

### § 3 - L'Organisation Mondiale du Commerce

*Gabrielle Marceau<sup>1</sup> et Aline Doussin<sup>2</sup>*

1. L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) est née le 1er janvier 1995 mais le système qu'elle représente a presque un demi-siècle de plus. Les principes qui sous-tendent le système commercial multilatéral actuel datent de la fin de la seconde guerre mondiale, à une époque où beaucoup estimaient que la crise des années 1930 et, dans une certaine mesure la guerre elle-même, avaient été provoquées par les politiques commerciales dites du "chacun pour soi". Afin de ne pas réitérer les erreurs du passé il fallait donc renforcer le multilatéralisme, ce qui en matière commerciale signifiait réduire les obstacles au commerce pour stimuler les échanges et reconstruire l'économie des pays détruits par la guerre. Tels étaient les objectifs de la Chartre de La Havane, qui en 1948 prévoyait la création de l'Organisation Internationale du Commerce (OIC) devant constituer le troisième pilier de l'ordre économique mondial avec le Fonds Monétaire International et la Banque Mondiale. Dans le cadre de ces discussions, une quarantaine de pays entamèrent des négociations multilatérales visant à l'abaissement des restrictions les plus caractérisées au commerce - les droits de douane - jetant ainsi les bases de ce qui allait devenir l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ou « GATT » (General Agreement on Tariffs and Trade). Celui-ci devait éventuellement être intégré dans la Chartre de la Havane, mais cette dernière ne vit jamais le jour, faute de ratifications suffisantes, notamment par les Etats-Unis. Pendant près de cinquante ans, le GATT, initialement adopté sur une base provisoire, allait être le seul accord international à vocation « mondiale » disciplinant les comportements des Etats à l'égard du commerce international. Avec la signature des Accords de Marrakech en avril

---

<sup>1</sup> Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Genève (Suisse) ; Conseiller, Division des Affaires juridiques, OMC

<sup>2</sup> Avocat ; lors de la rédaction de cet article stagiaire au cabinet du Directeur-général de l'OMC ; Assistant Chercheur auprès de Mme Le Prof. Gabrielle Marceau

1994 instituant l'OMC, ces disciplines sont toujours bien présentes. L'OMC est un traité, un "engagement unique" constitué d'accords couvrant trois dimensions des échanges commerciaux internationaux: le commerce des marchandises incluant notamment les dispositions du vieux GATT, appelé maintenant le GATT de 1994 et une série d'accords interprétant et développant les règles du vieux GATT ; le commerce des services ; et enfin tout ce qui concerne les règles régissant "la propriété intellectuelle" (ce que certains appellent le commerce de l'information). Tous les accords de l'OMC sont applicables simultanément à l'ensemble des Membres et ont pour objectif général de faciliter le commerce et de réduire les mesures protectionnistes tout en respectant le "développement durable", devenu un objectif fondamental de l'OMC.

2. Le GATT/OMC a, *a priori*, une fonction essentiellement économique et répond à la logique d'une économie de marché dont l'objectif ultime est de stimuler la croissance afin de parvenir au bien-être social, ceci dans le respect du développement durable. Les organisations internationales étant fondées sur le principe de spécialité, l'OMC ne dispose pas de compétence pour traiter des droits de l'homme en tant que tels. Ses missions, énoncées à l'article III de l'Accord l'instituant, n'incluent aucunement la défense des droits de l'homme et les conditions d'accessions, fixées à l'article XII de l'accord, ne les érigent pas comme condition d'adhésion. Aujourd'hui l'Union Européenne (UE) reste l'exemple le plus avancé d'intégration de droits de l'homme dans un espace initialement économique et ceci d'autant plus depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui a permis à l'UE de s'engager à adhérer à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Mais à la différence du droit européen qui traite les personnes privées comme véritables sujets de droit, le droit de l'OMC ne s'applique qu'aux Membres. Dès lors s'agissant des droits de l'homme, la jurisprudence issue de l'Organe de règlement des différends ne peut être aussi extensive que celle de la CJUE. L'individu n'a ni droit ni obligation issues du droit de l'OMC revendicable devant l'OMC (ni même, en général, devant les juridictions relevant de l'ordre juridique de son Etat de nationalité) et ne peut directement saisir l'Organe de règlement des différends.

3. L'enjeu est précisément de déterminer si, en dépit de ces constatations préliminaires, les règles de l'OMC peuvent s'interpréter et être mises en œuvre dans le respect des normes et règles internationales relatives aux droits de l'homme, y compris ceux qui sont issus

du droit international social. La communauté du commerce international et la communauté des droits de l'homme se méfient l'une de l'autre mais *“les droits de l'homme et les règles commerciales, y compris celles de l'OMC, reposent sur les mêmes valeurs: liberté et responsabilité individuelles, non discrimination, primauté du droit et bien-être par une coopération pacifique entre les individus”*, a souligné le Directeur général de l'OMC lors d'un colloque sur les droits de l'homme dans l'économie mondiale, tenu à Genève le 13 janvier 2010. Ces principes fondamentaux, au cœur du débat sur les droits de l'homme, se retrouvent tout d'abord dans le cadre initial du commerce international des marchandises (A). S'étendant à des secteurs touchant plus directement les personnes privées, les règles de l'OMC ont confirmé et étendu l'inclusion de ces droits fondamentaux dans les négociations commerciales internationales concernant les services et les mesures relatives à la propriété intellectuelle (B).

