

# Petit guide de droit commercial de Public Citizen

## Le méli-mélo de la mondialisation

par Lori Wallach, J.D., Directeur de Global Trade Watch

*Traduit de l'anglais par Virginie Ernould pour l'Internationale des Services Publics<sup>1</sup>*

La mondialisation est un phénomène caractéristique de notre temps. Le modèle actuel, la mondialisation économique des entreprises, est mis en œuvre par un nouvel arsenal d'accords commerciaux internationaux. Même si ces pactes sont qualifiés de «commerciaux», les accords commerciaux internationaux d'aujourd'hui ne se concentrent plus uniquement sur les domaines commerciaux traditionnels comme les tarifs douaniers et les quotas. Les principaux instruments de la mondialisation, par exemple l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), s'axent désormais sur la réglementation. Ces pactes privilégient les échanges commerciaux au détriment de toute autre considération, notamment en imposant des contraintes au niveau des politiques de protection environnementale, de sécurité alimentaire ou des produits, de justice sociale ou autres, pouvant être mises en œuvre par les gouvernements nationaux, régionaux et locaux.

Pourtant, même si des instruments comme l'OMC, l'ALENA et une ribambelle d'autres entraînent un impact considérable et direct sur de nombreux aspects de la vie quotidienne aux quatre coins de la planète, la signification et les implications de leurs termes sont souvent impénétrables. Premièrement, les accords sont écrits dans un jargon commercial technique que nous avons baptisé l'«AGCSais», qui a pour particularité d'affubler à des termes d'ordinaire parfaitement limpides, des significations ou implications totalement différentes. Dans certains cas, un ou deux mots renvoient à eux seuls à vingt années de jurisprudence sans rien n'en laisser présumer au profane.

Deuxièmement, les termes utilisés dans les accords commerciaux et d'investissement revêtent une signification juridique extrêmement précise que la conjugaison malheureuse d'un verbe suffit à tronquer. Puisque ces accords n'existent qu'en anglais (et parfois aussi en français), les non-anglophones partent d'emblée avec un handicap. Troisièmement, certaines notions fondamentales d'interprétation des textes juridiques échappent tout simplement aux non-juristes qui, dès lors, n'appréhendent pas correctement des pans entiers de textes commerciaux.

Les dispositions réelles de certains des instruments clés de la mondialisation – comme l'OMC et l'ALENA – sont si draconiennes que la simple compréhension ce qu'elles impliquent pour nos lois et politiques de protection environnementale, de sécurité alimentaire, de justice sociale et autres, constitue l'un des arguments les plus percutants des détracteurs. Par ailleurs, d'innocentes erreurs d'interprétation sont souvent exploitées par les partisans de la gestion du commerce par les entreprises pour décrédibiliser des critiques légitimes. Ce guide entend permettre au lecteur(trice) de consulter les sources juridiques en comprenant certaines des formulations techniques, expressions et fioritures juridiques les plus essentielles des instruments de la mondialisation. Son objectif consiste à permettre au plus grand nombre de se forger

une opinion avisée sur les dispositions souvent volontairement nébuleuses des politiques et accords qui promeuvent la mondialisation commerciale.

## I. Les instruments de la mondialisation : les accords

**AGOA** : *African Growth and Opportunity Act*. Cette loi sur la croissance et les possibilités économiques en Afrique appliquerait des conditions commerciales similaires à celles de l'ALENA – assorties toutefois d'exigences supplémentaires imposées par le Fonds monétaire international (FMI) – aux 42 pays d'Afrique subsaharienne. Soutenue par une coalition d'entreprises pétrolières américaines et d'autres multinationales, l'AGOA est décriée par les ONG africaines et américaines car elle sape la capacité des pays africains à instaurer un développement souverain et équitable pour privilégier un contrôle des ressources économiques et naturelles africaines par les entreprises américaines.

**APEC** : l'*Organisation de coopération économique Asie-Pacifique* s'est réunie pour la première fois en 1993 pour négocier un accord commercial et d'investissement similaire à l'ALENA entre dix-huit pays, dont les Etats-Unis, la Chine, Monaco, la Malaisie, l'Indonésie, la Thaïlande, la Corée et l'Australie. Après l'engagement initial de signature d'un traité en 2001, les engagements contraignants se sont révélés difficiles à tenir, en particulier après la crise financière asiatique, dont les pays qui avaient adopté le modèle ALENA-APEC ont le plus gravement pâti.

