUI	Non
ALENA (ENV)	OUI	OUI	(OUI)	(OUI)	(OUI)	(OUI)[5,6]
N.Z.-Singapour	Non	Non	Non	Non	Non	Non
SADC, Protocole sur les échanges	OUI[10]	OUI	(OUI)	Non	(OUI)	OUI
AELE-Etats-Unis-Jordanie	OUI	OUI	OUI[11]	Non	OUI	OUI

(OUI) = dans un accord secondaire sur l'environnement.

1. Plus précisément, mesures nécessaires à la protection de santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux et à la conservation des ressources naturelles épuisables.
2. Ainsi que les ministres de l'ANASE l'ont affirmé dans la Déclaration de Manille sur l'environnement (30 avril 1981) et dans les accords ultérieurs sur l'environnement.
3. Les activités spécifiques sont administrées par l'ANASE.
4. Divers groupes de travail s'occupent de questions d'environnement, notamment les groupes sur l'énergie, les pêcheries et la conservation des ressources marines.
5. Dispositions concernant la mise en œuvre des réglementations relatives à l'environnement.
6. Il est prévu une procédure de règlement des différends, des sanctions touchant des questions relatives à l'environnement, ou les deux.
7. L'Article 75 de l'Accord sur l'Espace économique européen dispose : "Les mesures de protection visées à l'Article 74 ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque partie contractante, de mesures de protection renforcées compatibles avec le présent Accord."
8. Techniquement, la Décision 2/2000 du Conseil conjoint UE-Mexique.
9. Comme prévu à l'Article 21 (Coopération avec le secteur agricole et rural), à l'Article 23 (Coopération en matière d'énergie), à l'Article 24 (Coopération en matière d'environnement et de ressources naturelles) et à l'Article 27 (Coopération régionale) de l'Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération (généralement appelée Accord global) entre la Communauté européenne et ses États membres et le Mexique.
10. Mentionnée dans la Déclaration et le Traité de la SADC.
11. Par l'intermédiaire de la Déclaration commune des États-Unis et de la Jordanie sur la coopération technique dans le domaine de l'environnement et de divers programmes de coopération technique dans le domaine de l'environnement.

NOTES

1. La prise en compte des préoccupations environnementales dans les négociations sur le GATT fait l'objet d'une rétrospective dans OMC (1999).

2. Sur approbation du Conseil, qui est composé des Ministres de l'environnement des trois Parties.

3. Depuis l'ALENA, l'attitude adoptée par le Canada à l'égard de la signature d'accords commerciaux régionaux ou bilatéraux a consisté à traiter de l'environnement à la fois dans des accords commerciaux et dans des accords parallèles de coopération environnementale. Les dispositions des accords commerciaux varient légèrement mais, dans l'ensemble, elles préconisent un développement durable, des politiques économique et environnementale complémentaires et la protection du droit légitime d'un pays à adopter des réglementations servant l'intérêt public. En général, elles cherchent aussi à décourager les dérogations à la loi en vue de promouvoir le commerce ou l'investissement. Elles reconnaissent aussi qu'en cas de contradictions avec l'accord commercial, les obligations visées dans certains accords multilatéraux sur l'environnement l'emportent, dans les limites de l'incompatibilité.

4. Dans son interprétation de l'article XX du GATT et se référant à l'objectif du développement durable dans le préambule de l'Accord instituant l'OMC, l'organe d'appel a déclaré que "ce préambule doit éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'Accord sur l'OMC, le GATT de 1994, en l'espèce… Il nous faut tenir compte, dans ce contexte, du libellé spécifique du préambule de l'Accord sur l'OMC". *États-Unis-Crevettes*, paragraphes 153 et 155 du rapport de l'organe d'appel.

5. Voir aussi l'Article 20 qui renvoie aux considérations autres que d'ordre commercial mentionnées dans le préambule.

6. Quatrième Conférence ministérielle de l'OMC, Secretariat Background Note, Background Paper No. 3, soumis par l'OMC à la Commission du développement durable constituée en Comité préparatoire du Sommet mondial pour le développement durable ; troisième Comité préparatoire, 25 mars-5 avril 2002.

7. Au titre du GATT, six procédures de groupes spéciaux comprenant un exAEMn de mesures relatives à l'environnement ou de mesures relatives à la santé des personnes prises au titre de l'Article XX ont été menées à leur terme : *États-Unis –Interdiction des importations de thons et de produits du thon en provenance du Canada*, décision adoptée le 22 février 1982 ; *Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés*, décision adoptée le 22 mars 1988 ; *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, décision adoptée le 7 novembre 1990 ; *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, rapport distribué le 3 septembre 1991, décision non adoptée ; *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, rapport distribué le 16 juin 1991, décision non adoptée ; et *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, rapport distribué le 11 octobre 1994, décision non adoptée. A ce jour, au titre de l'OMC, trois différends ont débouché sur l'adoption de rapports de groupes spéciaux ou d'Organes d'appel : *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* (ci-après dénommée affaire "*États-Unis-Essence"*), rapport de l'Organe d'appel et rapport du Groupe spécial adoptés le 20 mai 1996 ; *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (ci-après dénommée affaire "*États-Unis-Crevettes"*), rapport de l'Organe d'appel et rapport du Groupe spécial adoptés le 6 novembre 1998 ; et *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel et rapport du Groupe spécial adoptés le 5 avril 2001. Pratique du GATT/DE L'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'Article XX, paragraphes (b), (d), et (g) du GATT. WT/CTE/203, 8 mars 2002. Voir aussi Rao (2001).

8. *États-Unis-Essence*, pages 29 et 30 de la version anglaise du rapport de l'Organe d'appel.

9. *États-Unis-Crevettes*, paragraphe 129 du rapport de l'Organe d'appel.

10. Décision sur le commerce et l'environnement, préambule et paragraphe 2 (b).

11 . Paragraphe 31 i) du Programme de Doha pour le développement. Les autres thèmes de négociation dans le domaine de l'environnement mentionnés au paragraphe 31 du Programme de Doha pour le développement sont les suivants : ii) procédures d'échange de renseignements régulier entre les Secrétariats des AEM et les Comités de l'OMC pertinents, ainsi que les critères pour l'octroi du statut d'observateur ; et iii) la réduction ou, selon qu'il sera approprié, l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires visant les biens et services environnementaux.

12. Rapport (1996) du Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/1, 12 novembre 1996, para. 171, Section VII du rapport du conseil général à la Conférence ministérielle de 1996, WT/MIN(96)2, 26 novembre 1996, cité au paragraphe 168 du rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis-Crevettes*.

13. On trouvera à l'Article premier la définition de la “subvention” aux fins de l'Accord SMC. Cette définition comprend trois éléments fondamentaux. Une subvention n'est réputée exister que si : *(a)* il y a une contribution financière *et (b)* la contribution est faite par les pouvoirs publics ou un organisme public du ressort territorial d'un Membre de l'OMC *et (c)* un avantage est ainsi conféré.

14. Conformément à l'Article 8.2(c) de l'Accord SMC, les subventions à l'environnement ont été autorisées dans le cadre d'une “aide visant à promouvoir l'adaptation d'installations existantes à de nouvelles prescriptions environnementales imposées par la législation et/ou la réglementation qui se traduisent pour les entreprises par des contraintes plus importantes et une charge financière plus lourde, à condition que cette aide : *(i)* soit une mesure ponctuelle, non récurrente ; et *(ii)* soit limitée à 20 % du coût de l'adaptation ; et *(iii)* ne couvre pas le coût du remplacement et de l'exploitation de l'investissement ayant bénéficié de l'aide, qui doit être intégralement à la charge des entreprises ; et *(iv)* soit directement liée et proportionnée à la réduction des nuisances et de la pollution prévue par l'entreprise et ne couvre pas une économie qui pourrait être réalisée sur les coûts de fabrication ; et *(v)* soit offerte à toutes les entreprises qui peuvent adopter le nouveau matériel et/ou les nouveaux procédés de production”.