#### A - Les règles commerciales multilatérales des marchandises et le droit international social

4. Si les règles et principes de base du système restent commerciaux (a), le système de l'OMC contient des flexibilités et reconnaît des exceptions permettant de réconcilier ambitions commerciales et sociales, et dans certaines circonstances de conditionner l'accès aux marchés au respect des droits fondamentaux et aux droits du travail (b).

##### a) Les règles de base du système commercial international

5. Parmi les disciplines et obligations supportées par les Membres, trois principes doivent être impérativement respectés sous peine de constatations de manquements pouvant être prononcées dans le cadre du mécanisme du règlement des différends spécifique à l'organisation. Ces principes présentés dans les trois points qui suivent.

##### i) L'interdiction des discriminations injustifiables : NPF et TN

6. *La clause de la "nation la plus favorisée" ("NPF", article I du GATT) illustre l'idée du "club" au sein duquel tous les partenaires commerciaux doivent en principe bénéficier des mêmes privilèges. Selon cette clause "tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités" accordés par un Membre à un produit originaire ou à destination d'un autre pays sont*

"immédiatement et sans condition" étendus aux produits similaires de tous les autres Membres.

7. Le principe *du traitement national* (TN) est énoncé à l'article III du GATT qui dispose qu'une fois importés sur le territoire d'un Membre, les produits en provenance d'autres Membres ne doivent pas être traités, s'agissant des impositions et de la réglementation intérieure, de manière moins favorable que les produits similaires d'origine nationale. Tout comme la clause NPF, ce principe a une portée extrêmement large et vise toutes les mesures fiscales ainsi que tous les règlements, lois et prescriptions affectant la vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur.

8. La difficulté rencontrée dans l'application des clauses NPF et TN réside dans la détermination de la "similarité" entre le produit local et le produit importé (TN) ou deux produits importés (NPF). Selon la jurisprudence, le concept s'apparente à un "accordéon" dont la couverture s'élargit et se rétrécit en fonction de chaque disposition où le terme apparaît (Organe d'appel, *Taxes japonaises sur les boissons alcooliques*, rapport adopté le 4 octobre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R). Dans le contexte de l'obligation du "traitement national", l'OMC considère que deux produits sont "similaires" s'ils sont en concurrence dans le pays importateur en question. Cette notion est appréciée sur la base notamment de leurs caractéristiques physiques, la perception des consommateurs et l'utilisation finale des produits concernés. Ces notions de similarité et de concurrence deviennent cruciales dès lors qu'est abordée la question des considérations sociales et du travail dans les relations commerciales puisque les normes du travail relèvent plus des conditions sociales dans lesquelles sont fabriquées les produits que des caractéristiques intrinsèques des produits eux-mêmes. Dès lors si, sur deux marchandises considérées comme similaires, une seule est produite en respectant les droits fondamentaux, elles demeurent similaires parce qu' en concurrence et doivent donc *a priori* être traitées sans discrimination par le pays importateur.

ii) L'obligation de respecter les limites maximales tarifaires négociées (consolidations)

9. Les droits de douane sont des tarifs calculés en fonction de la valeur, du poids ou du volume des produits prélevés à la frontière lors de l'importation de marchandises étrangères.

Aux termes de l'Article II du GATT, les produits importés ne peuvent être soumis à des droits de douanes supérieurs à ceux négociés et inscrits sur la liste des concessions de chaque Membre. En principe, les droits de douane doivent être imposés de façon non-discriminatoire (traitement de la national la plus favorisée – NPF)) sur toutes les importations similaires en provenance de l'ensemble des Membres, et ce au taux maximal de la consolidation ou à un taux moindre. Mais des exceptions existent permettant notamment aux Membres de créer des accords régionaux préférentiels, ou d'octroyer des préférences aux pays en voie de développement. Les États ont eu recours au système généralisé de préférences (SGP) pour promouvoir le droit international social, par exemple pour abolir le travail forcé et le travail des enfants, en conditionnant les avantages de ce système à la ratification des normes de l'Organisation Internationale du Travail. Cette pratique est possiblement compatible au système de l'OMC (rapport de l'Organe d'appel, *CE – Préférences tarifaires*, distribué le 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, paragraphe 182).

iii) L'élimination des restrictions quantitatives (ou contingents) à la frontière

10. Les contingents sont des restrictions à l'importation ou à l'exportation portant sur le nombre, le volume ou la valeur des produits importés. Les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation sont prohibées par l'article XI du GATT, principalement parce qu'elles empêchent la concurrence et que leur administration est moins transparente que celle des droits de douane et peut être plus facilement discriminatoire.

b). Les normes fondamentales du travail dans le droit de l'OMC

11. L'OMC ne s'intéresse *a priori* qu'aux échanges commerciaux transfrontières. Historiquement, elle n'est pas pour autant dépourvue de considérations sociales (i). Celles-ci se retrouvent dans les dispositions actuelles du traité OMC (ii).

i) Les considérations sociales et leurs contextes historiques et juridiques

12. La Charte de La Havane de 1948 consacrait tout un chapitre à l'emploi et à l'activité économique (chapitre II – articles 2 à 7). Il était reconnu que l'achèvement et le maintien du

plein emploi productif constituaient les objectifs légitimes de l'expansion du commerce international. La Charte insistait sur la nécessité de respecter des « normes de travail équitables » sans toutefois les définir mais en faisant référence à celles posées par l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Elle prônait également une étroite coopération entre la future OIC et l'OIT. Mais la Charte de la Havane ne vit jamais le jour (faute de ratification) et seul le GATT (provisoire) demeurera en vigueur jusqu'à l'arrivée de l'OMC. Dans le GATT, seul le préambule (référant à l'objectif du plein emploi) et l'article XII(3)(d), permettant aux parties contractantes de recourir à des restrictions quantitatives en cas de déséquilibre de balance des paiements dus à des politiques nationales visant à réaliser et maintenir le « plein emploi productif », traitaient de considérations sociales.