**Elargissement de l'ALENA à l'IBC** : la *Caribbean Basin Initiative* (Initiative pour le bassin des Caraïbes – IBC) est aussi appelée, à plus juste titre, «Parité ALENA-IBC ». Cet élargissement unilatéral de l'ALENA offre un accès privilégié au marché américain pour le textile, les vêtements et les autres produits fabriqués dans la région IBC, qui rassemble 26 pays d'Amérique centrale (du Guatemala au Venezuela) et des Caraïbes (dont Haïti mais pas Cuba). Le président américain de l'époque, Ronald Reagan, avait créé cette zone d'échanges pour «récompenser» les pays qui s'étaient alliés aux Etats-Unis durant la Guerre froide et avaient manifesté leur adhésion aux principes du « libre-échange ». Mais puisque l'ALENA a accordé au Mexique un accès encore plus préférentiel au marché américain, les fabricant(e)s américains de textile qui s'était installés en Haïti et au Guatemala pour contourner les syndicats et verser des salaires de misère avancent maintenant qu'ils sont désavantagés par rapport aux producteurs(trices) mexicains.

**ALECEU** : l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis*, signé en 1988, a inspiré la conception de l'ALENA. Il a été vigoureusement décrié par les associations canadiennes de citoyen(ne)s, qui le considéraient essentiellement comme un instrument de déréglementation environnementale, de nivellation vers le bas des salaires et des normes de travail, et de démantèlement des programmes sociaux.

**ZLEA** : la *Zone de libre-échange des Amériques*, qui a vu le jour en 1995 au « Sommet de Miami », est un processus d'élargissement de l'ALENA à tous les pays de l'hémisphère occidental. Alors que quelques pays cherchent à négocier des conditions ZLEA plutôt que d'entrer dans l'ALENA, les pays ont fixé à 2005 la date butoir à laquelle la ZLEA sera réalisée. D'intenses négociations sont en cours.

**AGCS** : l'*Accord général sur le commerce des services* est l'un des dix-huit accords mis en œuvre par l'OMC. Il appelle à une poursuite des négociations sur la déréglementation des secteurs des services, y compris les soins aux patient(e)s, l'éducation, la gestion de données, la banque et l'assurance. Les règles de l'AGCS sont «ascendantes» : chaque pays décide des secteurs qu'il ouvrira à l'AGCS.

Cependant, l'AGCS compte deux sous-accords «descendants» sur les services financiers et les télécommunications qui s'appliquent à tous les pays membres de l'OMC. Ceux-ci sont souvent considérés comme des accords multilatéraux sur les investissements «désguisés» parce qu'ils donnent le droit aux investisseurs étrangers de s'implanter dans le secteur des services de n'importe quel pays.

**GATT** : signé en 1947, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* est, avec le FMI et la Banque mondiale, l'une des trois institutions de Bretton Woods créées après la Seconde Guerre mondiale. Pendant près de cinquante ans, le GATT s'est axé sur la réduction des tarifs douaniers et des quotas via des «cycles» de négociation. Le Cycle de l'Uruguay, qui s'est achevé en 1995, a transformé le système du GATT en créant un organisme de mise en application exécutoire, l'Organisation mondiale du commerce. Le GATT constitue désormais l'un des dix-huit accords mis en œuvre par l'OMC.

**SPG** : le *Système de préférences généralisées* se rapporte aux conditions commerciales préférentielles accordées aux pays en développement. Par l'intermédiaire de programmes SPG, les Etats-Unis et l'Union européenne accordent des tarifs douaniers préférentiels aux pays les plus pauvres.

**HOPE** : *Human Rights, Opportunity, Partnership and Empowerment for Africa Act*. Cette loi a été présentée comme une alternative progressiste à l'AGOA par le représentant démocrate Jesse Jackson, Jr. (IL) et le sénateur démocrate Russ Feingold (WI). HOPE prévoit un large accès au marché américain mais comprend également des dispositions relatives au travail, à l'environnement, aux droits humains et à d'autres considérations, pour que ce soient les citoyen(ne)s des deux régions qui récoltent les fruits des échanges commerciaux noués entre celles-ci, et non les multinationales. Ce projet de loi est soutenu par une vaste coalition d'ONG africaines et américaines et par de grands noms des deux régions, et dispose de 100 co-sponsors à la Chambre des représentants.

**FMI** : le rôle attribué originellement au *Fonds monétaire international* par les accords de Bretton Woods était d'aider les pays rencontrant des problèmes de liquidités à court terme pour le financement des échanges commerciaux. Au cours des dernières décennies, le FMI est devenu un organisme qui fournit des prêts à long terme aux pays en développement à la condition qu'ils réorganisent leurs réglementations et économies pour accorder la priorité au service de la dette, par exemple en réduisant les dépenses gouvernementales et en libéralisant les échanges et les règles d'investissement.

**Convention de Lomé ACP-UE** : la *Convention de Lomé* est un traité conclu entre l'Union européenne et d'anciennes colonies européennes d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP). La Convention de Lomé prévoit divers avantages commerciaux qui vont au-delà du système de préférences généralisées, notamment l'attribution exclusive de quelques segments restreints du marché de l'Union européenne aux produits des ACP, par exemple celui des bananes.

