

**Académie des sciences morales et politiques**  
**Paris – 18 janvier 2016**  
**« L'Organisation mondiale du commerce et le droit »**  
**Pascal Lamy**

Mon premier point consistera à montrer que le droit de l'OMC est, par rapport au droit international ordinaire, quelque peu dopé. C'est une sorte de « droit international + ».

Je m'attacherai ensuite à comprendre pourquoi ce droit international, déjà plus avancé que le droit international normal, devra poursuivre cette trajectoire dans l'avenir, pour des raisons intrinsèques aux mutations des échanges internationaux.

\* \* \*

L'OMC est d'abord un corpus de règles qui sont administrées ; c'est un avant-poste de la gouvernance internationale et du droit international. Du droit international au sens classique du terme, c'est-à-dire westphalien, celui qui régit des rapports entre souverains. En l'occurrence depuis le XIV<sup>e</sup> siècle avant Jésus Christ, lorsque le premier traité de commerce fut contracté entre le pharaon Aménophis IV et le roi d'Alasia, la Chypre actuelle. Depuis lors, des souverains négocient et lorsqu'ils se sont mis d'accord sur l'équilibre des concessions qu'ils échangent, à l'issue de processus diplomatiques, ils signent un traité du commerce.

L'OMC repose sur les mêmes fictions juridiques que le droit international public, et notamment celle de l'égalité des parties. Il y a aussi la même mise en œuvre des obligations entre les mains d'acteurs souverains que dans le droit international classique. Et ce même concept que ce qui est juste n'est pas immanent mais bien plutôt contingent. Ce qui est juste dans le droit commercial international et dans le droit de l'OMC, n'est pas ce que nous pourrions considérer comme juste, au nom de valeurs suprêmes communes. Ce qui est juste, c'est ce que des parties diplomatiques, à un moment donné, s'accordent à considérer comme juste. Autant pour le juste échange!

Le droit de l'OMC est donc un droit inter-national classique, qui s'exerce entre États-nations, la nation étant la fiction qui habille l'État.

Mais le droit de l'OMC, le système juridique qu'il constitue est aussi plus avancé à bien des égards que le droit international classique dont il est une part. Il est plus supra-national que le droit ordinaire. D'abord parce qu'il est constitué d'une somme de règles extrêmement précises et sans

équivalent dans d'autres domaines où la vie internationale est régulée. Ensuite parce que les mécanismes de mise-en-œuvre des obligations contractées par les États-nations souverains sont ici nettement plus sophistiqués, qu'il s'agisse de la surveillance par les États membres de l'OMC de la mise-en-œuvre de leurs obligations respectives ou de la grande originalité de l'OMC, que constitue son mécanisme de règlement des différends.

Si l'on compare l'OMC à l'Organisation mondiale de la santé, à l'Organisation météorologique internationale ou à l'Organisation internationale du travail, l'OMC dispose d'organes dont la particularité est d'exercer sur le comportement individuel des États membres une pression beaucoup plus forte qu'ailleurs.

Ce qui distingue surtout l'OMC des autres organisations de la régulation internationale, que ce soit en matière économique ou dans d'autres domaines, c'est son mécanisme de règlement des différends, « le joyau dans la couronne » disent les commentateurs, où le Rubicon de la supranationalité a été franchi, ce qui n'est le cas dans aucun autre domaine du droit international westphalien. Rien ne peut obliger un État-nation souverain à respecter une décision de justice dans le système international classique, s'il ne le souhaite pas. Les juristes prétendent que les décisions de la Cour de La Haye sont obligatoires; à quoi je réponds que si elles ne sont pas appliquées, c'est qu'elles ne sont en réalité, pas obligatoires. À l'OMC, il en va différemment puisqu'en cas de contentieux, si une partie perd un procès, elle doit obtempérer sous peine de se voir infliger ce qu'on peut appeler des *sanctions*. Ce dispositif revêt d'élégantes formes westphaliennes : il n'est pas question de sanctions, mais d'un « rééquilibrage des concessions ». Si un membre perd un litige et ne se conforme pas à la décision du juge, il provoque ainsi un déséquilibre des concessions que le partenaire de l'échange est autorisé à rétablir de son propre chef. Même respect de la forme westphalienne pour prendre les décisions contentieuses à l'OMC, qui passent par un système de première puis de deuxième instance. Ces décisions contentieuses sont prises par les membres. Lorsque le GATT est devenu OMC en 1994, il fut décidé que le principe du consensus serait maintenu pour prendre des décisions contentieuses mais en précisant dans une notule que la partie perdante ne pourrait s'opposer au consensus. On remarque l'astuce diplomatique du procédé! C'est ainsi que le droit de l'OMC est devenu beaucoup plus mordant que celui prévalant dans le reste du système international.