15. Voir Comité des subventions et des mesures compensatoires, “Compte rendu de la réunion extraordinaire tenue le 20 décembre 1999”, WT/G/SCM/M/22 ; et Comité des subventions et des mesures compensatoires, “Compte rendu de la réunion ordinaire des 1er et 2 novembre 1999”, WT/G/SCM/M/24.

16. Toutefois, dans leur décision du 14 novembre 2001 sur “Les questions et préoccupations relatives à la mise en œuvre”, les ministres des membres de l'OMC ont pris note de la proposition visant à traiter les mesures mises en oeuvre par les pays en développement en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de développement, “tels que … la mise au point et l'application de méthodes de production écologiques” comme des subventions ne donnant pas lieu à une action, et sont convenus que cette question devrait être traitée pendant les négociations. Les ministres ont aussi demandé instamment que, au cours des négociations, les membres fassent preuve de modération pour ce qui est de contester ces mesures.

17 . Les subventions aux pêcheries sont également mentionnées au paragraphe 31 du Programme de Doha pour le développement.

18. Voir aussi l'Article 20 qui renvoie aux considérations autres que d'ordre commercial mentionnées dans le Préambule.

19. L'intégration de l'UE a aussi influé sur les politiques d'environnement de l'AELE. La plupart des États de l'AELE ont renforcé leur politique d'environnement par le biais soit d'accords bilatéraux (Accord de libre-échange Suisse-CE, 1972, et les sept accords bilatéraux conclus entre la Suisse et l'UE), soit

d'accords plurilatéraux (EEE) avec l'Union européenne. En particulier, l'EEE rend fondamentalement la législation de l'UE relative à l'environnement applicable à l'Islande, au Liechtenstein et à la Norvège, en plus de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède qui sont ultérieurement devenues des États Membres de l'UE. Un accord portant AEMndement de la Convention de 1960 instituant l'AELE (Convention de Stockholm), signé à Vaduz en juin 2001, reflète toutes les dispositions relatives à l'environnement contenues dans les textes de l'OMC. Certaines dispositions de la version actualisée de la Convention et de ses annexes semblent parfois être davantage influencées par la législation relative à l'environnement de l'UE ou locale que par les textes de l'OMC. C'est ainsi, par exemple, que la version actualisée de la Convention prévoit une clause de sauvegarde relative à l'environnement qui n'existe pas dans les textes de l'OMC.

20. C'est ainsi, par exemple, que la SADC invite ses signataires à “réaliser une exploitation durable des ressources naturelles et une bonne protection de l'environnement” ; le préambule de la Convention de Vaduz (la Convention actualisée de l'AELE, 2001, ci-après dénommée “Convention actualisée de l'AELE”) affirme que les États membres reconnaissent “la nécessité de politiques commerciales et environnementales mutuellement bénéfiques pour atteindre l'objectif du développement durable” ; le traité instituant le MERCOSUR fait figurer la réalisation du développement économique et la justice sociale parmi ses objectifs premiers, tout en faisant remarquer que ces objectifs demandent à être atteints en faisant un usage optimal des ressources disponibles et en préservant l'environnement.

21. En 1991, la Déclaration de Séoul comprenait déjà une référence à la notion de croissance durable.

22. L'environnement étant considéré comme une question transversale, l'APEC n'a pas de groupe de travail distinct sur l'environnement.

23. PNUE/IIDD (2000), et Leichner (2001).

24 . Voir aussi plus loin le paragraphe 43.

25. Respectivement Article 2101, Article 12(1), Article O-01(1), Article XIV.1 et Article 10.1.

26. L'Article 710 stipule que les dispositions du paragraphe XX(b) du GATT incorporées dans le paragraphe 2101(1) (Exceptions générales) ne s'appliquent pas aux mesures sanitaires ou phytosanitaires.

27. Hufbauer *et al.* (2000).

28. L'ANACE énonce aussi des obligations relatives à la transparence de l'information et des études sur l'environnement, et même sur les types d'instruments à utiliser. C'est ainsi qu'en vertu de cet accord, chacune des parties s'engage, en ce qui concerne son territoire, à : “*(a)* produire périodiquement et rendre publiquement accessibles des rapports sur l'état de l'environnement ; *(b)* élaborer et examiner des mesures de préparation aux urgences environnementales ; *(c)* promouvoir l'enseignement sur les questions environnementales, y compris sur la législation de l'environnement ; *(d)* encourager la recherche scientifique et le développement technologique dans le domaine de l'environnement ; *(e)* effectuer, s'il y a lieu, des études d'impact sur l'environnement ; et *(f)* promouvoir l'utilisation d'instruments économiques pour la réalisation efficace des buts environnementaux”.

29 . La procédure décrite aux articles 22 à 36 de l'ANACE est différente de la procédure de règlement des différends exposée au Chapitre 20 de l'ALENA.

30. La compensation monétaire peut atteindre 0.007 % du total des échanges commerciaux entre les Parties contestantes pendant la dernière année pour laquelle on dispose de données.

31. Il ne peut pas être pris de sanctions commerciales à l'encontre du Canada. A la place, le Canada est convenu de donner aux déterminations du groupe spécial un caractère juridiquement contraignant pour les tribunaux canadiens (Hufbauer *et al.*, 2000).

32. Ces accords sont mentionnés à l'Article 104 : Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, 1973 ; Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 1987 ; Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, 1989 (lorsqu'elle entrera en vigueur pour toute les parties à l'ALENA) ; et Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant le déplacement transfrontalier des déchets dangereux, 1986 ; et Accord entre le Mexique et les États-Unis sur la coopération pour la protection et l'amélioration de l'environnement dans la zone frontalière, 1983.

33. Ukraine, Turkménistan, Azerbaïdjan, Kazakhstan. Informations extraites de la Base de données environnementales de l'OMC pour 2001.

34. Article 32 de l'Accord de Cotonou. Une Déclaration conjointe sur les échanges et l'environnement (Déclaration IX) et une Déclaration ACP sur les échanges et l'environnement (Déclaration X) figurent en annexe à cet Accord.

35. Insausti Muguruza (2001).

36. www.europa.eu.int/comm/trade/bilateral/mercosur/htm

37. Site web de la SADC.

38. Ryan (2000) ; Onestini (1999).

39. PNUE/IIDD (2000).

40. Au fil des ans, les gouvernements de ces deux pays ont coopéré dans de nombreux domaines, dont la qualité de l'air, la gestion des déchets solides, la foresterie, les pêcheries, les industries extractives, l'agriculture, les parcs nationaux et la recherche scientifique.

RÉFÉRENCES

Araya, M. (2001), "Implications of the Canada–Costa Rica Free Trade Agreement", *Bridges between Trade and Sustainable Development*, Year 5, No. 4, mai 2001.

Cordonnier Segger, M-C., *et al.* (1999), "Trade rules and sustainability in the Americas", International Institute for Sustainable Development, Winnipeg.

