
Les pages du **CDACI**

**Centre de droit des affaires
et du commerce international**

La gouvernance commerciale mondiale revisitée : questionnements sur la nouvelle interface OMC-ACR

*Hervé AGBODJAN PRINCE**

* Hervé Agbodjan Prince, LL. D, professeur agrégé de droit international économique à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) et de l'Observatoire de l'intégration économique (LOIE). L'auteur est joignable à : herve.prince@umontreal.ca.

Plan de la chronique

Introduction	193
I. De la montée en puissance des ACR de nouvelle génération : vers une remise en cause du cadre juridique formel de l'intégration économique	201
A. L'obsolescence du cadre juridique formel de l'intégration régionale.....	201
B. Les trois temps du nouveau régionalisme économique	206
1. La dégénérescence progressive des balises juridiques formelles de l'intégration économique.....	206
2. Le cadre multilatéral à la botte du nouveau régionalisme...	210
II. Entre nouveau régionalisme et multilatéralisme, faire face au défi de la cohérence	211
A. Nouveau régionalisme et complexités d'ordre systémique	211
1. L'appréhension de la conformité des ACR de nouvelle génération par le droit de l'OMC : le contrôle <i>a priori</i>	212
2. L'inefficacité du contrôle <i>a posteriori</i> des ACR.....	214
B. Reconsidérer les passerelles entre nouveau régionalisme et gouvernance commerciale mondiale.....	216
1. Faire face aux défis systémiques et juridictionnels	217
2. La nécessaire clarification.....	220
Conclusion	222

Introduction

Depuis le GATT de 1994¹, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) s'est imposée comme le chef d'orchestre de la gouvernance commerciale mondiale. La portée quasi universelle² de ses actions lui confère une incontestable légitimité sur les enjeux commerciaux mondiaux. L'efficacité de son Organe de règlement des différends (ORD) lui donne l'autorité nécessaire à la mise œuvre de ses décisions³. Toutefois, depuis plusieurs années maintenant, l'autorité de l'OMC en matière de régulation du commerce mondial est concurrencée par les accords commerciaux régionaux (ACR), dont l'émergence et la prolifération décuplent les pôles de gouvernance des politiques commerciales à l'échelle internationale. En particulier, l'apparition des ACR de nouvelle génération, dont l'étendue des champs d'intervention en matière de régulation des politiques publiques régionales ne cesse de croître, semble remettre en cause la complémentarité OMC-ACR.

En réalité, la question de l'interface entre le multilatéralisme et le régionalisme n'est pas nouvelle; elle est même récurrente dans la littérature⁴. Elle exprime d'un côté l'incapacité supposée de l'OMC à assumer pleinement sa mission d'organe de régulation du commerce multilatéral à force d'être concurrencée par les ACR⁵. D'un autre côté, elle exprime l'idée que

¹ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, annexe 1A de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, (1995) 1867 R.T.N.U. 165 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995), art. 1, en ligne: <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/06-gatt_f.htm> (consulté le 2 février 2022) (ci-après « GATT de 1994 »).

² Au 31 décembre 2020, l'OMC compte 164 Membres représentant 98 % du commerce mondial. Voir OMC, *Rapport annuel 2021*, Genève, Publications de l'OMC, 2022, en ligne: <https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/anrep21_f.pdf> (consulté le 2 février 2022).

³ Hervé AGBODJAN PRINCE, « Le règlement des différends commerciaux interétatiques : de l'obligation de mise en œuvre et ses suites », dans Guy LEFEBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, Montréal, Édition Thémis, 2018.