Il conserve néanmoins une part de sa nature westphalienne, en ce que seuls des États peuvent attaquer des États. À l'OMC, une entreprise ne peut mettre en cause un État. Il en va différemment en matière de protection des investissements, mais l'investissement n'est pas le commerce et n'est régi ni par un régime multilatéral ni par l'OMC.

Avec le système de l'OMC, le sens commun est confronté à un paradoxe en ce sens qu'il s'agit d'un système inter-étatique qui discipline l'échange commercial international bien que les États ne commercent pas. Ce sont les entreprises, les acteurs économiques qui échangent. Mais les États ont toujours veillé à protéger leur capacité à prélever une taxe quand une frontière est franchie par une marchandise.

Contrairement à une opinion répandue, ce n'est pas un système uniforme. À l'OMC, les régimes commerciaux des quelque 160 membres ne sont aucunement identiques. Le principe n'est pas que tout le monde ait le même système commercial, mais qu'il soit appliqué par chacun de la même manière à tous les partenaires à l'échange. C'est ce qu'on appelle la clause de la nation la plus favorisée.

Le droit de l'OMC n'est pas le seul à discipliner l'échange commercial international. L'OMC occupe la partie multilatérale de l'édifice, mais les États souverains gardent la capacité de contracter d'autres obligations au plan régional ou bilatéral. On a donc des disciplines « OMC+ » ou « OMC++ », par exemple lorsque des États s'accordent des préférences bilatérales et pour lesquelles ils doivent en principe obtenir le feu vert de l'OMC puisque c'est une dérogation au principe déjà énoncé, selon lequel le même régime s'applique à l'ensemble de ses partenaires commerciaux.

Le droit de l'OMC est aussi totalement immergé dans le reste du droit international. L'ouverture des échanges, la base idéologique du droit de l'OMC est considérée comme un vecteur de croissance et de développement. J'ai développé ce thème ainsi que les conditions dans lesquelles l'ouverture des échanges contribue au bien être dans un ouvrage intitulé "Le Consensus de Genève", qui est paru en anglais lorsque j'ai quitté l'OMC. J'y expose l'idée que l'ouverture des échanges ne prime pas sur d'autres objectifs, en matière de sécurité, de santé, ou d'environnement dont la légitimité peut être supérieure. Le système juridique de l'OMC, depuis sa création, stipule que l'ouverture des échanges est un moyen à des fins de développement soutenable des économies et de l'emploi. Cela fait d'ailleurs partie du préambule des accords qui ont institué l'OMC en 1994. La jurisprudence de l'organe d'appel de l'OMC a maintes fois confirmé ce principe que le droit de l'OMC n'est pas « en isolation clinique », pour reprendre les termes d'un arrêt célèbre, par rapport au reste du droit international. On notera au passage que les diplomates tiennent à ce que l'on parle *d'organe d'appel* et non de *cour d'appel* qui fleure trop une supranationalité suspecte à leurs yeux.