**Traité de Maastricht** : ce traité de 1992 a transformé la Communauté européenne en Union européenne. Sa ratification a suscité des polémiques dans bon nombre d'Etats membres. Le Danemark a voté contre et n'est pas entré dans l'Union européenne car le traité impose des normes environnementales et réglementations « harmonisées ».

**AMI** : l'*Accord multilatéral sur l'investissement* visait à instaurer des règles mondiales strictes limitant les droits et capacités des gouvernements à réglementer les spéculations monétaires et à mettre en place des politiques d'intérêt public concernant l'investissement dans les biens fonciers, les usines, les secteurs des services, les actions etc. Cette proposition aurait élargi les quelques

dispositions de l'ALENA qui traitent des investissements, et instauré un nouveau droit absent des accords de l'OMC : la capacité des entreprises à réclamer des dommages-intérêts aux gouvernements pour toute réglementation portant préjudice aux profits. Il avait été négocié en secret pendant deux ans à l'OCDE, le club des 29 pays les plus riches de la planète, favorisé par les multinationales et les grands groupes de pression commerciaux aux quatre coins du monde, et a finalement abandonné après qu'une campagne internationale des ONG l'eut révélé au grand public. Mais même si l'AMI n'est plus, ses dispositions ressuscitent néanmoins dans divers forums (voir AGCS.)

**ALENA** : l'*Accord de libre-échange nord-américain* était une expérience radicale de déréglementation accélérée du commerce et des investissements entre les Etats-Unis, le Mexique et le Canada. Entré en vigueur en 1995, cet accord est considéré comme le symbole de l'échec du modèle de mondialisation commerciale car il s'est soldé par une diminution des salaires tous azimuts, une dégradation des conditions de vie et de santé au Mexique, et une harmonisation à la baisse (ou déclin) des normes environnementales et du travail à travers les frontières.

**OCDE** : l'*Organisation de coopération et de développement économiques* se décrit elle-même comme « une organisation intergouvernementale composée de 29 pays membres, qui représente les pays développés du monde. » Jusqu'aux négociations de l'AMI, qui auraient débouché sur un traité contraignant, l'OCDE était en quelque sorte un « comité des sages » pour pays riches, l'assemblée où ils planifiaient leurs stratégies pour l'OMC.

**MSP** : l'OMC comme l'ALENA comptent des accords sur les *Mesures sanitaires et phytosanitaires* auxquelles doivent se plier les gouvernements en matière de sécurité alimentaire (contaminants bactériens, pesticides, inspection, étiquetage) et de santé animale et végétale (parasites importés, maladies). Les accords sur les MSP réduisent l'utilisation que peuvent faire les pays du « principe de précaution », qui requiert des politiques extrêmement prudentes en matière de santé et de sécurité lorsqu'il n'existe encore aucune certitude scientifique quant aux menaces potentielles d'un produit pour la santé humaine et l'environnement, et cherchent à protéger à tout prix les échanges commerciaux.

**OTC** : l'OMC comme l'ALENA comptent des accords sur les *Obstacles techniques au commerce*, qui requièrent que les normes des produits, y compris les règles relatives à l'environnement et aux travailleurs(euses) ainsi qu'à la santé et à la sécurité des consommateurs(trices), soient les moins restrictives possible commercialement parlant. Elles doivent aussi reposer sur des normes internationales, et notamment des normes précises fixées par des groupes industriels sans que l'opinion publique ait voix au chapitre.

**PET** : le *Partenariat économique transatlantique* est le nom donné aux négociations commerciales lancées à la fin de l'année 1998 entre les Etats-Unis et l'Union européenne dans l'objectif de déréglementer les normes et de libéraliser les échanges. Les Etats-Unis et l'Union européenne avaient entamé un dialogue transatlantique en 1995 dans divers domaines, par exemple la santé, l'éducation et la sécurité. Une coalition d'entreprises a réussi à faire primer l'ordre du jour commercial sur toute autre considération.

**MIC** : l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* de l'OMC instaure des règles d'investissement. Les MIC traitent de critères de performance – des politiques gouvernementales qui réglementent les investissements – mais ne contiennent aucun des

nouveaux et importants droits accordés aux investisseurs par l'ALENA et que l'AMI entend appliquer à l'échelle mondiale.

**ADPIC** : l'OMC comme l'ALENA comptent des accords *sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* qui instaurent des règles en matière de brevets, de droits d'auteur et de marques de fabrique. L'industrie pharmaceutique a exercé une influence considérable sur les négociations de l'ALENA et de l'OMC. Par conséquent, les pactes finaux imposent aux pays d'adopter des lois « à l'américaine » en matière de propriété intellectuelle, comme celles qui accordent un monopole de vente à un seul détenteur de droits pour une longue période, et de les appliquer aux semences, aux médicaments et aux autres secteurs habituellement exonérés de ces contraintes.

