

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de Pascal Lamy (séance du lundi 18 janvier 2016)

Pierre Delvolvé : À propos de la sanction du droit, vous avez manifesté un certain pessimisme au début de votre exposé en indiquant qu'il n'y avait finalement pas de sanction qui puisse s'imposer à un État qui ne respecterait pas une décision de justice rendue contre lui. Pourtant, dans des systèmes comme ceux de l'Union européenne avec la Cour de justice ou la Cour européenne des droits de l'homme, il existe des mécanismes qui permettent de garantir l'effectivité des décisions qui ont été rendues : actions de manquement sur manquement pour la Cour de justice, action du comité des ministres dans le cadre du Conseil de l'Europe. Il me semble qu'il y a là des éléments qui pourraient se développer dans le cadre de l'OMC.

Vous avez toutefois évoqué une sanction, tout en précisant qu'on l'appelait « rééquilibrage » afin d'éviter le mot « sanction ». C'est une sanction classique que nous autres juristes appelons en latin *exceptio non adimpleti contractus* et, en bon français, exception d'inexécution. Une partie qui n'est pas satisfaite de l'exécution d'un contrat par l'autre ne va pas exécuter tout ou partie de ses propres obligations.

Il y a donc des éléments nouveaux, mais aussi des éléments classiques dans le système que vous avez décrit.

Ma question porte sur les rapports de droits, entre le droit de l'OMC et deux sortes de droit que je crois pouvoir identifier comme relevant du droit public dans un

cas et du droit privé dans l'autre. Pour ce qui est du droit public, pourriez-vous préciser quelles relations existent entre le droit de l'OMC et le droit de l'Union européenne ? Vous avez en outre parlé des traités multilatéraux en droit commercial, du Traité transatlantique en cours de discussion. Quels sont les rapports entre le droit de l'OMC et ce type de traités ?

Pour ce qui relève du droit privé, quelles sont les relations entre le droit de l'OMC et la *lex mercatoria*, droit assez informel, mais qui est au cœur des relations commerciales d'entreprise à entreprise et au cœur du système d'arbitrage commercial international ?

Réponse : À mes yeux, le droit communautaire n'est pas du droit international mais un droit spécifique que je définis comme « liquide » par rapport au droit international que je nomme " gazeux"., Il est, en effet beaucoup plus effectif, parce qu'il est communautaire et il est communautaire parce qu'il est effectif.

La Convention de Vienne permet aux États signataires de traités que leurs cosignataires n'appliquent pas, à s'autoriser d'exceptions d'inexécution. Dans le cas de l'OMC, ce qui fait la différence, c'est que ceci résulte d'un processus juridictionnel. Il y a un procès dans lequel les parties s'opposent, avec un juge qui décide qui a tort et qui a raison.

Pour ce qui est du droit de l'OMC et du droit de l'Union européenne, en matière de commerce international, l'Union européenne est un souverain. En devenant un espace de régulation dans beaucoup d'autres domaines que les droits de douane, ce par quoi elle avait commencé, elle s'est imposée progressivement en souverain de plus en plus éminent dans l'échange commercial international. Il y a les mêmes relations entre l'Union européenne et l'OMC qu'il y a entre les États-Unis et l'OMC ou le Sri Lanka et l'OMC.

En ce qui concerne la négociation transatlantique, le TTIP, elle porte à 20% sur la protection et à 80% sur la précaution. Si l'accord aboutit, il faudra passer devant l'OMC pour s'assurer que les préférences que s'accorderont les États-Unis et l'Europe sont conformes aux critères que contient l'article XXIV GATT/OMC. Il s'agira en fait de ramener les droits de douane à zéro. En matière de précaution, la négociation sera plus compliquée parce que, dans ce domaine, la règle multilatérale est beaucoup moins constituée. Il y a deux accords à l'OMC qui portent sur la précaution, l'un s'appelle « accord sur les barrières techniques au commerce », l'autre « accord sur les barrières sanitaires et phytosanitaires », mais ils ne prescrivent pas de niveau de précaution. Ils se cantonnent à expliquer dans quelle mesure on peut recourir à la précaution pour établir un obstacle à l'échange. En termes simples, ces accords administrent l'inévitable zone grise entre protection et précaution.