Notons enfin que le fait d'avoir un droit commercial international plus élaboré et, plus contraignant, ne présente pas que des avantages. Il a notamment deux inconvénients. D'abord un mécanisme de règlement des différends aussi puissant exerce parfois un effet paralysant sur l'élaboration de la

règle de droit. Les diplomates, qui ont beaucoup de mal à se mettre d'accord, ont encore plus de difficultés à s'entendre lorsqu'ils sont entourés de juristes qui leur disent : « Attention à ce point-virgule ici et à cette virgule-là, votre phrase ne n'aura pas le même sens lorsqu'elle devra être interprétée au contentieux par le juge OMC. »

De fait, les diplomates du GATT, avant que le mécanisme de règlement des différends ne devienne contraignant tombaient d'accord plus vite que ceux de l'OMC.

Il existe un autre inconvénient: Il s'agit de l'effet magnétisant qu'exerce sur certains contentieux cet efficient système de règlements de différends. On aura tendance à porter à l'OMC des différends qui n'ont pas de lien direct avec la fluidité de l'échange international, parce qu'on a la certitude d'obtenir une décision obligatoire.

Voilà donc en quoi ce droit, en son état actuel se distingue et s'apparente à des principes que nous connaissons.

\* \* \*

Selon moi, ce droit de l'OMC va devoir poursuivre son évolution, vers d'avantage de supranationalité. Ce qui est « droit international + » aujourd'hui ne manquera pas de devenir « droit international ++ » dans l'avenir, parce que l'échange international a fondamentalement changé de nature au cours des dernières décennies.

Dans le passé, l'échange international consistait schématiquement en un échange entre un pays qui produisait et un autre qui consommait, ce flux donnant lieu à une importation, c'est-à-dire à une exportation. Cet échange international a changé fondamentalement et poursuit sa métamorphose sous l'effet de la technologie en ce sens que les processus de production de biens et de services se multilocalisent au long de chaînes de valeur. Le produit qui autrefois, était produit dans un pays et exporté dans un autre pays qui le consommait, est aujourd'hui produit en moyenne dans 5 ou 10 pays. Cette réalité concerne autant les biens que les services. En matière de biens, plus des deux tiers du commerce international aujourd'hui ne sont que des parties de biens, des biens intermédiaires, des composants dont l'assemblage, à un moment donné, donne un produit final. Il en va de même en matière de services.

La multilocalisation croissante de production des biens et des services va se poursuivre mais à un rythme plus lent, car après 30 années d'expansion rapide de ces chaînes de valeur, nous entrons dans une phase où les progrès sont moins rapides, même si la direction ne varie pas, grâce aux

progrès de la technologie qui amenuisent toujours davantage le coût de la distance. Ce qui importe dans l'économie internationale, n'est pas la distance mais son coût. Ce coût ainsi écrasé, facilite la division internationale du travail et les bons vieux principes de Messieurs Riccardo et Schumpeter prennent une actualité qu'aucun de ces deux économistes n'aurait jamais pu imaginer. La division internationale du travail se renforce à partir du moment où disparaissent les frottements liés au coût de la distance qui la limitaient autrefois.

Cette considérable évolution de l'échange international a une conséquence majeure pour la régulation de l'échange international, et sur la pertinence de mesures dont l'objectif était de protéger des producteurs contre la concurrence étrangère, si tant est qu'elle ait été démontrée dans le passé. Le bien-fondé de ces dispositifs disparaît au fur et à mesure que le contenu en importations des exportations augmente. En d'autres termes, et pour traduire la multilocalisation des processus de production: il y a 20 ans, le contenu moyen en importations des exportations dans le monde était de 15%; aujourd'hui, il l'est de 25%; dans 20 ans, il sera de 40%. Du jour où une part importante de nos exportations sont des importations auxquelles est ajoutée de la valeur, crier haro sur les importations n'a pas ou n'a plus de sens commun. Il serait insensé de détériorer soi-même la compétitivité de ses exportations en taxant ses importations. Pour cette raison essentielle, les obstacles à l'échange qui existaient autrefois, comme les droits de douane, les subventions, les quotas, etc. – dont l'objectif était de protéger les producteurs de la concurrence étrangère – diminuent peu à peu pour faire place à des obstacles d'une autre nature et qui proviennent non pas de la nécessité ou de la volonté de protéger les producteurs, mais de la nécessité ou de la volonté de protéger les consommateurs. C'est ce que j'appelle le passage de la protection à la précaution.