**OMC** : l'*Organisation mondiale du commerce* a vu le jour durant le cycle de négociations de l'Uruguay du GATT en 1995. L'OMC est l'organisme de mise en application des 18 accords sous-jacents qui façonnent notre système commercial mondial actuel, géré par les entreprises. Le système, les règles et les procédures de l'OMC ne sont ni démocratiques, ni transparents. En cinq années d'existence, l'OMC s'est prononcée contre toutes les lois de protection de la santé, de la sécurité, des travailleurs(euses), des droits humains et de l'environnement qu'elle a été invitée à passer en revue. Les lois et politiques nationales qui enfreignent les règles de l'OMC doivent être abandonnées ou modifiées, sous peine de sanctions commerciales à l'encontre du pays en question.

## II. Les concepts de la mondialisation

**Équivalence** : en vertu de ce concept, des normes étrangères considérablement différentes, et souvent moins strictes, peuvent être déclarées équivalentes aux normes nationales d'un pays. L'ALENA et l'OMC déterminent l'*équivalence* sur la base de comparaisons subjectives sans consignes procédurales claires ni énumération des paramètres à prendre en compte. Une fois que des pays ont proclamé l'*équivalence* de leurs normes respectives, ces normes doivent être considérées comme des normes nationales pour permettre la libre-circulation des biens. (Voir « *harmonisation* »)

**IED** : *Investissement étranger direct* – transfert de fonds étrangers pour acquérir des prestataires de services ou ouvrir un nouveau site de production.

**Harmonisation** : l'*harmonisation* désigne la volonté qu'ont les entreprises de remplacer les multiples normes de produits et autres politiques nationales de réglementation par des normes mondiales uniformisées. Cette démarche d'*harmonisation* a été fortement stimulée par l'ALENA et l'OMC. Ces accords obligent ou encouragent les gouvernements à harmoniser les normes ou à considérer des normes étrangères différentes comme « équivalentes » dans des domaines aussi hétéroclites que l'automobile, la sécurité alimentaire, la sécurité des travailleurs(euses), les normes des essais pharmaceutiques et l'*étiquetage* des produits.

**Règlement des différends investisseur-Etat** : cette disposition accorde un nouveau droit aux entreprises et investisseurs : celui de passer outre l'immunité souveraine des Etats. Elle leur permet de poursuivre les gouvernements devant les tribunaux du commerce et des investissements hors du système judiciaire national d'un pays pour obtenir des dommages-intérêt pour toute mesure gouvernementale mettant à mal la valeur d'un investissement. Les *dispositions investisseur-Etat* de l'ALENA sont si vastes qu'elles s'apparentent à un mécanisme « d'*expropriation réglementaire* » lorsque des lois environnementales non-discriminatoires sont remises en question. Dernier cas en

date : celui d'une entreprise pétrolière canadienne, Metranex, qui a poursuivi les Etats-Unis au titre de l'ALENA pour 970 millions d'USD parce que l'Etat de Californie avait adopté une loi supprimant progressivement l'utilisation du MTBE, un additif de l'essence, pour des raisons de santé publique et environnementale.

**PMD** : les *pays les moins développés* sont les 47 pays les plus pauvres de la planète, qui subissent généralement de manière disproportionnée les retombées négatives de la mondialisation commerciale.

**NPF** : le traitement de *la nation la plus favorisée* désigne les meilleures conditions douanières et commerciales offertes par un pays aux autres. En vertu de la règle NPF, un pays s'engage à proposer le même traitement préférentiel à tous ses partenaires commerciaux NPF. Le traitement NPF est une disposition fondamentale de l'ALENA et de l'OMC. Certains partenaires commerciaux des Etats-Unis voient ce traitement renouvelé chaque année, et d'autres en bénéficient de manière permanente. Le groupe de pression des entreprises a obtenu une modification de l'appellation du traitement MFN, qui se dénomme maintenant « *normal trade relations* » (NTR – « relations commerciales normales »).

**Traitement national** : le concept de *traitement national* impose aux pays de traiter les biens nationaux et étrangers sur un pied d'égalité. Ce concept est parfois dénommé traitement « non-discriminatoire ».

**Obstacle non-tarifaire** : cette expression s'applique à toute loi ou politique qui n'est pas d'ordre tarifaire mais qui touche au commerce. Par exemple, une loi qui interdit l'importation d'aliments contenant des résidus de pesticide cancérogène pourrait être considérée comme un *obstacle non-tarifaire* aux échanges, car elle restreint le commerce des denrées alimentaires. L'OMC réglemente ces interdictions de manière très stricte, même lorsqu'elles visent à protéger les citoyen(ne)s et qu'elles s'appliquent aussi bien aux produits nationaux qu'aux importations.