Quant à la *lex mercatoria*, elle est totalement distincte du droit de l'OMC. Elle concerne le droit entre marchands alors que le droit de l'OMC concerne les rapports entre souverains.

*

* *

Yvon Gattaz : Vous avez parlé du GATT. Il m'est très cher car je m'en suis beaucoup occupé avec Jacques Delors lorsque les Américains en 1982-83 nous ont attaqués en disant que les Français ne connaissaient pas le GATT. Un sénateur était venu à Paris pour nous le dire. Avec Jacques Delors, nous avons alors décidé d'aller en délégation à Washington pour expliquer aux Américains ce qu'il en était et c'est

ainsi que j'ai commencé mon intervention devant l'aréopage américain en disant : « Avec mon patronyme, GATTAZ, je suis un Français qui connaît le GATT de A à Z ! ».

On a beaucoup parlé du climat dernièrement et les entreprises françaises sont directement concernées. Est-ce que l'OMC se préoccupe également de ces questions et quel rôle peut-elle jouer actuellement dans le monde sur ce sujet ?

Réponse : Oui, l'OMC se préoccupe du climat comme l'atteste son préambule de 1994, qui vise explicitement la contribution de l'échange international au développement durable.

Le lien est donc bien établi, dans l'économie puisqu'une des vertus de l'ouverture de l'échange international est un usage plus efficient des facteurs de production, des ressources rares – et donc des ressources naturelles. La division internationale du travail doit aboutir à un usage plus efficient de ces ressources, à une condition que les économistes connaissent bien : que les externalités associées à l'usage de ces ressources soient correctement reflétées dans les prix. Or chacun sait que tel n'est pas le cas.

Pour résoudre la solution aux problèmes du changement climatique, les économistes proposent de mettre le prix de la tonne de CO₂ au niveau du dommage que l'émission de CO₂ provoque dans les couches atmosphériques et le marché s'ajustera automatiquement. Mais même si la COP21 a beaucoup progressé dans ce sens, nous savons que la fixation d'un prix mondial de la tonne de carbone n'interviendra pas de sitôt.

L'argument selon lequel l'échange international est nuisible pour la planète en raison du volume des transports n'est pas vérifié dans la réalité. La raison en est

simple : 90% environ du commerce mondial se fait en transport maritime, le moins émetteur de CO₂.

*

* *

Jacques de Larosière : Le monde qui a quitté le système de Bretton Woods il y a déjà plusieurs décennies est un monde de change très variable. Du point de vue du Directeur général de l'OMC, quelle est votre réaction face à la possibilité de voir des monnaies très importantes s'apprécier ou se déprécier, parfois jusqu'à 10%, alors que vous avez tellement travaillé pour ramener les 20 ou 30% de droits de douane à 5% ?

Réponse : Les textes de l'OMC, qui sont ceux du GATT, et les textes du FMI datent en effet d'une époque où les taux de change étaient fixes. Les interpréter aujourd'hui dans un monde de taux variables serait effectivement un exercice très délicat. Ça n'a jamais été testé car il n'y a pas eu à ce jour de contentieux sur ce point. Mais un État pourrait venir devant le tribunal de l'OMC pour accuser tel autre État de manipuler sa monnaie à des fins de protection ou de dumping.

Si cette situation s'est pas encore produite, c'est sans doute parce que les déterminants de la compétitivité à moyen-long terme ne sont pas le taux de change, d'autant qu'il faut apprécier le taux de change réel effectif, c'est-à-dire corrigé de l'inflation et pondéré par la provenance et la nature des échanges. On sait que le renminbi a fait l'objet de polémiques sur sa valeur, alors que sur 30 ans, en taux réel moyen pondéré par les échanges, il est resté aussi stable que l'euro et le dollar.