Ce passage s'explique par le fait que la pauvreté des hommes régresse. Moins on est pauvre, plus on acquiert le droit de rêver, indissociable de celui de cauchemarder. Moins on est pauvre, plus on a la possibilité de se préoccuper de santé ou d'environnement. Ces préoccupations nouvelles font monter le désir, le besoin et le niveau de la précaution. Mais les niveaux de la précaution sont hétérogènes, parce qu'ils reflètent des préférences collectives souvent fortement teintées d'idéologie, de culture, de valeurs. Alors que dans le monde précédent, il s'agissait d'éliminer des mesures pour protéger le producteur, en matière de précaution, il ne peut être question d'éliminer la mesure, qui peut concerner des domaines aussi essentiels que la santé. Dès lors, la réduction des obstacles à l'échange consiste à réduire non plus la mesure mais la différence entre les mesures.

Si l'on oppose l'ancien monde de la protection au nouveau monde de la précaution, le premier se chiffre aujourd'hui par un droit de douane moyen pondéré mondial d'environ 5%. Le nouveau monde de la précaution se chiffre par un coût moyen mondial d'ajustement à la charge des producteurs à

différents systèmes de précaution de l'ordre de 20%. Aujourd'hui la différence d'administration de la précaution est 4 fois plus coûteuse pour le commerce international que l'administration de la protection. Ce sont des normes, des standards, des processus de certification, des processus d'homologation, c'est la sécurité des jouets, des briquets, des fleurs coupées et de l'utilisation de pesticides, des équipements automobiles, c'est la réglementation des banques et des assurances, la protection des données privées, de tout ce qui est prudentiel et de l'ordre de la précaution.

Prenons l'exemple des pare-chocs, petits en Europe et gros aux États-Unis. Les autorités de régulation de la sécurité routière aux États-Unis établissent après des tests sur les voitures que des gros pare-chocs sont nécessaires pour protéger les passagers. En Europe, les autorités de régulation de la sécurité routière font des tests et trouvent que de petits pare-chocs suffisent à protéger les passagers. Cela tient au fait que les ingénieurs n'utilisent pas les mêmes tests des deux côtés de l'Atlantique. Supposons que la bonne solution soit que tout le monde ait des moyens pare-chocs parce qu'il coûterait moins cher d'équiper toutes les voitures de moyens pare-chocs, il faudra que les autorités de la sécurité routière américaines et européennes se mettent d'accord sur des "crash tests" similaires. Il serait donc judicieux de rechercher dans ce cas ce qui s'appelle la convergence réglementaire. Ce qui ne devrait pas poser de difficultés majeures de mise-en-œuvre. Il en va de même pour la mise sur le marché des médicaments ou pour la sécurité des jouets ou des briquets, sans connotation idéologique marquée. En revanche, quand on en vient à parler OGM, bien-être des animaux ou protection des données privées, on se heurte à des difficultés beaucoup plus grandes, parce que les points de vue découlent de postures idéologiques, philosophiques, culturelles, parfois religieuses (dans le cas du bien-être des animaux et du commerce de la viande). Or la convergence réglementaire échappe aux mains des négociateurs commerciaux et, d'autre part, il ne s'agit plus d'une négociation car il ne peut y avoir d'échange de concessions. Si par malheur on donne l'impression que l'on négocie la précaution, il arrive ce qui se produit en Allemagne en ce moment, à propos de la négociation transatlantique en cours, à savoir que 70% de l'opinion allemande y est opposée. L'Allemagne n'est pas devenue protectionniste. Mais elle est très sourcilleuse sur le chapitre de la précaution. Ce n'est pas un hasard si elle a vu naître l'écologie politique !