⁴ Voir par exemple: Peter J. LLOYD, « Régionalisme et commerce mondial », (1992) 18 *Revue économique de l'OCDE* 7; Edward D. MANSFIELD et Eric REINHARDT, « Multilateral Determinants of Regionalism: The Effects of GATT/WTO on the Formation of Preferential Trading Arrangements », (2003) 57 *International Organization* 829; Franck PETITEVILLE, « L'hégémonie est-elle soluble dans le multilatéralisme? Le cas de l'OMC », (2004) 1 *Critique internationale* 63; Thomas COTTIER, « The Challenge of Regionalization and Preferential Relations », (1996) 2 *World Trade Law and Policy European Foreign Affairs Review* 149.

⁵ Christian DEBLOCK, « Accords commerciaux : Entre coopération et compétition », (2012) 4 *Politique étrangère* 819, en ligne: <<https://www.cairn.info/revue-politique-etrangere->

les ACR et l'OMC peuvent parfaitement coexister et que les ACR permettent au contraire l'accélération du processus de régulation multilatérale ainsi que le renforcement des règles qui en découlent⁶. Mais, les crises économiques internationales et les contestations populaires face auxquelles l'organisation internationale peine à trouver des solutions font douter de la capacité de l'OMC à composer avec la montée en puissance des ACR de nouvelle génération.

Dans l'histoire récente de l'OMC, ces doutes ont été exprimés de manière assez véhémement à la suite d'échecs répétés des négociations commerciales multilatérales⁷. À la Conférence ministérielle de Cancún en 2003⁸, des dirigeants européens et américains avaient clairement exprimé leur défiance vis-à-vis du système commercial multilatéral allant pour les uns, jusqu'à déclarer leur préférence pour le régionalisme économique et, pour les autres, appelant à une réforme de la gouvernance multilatérale dont le mode de fonctionnement était, semble-t-il, de type « médiéval »⁹. Il faut admettre que depuis que le cycle de Doha pour le développement¹⁰ est empêtré dans

2012-4-page-819.htm> (consulté le 6 février 2022).

⁶ Baldwin évoque l'idée de l'« effet domino ». Voir en ce sens : Richard BALDWIN, « The Causes of Regionalism », (1997) 20 *The World Economy* 865.

⁷ Les implications de nature systémique résultant de l'émergence et de la prolifération d'une nouvelle génération d'accords régionaux ont été observées au sein même de l'OMC. Les complexités générées par cet état de fait y sont ainsi résumées par le Président de la Conférence ministérielle de Genève en 2011 : « Un grand nombre de Ministres ont attiré l'attention sur le nombre croissant d'ACR et ont souligné qu'il fallait veiller à ce qu'ils restent un complément, non un substitut, du système commercial multilatéral. À cet égard, de nombreux Ministres ont souligné qu'il fallait que l'OMC examine les implications systémiques des ACR pour le système commercial multilatéral et étudie les tendances concernant ces accords [...] ». Voir OMC, Conférence ministérielle (8^e session, Genève, 15-17 décembre 2011), *Déclaration finale du Président*, OMC Doc. WT/MIN(11)/11 (17 décembre 2011), en ligne : <https://www.wto.org/french/thewto/f/minist_f/min11_f/official_doc_f.htm> (consulté le 3 février 2022).

⁸ OMC, *Cinquième Conférence ministérielle de l'OMC* (Cancún, 10-14 septembre 2003), en ligne : <https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min03_f/min03_f.htm> (consulté le 3 février 2022).

⁹ Expression utilisée par Pascal Lamy, alors Commissaire européen au Commerce. Voir Christophe BELLMANN, Jonathan HEPBURN et Marie WILKE, « Le système commercial multilatéral face aux défis des politiques publiques globales », (2012) 3 *International Development Policy/Revue internationale de politique de développement*, en ligne : <<https://journals.openedition.org/poldev/964>> (consulté le 3 février 2022).

¹⁰ Le cycle de Doha a été lancé en 2001 lors de la 4^e Conférence ministérielle de l'OMC. Dans la Déclaration ministérielle adoptée à Doha, les États membres de l'OMC avaient

une spirale d'échecs, les voix sont de plus en plus nombreuses à s'interroger sur les défis que pose le régionalisme économique au système commercial multilatéral.