**PNPF** : le traitement *permanent de la nation la plus favorisée* accorde définitivement les avantages NPF à un pays. Lorsqu'un pays bénéficie de ce traitement, le Congrès cesse de passer en revue chaque année son respect des droits humains et des travailleurs(euses), sa protection environnementale, sa liberté de culte et son respect de la démocratie, et accorde un accès inconditionnel au marché américain.

**Principe de précaution** : ce principe vise à éviter des dommages incertains et peut-être irréversibles en imposant à l'industrie de prouver la sécurité à long terme d'un produit avant qu'il puisse être commercialisé. L'OMC corrompt ce principe en renversant la charge de la preuve : ce sont les gouvernements qui doivent démontrer scientifiquement qu'un risque existe avant de prendre des mesures. Les lois fondées sur le principe de précaution peuvent donc être remises en question par l'OMC.

### III. Tours de passe-passe juridiques

**A. Langage utilisé dans le préambule** : le langage utilisé dans les préambules des accords commerciaux et d'investissement n'est pas exécutoire. Il ne crée aucune obligation ou prérogative exécutoire lors du règlement d'un différend. Sa seule utilité juridique est de servir en cas de litiges portant sur l'interprétation des clauses exécutoires. Des thèmes comme la défense des droits humains, le développement, l'emploi, la santé ou l'environnement sont souvent évoqués

dans le préambule des accords commerciaux et d'investissement. Ceci permet d'inclure des formulations compréhensibles comme le demande l'opinion publique sans pour autant créer d'obligations légales contraignantes dans des domaines comme le droit du travail ou la protection de l'environnement.

- B. Différence entre « ET » et « OU » :** La manière dont des phrases ou expressions sont liées entre elles influe souvent sur leur signification. L'utilisation de « et » implique que toutes les clauses ou dispositions liées doivent être satisfaites. Prenons l'exemple de l'article de l'ALENA relatif à l'expropriation investisseur-Etat, qui stipule qu'un pays ne peut procéder à une expropriation que pour une raison d'intérêt public *et* sur une base non-discriminatoire *et* en conformité avec l'application régulière de la loi *et* moyennant le versement d'une indemnité (Article 1110 de l'ALENA). L'utilisation de la conjonction « et » indique que toutes ces conditions doivent être remplies. La conjonction « ou » indique en revanche que l'une quelconque des conditions doit être remplie. Donc, si les dispositions de la clause d'expropriation ci-dessus étaient liées par « ou », les Etats auraient le droit de prendre cette mesure si l'une quelconque des quatre conditions était satisfaite. En effet, beaucoup de législations nationales qui interdisent généralement l'expropriation autorisent spécifiquement des mesures gouvernementales en ce sens lorsqu'elles sont prises dans l'intérêt public et avec l'application régulière de la loi. Ces législations, et notamment celles des Etats-Unis, ne prévoient pas d'indemnisations pour ce type d'expropriations.
- C. Dernier en date :** un concept clé de l'interprétation juridique est que «le dernier en date prime». Cela signifie que les dispositions du traité le plus récent priment sur celles des précédents, sauf si une disposition contraire est contenue dans le dernier traité. Par exemple, une disposition de l'ALENA précise que certains aspects de trois grands traités environnementaux antérieurs à l'ALENA primeront s'ils sont en désaccord avec les conditions de l'ALENA. Une clause de «tenue à couvert» de ce type, aussi minime soit-elle, n'est même pas prévue dans l'OMC. Par conséquent, toute disposition d'un accord ou règlement de l'OMC entrant en contradiction avec un accord multilatéral sur l'environnement (AME), aussi important soit-il, prima sur celui-ci. Cette règle du dernier en date représente la raison pour laquelle les ONG de protection de l'environnement appellent à une « clause de tenue à couvert » générale pour tous les AME et à leur mise en application dans les différents Etats. Sans un tel garde-fou, l'OMC primerait sur les engagements pris antérieurement dans le cadre des AME.
- D. Clauses de « tenue à couvert » :** il s'agit d'un instrument juridique utilisé dans les traités pour indiquer que certains traités existants (cités) ne seront pas affectés par des dispositions futures qui, sinon, entreraient en conflit avec eux. La formule type est généralement : « En cas de conflit, les dispositions du traité X prévaudront sur celles du traité Y ».
- E. Crochets et parenthèses :** lors de la lecture d'une *proposition* de texte d'accord (par exemple, l'analyse de la version finale de la déclaration ministérielle de Seattle), il convient de prêter attention aux crochets « [ ] » et aux parenthèses « ( ) » qui entourent certaines clauses. Les crochets indiquent que le contenu n'est que proposé et qu'il n'a pas été adopté. Les parenthèses sont quant à elles généralement utilisées à des fins d'explication ou tout simplement de ponctuation dans les parties exécutoires.
- F. La Convention de Vienne sur l'interprétation des traités :** il s'agit d'un traité multilatéral qui définit une procédure uniformisée d'interprétation des traités. Celui-ci peut être considéré comme le recueil mondial des règles de procédure et d'interprétation des accords internationaux. En général, les termes de la Convention de Vienne, par exemple les types de