Je dirais trivialement que la relation entre une économie et sa monnaie est semblable à celle d'un maître qui promène son chien. Ils quittent toujours la maison ensemble, le chien gambade devant ou derrière, mais tous deux rentrent toujours ensemble.

*

* *

Jean-Claude Casanova : Il y a peu de domaines où il y ait une aussi étroite relation entre la découverte d'une idée et sa réalisation historique. Ce qu'Adam Smith, à la fin du XVIII^e siècle, a dit : « Il y a une variable essentielle, c'est le progrès technique qui, déterminant les prix relatifs, conditionne l'échange. » et ce qu'il a ensuite ajouté : « À partir du moment où l'espace politique et l'espace économique diffèrent, l'espace politique doit s'adapter », c'est exactement ce qu'ont fait le GATT et l'OMC en une soixantaine d'années.

Après cette considération, je vous poserai deux questions liées à la négociation politique, par rapport à ce que vous avez appelé « l'uniformisation des règles ». Est-il possible de faire une typologie des résistances ? En effet, je suis impressionné par la persistance des résistances techniques qui ne reposent pas sur l'opinion. Prenons l'exemple du phare jaune. Pendant 70 ans, l'administration française a déclaré que le jaune était plus clair que le blanc. Puis, quand les consommateurs français ont eu le libre choix, le jaune a été éliminé en pratiquement un an. Un autre exemple est celui des prises électriques. Pourquoi ne sont-elles pas uniformes ? L'opinion n'y est pour rien. Il y a manifestement une résistance bureaucratique ou technocratique.

Ma seconde question concerne le modèle de négociation. Vaut-il mieux procéder par une grande négociation collective ou, au contraire, procéder par des accords différenciés ? Par exemple, l'accord européen-américain n'est-il pas décisif pour l'avenir dans la mesure où un accord entre les États-Unis et l'Europe contraindra les autres à choisir, compte tenu du poids relatif de l'ensemble « États-Unis+Europe » ?

Réponse : Sur la première question, il y a effectivement des forces qui jouent dans des directions différentes. Mais l'expérience prouve que les changements se déclenchent lorsque les producteurs de biens et de services se rendent compte de l'avantage qu'ils auraient à réaliser l'économie d'échelle résultant de l'harmonisation. Mais il y a d'autant plus de résistance à ces changements qu'ils ont des coûts, des coûts "enfouis", disent les économistes, il s'agit d'un arbitrage entre les économies d'échelle et les coûts d'ajustement. Passer sur deux ou trois ans des phares jaunes aux phares blancs fut simple parce que les voitures se renouvellent mais s'il fallait changer toutes les prises électriques, ce serait plus compliqué. Les blocages viennent souvent de questions très techniques.

En ce qui concerne le modèle de négociation, tout dépend du sujet. L'ouverture de l'échange consistant à réduire les obstacles à l'échange, je partage l'avis de feu Deng Xiao-Ping : peu importe la couleur du chat, dès lors qu'il attrape des souris, c'est un bon chat. Que ce soit le multilatéral, le régional ou le bilatéral qui réduise les obstacles aux échanges, l'essentiel est qu'ils le soient.

*

* *

Jean-Claude Trichet : J'ai beaucoup apprécié le développement que vous venez de faire sur le multilatéralisme, le régionalisme et le bilatéralisme. Je n'avais en effet jamais entendu dans votre bouche ce que j'entends dans toutes les réunions internationales auxquelles je participe, à savoir que le multilatéralisme est mort de par la volonté des principaux partenaires et que l'on a par là-même tué l'OMC. J'ai trouvé très convaincants vos propos sur le changement de paradigme avec le passage de la protection à la précaution.

Est-il réellement perdu pour l'OMC d'avoir une franchise fondamentale en matière de précaution ? Faut-il réellement passer maintenant par le régionalisme ou le bilatéralisme pour arriver à déborder ensuite sur le monde entier, via évidemment l'OMC ? Ou y a-t-il encore un espoir d'avoir une OMC qui serait un véritable lieu de négociation directe de la précaution ?