Ce changement constitue un défi redoutable pour le système OMC, et pour le droit du commerce international parce que ce que j'ai dit de la sophistication internationale dans le monde de la protection ne vaut pas forcément dans celui de la précaution. Les raisons en sont multiples. Il est beaucoup plus difficile de faire du multilatéral dans la précaution que ça ne l'est dans la protection. D'abord, les régulateurs multilatéraux de la précaution sont très peu nombreux. Ensuite, le niveau de la précaution est déterminé par celui qui a le niveau de précaution le plus élevé.

Tout ce qu'il y avait de règles de droit international classique perd donc beaucoup de sa valeur quand on aborde des sujets plus directement en lien avec les préférences collectives de différents pays, voire même de différentes civilisations. Le contentieux entre les Européens d'un côté, les Canadiens et les Norvégiens de l'autre à propos des bébés phoques a fourni un bon exemple de points de vue difficilement conciliables. Les Européens en ont interdit l'importation de viande et de fourrure en raison de l'émoi suscité par les images télévisées de bébés phoques tués sur la banquise. Les Inuits qui pratiquent cette pêche depuis des siècles dans des conditions écologiques normales selon eux pensent que les Européens ne visaient qu'à les priver de leur unique gagne-pain.

C'est vers des exemples de ce type que l'on se dirige et il va falloir que le droit international intègre ces préférences collectives de manière beaucoup plus profonde. Dans l'ancien monde, on pouvait vivre les uns à côté des autres sans que ces questions de culture, de valeurs, de normes, en ce qu'elles sont liées à des préférences collectives, posent des problèmes. Maintenant, l'échange s'approfondissant, la globalisation s'accéléralant, nous allons devoir traiter ces questions. La logique fondamentale du capitalisme de marché globalisé consiste, quoi qu'on en pense, à générer des effets d'efficience et donc à réduire les différences. Et pour réduire les différences, il va falloir aller plus loin dans l'intégration normative et donc dans le droit du commerce international, ce qui n'est pas sans danger. Il est en effet beaucoup plus intrusif de déterminer la bonne manière de tuer des animaux pour manger leur viande que quand il s'agit de déterminer le bon droit de douane sur la ferraille ou sur les vélos.

\* \* \*

Cette évolution m'inspire, pour conclure, deux observations.

La première consiste à se demander pourquoi est-ce dans le domaine de l'échange international que le droit international a dû aller le plus loin. Ma réponse est qu'une régulation correcte de l'échange international est plus essentielle au bon fonctionnement du capitalisme de marché que d'autres régulations, comme celle des droits de l'homme. Même si les droits de l'homme sont reconnus par le droit international, leur violation, ici ou là, n'entraînera pas les mêmes conséquences pour le capitalisme de marché globalisé. Nous savons que le droit appartient aux superstructures. Mais dans l'échange international, ce sont les infrastructures qui sont déterminantes. Dans les vagues de globalisation qui se sont succédé au cours de l'histoire, ce sont les sauts technologiques qui ont, en général, révolutionné les modes de transport et qui ont exercé la plus forte influence sur l'échange international et sur la division internationale du travail.

Deuxièmement, si j'ai raison dans la projection que je fais de l'échange international, nous devons nous accoutumer à une intégration normative plus forte, plus intrusive, plus complexe, avec une sorte de continuum entre le droit national domestique et ce droit international que Badie appelle du « droit intersocial » par opposition au droit international traditionnel. C'est comme s'il s'agissait, du point de vue juridique, de constituer une société globale qui ne soit plus cloisonnée par des murs idéologiques comme le permettait le système westphalien. Il en va, à terme, de la légitimité du processus de globalisation.