En réalité, les interrogations sur la pertinence du régionalisme économique dans un contexte de multilatéralisation des échanges remontent aussi loin qu'à l'époque du GATT de 1947¹¹. Elles ont fait leur apparition dès la fin des années 1950, marquées par la signature du Traité de Rome ayant créé la *Communauté économique européenne* (CEE)¹². Elles se sont poursuivies au fur et à mesure que le phénomène de régionalisation de l'économie s'amplifiait : *Association latino-américaine de libre-échange*¹³, *Marché commun centraméricain*¹⁴, *Accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et*

convenu d'entreprendre un vaste Programme de travail qui incorpore à la fois « un programme de négociation élargi et d'autres décisions et activités importantes qui sont nécessaires pour relever les défis auxquels est confronté le système commercial multilatéral ». Le Programme ainsi adopté comportait une série de thèmes dont notamment l'agriculture et l'accès aux marchés des produits non agricoles, les services, la propriété intellectuelle, les liens entre le commerce et l'investissement, l'interaction entre commerce et politique de concurrence, la facilitation des échanges, une série de règles sur les mesures anti-dumping et les subventions ainsi que la réforme du mécanisme de règlement des différends. Malgré les bons résultats obtenus à Nairobi en décembre 2015 lors de la 10^e Conférence ministérielle de l'OMC, le cycle de Doha demeure dans l'impasse compte tenu des divergences persistantes entre les Membres de l'organisation. Pour plus de détails, voir notamment : OMC, Conférence ministérielle (4^e session, Doha, 9-14 novembre 2001), *Déclaration ministérielle de Doha* (adoptée le 14 novembre 2001), OMC doc. WT/MIN(01)/DEC/1 (20 novembre 2001), en ligne : <https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm> (consulté le 3 février 2022) ; OMC, *Dixième Conférence ministérielle de l'OMC* (Nairobi, 15-19 décembre 2015), en ligne : <https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc10_f/mc10_f.htm> (consulté le 3 février 2022).

¹¹ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 1947 n° 27 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1948), en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47.pdf> (consulté le 3 février 2022) [GATT de 1947].

¹² *Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité de Rome)*, 25 mars 1957, 298 R.T.N.U. 11, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=CS>> (consulté le 3 février 2022).

¹³ *Traité de Montevideo*, 18 février 1960, 1484 R.T.N.U. 281 (entré en vigueur le 1^{er} juin 1961), en ligne : <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201484/v1484.pdf>> (consulté le 3 février 2022) (ci-après « ALADI »).

¹⁴ Voir *Traité d'amitié, de commerce et de navigation*, É.-U. et Nicaragua, 21 janvier 1956, 1960 R.T.N.U. 367, en ligne : <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20367/v367.pdf>> (consulté le 3 février 2022) (ci-après « MCCA »).

*l'Australie*¹⁵, *Accord de libre-échange entre le Royaume-Uni et l'Irlande*¹⁶, *Association des Nations de l'Asie du Sud-est*¹⁷, *Accord de libre-échange Canada-États-Unis*¹⁸¹⁹. Mais depuis toujours, les observateurs se sont opposés sur la nature des conséquences des ACR pour les États tiers et le système commercial multilatéral de manière générale.

Dans son rapport rédigé pour le compte de l'OCDE en 1992, Peter Lloyd²⁰ faisait observer que même si les ACR sont par définition discriminatoires, cela ne signifie pas qu'ils nuisent directement aux pays tiers et au système commercial mondial. Pour lui :

[S']il est possible que la libéralisation commerciale régionale renforce le processus de libéralisation multilatérale des échanges, cette influence pourrait s'exercer de diverses manières. En rendant les pays membres plus concurrentiels et plus ouverts aux échanges internationaux, elle pourrait réduire les pressions en faveur du protectionnisme.²¹

Il reconnaît toutefois qu'en dehors des effets discriminatoires qui y sont attachés, les ACR font peser sur le système commercial multilatéral le risque d'une recrudescence de mesures de rétorsion et de guerres commerciales²². D'autres se sont montrés moins alarmistes. Pour Grether et

¹⁵ Voir *New Zealand Australia Free Trade Agreement*, 31 août 1965, 554 R.T.N.U. 169, 5 I.L.M. 305 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1966) (ci-après « NAFTA »).