Hufbauer, G.C., D. C. Esty, D. Orejas, L. Rubio, J.J. Schott (2000), *NAFTA and the Environment: Seven Years Later* (Policy Analyses in International Economics, No. 61), Institute for International Economics, Washington, D.C.

Insausti Muguruza, M. (2001), "Environment and Trade in the European Union's Inter-Regional Association Agreements: drawing some lessons from the Euro-Mediterranean Partnership and the EU-MERCOSUR Association Agreement", Paper for the Green Globe Task Force Environmental Diplomacy Seminar (10-11 mai 2001, London), WWF European Policy Office, Bruxelles.

Larraín, S. (2000),"Trade and Environment: Latin American Issues and the FTAA", dans Peter Könz (ed.), *Trade, Environment and Sustainable Development. Views from Sub-Saharan Africa and Latin America*, ICTSD/UNU/IAS.

Leichner, M. (2001), "Mercosur y su fantasma: el protocolo ambiental", in E. Leff and M. Bastida (eds.), *Comercio, Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable: Perspectivas de América Latina y el Caribe*, Serie Foros y Debates Ambientales, núm. 2, PNUMA-UNAM-COMEDES-IISD, México.

OMC (1999*a*), "Point 4 : Dispositions du système commercial multilatéral pour ce qui est de la transparence des mesures commerciales appliquées à des fins de protection de l'environnement et des mesures et prescriptions environnementales qui ont des effets notables sur le commerce – Note du Secrétariat", Document WT/CTE/W/118, Genève

OMC (1999*b*), "Trade and Environment in the GATT/WTO", in G.P. Sampson and W.B. Chambers (eds.), *Trade, Environment and the Millennium*, UNU Press, Tokyo. http://www.ciaonet.org/book/sampson/

OMC (2001), « Point 4 : Dispositions du système commercial multilatéral pour ce qui est de la transparence des mesures commerciales appliquées à des fins de protection de l'environnement et des mesures et prescriptions environnementales qui ont des effets notables sur le commerce - Base de données sur l'environnement pour 2000 - Note du Secrétariat », Document WT/CTE/W/195, Genève

Onestini, M. (1999), *"The Latin American Southern Common Market (MERCOSUR): Environment and Regionalisation"*, http://www.warwick.ac.uk/fac/soc/CSGR/conf99/onestini.PDF 3 juin 2002.

Rao, P.K (2001), *Environmental Trade Disputes and the WTO*, Pinninti Publishers, Lawrenceville, New Jersey.

Ryan, D. (2000), "MERCOSUR and the Environment", in P. Könz (ed.), *Trade, Environment and Sustainable Development: Views from Sub-Saharan Africa and Latin America*, ICTSD/UNU/IAS.

PNUE/IISD: Programme des Nations Unies pour l'environnement et l'Institut international du développement durable (2000), *Environment and Trade: a Handbook*, Genève and Winnipeg.

USTR: Office of the U.S. Trade Representative (2001), "Draft Environmental Review of the proposed U.S.-Chile Free Trade Agreement", Washington, D.C.

Chapitre 10

RÈGLES D'ORIGINE

par

Evdokia Moïsé

Résumé : Ce chapitre passe en revue les dispositions concernant les règles d'origine dans 14 accords commerciaux régionaux (ACR). Il compare ces dispositions aux principes de l'OMC gouvernant l'application des règles d'origine, contenus dans l'Accord de l'OMC sur les règles d'origine. Les travaux de l'OMC sur l'harmonisation des règles d'origine détaillées, qui pourraient servir de modèles pour les règles d'origine des ACR qui seront négociés dans l'avenir, ne sont pas encore achevés, ce qui rend extrêmement difficiles les comparaisons entre les dispositions des ACR et celles de l'OMC. Il apparaît toutefois que les mécanismes fondamentaux ou les critères utilisés dans tous les ACR examinés sont identiques, même s'ils sont utilisés selon des combinaisons différentes. Ces mécanismes ne semblent pas plus complexes que ceux qui sont en vigueur au plan national, à l'exception des secteurs sensibles, où les ACR ont parfois "institutionnalisé" des préoccupations protectionnistes et provoqué un détournement des échanges au profit de la région qu'ils couvrent.

Principaux points

Il est difficile d'établir de véritables comparaisons entre les dispositions de l'OMC sur les règles d'origine (contenues dans l'Accord sur les règles d'origine) et les dispositions correspondantes des ACR, en raison de leur nature très différente. En effet, les ACR contiennent des règles d'origine détaillées, tandis que les dispositions de l'OMC contiennent surtout des principes généraux "*devant régir l'application des règles d'origine*" et pas des règles d'origine à proprement parler. La comparaison sera sans doute plus facile une fois que les travaux de l'OMC sur l'harmonisation seront terminés et que des règles d'origine détaillées, harmonisées dans le cadre de l'OMC, auront été créées. Cependant, même alors les règles ***non-préférentielles*** obtenues à l'OMC ne pourront pas être directement comparées aux règles d'origine dans les ACR, puisque ces dernières sont principalement ***préférentielles.***[1]

L'une des critiques que l'on formule souvent à l'encontre des accords commerciaux régionaux est qu'ils débouchent nécessairement sur une prolifération de règles d'origine préférentielles et ajoutent ainsi à la complexité du système commercial, risquant de rendre l'harmonisation plus difficile. Les ACR décrits ici ne semblent pas corroborer formellement cette observation. Du point de vue de leurs membres, les ACR appellent les remarques suivantes :

- D'une part, il n'est pas inhabituel qu'un pays doive appliquer plusieurs ensembles différents de règles correspondant aux différents accords auxquels il est partie. Ainsi, l'origine de certains types de produits du Mexique, pays qui est à la fois membre de l'ALENA et de l'accord UE-Mexique, peut être déterminée à partir de deux mécanismes assez différents, selon qu'ils sont exportés vers l'Amérique du Nord ou vers l'Europe, encore que les autorités mexicaines ont fait en sorte que les deux accords se basent sur des principes similaires (voir aussi le point suivant). Pour les membres d'un ACR la question est de savoir si les bénéfices attendus de l'accès préférentiel aux marchés des autres parties compensent cet inconvénient. Les décisions de production ou d'approvisionnement des entreprises déjà établies dans les pays participants à cet ACR ou envisageant d'y investir peuvent varier en fonction de la réponse. Pour les parties à l'ACR, la prolifération et le chevauchement des différentes règles d'origine ne rend pas vraiment les systèmes incompatibles mais peut provoquer des coûts accrus de transaction encourus par les négociants.

- D'autre part, il apparaît que tous les ACR utilisent les mêmes mécanismes ou critères fondamentaux dans des combinaisons différentes. A mesure que les ACR se multiplient, les modèles initialement établis par les grands partenaires commerciaux comme les États-Unis et l'Union européenne sont reproduits dans les nouveaux accords qu'ils concluent avec des pays tiers. Les possibilités de cumul élargissent encore la portée de ces modèles et favorise l'harmonisation. La plupart des pays d'Europe bénéficient aujourd'hui des effets de la zone de cumul européenne et des avantages similaires en matière d'accès préférentiel pourront être attendus sur le continent américain lorsque le processus de mise en place de la zone de libre-échange des Amériques sera achevé.