13. Durant le Cycle de l'Uruguay, certains pays développés, dont les Etats-Unis et la France, ont vivement milité pour l'introduction d'une clause sociale dans le nouveau système commercial mondial afin de faire face à ce qu'ils considéraient comme une distorsion de concurrence. Ils se sont alors opposés à la résistance des pays du tiers monde en particulier du Sud-est asiatique, dont la compétitivité résidant dans les bas coûts de leur main d'œuvre, craignaient un protectionnisme occidental. En l'absence de décision, la question fut relancée lors de la Conférence ministérielle de l'OMC à Singapour, en septembre 1996. La déclaration publiée à l'issue de la Conférence reconnaît l'OIT comme l'organe compétent s'agissant des normes fondamentales du travail et rejette expressément l'usage de ces normes à des fins protectionnistes. Elle admet également que l'avantage comparatif des pays en développement ne soit pas remis en question.

14. En juin 2008, l'OIT adopta une Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable qui semble faire évoluer les paramètres de la Déclaration de Singapour. La déclaration de juin 2008 prescrit en son article I(A)(iv) que les pays doivent :

*« Respecter, promouvoir et mettre en œuvre les principes et droits fondamentaux au travail, qui revêtent une importance particulière en tant que droits et conditions nécessaires à la pleine réalisation des objectifs stratégiques à la pleine réalisation des objectifs stratégiques, en notant:*

- ...

*- que la violation des principes et droits fondamentaux au travail ne saurait être invoquée ni utilisée en tant qu'avantage comparatif*

*légitime, et que les normes du travail ne sauraient servir à des fins commerciales protectionnistes ».*

15. Cette déclaration, adoptée à l'unanimité des Membres de l'OIT, revêt une importance considérable car elle semble constituer un socle minimal de "droits fondamentaux" dont la violation ne saurait jamais se justifier. Dès lors peut-on s'interroger sur la possible invocation de cette déclaration de principes dans l'interprétation des flexibilités de l'OMC dont une lecture "évolutive" pourrait inclure le respect des droits fondamentaux.

ii) Le traité de l'OMC aujourd'hui - Les règles d'application multilatérale

16. Comme tout traité, les dispositions de l'OMC ne peuvent s'interpréter en "isolation clinique" de l'ensemble du droit international public. L'Organe d'appel l'avait d'ailleurs souligné dans son tout premier rapport (Organe d'appel, *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, rapport adopté le 29 avril 1996). L'interprétation des dispositions de l'OMC doit notamment s'effectuer au regard des prescriptions des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne stipulant que l'interprétation des traités doit tenir compte des principes généraux du droit, des règles coutumières, autres apports au contexte, de même que tout autre principe du droit international, y compris donc, les droits fondamentaux de l'OIT.

- Le Préambule des accords de Marrakech

17. Le Préambule des accords de Marrakech ne contient de référence expresse ni aux droits humains fondamentaux ni aux droits du travail, mais il parle de "*relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel*" et surtout de la nécessité de respecter l'objectif d'un développement durable. Or ce concept milite pour la prise en compte dans les activités humaines présentes, d'une responsabilité à plus long terme. Il intègre des principes environnementaux (principe de précaution, principe «pollueur-payeur»), commerciaux (non discrimination, proportionnalité) et sociaux (droits fondamentaux du travail, équité).

18. L'Organe d'appel s'est grandement appuyé sur le préambule de l'Accord de Marrakech dans l'affaire des *Tortues marines (Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport adopté le 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R) et a statué que l'article XX du GATT, et son exception concernant la protection de l'environnement, devaient être interprétés à la lumière de celui-ci dont la référence au développement durable en tant qu'objectif du système commercial multilatéral "*éclaire, ordonne et nuance les droits et les obligations des Membres au titre de l'Accord sur l'OMC en général et du GATT de 1994 en particulier*". Cette référence pourrait avoir une importance considérable dans l'étude des droits fondamentaux dont le respect fait partie intégrante du "développement durable".

– L'article XX

19. Les articles XX et XXI du GATT énumèrent les objectifs permettant de justifier qu'un Membre déroge à ses obligations générales. L'article XX du GATT stipule :

*« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou non justifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures:*

*a) nécessaires à la protection de la moralité publique;*

*b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; ...*

*e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons; ...*

*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. »*

20. Cet article permet aux Membres d'imposer des restrictions au commerce afin de protéger des intérêts autres que commerciaux, notamment environnementaux. S'il ne fait aucune référence expresse aux droits fondamentaux, les termes de l'article pourraient-ils inclure les actions commerciales des Membres visant au respect des droits fondamentaux (ou autres droits sociaux) ? Dans la mesure où les droits fondamentaux constituent un socle minimal des droits reconnu par la Déclaration de l'OIT de juin 2008, leur respect pourrait-il



être exigé de la part de partenaires commerciaux comme l'application d'une norme internationale acceptée par tous?

21. Un certain consensus a permis de dégager le contenu minimal de ce que sont ces "droits fondamentaux" qui devraient être respectés universellement. Ceux-ci incluent selon l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE): (1) la prohibition du travail forcé; (2) la liberté d'association ; (3) la liberté d'organisation et de négociation collective ; (4) l'élimination du travail des enfants et (5) la non-discrimination à l'emploi.