Réponse : Je pense du multilatéralisme ce que Mark Twain disait de l'annonce de sa mort : qu'elle est grandement exagérée. Ce qui compte pour l'OMC, c'est l'ouverture des échanges. Les échanges sont-ils plus ouverts aujourd'hui qu'il y a dix ans ? Oui. Étaient-ils plus ouverts il y a dix ans qu'il y a vingt ans ? Oui. Donc, l'évolution se fait dans la bonne direction.

Sur l'administration de la précaution, ma réponse est qualifiée. D'abord parce que l'expertise sur la précaution ne se trouve pas à l'OMC. À l'OMC on négocie des niveaux de droits de douane ou des plafonds de subventions, mais on ne négocie pas les niveaux de pesticides dans les fleurs coupées ou la dose de chlore acceptable dans un poulet. Ce sont des régulateurs qui s'occupent de ces questions. Il existe par exemple un Office international de la santé animale, basé à Paris, qui définit très précisément ce qu'est une vache atteinte de fièvre aphteuse et quelle est la mesure à

prendre lorsqu' un cas est détecté. De même il existe un processus commun à la FAO et à l'OMS, le *Codex alimentarius*, qui définit les standards de qualité sanitaire des aliments.

Donc à supposer que ces négociations se passent de manière multilatérale, elles n'auraient pas lieu à l'OMC.

Par contre, je pense que, dans ce domaine, l'OMC devrait être dotée d'un mandat, de surveillance, d'organisation des processus de convergence réglementaire, de sorte que 'ils ne comportent pas de risques de discrimination excessive.

Mais il serait encore plus important que l'OMC soit doté d'un mandat en matière de précaution. Jusqu'à présent, j'ai raisonné dans un monde où les normes de précaution sont des normes publiques. Or ces normes de précaution deviennent de plus en plus des normes privées. Si Carrefour et Walmart se font concurrence sur le thème « Je suis plus le vert », Carrefour va établir une norme de pesticides pour les fleurs plus rigoureuse que le standard normal et le producteur rwandais de fleurs devra s'aligner sur cette norme, au risque de perdre le marché.

Je crois aussi qu'un accord devrait définir les rapports entre protection et précaution pour les services comme on l'a fait pour les biens.

*

* *

Mireille Delmas-Marty : Il me semble que vous n'avez pas évoqué l'incidence du droit de l'OMC sur les droits sociaux. Est-ce que ça entre dans la question des préférences collectives ou plutôt dans le schéma général ? Il y a quelques

années avait été posée la question de la clause sociale et l'OMC, si mes souvenirs sont exacts, avait répondu que cette question relevait de l'OIT. Le problème est que la symétrie entre l'OMC et l'OIT n'est qu'apparente. L'OIT est certes beaucoup plus ancienne que l'OMC, mais elle a beaucoup moins de pouvoir. Elle est encore dans l'inter-national et pas encore dans le supra-national. Il en résulte que l'intégration des normes OMC se fait beaucoup plus vite que celle des normes OIT. Comment abordez-vous cette question et de quelle façon pensez-vous qu'il soit possible de réduire les effets pervers ?

Réponse : La complexité de la question tient, d'une part, au fait que la régulation des standards sociaux est un exercice très différent de celle des droits de douane ou de la précaution et, d'autre part, au fait qu'un aspect fondamental du système westphalien est mis en jeu, à savoir la capacité des États membres de la communauté internationale, de ne pas se comporter de manière cohérente, au nom de la souveraineté. Il m'est arrivé de définir la souveraineté comme le monopole de l'incohérence, confirmé par le fait que les États membres de l'OMC sont d'accord pour que l'OMC soit observatrice à l'OIT, alors que les États membres de l'OIT ne sont pas d'accord pour que l'OIT soit observatrice à l'OMC. Or ce sont les mêmes États dans les deux cas!

L'OIT dispose d'une capacité de régulation des standards sociaux, mais par la voie du plus petit commun dénominateur. Comme le stipule sa charte, elle a, en théorie, les moyens d'administrer ces standards, y compris par un mécanisme de règlement des différends mais il n'a jamais été mis en œuvre.