Du point de vue des pays qui ne sont pas parties à ces accords, les enjeux sont évidemment très différents. L'accroissement des coûts de transaction qui résulte de la prolifération des règles d'origine

touche aussi les négociants des pays tiers, mais il s'y ajoute pour eux le problème du caractère plus ou moins restrictif des règles, qui peut décourager les producteurs à l'intérieur d'un ACR de s'approvisionner sur des marchés et auprès des négociants étrangers. La plupart des membres d'un ACR font en sorte que les dispositions de l'ACR, y compris les règles d'origine, soient publiées de manière appropriée et diffusées largement. Si, toutefois, ces règles ne sont pas suffisamment transparentes ou prévisibles, elles peuvent constituer en elles-mêmes des obstacles aux échanges. Ceci est le cas également si le caractère discrétionnaire des règles permet une utilisation à des fins protectionnistes. En outre, lorsque les règles d'origine ne permettent que des apports minimaux, voire inexistants, des pays tiers (comme c'est souvent le cas dans les secteurs sensibles), les producteurs des membres de l'ACR sont fortement incités à éviter ces apports extérieurs de façon à préserver la place privilégiée qu'occupent leurs produits. Une telle situation ne revient pas simplement à refuser aux pays tiers l'accès préférentiel accordé en vertu de l'ACR, mais souvent à leur refuser en pratique l'accès aux marchés des membres de l'ACR. En plus de la diversion des flux commerciaux qui en résulte, cette situation peut pousser sérieusement les investisseurs potentiels à s'installer à l'intérieur de la zone ACR plutôt qu'à sa périphérie.

Les apports en provenance de pays tiers peuvent être largement autorisés dans plusieurs secteurs parmi ceux couverts par les ACR. Par exemple, dans le cadre de l'ALENA, les assemblages de circuits imprimés pour les enregistreurs à bande magnétique et autres appareils de prise de son doivent être produits dans la région ALENA, mais il n'y a aucune limitation quand à l'utilisation d'apports de pays tiers. C'est surtout dans les secteurs sensibles, comme ceux des textiles et des vêtements, des produits agricoles ou de l'automobile, que la comparaison des régimes des ACR avec la situation qui aurait prévalu en l'absence de tels accords incite à craindre une utilisation à des fins protectionnistes. Ces secteurs sont souvent complètement absents des accords. Quand ce n'est pas le cas, et malgré l'adoption de règles très précises et détaillées afin d'assurer la transparence et la prévisibilité et de limiter le potentiel protectionniste de méthodes de détermination plus discrétionnaires, les préoccupations protectionnistes ont parfois pu s'exprimer pendant l'élaboration des accords et être incorporées dans les textes se raffermissant et obtenant ainsi un caractère officiel. En présence de règles sectorielles spéciales particulièrement sévères, les pays tiers n'ont qu'un accès très limité au marché, en particulier pour leurs produits à forte valeur ajoutée ou ayant subi une transformation importante. Parfois, la complexité de ces règles est telle que même les produits des pays bénéficiaires ont du mal à y satisfaire.

Bien que les systèmes préférentiels des ACR semblent comporter des règles plus restrictives que les systèmes non préférentiels adoptés au niveau national par les parties à un ACR, il n'est pas évident que les systèmes préférentiels nationaux, relevant par exemple du Système généralisé de préférences (SGP), sont moins restrictifs que les systèmes correspondants des ACR. En fait, il a été avancé que l'avantage que pouvait présenter de tels systèmes était sérieusement compromis par la complexité des règles d'origine et la difficulté éprouvée à y satisfaire. La complexité semble donc s'accentuer lorsqu'on passe d'un système non préférentiel à un système préférentiel, qu'il soit régional ou national.

L'harmonisation à laquelle doit procéder l'OMC pourra atténuer les risques liés aux règles d'origine en servant de modèle aux ACR qui seront négociés à l'avenir. Dans le même temps, l'activité de l'OMC sera inévitablement influencée par la manière dont sont envisagées les règles d'origine dans les ACR en vigueur, en particulier par les modèles proposés par les partenaires commerciaux les plus importants. On peut se demander s'il est plus probable que des mesures de simplification ou de réduction des effets restrictifs des règles préférentielles d'origine résultent d'un système de règles d'origine harmonisé à l'échelle mondiale, ou d'une libéralisation plus grande des échanges au niveau multilatéral.

Dispositions de l'OMC : l'Accord sur les règles d'origine

Portée et champ d'application

Les dispositions de l'OMC sur les règles d'origine fixent essentiellement les **principes généraux** devant régir l'élaboration des règles d'origine par les membres et leur utilisation dans le cadre des échanges de marchandises. Elles n'énoncent pas de règles d'origine harmonisées détaillées à appliquer par les membres de l'OMC. Toutefois, en reconnaissant l'importance de telles règles pour l'amélioration de la transparence et de la prévisibilité des échanges mondiaux, l'Accord sur les règles d'origine prévoit que le Comité des règles d'origine de l'OMC (CRO) et le Comité technique sur les règles d'origine (CTRO) de l'Organisation mondiale des douanes (OMD) entreprendront de les **harmoniser**. Les travaux d'harmonisation, qui devaient initialement être achevés en juillet 1998, mais ont été prolongés, ont été axés sur les notions de "*marchandises entièrement obtenues*", pour les marchandises produites dans un seul pays, et de "*dernière transformation substantielle*" pour les marchandises dont la production fait intervenir plus d'un pays. Le principal critère pour savoir s'il y a eu transformation substantielle est celui du changement de position tarifaire, fondé sur la nomenclature du système harmonisé (SH) ; cependant, des critères supplémentaires comme celui du niveau de valeur ajoutée ou de l'utilisation d'un procédé spécifique peuvent aussi être utilisés. Dans le cadre des travaux de l'OMC en matière de facilitation des échanges, plusieurs membres de l'OMC ont indiqué qu'obtenir des règles d'origine harmonisées sera sans doute la démarche la plus importante de facilitation des échanges entreprise au niveau multilatéral.

L'Accord de l'OMC sur les règles d'origine s'applique aux règles **non préférentielles** utilisées dans les instruments de politique commerciale, pour l'application, par exemple, du traitement de la nation la plus favorisée (NPF) au titre des Articles premier, II, III, XI et XIII du GATT ; des droits *antidumping* et des droits compensateurs ; des mesures de sauvegarde ; de la réglementation relative au marquage de l'origine ; des restrictions quantitatives ou des contingents tarifaires discriminatoires ; ainsi que de la passation des marchés publics. L'Accord ne vise pas les règles d'origine **préférentielles**, même si, dans une Déclaration commune figurant en annexe, les membres conviennent d'observer les mêmes principes lorsqu'ils utilisent des règles d'origine pour déterminer si des marchandises peuvent bénéficier d'un traitement préférentiel (à l'exception, bien entendu, des principes incompatibles avec la notion de régime commercial préférentiel, comme le principe de non-discrimination).

Les dispositions de l'OMC sur les règles d'origine ne s'appliquent pas aux services ni aux investissements. Cependant, l'Article XXVII de l'AGCS reconnaît aux membres le droit de refuser d'accorder les avantages découlant de l'Accord aux services ou aux fournisseurs de services "non originaires". Il s'agit en vertu de cette disposition de services fournis en provenance du territoire ou sur le territoire d'un pays non membre, de services maritimes fournis par des navires immatriculés conformément à la législation d'un pays non membre et des personnes morales qui ne sont pas fournisseurs de services d'un autre membre.