¹⁶ Voir *Anglo-Irish Free Trade Agreement*, 15 décembre 1965, 565 R.T.N.U. 60 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 1966) [ci-après « AIFTA »]. Voir, pour plus de détails : Maurice FITZGERALD, *Protectionism to Liberalisation: Ireland and the EEC, 1957 to 1966*, Aldershot, Ashgate, 2001.

¹⁷ Voir *Accord portant création de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (Déclaration de Bangkok)*, 2262 R.T.N.U. 77 (entré en vigueur le 8 août 1967) (ci-après « ASEAN »).

¹⁸ Voir *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, 22 décembre 1987, 2316 R.T.N.U. 3 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusfta-f.pdf>> (consulté le 3 février 2022) (ci-après « ALE »).

¹⁹ La liste n'est pas exhaustive.

²⁰ P. J. LLOYD, « Régionalisme », préc., note 4.

²¹ *Id.*

²² Ce fut le cas lors du mandat du président américain Donald Trump. Voir à ce propos : *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium*, Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par le Canada, WT/550/11 (19 octobre 2018), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/WT/DS/550-11.pdf&Open=True>> (consulté le 3 février 2022) ; *États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium*, Constitution du Groupe spécial établi à la

De Melo, par exemple, le GATT de 1947 avait très bien résisté au régionalisme économique et s'y est même appuyé pour obtenir de notables succès en matière de réduction des obstacles au commerce²³. Thomas Cottier semble plus catégorique. Pour lui, l'émergence des ACR n'a pas eu d'effets négatifs significatifs sur le régime multilatéral et les modèles d'échanges commerciaux n'ont pas subi de conséquences importantes²⁴. Il considère qu'il n'y a pas à craindre que les ACR prennent une place prépondérante et préjudiciable à l'OMC dans la mesure où leur pouvoir de changement est limité par le manque de structure supranationale²⁵.

Il résulte de ces observations que les risques de fragilisation du système commercial multilatéral redoutés du fait de la prolifération des ACR devraient être relativisés. De notre point de vue, la nature des risques a plutôt évolué en même temps que la structure des ACR subit des transformations importantes. Il y a longtemps que la configuration des ACR ne correspond plus exactement au schéma envisagé par Bela Belassa en 1961²⁶.

Dans le contexte du GATT de 1947, la plupart des ACR visaient soit à renforcer les relations économiques et commerciales entre partenaires situés dans un même espace géographique²⁷, soit à élargir l'assiette initialement couverte par l'accord régional grâce à la réduction ou à l'élimination

demande du Canada, WT/550/12 (28 janvier 2019), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/WT/DS/550-12.pdf&Open=True>> (consulté le 3 février 2022) ; États-Unis – Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium, Rapport du Groupe de l'OMC, WT/550/R (11 juillet 2019), en ligne : <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/550r_f.pdf> (consulté le 3 février 2022) ; AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Déclaration conjointe du Canada et des États-Unis concernant l'application de droits sur l'acier et l'aluminium au titre de l'article 232 », Canada, 17 mai 2019, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2019/05/declaration-conjointe-du-canada-et-des-etats-unis-concernant-lapplication-de-droits-sur-lacier-et-laluminium-au-titre-de-larticle232.html>> (consulté le 3 février 2022). Pour aller plus loin, voir : Hervé AGBODJAN PRINCE, « Commerce », (2019) 56 *Can. Y.B. Intl. L./Ann. Can. D. int.* 392.