scrutin (majorité, unanimité...) nécessaires à l'adoption de certaines décisions, sont contraignants pour tous les autres traités, à moins que ceux-ci ne définissent d'autres règles en la matière. L'OMC comme l'ALENA contiennent de nombreuses règles de procédure internes, tandis que le silence de l'AMI à ce sujet indique que la Convention de Vienne constitue la procédure par défaut.

## IV. Mots ayant un sens particulier dans le contexte de la mondialisation

**A. Verbes modaux** : pour déterminer le caractère exécutoire d'une clause d'un accord commercial international, il convient d'examiner précisément le verbe utilisé ainsi que le mode auquel il est conjugué. Exemple typique des difficultés rencontrées par nombre de locuteurs dont l'anglais, bien que parfaitement maîtrisé, n'est que la deuxième langue : la différence radicale entre les sens juridiques de « shall » et « should », et de « must » et « may ». « Shall » (devra) et « must » (doit) sont exécutoires et impératifs, contrairement à « should » (devrait) et « may » (pourrait). Ces distinctions revêtent une importance capitale car elles permettent d'identifier les obligations imposées par l'accord et de déterminer si les clauses d'intérêt public sont purement décoratives ou si elles sont exécutoires.

« Shall » (devra) : si le verbe « shall » est utilisé dans une clause d'un accord commercial international, celle-ci sera pratiquement toujours exécutoire, à l'exception des dispositions formulées comme suit : « a contracting party shall *strive to do X, Y or Z* » (« la partie *devra s'efforcer* de réaliser X, Y ou Z ») . Dans ce cas, l'engagement exécutoire ne porte que sur la tentative de réaliser X, Y ou Z, et non sur la réalisation effective de X, Y ou Z.

« Must » (doit) : « must » est pratiquement toujours exécutoire sauf dans la construction ci-dessus.

« Should » (devrait) : le mode conditionnel auquel est conjugué ce verbe n'implique pas une action exécutoire, mais conseillée.

« May » (pourrait) : « may » n'est jamais exécutoire. L'action est entièrement laissée à l'appréciation des parties. Par conséquent, une clause « a country may take into consideration... » (« un pays pourrait prendre en considération... ») n'oblige en rien ce pays.

**B. Maintenir** : ce verbe apparemment inoffensif est l'un des plus importants et des plus sous-estimés des textes de l'ALENA et de l'OMC. Nous en retrouvons un exemple dans l'accord de l'OMC, dans une clause qui précise que les pays n'adopteront et ne maintiendront aucune loi, réglementation ou procédure allant à l'encontre des règles de l'OMC. Cette clause signifie qu'un pays s'engage expressément à supprimer les lois et politiques existantes non conformes. En général, les accords commerciaux internationaux antérieurs se sont appliqués uniquement aux législations futures : un pays est donc tenu de ne pas adopter de nouvelles politiques non conformes.

**C. Nécessaire** : suite à la jurisprudence de cette dernière décennie, le terme « nécessaire » renvoie à ce que l'on appelle le test de la « moindre entrave au libre-échange ». Il existe donc une exception potentielle aux règles de l'OMC, permise pour « les mesures nécessaires pour protéger la santé et la vie des animaux, des plantes et des êtres humains ». Plusieurs jugements rendus au titre du GATT et de l'OMC ont interprété le terme «nécessaire» de manière à imposer à un pays de prouver qu'il

n'existe pas de moyen représentant une «moindre entrave au libre-échange» pour atteindre un objectif. (En outre, la légitimité de l'objectif lui-même, et pas seulement le moyen utilisé pour l'atteindre, doit faire l'objet d'une mise à l'épreuve juridique séparée.) Il est donc important d'avoir conscience des implications du terme «nécessaire» car celui-ci peut retirer toute substance à des dispositions qui, autrement, auraient été exécutoires. Le texte de l'ALENA contient par exemple une clause limitée de «tenue à couvert» de trois accords multilatéraux sur l'environnement (AME), mais cette disposition a perdu l'essentiel de sa force obligatoire car elle mentionne que seules des politiques nécessaires à la mise en œuvre des AME sont concernées. A ce jour, aucun panel du GATT ou de l'OMC n'a accepté la défense d'un pays fondée sur le test de la moindre entrave au libre-échange, en jugeant toujours que le pays n'était pas parvenu à prouver l'inexistence d'une politique constituant une moindre entrave au libre-échange.