Principes généraux

Neutralité : En vertu de l'Article 2b) et c) de l'Accord sur les règles d'origine, les règles d'origine doivent servir à appliquer les instruments mentionnés ci-dessus, et ne doivent pas être utilisées comme des instruments visant à favoriser une politique commerciale, ou à créer des effets de restriction, de distorsion ou de désorganisation du commerce international ; elles ne doivent pas non plus être assujetties à des conditions sans rapport avec la fabrication telles que des conditions environnementales ou autres. Cependant, le principe de neutralité ne figure pas dans la Déclaration commune sur les règles préférentielles.

Non-discrimination : L'Article 2d) prévoit que les règles d'origine devront respecter les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée. Le principe de non-discrimination n'est pas réitéré dans la Déclaration commune relative aux règles d'origine préférentielles.

Transparence : L'Article 2a) exige une définition claire des conditions qui confèrent l'origine et, en particulier, des sous-positions ou positions qui sont visées par le critère du changement de position tarifaire ou les exceptions à ce critère ; l'explication de la méthode de calcul du pourcentage *ad valorem* dans le cadre d'un système de valeur ajoutée ; ou la détermination des opérations de fabrication ou d'ouvraison dans le cadre du système de procédé spécifique. L'Article 2f) prévoit que les membres appliquent des règles spécifiant ce qui confère l'origine (fondées sur un critère positif) et évitent des règles énonçant ce qui ne conférera pas l'origine. L'Article 2g) prévoit que les membres publient rapidement toutes leurs lois, réglementations et décisions judiciaires et administratives d'application générale concernant les règles d'origine, tandis que l'Article 5 leur demande de notifier à l'avance toute règle nouvelle ou modification envisagée des règles existantes. Aux termes de l'Article 2h), les membres fournissent des appréciations préalables de l'origine de marchandises à la demande d'entreprises intéressées.

Prévisibilité et procédures régulières : L'Article 2e) prévoit l'application cohérente, uniforme, impartiale et raisonnable des règles d'origine et l'Article 2j) invite les membres à prévoir la possibilité d'une révision judiciaire, arbitrale ou administrative des déterminations d'origine.

Règles d'origine figurant dans les accords commerciaux régionaux

Portée et champ d'application

Règles d'origine préférentielles

Tous les accords commerciaux régionaux prévoyant un traitement préférentiel des membres, à savoir les zones de libre-échange et les unions douanières, comportent des règles d'origine. Ces règles d'origine **préférentielles** visent à distinguer les produits autorisés à bénéficier du traitement préférentiel de ceux qui ne le sont pas. Ce sont des éléments essentiels des zones de libre-échange, telles que l'ALENA, le marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), ou l'Accord de libre-échange (ALE) entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande (ANZCERTA), ou des unions douanières qui n'ont pas encore achevé le processus de transition vers un tarif extérieur commun, comme le MERCOSUR.[2] Ces ACR se servent des règles d'origine pour éviter que l'on puisse bénéficier indûment de leurs préférences régionales (déplacements des courants commerciaux), en empêchent des tierces parties d'effectuer des livraisons vers l'entrée dans la zone de libre-échange qui applique le tarif extérieur le plus bas pour un produit donné. Elles sont moins importantes pour les unions douanières achevées, qui ont un tarif extérieur commun, mais gardent leur utilité pour l'administration d'instruments de politique commerciale préférentiels, tels que le système généralisé de préférences (SGP), ou d'accords préférentiels conclus avec des pays tiers. Ainsi, il devient sans intérêt de choisir entre différents points d'entrée de l'UE, puisqu'il existe un tarif extérieur commun et une politique extérieure commune. Les règles préférentielles de l'UE sont donc utilisées pour établir une distinction entre les marchandises de diverses origines non communautaires et non entre les marchandises originaires de l'UE et de pays tiers.

En ce qui concerne les règles d'origine préférentielles, les ACR couvrent un domaine qui ne fait pas actuellement l'objet à l'OMC d'un programme de travail prévoyant l'élaboration de dispositions harmonisées à l'avenir. Cela n'amène pas en soi une libéralisation des échanges allant au-delà des engagements pris par les membres de l'OMC ; au contraire, l'existence même des règles préférentielles a souvent été critiquée, car elles supposent par définition une forme de discrimination

dans le traitement des différents partenaires commerciaux. Cependant, les règles d'origine ne sont que des instruments de mise en œuvre des politiques tarifaires contenues dans un ACR donné ; elles ne devraient pas être protectionnistes en tant que telles, bien que le manque de transparence ou une marge de manœuvre trop grande offrent des possibilités d'utilisation à des fins protectionnistes. La présente note est consacrée exclusivement aux effets restrictifs et la flexibilité des règles d'origine en tant que tels, mais il faut garder à l'esprit que le caractère plus ou moins libéral de l'ACR sera jugé pour l'essentiel sur la base des **politiques tarifaires** dont les règles d'origine doivent assister l'application.

Règles d'origine non préférentielles

La plupart des ACR n'abordent pas les règles d'origine non préférentielles : chaque partie à l'ACR utilise au niveau national son propre système de règles d'origine pour l'administration des droits *antidumping* et des droits compensateurs, la réglementation relative au marquage ou les restrictions quantitatives et les contingents. L'Accord sur les règles d'origine de l'OMC couvre donc un champ plus large que la plupart des ACR à cet égard.

Le seul ACR qui comporte des règles d'origine non préférentielles, en plus des règles préférentielles qu'il définit, est celui de l'Union européenne qui, en tant qu'union douanière, a sa propre politique commerciale extérieure. Bien que le cas soit unique, il est intéressant de le mentionner, car il s'agit du seul système *régional* de règles d'origine que l'on puisse directement comparer aux systèmes nationaux des pays membres de l'OMC et à ce que seront les dispositions harmonisées de l'OMC une fois adoptées. Pour l'instant, il est de toute évidence prématuré de faire des comparaisons entre les règles d'origine à venir de l'OMC et les règles correspondantes de l'UE. Les règles non préférentielles de l'UE se sont substituées aux règles nationales des États membres pour l'administration du traitement NPF, des droits *antidumping* et des droits compensateurs, de la réglementation relative au marquage, etc. C'est une étape importante vers l'harmonisation, qui évite aux pays tiers de se conformer à des règles différentes dans leurs échanges avec chacun des États membres (voir encadré).

Le cas particulier de l'APEC

Les ACR qui ne prévoient pas de traitement préférentiel entre leurs membres, comme celui de l'APEC, ne comportent aucune règle d'origine commune, préférentielles ou non préférentielles. Les règles d'origine qui s'appliquent dans la région de l'APEC sont celles qu'a adoptées chaque membre au niveau national, ainsi que les règles préférentielles des ACR établis entre les membres de l'APEC, comme l'ALENA, l'ANZCERTA ou la zone de libre-échange de l'ANASE.

La principale activité de l'APEC en matière de règles d'origine est de compléter le processus de négociation et de mise en œuvre des règles multilatérales de l'OMC. En 1995, dans le programme d'action d'Osaka, les pays de l'APEC se sont engagés à aligner leurs règles d'origine respectives avec les règles d'origine harmonisées à l'échelle internationale qui seront adoptées à l'issue du processus mis en place par l'OMC et l'OMD. Ils ont entrepris dans ce cadre de recueillir des informations sur leurs règles d'origine respectives pour faciliter le travail d'harmonisation des deux organisations et ont déjà publié un compendium des règles d'origine en vigueur dans la région.