22. La jurisprudence a interprété le paragraphe *a* permettant la protection de "la moralité publique" comme couvrant "un ensemble de valeurs déterminées par une collectivité". Cette interprétation permettrait probablement d'inclure les violations des droits fondamentaux qui sont universels. D'autres avancent par ailleurs que les droits fondamentaux sont déjà présents dans l'article XX au travers de la référence faite au sous-paragraphe *e*, qui permet des restrictions à l'encontre des importations d'articles fabriqués dans les prisons. Cette notion pourrait couvrir le travail forcé.

23. Toute mesure qui prétend être justifiée aux termes des exceptions générales du GATT doit toutefois respecter les prescriptions du chapeau (premier paragraphe) de l'article XX. L'interprétation et l'application de l'article XX du GATT impliquent alors un examen en deux étapes (*United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* WT/DS2/R, 20 mai 1996). D'abord, la mesure en cause doit répondre aux critères de l'une des exceptions énumérées à l'article XX a) à g). Dans le contexte pertinent, il faut que la mesure en cause vise un intérêt particulier indiqué dans la disposition (par exemple, «moralité publique», «ordre public» ou «santé et vie des personnes») et il faut également examiner s'il y a un lien suffisamment fort entre la mesure et cet intérêt en déterminant que la mesure est «nécessaire» pour le protéger. Plus les valeurs visées sont essentielles ou importantes, plus l'Organe d'appel serait enclin à admettre que les mesures prises étaient «nécessaires» pour réaliser l'objectif de politique indiqué (*Corée Mesures affectant les importations de viande de boeuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l'Organe d'appel, 11 décembre 2000 WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R).

Deuxièmement, la mesure doit satisfaire aux obligations de la clause liminaire de l'article XX, qui permet en substance d'assurer que les exceptions générales ne sont pas utilisées à des fins protectionnistes.

24. La jurisprudence développée à partir de l'application des exceptions de l'article XX semblerait accorder aux Membres la possibilité de conditionner l'accès à leurs marchés internes au respect des droits fondamentaux universels. Qu'en est-il du traitement des considérations sociales autres que les droits fondamentaux universels? La situation *vis-à-vis* de ceux-ci dépend également des paramètres que l'interprétation négociée ou judiciaire donnera aux expressions "moralité publique" et "travail de prison" qui semblent ne couvrir que des situations très graves.

- L'Accord sur les Obstacles Techniques au Commerce (OTC)

25. L'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) adopte une approche différente. Au lieu de considérer les questions liées aux droits de l'homme, telles que la protection de la santé et de la vie des personnes, comme des exceptions générales, cet accord les intègre au processus visant à déterminer si une mesure est conforme aux règles commerciales.

26. Cet accord autorise les Membres à adopter des réglementations dites "techniques" qui de façon incidente, restreignent le commerce pour autant que celles-ci visent l'accomplissement d'un objectif légitime de l'OMC. Or, l'exigence du respect des droits fondamentaux peut être considérée comme participant aux actions visant la protection des dimensions sociales du développement durable, l'un des nouveaux objectifs de l'OMC mentionné dans le préambule de l'accord de Marrakech. Dès lors, conditionner l'accès au marché au respect des droits fondamentaux composant le "développement durable" pourrait vraisemblablement constituer la poursuite d'un objectif légitime de l'OMC.

27. De plus, les normes internationales développées à l'OIT peuvent peut-être bénéficier de la présomption de compatibilité octroyée par l'Accord OTC aux règlements nationaux

conformes aux standards internationaux existants. Dans ce contexte, il serait légitime de considérer une norme nationale qui met pleinement en oeuvre une norme OIT comme compatible avec les règles de l'OMC même si elle restreint le commerce.

- Les accords sur les subventions et sur l'antidumping

28. L'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires soumet à des disciplines le recours à des subventions, et régleme les mesures que les pays peuvent prendre pour compenser les effets de subventions. S'agissant de l'accord antidumping, il vise essentiellement à dire comment les gouvernements peuvent ou ne peuvent pas réagir aux comportements d'une entreprise qui exporte un produit à un prix inférieur à celui qu'elle pratique normalement sur son propre marché intérieur, pratiquant ainsi le "dumping".

29. Ici c'est dans l'évaluation du préjudice causé par le dumping ou les subventions que doivent obligatoirement être pris en compte des critères sociaux tels que la productivité et l'emploi. Ceci permet donc aux pays importateurs de tenir compte de l'impact du commerce international déloyal sur l'emploi national.

- L'Accord sur les marchés publics

30. L'Accord sur les marchés publics ne lie que les Membres qui l'ont accepté (il s'agit d'un accord dit "plurilatéral") et a pour objet d'ouvrir à la concurrence internationale une partie aussi large que possible des marchés publics. De manière générale, les parties à l'AMP sont assujetties, en vertu de l'article 2 de l'Accord, à l'obligation de s'assurer que les contrats publics incluent des clauses garantissant aux travailleurs intéressés des salaires, une durée du travail et d'autres conditions de travail qui ne soient pas moins favorables que les conditions établies pour un travail de même nature dans la profession ou l'industrie intéressée de la même région, par voie de convention collective, de sentence arbitrale ou de législation nationale. Cette obligation de non discrimination assure donc un relèvement vers le haut des considérations sociales des offres internationales. Elle est d'ailleurs soulignée dans l'étude d'ensemble relative à la convention (n°94) et à la recommandation (n°84) sur les clauses de travail (contrats publics), 1949, publiée en 2008 par le BIT.