### III. Réserves, exceptions et exclusions

Les termes «réserves», «exceptions» et «exclusions» possèdent chacun une signification propre. Il est important de choisir soigneusement le terme qui exprime l'intention et de comprendre précisément la signification des ces différents mécanismes des accords commerciaux internationaux, qui peuvent assurer le maintien de législations et politiques non conformes aux accords.

**A. Réserves** : les réserves sont des exemptions à des législations ou politiques individuelles qui ne sont pas conformes aux accords internationaux. Chaque Etat présente la liste des lois pour lesquelles il souhaite formuler des réserves. Ces listes font ensuite l'objet de négociations entre partenaires commerciaux/investisseurs. Une fois acceptées, les réserves sont jointes à l'accord final. Dans les accords d'investissement signés par les Etats-Unis, comme l'ALENA et ses traités bilatéraux sur l'investissement, deux types de réserves ont été utilisés : les réserves restreintes ou fermées (de type A), qui servent à protéger les législations existantes, et les réserves ouvertes (de type B), qui permettent aux corps législatifs d'adopter de nouvelles législations dans un domaine spécifique ou de renforcer les législations existantes.

**Réserves de type A** : celles-ci permettent en principe à un Etat de maintenir une législation non conforme à un accord, mais lui interdisent d'en étendre la portée ou le domaine d'application. Exemple : un Etat possède une loi qui interdit à des non-ressortissants d'acquérir des biens immeubles au-delà d'une certaine surface. Cet Etat a décidé de formuler une réserve de type A pour cette loi. La loi pourra être conservée, mais le corps législatif de cet Etat ne pourra pas adopter à l'avenir de nouvelles lois dans le même sens. Par exemple, il ne pourra pas interdire à des non-ressortissants d'acquérir des terres agricoles, ni rendre la loi existante plus restrictive. Il ne pourra pas non plus réduire la surface qu'une entreprise étrangère est autorisée à posséder.

**Réserves de type B** : celles-ci permettent à un corps législatif d'enfreindre l'accord lorsqu'il formule des politiques publiques dans certains domaines, après la signature de l'accord. Les Etats-Unis pourraient formuler une réserve ouverte pour les «affaires de minorités». Cette réserve leur permettrait de continuer d'adopter des lois visant à atténuer les conséquences économiques de la discrimination institutionnalisée des minorités ethniques, même si ces lois entraînent, par exemple, un traitement de faveur des entreprises gérées par des ressortissants de ces minorités par rapport aux autres investisseurs en ce qui concerne les

prêts et les marchés publics – pratiques qui enfreindraient incontestablement les dispositions de l'AMI.

**B. Exceptions** : il s'agit de dispositions ayant force obligatoire pour tous les signataires. Celles-ci sont intégrées dans le corps du texte d'un accord et énumèrent les circonstances dans lesquelles un Etat peut enfreindre un accord sans encourir de sanctions. Les exceptions entrent seulement en jeu à titre de défense, lorsque la législation ou la politique d'un Etat est contestée et accusée d'être non-conforme à l'accord. L'article XX du GATT énumère les exceptions à cet accord, et autorise ainsi les pays à prendre des mesures qui, autrement, seraient illégales dans le cadre du GATT, pour protéger la vie ou la santé humaine, animale ou végétale, pour des raisons de sécurité nationale, ou dans le cadre de la sauvegarde d'un patrimoine national, de l'ordre public ou d'une valeur morale. Malheureusement, aucune des exceptions du GATT susceptible de s'appliquer à l'environnement ou à la santé publique n'a été utilisée fructueusement dans le cadre du GATT ou de l'OMC.

Souvent, les panels de règlement des litiges commerciaux n'ont pas considéré les exceptions comme une protection légitime pour les Etats qui préfèrent des objectifs sociaux ambitieux au libre-échange. Les Etats ont invoqué en vain les deux exceptions de l'article XX du GATT portant sur la protection de l'environnement dans les deux affaires thons-dauphins du GATT, la contestation des normes CAFE et les contestations portées devant l'OMC pour les hormones bovines, la nouvelle formulation de la propriété de l'essence et l'affaire tortue-crevette. Un jugement défavorable à ces Etats a été rendu à chaque fois. L'arbitrage sur l'affaire tortue-crevette va jusqu'à écarter le recours aux exceptions de l'article XX du GATT pour toutes les législations ou politiques qui entrent en conflit avec l'objectif premier de l'OMC, la libéralisation du commerce. Cette interprétation étoufferait d'un coup toutes les exceptions, puisque leur objectif est précisément de protéger de telles législations. Les nombreux rejets de ces exceptions lors d'arbitrages du GATT et de l'OMC illustrent la problématique de ces décisions prises sans procès en bonne et due forme, sans transparence, sans garantie d'impartialité de la part des juges ni autres garde-fous.