Encadré 10.1 Règles d'origine non préférentielles de l'UE

Les règles d'origine non préférentielles de l'UE sont relativement simples : la transformation du produit est réputée substantielle si elle est "économiquement justifiée" et aboutit à un nouveau produit ou représente un stade de fabrication important, mais le critère n'est pas défini plus avant. L'interprétation du critère tel qu'il est appliqué dans chaque cas ou domaine d'action relève de l'institution compétente de l'UE et offre une certaine marge de manœuvre qui dépend de la mesure pour laquelle l'origine demande à être déterminée. Ce critère est complété par une disposition anticontournement qui prévoit que l'origine ne peut être acquise par des produits transformés uniquement dans le but de contourner les lois *antidumping* ou les autres mesures de politique commerciale prises à l'encontre de certains pays.

Cependant, ce transfert de pouvoir de décision des autorités nationales à celles de l'UE prive les entreprises de la possibilité de remettre en question des déterminations d'origine contestables : à l'inverse des décisions *antidumping*, par exemple, les déterminations de l'origine ne sont pas considérées comme ayant des effets juridiques directs sur des personnes physiques ou morales, qui ne peuvent donc introduire de recours à l'encontre de ces décisions. Les personnes physiques ou morales affectées par de telles déterminations de l'origine devront donc demander à leurs autorités nationales de demander réparation en leur nom, ou contester chaque décision prise sur des droits *antidumping*, compensateurs ou autres, à partir de la détermination de l'origine et leur portant directement préjudice.

Les règles d'origine non préférentielles de l'UE s'appliquent assez largement. Les secteurs exclus sont ceux des textiles et des vêtements, des chaussures, de certains produits électroniques, des véhicules automobiles et des pièces détachées, et de certains produits alimentaires (dont la viande et le vin). Ces secteurs et sous-secteurs sont soumis à des règles d'origine non préférentielles spéciales fondées sur des listes de conditions particulières, tels qu'un pourcentage minimal de valeur ajoutée (60 % par exemple pour les véhicules automobiles et les produits électroniques) ou certains types de procédés de fabrication. Pour certains groupes de produits industriels, il est possible à l'importateur de choisir entre un changement de position tarifaire combiné à un critère de valeur ajoutée, et un critère de valeur ajoutée seul, plus facile à utiliser mais supposant un taux élevé de contenu local.

Principes généraux

Critères de détermination de l'origine

De manière générale, la détermination du pays d'origine s'appuie sur une répartition des marchandises en deux catégories : les "*marchandises entièrement obtenues ou produites dans un seul pays*" et les "*marchandises dans la production desquelles interviennent plus d'un pays*". Les "*marchandises entièrement obtenues*" dans un seul pays sont considérées comme originaires de ce pays mais, bien que cette catégorie couvre toujours certains produits agricoles et miniers, son champ d'application est assez limité pour les autres produits échangés, compte tenu de la mondialisation accrue de la production. Certains ACR indiquent simplement qu'elle vise "*les produits bruts non manufacturés du territoire* » et les marchandises « *entièrement produites sur le territoire à partir de produits bruts non manufacturés* (ou) *de produits entièrement transformés sur le territoire*" (ANZCERTA). D'autres ACR déterminent les marchandises entièrement obtenues à partir d'une liste de produits, identique ou similaire à celle que contient la Convention de Kyoto (c'est le cas de la zone de libre-échange de l'ANASE, du MERCOSUR, de l'AELE, de l'Accord de libre-échange d'Europe centrale (ALEEC), de l'UE et de tous les accords qu'elle a conclus avec des pays tiers). Cette liste contient des produits extraits ou récoltés dans le pays, des animaux élevés, chassés ou pêchés sur le territoire, des déchets résultant d'opérations locales et des marchandises produites exclusivement à partir d'éléments mentionnés ci-dessus. Par extension, les ACR considèrent généralement les marchandises entièrement obtenues sur le territoire d'une **ou de plusieurs** de leurs parties (cumul) comme originaires du territoire couvert par l'ACR et pouvant bénéficier du traitement tarifaire préférentiel (voir plus bas).

Les marchandises dont la production fait intervenir plusieurs pays sont considérées comme originaires du pays où elles ont subi la **dernière transformation substantielle**, déterminée par une série de règles complexes. Les trois principaux critères utilisés dans le monde entier pour définir une transformation substantielle et qui ont également influencé les travaux de l'OMC sur les règles d'origine sont le **changement de position tarifaire** dans le cadre de la nomenclature du système harmonisé (SH), résultant de la transformation, le pourcentage de **valeur ajoutée** apportée par la transformation, et l'utilisation d'un **procédé spécifique** lors de la transformation. Chaque critère a ses avantages et ses inconvénients et aucun ne s'applique parfaitement à tous les produits pour tous les usages, de sorte que les ACR les utilisent en général tous les trois à des degrés divers.[3] Il convient de mentionner en particulier l'ALENA et l'UE, car ces deux accords semblent avoir fortement influencé d'autres ACR conclus à leur périphérie, comme celui du MERCOSUR ou l'accord Canada-Chili, inspirés de l'ALENA, ainsi que l'AELE, l'ALEEC, ou les accords conclus par l'UE avec des pays tiers. D'autres ACR utilisent diverses combinaisons de ces trois critères (essentiellement la valeur ajoutée pour l'accord États-Unis-Jordanie ; valeur ajoutée et procédé spécifique pour l'ANZCERTA ; valeur ajoutée et changement de position tarifaire pour le COMESA). La zone de libre-échange de l'ANASE se sert uniquement du critère de la valeur ajoutée, à condition que la dernière opération de transformation (sans autre précision) ait eu lieu dans le pays membre exportateur.

Dans le cadre de l'ALENA, la transformation substantielle est déterminée essentiellement sur la base du changement de position tarifaire, complété par le critère de la valeur ajoutée. Le système repose sur des listes détaillées de produits auxquels s'appliquent des changements précis de position tarifaire. Chaque matière non originaire doit subir un changement de classification tarifaire indiqué dans la liste des changements de positions ou sous-positions tarifaires du SH correspondant à chaque produit ou groupe de produits. Dans certains cas, il s'agit d'un changement au niveau de la position à quatre chiffres et dans d'autres, au niveau de la position à six chiffres du tarif douanier. Dans certaines conditions où ne se produit pas le changement de position tarifaire visé dans la première règle de détermination de l'origine, l'origine peut être conférée si la valeur ajoutée régionale n'est pas inférieure à 60 % de la valeur de la transaction ou à 50 % du coût net. Le recours massif au mécanisme de changement de position tarifaire apporte beaucoup de transparence et de prévisibilité au système, bien que le choix des sous-positions offre autant d'opportunités aux préoccupations protectionnistes de s'exprimer que les deux autres critères de détermination de l'origine. A l'avantage de la transparence s'ajoute dans le cas de l'ALENA la possibilité d'une détermination anticipée de l'origine à la demande des importateurs, des exportateurs ou des producteurs de la marchandise, disposition qui a été reprise dans l'Accord sur les règles d'origine de l'OMC.

Dans l'UE, la transformation substantielle est définie[4] sur la base d'une liste d'opérations de transformation ou de fabrication qui doivent être accomplies à partir de matières non originaires spécifiques pour conférer à la marchandise produite son origine. Le système repose ainsi sur le critère du *procédé spécifique* qui restreint assez fortement le choix des méthodes de production des entreprises. Les conditions sont très détaillées et précises, ce qui confère un degré élevé de transparence et de prévisibilité, mais sont souvent jugées si complexes qu'il est très difficile pour un produit d'y satisfaire. La jurisprudence de la Cour de justice a systématiquement confirmé que les autorités de la Communauté européenne devraient appliquer les règles préférentielles (règles du SGP) de manière plus restrictive que les règles non préférentielles, pour être sûre que les préférences accordées n'avantagent que les industries des pays en développement.