²³ Jean-Marie GRETHER et Jaime DE MELO, « La montée en puissance du régionalisme et l'avenir de l'OMC », (2013) *Clermont-Ferrand : Fondation pour les Études et Recherches sur le Développement International. Working Paper Series* 13073, en ligne : <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:55417>> (consulté le 3 février 2022).

²⁴ T. COTTIER, préc., note 4.

²⁵ *Id.*

²⁶ Bela BELASSA, « Towards a Theory of Economic Integration », (1961) 14 *Kyklos International Review for Social Sciences* 1.

²⁷ On peut citer les exemples de la CEE, de l'ASEAN ou de l'ALADI.

de barrières commerciales à davantage de produits. En dehors de quelques rares exceptions²⁸, la plupart des ACR conclus dans le contexte du GATT de 1947 se sont conformés à la philosophie de l'article XXIV du GATT et de la Clause d'habilitation²⁹, à savoir l'érection de régimes préférentiels autour du commerce des marchandises. Or, depuis le GATT de 1994 et l'entrée en vigueur des Accords de Marrakech³⁰, la base juridique des ACR s'est élargie. Les régimes préférentiels octroyés dans le cadre de l'OMC peuvent dorénavant tout autant reposer sur l'article XXIV du GATT, la Clause d'habilitation, que sur l'article V de l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS)³¹. Cette base juridique permet de distinguer deux types d'accords préférentiels à l'OMC : les ACR fondés sur le principe de la réciprocité incluant les zones de libre-échange (ZLE) et les unions douanières (UD) et les Arrangements commerciaux préférentiels (ACP) qui, eux, ne reposent pas sur le principe de la réciprocité³². Ce sont des préférences commerciales unilatérales, incluant le système généralisé de préférence

²⁸ On peut citer l'exemple de l'ALE entre le Canada et les États-Unis qui comportait des règles relatives à la libre circulation des capitaux et de la main d'œuvre (voir ch. 14 à 17 de l'ALE). On peut également citer le cas de la construction européenne avec notamment l'*Acte unique européen* adopté en 1986 ((1987) J.O. L 169/1, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT&from=FR>> (consulté le 3 février 2022)) qui prévoit l'établissement du marché unique qui devient réalité le 1^{er} janvier 1993. La mise en place d'un tel marché va au-delà de ce que prévoit l'OMC puisqu'il institue la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes.

²⁹ GATT, *Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement*, Décision du 28 novembre 1979, L/4903, en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/enabling1979_f.htm> (ci-après « GATT, *Traitement différencié et plus favorable* »).

³⁰ Les Accords de Marrakech ont permis la création de l'OMC en 1994 : *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 165, en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto.pdf> (consulté le 4 février 2022).

³¹ *Accord général sur le commerce de services*, annexe 1B de l'Accord de Marrakech, en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats_01_f.htm> (consulté le 4 février 2022) (ci-après « AGCS »).

³² OMC, Décision du Conseil général du 14 décembre 2010, *Mécanisme pour la transparence des arrangements commerciaux préférentiels*, WT/L/806 (16 décembre 2010), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/L/806.pdf&Open=True>> (consulté le 4 février 2022) (ci-après « OMC, *Mécanisme pour la transparence* »).

(SGP)³³ et d'autres types de préférences qui n'appellent pas d'engagements réciproques.

Sur le fondement de ces nouvelles bases juridiques, on a assisté à une véritable explosion des ACR. À titre d'illustration, à la fin des années 1980, la Banque mondiale (BM) recensait à peine une soixantaine d'accords de libre-échange. Au 15 octobre 2021, l'OMC faisait état de 568 notifications d'ACR, dont 350 en vigueur³⁴. L'explosion du nombre des ACR a été notable depuis les années 1990.