Il n'est pas exact que l'OIT ait, en principe, moins de pouvoir que l'OMC. Mais il est indéniable que les États membres de l'OIT n'ont pas le même niveau

d'ambition en matière d'harmonisation des normes sociales qu'ils l'ont, à l'OMC, en matière d'organisation des normes commerciales. De plus, dans la hiérarchie des normes internationales ou encore des " biens publics globaux", les droits des travailleurs ne sont pas mis au même niveau aujourd'hui que la santé et l'environnement.

Selon moi, les questions de bien-être social se poseront à nouveau. Si le capitalisme de marché globalisé est obligé de se mettre d'accord sur des normes de bien-être des animaux pour des raisons commerciales, il faudra bien, tôt ou tard se pencher sur des normes qui régissent les conditions de vie faites aux humains!

*

* *

Georges-Henri Soutou : L'une des dispositions essentielles, si j'ai bien compris, du Traité transatlantique serait que les entreprises pourraient attaquer les États directement devant des tribunaux. Vous avez dit que dans le cadre de l'OMC actuel seuls les États peuvent attaquer. En conséquence, quelles pourraient être les répercussions de cette innovation sur ce statut ?

Il semblerait que certains envisagent de réduire le droit de veto ou le principe du consensus au sein de l'OMC, en particulier parce qu'il a été constaté que l'Inde avait trop souvent bloqué des négociations en cours du cycle de Doha. Qu'en est-il à votre connaissance ?

Réponse : Le recours direct des entreprises contre les Etats n'est pas une novation. C'est le cas depuis très longtemps, notamment dans le cadre de l'Accord de

libre-échange nord-américain qui date des années 90. Je rappelle qu'il n'existe pas de régime multilatéral en matière d'investissement et que, jusqu'au Traité de Lisbonne, la compétence communautaire qui a cours en matière commerciale depuis le Traité de Rome n'existait pas en matière d'investissement. C'est pourquoi dans la négociation transatlantique est soulevée la question d'un accord investissement qui ouvre le droit à des entreprises d'attaquer des Etats au cas où une entreprise ayant investi dans un pays considère que telle ou telle mesure d'ordre public, réglementaire ou législative, prise par l'État, lèse ses intérêts dans des conditions pouvant donner lieu à dédommagement.

On peut se demander pourquoi les dispositifs contentieux normaux ne suffiraient pas. Pour quelles raisons une entreprise européenne n'irait-elle pas devant les tribunaux américains si elle estime que le gouvernement américain lèse ses intérêts, et vice-versa ? On peut répondre que l'entreprise européenne pourrait douter d'une totale équanimité du juge américain, tout comme l'entreprise américaine en celle des juges européens. Telle est la position, implicitement, des deux côtés de l'Atlantique. D'où la nécessité d'un canal contentieux dédié spécifiquement à ce type de litige, de type "arbitrage".

Sur le droit de veto, existe une très grande différence entre l'unanimité et le consensus. A l'unanimité, il faut recueillir l'accord explicite de tout le monde, et s'il manque un seul accord, cela s'appelle un veto et la décision n'est pas prise. Le consensus se constate. Si dans l'unanimité celui qui oppose son veto n'a pas à le justifier, dans le consensus, celui qui s'oppose à la décision devra exposer les motifs de son opposition.. Il est donc plus compliqué de s'opposer dans un processus par consensus, en raison de la pression collective, que dans un processus par unanimité.

A l'OMC, je ne crois pas que le consensus, soit l'obstacle principal à l'élaboration de nouvelles règles. D'ailleurs, si à Nairobi les Indiens ont tenté de jouer

leur partition singulière, il n'en est pas résulté grand-chose. Les vrais problèmes qui compliquent l'adoption d'une série de règles multilatérales en matière d'ouverture des échanges tiennent plutôt à la nature des sujets, à la procédure législative et à tel ou tel désaccord entre de grands joueurs qu'à la façon dont les décisions sont prises. L'échange international est un domaine dans lequel on imagine mal qu'un veto mette les États Unis, la Chine ou l'Union européenne en minorité

* *