31. L'accord ne contient pas de disposition spécifique au respect des normes fondamentales du travail dans le cadre de la passation des offres et l'attribution des marchés. Cependant, rien ne semble interdire à un Etat de prendre en compte lors du choix de l'offre la plus avantageuse, des conditions de second choix tels que l'emploi et les avantages sociaux.

#### B – Au delà des marchandises, l'OMC et le respect des droits fondamentaux

32. Les règles de l'OMC ne s'appliquent plus uniquement aux marchandises. En s'étendant à de nouveaux domaines commerciaux, elles touchent plus directement les personnes privées. Certains se sont inquiétés des impacts négatifs que cela pouvait avoir sur les droits fondamentaux. Nous assistons pourtant à l'effet inverse. Aussi bien les règles multilatérales sur les services (a) que sur la propriété intellectuelle (b) démontrent une prise de conscience croissante parmi les spécialistes du commerce de l'importance des droits de l'homme et du rôle que le commerce peut jouer pour promouvoir et renforcer ces droits.

##### a) Les règles multilatérales sur les services

33. Les services ont un rôle vital non seulement en tant que tels mais aussi en tant qu'intrants pour la fabrication de la plupart des produits. Leur inclusion dans les négociations commerciales du Cycle d'Uruguay a conduit à la conclusion de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Depuis janvier 2000, ils font l'objet de négociations commerciales multilatérales. De nombreuses critiques se sont élevées à l'encontre des dispositions de l'Accord. Celui-ci contient pourtant de flexibilités inhérentes importantes (i) et n'a que peu d'impact sur les services publics (ii).

##### i) Les flexibilités inhérentes de l'AGCS

34. De manière générale l'AGCS vise à contribuer à l'expansion du commerce "*dans des conditions de transparence et de libéralisation progressive et comme moyen de promouvoir la croissance économique de tous les partenaires commerciaux et le développement des pays en développement*". L'expansion du commerce est ainsi perçue non pas comme une fin en soi, comme le prétendent certaines critiques, mais comme un instrument de promotion de la croissance et du développement.

- Un champ d'application souple

35. L'AGCS a deux caractéristiques majeures. Il se distingue tout d'abord des autres accords de l'OMC par sa grande flexibilité. La possibilité est offerte aux Membres de décider les secteurs qu'ils souhaitent voir ouvrir à la concurrence internationale et de limiter ensuite, pour ces secteurs et selon leurs priorités, leurs engagements au titre de l'accès aux marchés et du traitement national. Cette souplesse s'exprime ensuite dans l'application du principe de réciprocité. En pratique un Membre ne libéralisera totalement un marché de services que s'il a reçu l'engagement de ses partenaires d'en faire de même.

36. L'AGCS distingue quatre modes de fourniture utilisables pour les échanges de services : les services transfrontaliers, où seul le service franchit la frontière (par ex. un service de traduction en ligne) (mode 1); la consommation à l'étranger (ex. : le tourisme, ou la réparation d'un véhicule à l'étranger) (mode 2) ; la présence commerciale à l'étranger (ex. : l'établissement d'une succursale) (mode 3); la présence commerciale de représentants du pays d'origine (cela concerne surtout les expatriés - les travailleurs migrants ne sont pas couverts par l'Accord, puisqu'ils ne sont pas rattachés à une entreprise dans leur pays d'origine) (mode 4).

37. Les principes les plus importants de l'AGCS sont ses dispositions concernant le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), la transparence, le traitement national, et l'accès aux marchés. L'AGCS n'impose aucun engagement en termes d'accès aux marchés ou de traitement national, à moins que le Membre ne choisisse d'inclure volontairement un service donné dans sa liste d'engagements.

- La clause des exceptions générales de l'AGCS

38. L'AGCS en son article XIV reprend la même philosophie que les exceptions développées dans le commerce des marchandises en autorisant les Membres à prendre ou à maintenir des mesures nécessaires à la protection de la moralité publique ou de l'ordre public, de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, sous réserve de qu'elles ne constituent une discrimination déguisée.

39. Une note de bas de page explique qu'une mesure est nécessaire au maintien de l'ordre public lorsqu'elle répond à « *une menace véritable et suffisamment grave qui pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société* ». Cette disposition semble laisser une marge de manœuvre importante aux Membres de l'OMC dans la définition de ce qu'est un intérêt fondamental de la société et cela couvrirait peut être la protection des droits de l'homme comme le maintien d'un système de sécurité sociale ou la conservation d'une culture ou de traditions.

40. Quant à l'appréciation de la moralité, et similairement à ce qui a été exposé lors des précédents développements du GATT, les Membres conservent une marge d'appréciation discrétionnaire de ce qu'est la moralité, pouvant inclure les normes et les règles internationales relatives aux droits de l'homme. Dans l'affaire *Etats-Unis - Services de jeux et paris*, le Groupe spécial a estimé que la moralité publique désignait « *les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom* », alors que l'ordre public désignait « *la préservation des intérêts fondamentaux d'une société, tels qu'ils sont reflétés dans l'intérêt et le droit publics. Ces intérêts fondamentaux peuvent se rapporter entre autres aux normes de droit, de sécurité et de moralité.* ». Le Groupe spécial a également affirmé que la teneur des expressions moralité publique et ordre public pouvait varier dans le temps et dans l'espace en fonction des valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes, et qu'« *il conviendrait d'accorder aux Membres une certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes [ces concepts] sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs* ».