Règles de minimis ou de tolérance

La plupart des ACR contiennent une règle *de minimis* qui permet d'utiliser un pourcentage maximal spécifié de matières non originaires sans que la détermination de l'origine en soit modifiée (5 % pour l'UE, 7 % pour l'ALENA et 10 % pour l'AELE). Cette règle concerne des matières qui ne

pourraient autrement être autorisées dans le cadre des critères du changement de position tarifaire ou du procédé spécifique, mais n'affecte pas l'utilisation du critère de la valeur ajoutée : les matières non originaires doivent être incluses dans le calcul de la valeur maximale de matières non originaires à ne pas dépasser. Ainsi, l'accord entre le Canada et le Chili mentionne très clairement "*la valeur des matières non originaires ne subissant pas de changement de classification tarifaire"*.[5] Dans la plupart des ACR, l'énergie, les équipements et les outils servant à la fabrication de marchandises ne sont pas pris en compte dans ce cadre. La règle *de minimis* permet d'adoucir les critères du changement de position tarifaire ou du procédé spécifique, de sorte qu'il est plus facile aux produits contenant des matières non originaires de satisfaire aux conditions. Il faut donc en tenir compte pour juger du caractère plus ou moins restrictif d'un système.

Opérations insuffisantes

Indépendamment du critère principal utilisé pour définir une transformation substantielle, plusieurs ACR contiennent une liste séparée indiquant les opérations considérées comme insuffisantes en toutes circonstances pour conférer l'origine. Il peut s'agir d'une liste assez courte, comme dans l'Accord États-Unis-Jordanie (*opérations de simple regroupement et conditionnement, ou de simple dilution avec de l'eau ou une autre substance n'altérant pas matériellement les caractéristiques de l'article ou de la matière*)[6], ou dans l'accord du MERCOSUR (*assemblage, division en lots ou volumes, sélection et classification, marquage, assortiments de marchandises*). Dans ces cas la liste est souvent complétée par une disposition anti-contournement qui précise que toute opération visant manifestement à contourner les règles d'origine est considérée comme ne conférant pas l'origine (accord Canada-Chili par exemple). D'autres ACR (UE, AELE, ou ALEEC notamment) comportent une liste relativement détaillée d'opérations d'ouvraison ou de transformation insuffisantes, comme les mesures de protection pendant le transport et l'entreposage (ventilation, utilisation de sel ou de dioxyde de soufre, enlèvement des parties endommagées), les simples opérations de nettoyage, de rangement, de peinture, d'emballage, de marquage et d'étiquetage, d'assemblage ou d'abattage d'animaux.

Matières intermédiaires

Les apports de matières intermédiaires non originaires peuvent être traités de manière plus ou moins libérale. Le principe d'**absorption** ou de « capitalisation » permet aux matières qui ont acquis l'origine en satisfaisant aux exigences spécifiques de transformation de conserver cette origine lorsqu'elles sont utilisées comme ingrédients dans une transformation ultérieure (en d'autres termes, les matières non originaires ne sont plus prises en compte dans le calcul de la valeur ajoutée). Ce principe est largement utilisé dans les ACR de la zone de cumul européen (UE, AELE, ALEEC, voir plus bas) et contribue à simplifier l'application d'un système par ailleurs bien complexe. L'accord entre l'Union européenne et le Mexique dispose que "*si un produit qui a acquis le caractère originaire en remplissant les conditions fixées … est mis en œuvre dans la fabrication d'un autre produit, les conditions applicables au produit dans lequel il est incorporé ne lui sont pas applicables, et il n'est pas tenu compte des matières non originaires qui peuvent avoir été mises en œuvre dans sa fabrication*". De même, une marchandise peut acquérir le caractère originaire si elle est produite dans un pays de l'ALENA à partir de matières considérées comme originaires (qu'elles aient été entièrement obtenues ou satisfassent aux critères de changement de position tarifaire ou de valeur ajoutée), même s'il ne se produit pas de changement de position tarifaire entre la matière intermédiaire et le produit final.

En vertu d'autres dispositions (comme celles de l'ALENA en matière de textiles), il faut que les changements entre certaines positions tarifaires suivent un ordre spécifié pour que le produit soit admissible : dans le cas des vêtements, par exemple, un changement doit s'effectuer de fil à tissu puis

de tissu à vêtement. Cette méthode, qui se rapproche de celle qui s'appuie sur des procédés spécifiés, signifie que des vêtements fabriqués dans un pays membre de l'ALENA à partir de tissus qui y ont été tissés, mais qui utilisent des fils non originaires d'un pays membre de l'ALENA, ne peuvent être considérés comme originaires. Elle assure une protection contre des importations bon marché en provenance de pays non membres de l'ALENA, qui est peut-être supérieure à celle qui existait avant l'ALENA.[7] En outre, si une succession spécifiée de changements de position tarifaire doit s'appliquer, les producteurs sont incités à éviter les apports de matière non originaire, et il peut en résulter une réorientation des échanges au détriment des pays non participants.

Secteurs exclus et règles sectorielles spéciales

En plus de leurs règles d'origine d'application générale, certains ACR contiennent des règles spéciales dans certains secteurs sensibles. Ces règles d'origine propres à un secteur sont en général plus sévères que les règles d'application générale, n'autorisant – quand elles ne les interdisent pas complètement – que des apports limités de matières non originaires. Les deux secteurs qui donnent le plus souvent lieu à un traitement tarifaire préférentiel dans le cadre des ACR mais sont exclus des règles d'origine générales des ACR sont ceux des textiles et de l'habillement d'une part et de l'automobile d'autre part. Dans le secteur des produits agricoles, les règles d'origine spéciales sont beaucoup moins courantes, essentiellement parce que l'agriculture ne bénéficie généralement pas du même traitement libéral que d'autres secteurs dans le cadre des ACR (dans l'ALEEC, par exemple, une liste de concessions est établie pour les produits agricoles, tandis que les produits industriels bénéficient d'un calendrier d'élimination progressive des droits de douane). Dans les ACR qui comportent des règles d'origine sur les produits agricoles (c'est-à-dire la plupart des ACR utilisant le critère des procédés spécifiques, comme les accords de l'AELE et de l'UE avec des pays tiers), plusieurs de ces produits doivent être entièrement obtenus pour être admissibles : les matières non originaires ne sont pas autorisées car aucun procédé d'ouvraison ou de transformation ne peut leur conférer le caractère originaire.

Dans le cadre de l'ALENA, les règles concernant l'automobile comportent des conditions sur la teneur minimale en contenu local. Ce mécanisme est assez similaire à celui de la valeur ajoutée, sauf pour ce qui est du principe de "capitalisation" : une marchandise autre qu'un véhicule automobile produite à partir de matières non originaires acquiert l'origine par suite d'un changement de position tarifaire, mais en cas d'utilisation ultérieure, dans un véhicule automobile par exemple, la valeur des matières non originaires sera déduite lors du calcul de la valeur ajoutée de l'ensemble du moteur. Dans le secteur automobile, le pourcentage minimal de valeur régionale a été porté progressivement de 60 à 62,5 %, selon le type de véhicule (à partir d'un niveau initial de 50 % correspondant à la règle en vigueur dans le cadre de l'Accord de libre-échange États-Unis-Canada).