**C. Exclusions** : Une exclusion exonère totalement un secteur économique, une industrie ou un domaine du champ d'application d'un accord. Une exclusion totale permet de réduire la portée de l'accord en déclarant certains domaines hors de son champ d'application. Par exemple, les groupes d'intérêt public canadiens se sont battus pour que la santé et l'éducation fassent l'objet d'une exclusion du texte de l'ALENA sur le secteur des services, mais en vain. Cependant, comme pour les réserves, il est vital de veiller à ce que rien de moins qu'une exclusion complète s'applique à toutes les dispositions nécessaires. Ainsi, le Canada avait formulé une réserve au titre de l'accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis de 1988 (ALECEU) portant sur le commerce de marchandises, pour sa législation interdisant l'exportation de rondins non-transformés. Les Etats-Unis ont contesté cette même législation et obtenu gain de cause en recourant aux dispositions de l'ALECEU traitant des subventions : même si l'exportation de rondins non-transformés n'était pas couverte par les règles du commerce des biens, l'interdiction de l'exportation de rondins non-transformés équivalait à une subvention illégale des industries canadiennes de l'ameublement, de la construction etc.

**D. Autres faits essentiels sur les réserves, exceptions et exclusions** : aucun des mécanismes présentés ci-dessus n'interdit à une entreprise ou à un Etat de contester une loi ou politique au titre de l'OMC ou de l'ALENA. En cas de contestation, les Etats doivent prendre en charge les frais de leur défense devant les panels de l'OMC ou de l'ALENA. Dans le cadre de l'OMC et l'ALENA, la charge de la preuve incombe très souvent à la partie défenderesse, comme l'illustre l'arbitrage de l'OMC sur les hormones bovines. Le droit de contester des législations nationales devant des tribunaux internationaux pourrait même comprendre des contestations portant sur l'étendue

d'une exclusion (exemple : les exclusions culturelles souvent proposées concernent-elles l'industrie informatique ?). Compte tenu des frais considérables que représente la défense d'une loi devant un panel de l'ALENA ou surtout de l'OMC, la menace d'un procès suffit souvent à décourager un Etat de promulguer ou d'appliquer une loi donnée.

Après cinq années d'activités de l'OMC durant lesquelles les parties contestantes ont obtenu gain de cause pratiquement à chaque fois, la nouvelle tendance affichée par les menaces posées par les Etats – et désormais aussi par les entreprises – incite les Etats à renoncer préventivement aux nouvelles propositions ou à affaiblir les lois existant en matière de santé publique et de protection de l'environnement. Cette tendance est la plus manifeste lorsque des pays riches contestent les dispositions de pays en développement ; cependant, les menaces de l'OMC ont eu des effets alarmants sur plusieurs propositions de l'Union européenne relatives au traitement sans cruauté des animaux et à l'environnement. En outre, les exécutifs régionaux des Etats fédéraux devront compter sur leur gouvernement fédéral pour défendre leurs législations s'ils doivent faire face à une contestation dans le cadre de l'OMC. Puisque rien ne permet de garantir que ces législations contestées bénéficient de l'aval du gouvernement fédéral, il n'existe aucune certitude quant à la mise en œuvre par ce dernier d'une véritable défense.

Pour tout renseignement : Public Citizen's Global Trade Watch  
**215 Pennsylvania Avenue, SE, Washington, DC 20003**  
**Tél. : 202-546-4996 Fax : 202-547-7392**  
[www.tradewatch.org](http://www.tradewatch.org)

---

<sup>i</sup> **L'Internationale des Services Publics**

**La fédération syndicale internationale, Internationale des Services publics**, rassemble les travailleuses et les travailleurs du **secteur public** membres de plus de 600 syndicats répartis dans plus de 140 pays. Vingt millions de femmes et d'hommes, exerçant des métiers très différents au sein du secteur public, sont membres de l'ISP.

Depuis plus de 90 ans, l'ISP a défendu les services publics grâce à ses **activités**, ses **campagnes**, sa **structure régionale**, son association avec d'autres **organisations internationales** et à son travail sur des **questions prioritaires**. L'ISP est une organisation non gouvernementale (ONG) pour le secteur public, reconnue officiellement au sein de l'Organisation internationale du Travail (**OIT**) et accréditée auprès de l'**UNESCO**, de la **CES** et de la **CNUCED**.

PUBLIC SERVICES INTERNATIONAL / L'INTERNATIONALE DES SERVICES PUBLICS  
45 Avenue Voltaire, BP9  
F-01211 Ferney Voltaire Cedex, France  
Tel: +33 (0) 450406464 Fax: +33 (0) 450407320  
Email: [psi@world-psi.org](mailto:psi@world-psi.org) ; Website: [www.world-psi.org](http://www.world-psi.org)