41. Cette exception pourrait être au cœur de l'affaire (encore hypothétique à ce jour) opposant la Chine et les Etats Unis s'agissant de la « grande muraille informatique » empêchant possiblement certaines entreprises américaines de s'implanter dans le pays.

## ii) Le respect des services publics

42. La souplesse de l'AGCS est contrebalancée par la quasi-universalité de l'Accord en termes de portée et de couverture. Deux exclusions importantes sont néanmoins posées à l'article I.3 de l'Accord : il s'agit pour une grande part des transports aériens, et des

« *services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental* » i.e. tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec d'autres fournisseurs de services. Sont considérés comme exclus de l'AGCS les services qui ne sont fournis que par les pouvoirs publics et financés par le budget de l'Etat, tels que la justice ou la protection civile.

43. Les négociateurs ont donc visé l'exclusion des « services publics » au sens large. Pourtant les critiques les plus vives à l'égard de l'AGCS dénoncent la commercialisation d'activités qui étaient jusqu'alors à l'écart du marché tels que les services publics. Rares sont aujourd'hui les secteurs entièrement intégrés et où aucune forme de coexistence n'existe déjà entre services gouvernementaux et privés (entre assurance maladie et mutuelles, école publique et privée, universités et grandes écoles privées par exemple). Il faut également souligner que les dispositions de l'AGCS n'attribuent aucun rôle particulier aux secteurs public et privé dans la mesure où les pays sont libres de décider par eux-mêmes quels secteurs réserver à l'Etat ou aux entreprises publiques. Ainsi les Etats demeurent entièrement libres de décider s'ils veulent ou non ouvrir ces secteurs à la concurrence. Les secteurs de l'éducation et de la santé figurent d'ailleurs parmi les secteurs de l'AGCS qui font l'objet du nombre le plus réduit d'engagements.

44. Dans l'ensemble, la portée des engagements relatifs au Mode 4 (mouvement des personnes physiques) demeure limitée dans ce secteur comme dans d'autres secteurs de services. Dans la mise en place de ce régime, les Membres conservent toujours l'entière souveraineté sur l'instauration de conditions nationales d'immigration. Les négociations du Cycle d'Uruguay n'ayant d'ailleurs pas abouti à un nombre suffisant d'engagements portant sur le mode 4 de fourniture de services, l'AGCS intègre un troisième protocole additionnel qui concrétise le résultat des négociations particulières qui se sont poursuivies après sa conclusion. Le protocole exclut d'office du champ d'application de l'AGCS les régimes d'immigration permanente. En revanche il dispose qu'en ce qui concerne l'accès au territoire et le séjour temporaire des fournisseurs de services, aucune mesure ne peut annuler ou compromettre les engagements pris. Ces dispositions font dire à certains universitaires que l'AGCS instaure un cadre juridique des migrations internationales de travailleurs même s'il n'interfère aucunement avec les dispositions nationales migratoires d'entrée sur le territoire.

L'AGCS est donc loin d'être dénué de considérations sociales et relatives aux droits de l'homme. Les accords ADPIC sont également imprégnés de mêmes considérations.

#### b) Les règles multilatérales sur la Propriété Intellectuelle

45. Dans son discours du 13 janvier 2010, le Directeur Général Pascal Lamy reconnaissait que « *les règles commerciales ne sont pas parfaites* ». Au contraire, « *elles peuvent dans certains cas avoir des conséquences sur les droits de l'homme qui n'étaient pas voulues. C'est ce que certains ont soutenu dans le cas par exemple des droits de propriété intellectuelle* » et plus spécifiquement de l'Accord sur les ADPIC [droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce]. Ce dernier, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995, constitue à ce jour l'accord multilatéral le plus complet en matière de Propriété Intellectuelle en couvrant le droit d'auteur et droits connexes, les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques, les dessins et modèles industriels, les brevets, et les renseignements non divulgués. Il établit, pour chacun des ces secteurs, les normes minimales de protection devant être prévues par chaque Membre et énonce certains principes généraux applicables à toutes les procédures de ce type. Intégré à l'Annexe 1C de l'Accord OMC, il lie entièrement tous les Membres de l'Organisation et impose aussi des mesures d'exécution, y compris d'éventuelles sanctions commerciales applicables aux pays qui ne se conforment pas à ces normes. Les différends entre Membres de l'OMC relatifs au respect des obligations découlant de l'Accord sont traités dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC. L'Accord reconnaît la propriété intellectuelle comme un droit fondamental devant être protégé internationalement (i). Il assure néanmoins dans le même temps l'accès aux médicaments essentiels, droit fondamental de santé publique (ii).

#### i) La propriété intellectuelle : un droit fondamental

46. La propriété intellectuelle est un des atouts essentiels d'une économie fondée sur l'information et le savoir. Le savoir constitue en effet la ressource la plus précieuse des entreprises puisqu'il est le substitut par excellence des matières premières, du travail, du capital et des facteurs de production.



47. La protection des œuvres, des créations ou des inventions par la propriété intellectuelle sert en premier lieu un objectif d'intérêt général. Les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme reconnaissent que les productions intellectuelles ont une valeur intrinsèque en tant qu'expression de la créativité et de la dignité humaines. Historiquement en France il faut attendre 1789 et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour que le droit de propriété soit reconnu comme un "*droit naturel et imprescriptible*". En application de ce principe, la loi des 13-19 janvier 1791 consacre pour la première fois le droit de représentation des auteurs dramatiques et apporte la première traduction d'un droit d'auteur comportant à la fois une dimension morale et une dimension patrimoniale. En 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme reprend ce principe au plan universel. L'article 27 énonce : "*chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur*" dans la mesure où "*toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent*".