De même, les textiles et les vêtements font souvent l'objet d'une succession précise et très rigoureuse de changements de position tarifaire ou d'opérations de transformation qui décourage fortement l'utilisation de matières non originaires. Dans les ACR qui s'appuient essentiellement sur des critères de procédés spécifiques (par exemple l'AELE ou l'accord UE-Mexique), la précision et la succession des opérations qui permettent à la marchandise d'acquérir l'origine tend à n'autoriser les matières non originaires que si elles sont entièrement non transformées ou se trouvent à un stade préliminaire de transformation (voir ci-dessus pour les dispositions sur les textiles dans l'ALENA). Cependant, cette condition très restrictive est dans une certaine mesure atténuée par la tolérance d'un certain pourcentage de matière non originaire en vertu des règles *de minimis*. A la différence des règles *de minimis* d'application générale, la tolérance établie dans le secteur des textiles porte habituellement sur un poids maximal de matières non originaires (voir l'accord UE-Mexique).

Mécanismes de cumul

Le cumul joue aussi un rôle important dans l'admission des matières non originaires. Lorsque ce mécanisme est applicable, les producteurs peuvent utiliser des matières non originaires provenant de pays spécifiés sans perdre le statut préférentiel du produit final. La forme la plus élémentaire de cumul concerne les matières non originaires du pays qui vise à obtenir un traitement préférentiel mais provenant d'une autre partie à l'ACR (cumul *bilatéral* entre les membres d'un accord bilatéral, cumul *total* dans le cadre d'un ACR plurilatéral dont les parties sont considérées comme un seul territoire au regard des règles de traitement préférentiel). Le cumul consiste généralement dans le cadre des ACR à considérer les marchandises obtenues sur le territoire d'une ou plusieurs parties comme originaire du territoire couvert par l'ACR et bénéficiant d'un traitement tarifaire préférentiel. Ce traitement s'applique donc à la production dans plus d'un membre de l'ACR ou à la production d'un seul membre à partir de matières provenant d'un autre membre. Les règles d'origine de l'AELE considèrent ainsi comme "originaires" les produits obtenus à partir de matières originaires d'une autre partie de l'AELE. Les produits de l'UE transformés dans un pays bénéficiant de l'accès préférentiel sont considérés comme originaires de ce pays. Des règles similaires de cumul bilatéral ou total s'appliquent dans le cadre de l'ALENA, de l'ANZCERTA, de l'accord Canada-Chili et de l'accord UE-Mexique.

Le cumul *diagonal* permet aux matières fournies par certains pays qui ne sont *pas* parties à un ACR donné d'être considérées comme étant en provenance du territoire ACR. Les principaux exemples de cumul diagonal établi par des accords distincts entre les membres d'ACR « cumulés » sont l'accord sur l'Espace économique européen conclu entre les membres de l'UE et les pays de l'AELE qui n'ont pas rejoint l'Union européenne, ainsi que les accords européens conclus entre l'UE et les pays d'Europe en transition. Depuis 1997, un système de cumul européen fondé sur un réseau d'accords et de protocoles de "raccordement" entre les pays concernés a été établi entre l'UE, les pays de l'AELE, les pays d'Europe centrale et orientale, les États baltes, la Slovénie et la Turquie, et a harmonisé les règles d'origine préférentielles applicables. Le cumul européen permet désormais aux opérateurs économiques d'utiliser des ingrédients originaires de l'un quelconque des 30 pays participants sans perdre le statut préférentiel du produit final. Le cumul contribue donc de façon importante à étendre la portée géographique du système et la gamme des produits qu'il couvre et constitue un puissant facteur d'harmonisation. Cependant, certains pays membres de l'OMC considèrent que le cumul entre des ACR distincts, offrant le bénéfice des dispositions préférentielles de chaque ACR à certains non membres à l'ACR mais pas à d'autres, peut constituer une violation du principe NPF.[8]

Dispositions de "drawback"

L'un des aspects importants des règles d'origine des ACR (qui vient aussi contrebalancer l'effet d'expansion de l'ACR apporté par le cumul) est que les livraisons entre les partenaires de l'ACR ne sont plus considérées comme des "exportations" aux fins de la réglementation en matière de *drawback*. Cela signifie que les droits perçus sur les produits non originaires ne peuvent plus être remboursés lorsque ces produits sont incorporés dans des produits exportés vers les autres partenaires de l'ACR. Cette disposition exerce un effet dissuasif sur l'importation de certains composants en provenance de pays tiers et peut avoir le même effet de redéploiement des courants d'échanges qu'une règle d'origine restrictive. De telles interdictions figurent dans la plupart des ACR.

Règles d'origine en matière d'investissements et de services

Les ACR comportant des "règles d'origine" (ou clauses de refus des avantages) sur les investissements et les services sont peu nombreux. L'exemple le plus notable est celui de l'ALENA.

Les critères employés pour déterminer l'origine d'investissements ou de services sont assez différents de ceux qui sont appliqués pour les marchandises. Dans ce domaine, l'Accord adopte une position relativement libérale, si on la compare aux dispositions précédemment appliquées dans l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Canada. L'origine est conférée aux investissements effectués par tout résident ou toute entreprise d'un pays membre de l'ALENA, indépendamment du pays qui la détient ou la contrôle. Le chapitre sur le commerce transfrontières de services va encore plus loin puisqu'il étend les privilèges de l'ALENA à tout prestataire de services qui exerce des activités commerciales importantes dans un pays membre de l'ALENA. En d'autres termes, une partie peut refuser des avantages visés dans le chapitre relatif au commerce transfrontières de services à un prestataire de services dont l'entreprise se situe dans une autre partie seulement si elle peut établir que l'entreprise est détenue ou contrôlée par des personnes d'une tierce partie *et* que cette entreprise n'exerce pas d'activités commerciales importantes sur le territoire d'une partie *quelle qu'elle soit.* L'ALENA comporte aussi des « règles d'origine » (clauses de refus des avantages) préférentielles pour les investissements et les échanges de services. L'objectif de ces règles est avant tout de s'assurer que les non membres ne contournent pas les disciplines de l'Accord sur les investissements et les services en se servant de sociétés fictives.

NOTES

1. Il faut garder à l'esprit que les règles d'origine non-préférentielles de l'Union Européenne, en tant qu'union douanière, sont établies au niveau régional et non pas national.

2. La validité des règles d'origine provisoires du MERCOSUR a été prolongée jusqu'en 2006 au moins.

3. Pour un examen détaillé des avantages et des inconvénients de ces trois méthodes de détermination de l'origine, voir l'étude réalisée par le Secrétariat de l'OMC et intitulée "*Rules of Origin Regimes in Regional Trade Agreements*", Job n° (01)131 du 17 septembre 2001.

4. Il s'agit ici exclusivement des règles préférentielles de l'UE.

5. Des termes similaires se retrouvent dans l'ALENA et dans tous les autres ACR négociés depuis par le Canada.

6. Des termes similaires se retrouvent dans l'ALENA ou dans l'accord Canada-Chili.

7. Les règles de l'ALENA sur les textiles utilisent la condition de la "triple transformation" au lieu de celle de la "double transformation" (qui couvre seulement les intrants immédiats et non l'ensemble du processus de production) figurant dans l'accord de libre-échange Canada-États-Unis. Le Canada, dont la production de vêtements était assez dépendante des apports de pays tiers, a négocié des contingents de tolérance fondés sur les principales lacunes de son marché.

8. Voir "Règles d'origine dans les Accords Commerciaux Régionaux", OMC, Job n° (01)131, paragraphe 34.