48. S'appuyant sur cet article, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté en 1966 contient des dispositions similaires. L'article 15(1) (c) fait obligation aux États parties de reconnaître à chacun le droit de "*bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur*". Afin d'atteindre ces objectifs les États doivent adopter une série de mesures, notamment "*celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture*". Les États parties doivent aussi s'engager "*à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices*". L'article 7 de l'Accord ADPIC applique précisément ce principe. En se référant aux objectifs de protection de la propriété intellectuelle, il met l'emphase sur la poursuite de l'intérêt général et énonce :

*"La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations".*

49. Dans la mesure où l'Accord ADPIC est intégré à l'Annexe 1C de l'Accord OMC, les objectifs généraux stipulés dans le Préambule, précédemment étudié, lui sont également applicables. Dans ce but, il vise à ménager un équilibre entre l'objectif à plus long terme consistant à encourager les futures inventions et créations, et l'objectif à plus court terme consistant à permettre l'utilisation des inventions et créations existantes. S'il apparaît tout particulièrement nécessaire de revendiquer le statut de droits de l'homme pour les droits des auteurs, des créateurs et des inventeurs, qu'il s'agisse d'individus, de groupes ou de communautés, il est parallèlement tout aussi important de protéger l'intérêt et le droit moral qu'ont les communautés d'assurer l'accès à ces savoirs. Les inventions brevetées doivent par exemple être divulguées, ce qui permet aux tiers de les étudier alors même qu'elles sont protégées par un brevet. Cela contribue au progrès technologique et à la diffusion et au transfert de la technologie. Au bout d'une certaine période, la protection cesse et tombe dans le domaine public, ce qui signifie que l'invention devient utilisable par des tiers.

ii) Le droit à la santé et l'accès aux médicaments essentiels

50. L'accord ADPIC a fait l'objet de critiques vives notamment de la part de pays en voie de développement qui estimaient que ces accords n'étaient pas assez flexibles et ne permettaient pas d'atteindre des objectifs sociaux tels que la protection de la santé publique. La propagation du VIH / SIDA ainsi que des pandémies à l'échelle mondiale a renforcé le débat sur les flexibilités inhérentes de l'Accord s'agissant principalement des brevets pharmaceutiques.

51. Il faut souligner tout d'abord, que l'Accord offre *ab initio* une certaine souplesse aux gouvernements pour ajuster l'équilibre fondamental qu'il impose en fonction des objectifs sociaux, des objectifs de développement et des autres objectifs de politique générale du pays. Il est expressément reconnu, à l'article 8, que les Membres de l'OMC ont le droit d'"adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord".

52. Les règles qu'il contient exigent que la législation nationale prévoie certaines normes de protection minimales, mais elles offrent une très grande latitude quant à la façon de mettre en oeuvre ces normes. Dans chaque domaine de la propriété intellectuelle, les gouvernements ont le droit d'assujettir les droits à des exceptions, à des exclusions et à des limitations, par exemple dans les situations d'urgence nationale, en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales ou pour remédier à des pratiques anticoncurrentielles. Ils peuvent le faire, par exemple, au moyen de la concession de licences obligatoires, de régimes d'épuisement ou d'autres types d'exceptions, pourvu que certaines conditions soient remplies.

53. En ce qui concerne les brevets plus particulièrement, l'Accord ADPIC permet aux gouvernements de faire des exceptions aux droits des détenteurs de brevets comme dans les situations d'urgence nationale, face aux pratiques anticoncurrentielles, ou bien dans le cas où le détenteur du droit ne communique pas l'invention, pourvu que certaines conditions soient remplies.

54. Pour ce qui est des brevets pharmaceutiques, la flexibilité ménagée a été clarifiée et renforcée par la Déclaration de Doha de 2001 sur les ADPIC et la santé publique. Son paragraphe 6 énonce : "*Nous reconnaissons que les Membres de l'OMC ayant des capacités de fabrication insuffisantes ou n'en disposant pas dans le secteur pharmaceutique pourraient avoir des difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC*". Cette volonté de renforcement a été concrétisée en 2003 avec l'adoption d'une décision mettant en oeuvre le paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, permettant aux pays qui ne pouvaient pas eux-mêmes fabriquer de médicaments d'importer des produits pharmaceutiques fabriqués sous licence obligatoire. En 2005, les Membres sont convenus de faire de cette décision un amendement permanent à l'Accord, qui prendra effet lorsque deux tiers des Membres l'auront accepté. Le Canada est le seul pays à ce jour qui a appliqué la Décision du 30 août 2003, ce qui a mené à l'exportation d'un médicament anti-sida au Rwanda.

\*

### *Vers une plus grande coopération entre l'OMC et le BIT*

55. La question de l'inclusion de normes sociales dans le système institutionnel de l'OMC fait parallèlement apparaître une autre interrogation : l'OMC est-elle le lieu approprié pour débattre des questions relatives au travail et fixer des règles à ce sujet — ou pour les faire appliquer, y compris celles de l'OIT? La particularité sans précédent de l'organisation résidant dans l'institutionnalisation du pouvoir de sanction a conduit certains à réclamer qu'elle garantisse l'application de règles autres que celles relevant du secteur commercial.

56. Pourtant le mécanisme OMC a été conçu pour traiter de questions relevant du commerce international et il peu probable qu'il soit approprié dans le traitement de conflits dont l'enjeu principal est hors de la compétence de l'organisation. La réponse consiste plutôt à tenter de rééquilibrer le système international de gouvernance en renforçant son pilier social et en améliorant la gouvernance mondiale par une plus grande cohérence et une meilleure coopération. Bien que le BIT ne dispose pas d'un statut de membre observateur au sein du système OMC, la collaboration entre l'OMC et le BIT prévoit une participation de l'OMC aux réunions des organes du BIT, l'échange de documentation et une coopération informelle entre les Secrétariats des deux organisations.

57. Dans cet esprit le Bureau international du travail et le Secrétariat de l'OMC ont publié, le 19 février 2007, une étude intitulée "Le commerce et l'emploi, un défi pour la recherche sur les politiques". Plusieurs points ressortent clairement de l'étude conjointe: premièrement, la politique commerciale interagit avec d'autres politiques, notamment la politique du marché du travail, la politique de l'éducation et la politique de redistribution; deuxièmement, la cohérence entre ces différents domaines aide à optimiser l'incidence de la libéralisation des échanges en termes de croissance et d'emploi et pourrait avoir des effets positifs pour ce qui est du soutien de la réforme commerciale par le public; troisièmement, les recherches destinées à appuyer l'élaboration de politiques plus cohérentes pourraient se révéler d'une grande utilité. S'inscrivant également dans le cadre du programme de recherche commun aux deux organisations, une nouvelle étude conjointe a été publiée le 12 octobre 2009. Elle s'intéresse cette fois à "la mondialisation et l'emploi informel dans les pays en développement".

58. Comme le Directeur général de l'OMC Pascal Lamy et le Directeur général du BIT Juan Somavia l'ont indiqué dans l'avant propos, "le système commercial multilatéral peut contribuer à accroître le bien-être à l'échelle de la planète et promouvoir de meilleurs résultats pour l'emploi".<sup>3</sup> Bien sûr ainsi que le reconnaît le "Consensus de Genève" de Pascal Lamy, le commerce international et l'ouverture des marchés, nécessaires pour activer la croissance économique et qui seuls peuvent réduire la pauvreté, ne sont toutefois pas suffisants. D'autres politiques de justice institutionnelle et distributive, d'éducation et de protection sociale doivent être mise en place afin d'assurer que les avantages résultant du commerce international bénéficient à tous.

## BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

### I. Manuels

ARAKI, Ichiro et MARCEAU, Gabrielle, *GATT/WTO Code of Conduct, The Legal Management of International Trade Relations*, dans Jin-Young Chung (Ed.), *Global Governance*, 1997, The Sejong Institute.

CARREAU, Dominique et JULLIARD, Patrick, *Droit international économique*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2010.

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Les organisations internationales*, Economica, Collection Droit International, 2002.

FLORY, Thiébaud, *L'Organisation Mondiale du Commerce, droit institutionnel et substantiel*, Bruylant, 1999.

KIEFFER, Bob, *l'Organisation Mondiale du Commerce et l'évolution du droit international public*, Larcier, 2008.

LUFF, David, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles, 2004.

### II. Articles et thèse

---

<sup>3</sup> Commerce et Emploi : un défi pour la recherche en matière de politiques. Étude conjointe du Bureau international du travail et du Secrétariat de l'organisation mondiale du commerce, (2007) OMC, ISBN 978-92-870-3381-9 et BIT, ISBN 978-92-2-219551-0

ANDERSON, Robert, WAGER, Hannu, *Human rights, development, and the WTO: the cases of intellectual property and competition Policy*, Journal of International Economic Law, Vol.9 No. 3.

CHAPMAN, Audrey, *La propriété intellectuelle en tant que droits de l'homme (obligation découlant de l'article 15 (1) (c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Bulletin de droit d'auteur, No 3, juillet-septembre 2001.

CHARNOVITZ, VEUILLEZ AJOUTER LA REF.

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Les droits de l'homme et les accords commerciaux internationaux, utilisation des clauses d'exception générale pour les droits de l'homme*, Nations Unies, 2005.

MARCEAU, Gabrielle et DOUSSIN, Aline, *Le droit du commerce international, les droits fondamentaux et les considérations sociales*, L'Observateur des Nations Unies, - 2009, n° 2, vol. 27.

MARCEAU, Gabrielle, *Trade and labour*, The Oxford Handbook of International Trade Law, Chap. 19, 2009.

MARCEAU, Gabrielle, *The WTO Dispute Settlement and Human Rights*, European Journal of International Law, Vol. 13, No.4 (October 2002), p. 75.

MARCEAU, Gabrielle, *L'affaire CE – Amiante et la Nouvelle Jurisprudence de l'Organe d'Appel concernant les risques à la Santé*, Annuaire Canadien de droit international (2001), p. 213.

MARCEAU, Gabrielle, *Les procédures d'accession à l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Annuaire canadien de droit international (1998), ILA, p. 233.

MOUMNE, Rolla, *La clause sociale entre impératifs économiques et considérations juridiques, Divergences et convergences en matière de régulation sociale et commerciale internationale : L'OIT ou l'OMC comme instance de régulation*, Thèse Paris II, 2006.

PANIZZON, Marion, *How close will GATS get to Human Rights ?*, nccr trade regulation working paper N0 2006/14, 2006.

SAUVE, Pierre, *Commerce, éducation et AGCS : les tenants et les aboutissants*, Politiques et gestion de l'enseignement supérieur, OCDE, Vol 14, No 3, 2002.