Depuis l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA)³⁵, la structuration des ACR a substantiellement évolué, rompant avec les modèles classiques d'accord d'intégration économique. Les nouvelles formes d'ACR procèdent à un élargissement exponentiel de leurs champs d'application. Le cadre matériel des accords de nouvelle génération déborde largement les champs couverts par l'OMC censée leur fournir leur base juridique. Contrairement au cadre multilatéral, le nouveau régionalisme régit de manière précise l'investissement direct étranger, les normes du travail, les normes environnementales ou la concurrence, ce qui élargit du même coup la notion même d'échange commercial compte tenu de l'inclusion de secteurs n'ayant que très peu de liens directs avec le commerce³⁶.

L'émergence et la prolifération des ACR de nouvelle génération ont fait voler en éclats les critères de proximité géographique, de proximité de niveaux de développement économique et même de valeurs. L'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*

³³ GATT, *Traitement différencié et plus favorable*, préc., note 29.

³⁴ Voir OMC, « Accords commerciaux régionaux. Faits et chiffres », en ligne: <https://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/rtafactfig_f.pdf> (consulté le 4 février 2022).

³⁵ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289, (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994), en ligne: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra&_ga=2.118279753.1906755394.1621282133-1973710414.1613595539> (consulté le 4 février 2022) (ci-après « ALÉNA »).

³⁶ Hervé A. PRINCE, « Le droit matériel des investissements dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : un modèle transposable pour une *Lex mediterranea* des investissements? », dans Filali OSMAN (dir.), *Vers une lex mediterranea des investissements*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 189.

(AECG)³⁷, le *Partenariat transpacifique* (PTP)³⁸ et le *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement* (PTCI)³⁹ en cours de négociations entre l'Union européenne et les États-Unis n'en sont là que quelques illustrations. Le nouveau régionalisme est non seulement intrarégional, il est devenu intercontinental ou transcontinental, transrégional et interrégional. Une nouvelle réalité qui comporte de nombreux défis tant pour le système commercial multilatéral que pour les États membres de l'OMC, qui sont pour certains d'entre eux confrontés à de sérieuses difficultés en termes de répartition des compétences en matière de commerce international⁴⁰. Difficultés que vient complexifier davantage la montée en puissance des chaînes de valeurs mondiales qui favorisent l'émergence d'ACR orientés vers l'harmonisation des politiques réglementaires plutôt que la simple libéralisation des échanges⁴¹.

³⁷ *Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, 30 octobre 2016 (mis en œuvre à titre provisoire depuis le 21 septembre 2017), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 4 février 2022).

³⁸ AFFAIRES MONDIALES CANADA, *Texte de l'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste* (entré en vigueur le 30 décembre 2018), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 4 février 2022).

³⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement*, en ligne : <<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1248>> (consulté le 4 février 2022).

⁴⁰ Référence est faite ici notamment aux régimes fédératifs qui ont suscité beaucoup d'intérêts ces dernières années. Nous avons choisi de ne pas les aborder dans le cadre de cette étude. Pour une vision d'ensemble sur cette problématique, voir notamment : Edward T. HAYES, « Changing Notions of Sovereignty and Federalism in the International Economic System: A Reassessment of WTO Regulation of Federal States and the Regional and Local Governments Within Their Territories », (2004) 25 *Nw J Int'l L & Bus* 1; Shelley M. KIERSTEAD, « An International Bind: Article XXIV:12 of GATT and Canada », (1993) 25 *Ottawa L Rev/ RD Ottawa* 315; Jean LECLAIR, « La nature supraconstitutionnelle de l'ALÉNA et son impact sur la dynamique fédérale canadienne en matière de régulation de la protection de l'environnement », (2009) 39 *Rev dr ULB* 171; Gregory W. BOWMAN, « U.S. and Canadian Federalism: Implications for International Trade Regulation », (2011) 114 *W Va L Rev* 1007.

⁴¹ Hervé AGBODJAN PRINCE, « Coopération réglementaire et commerce transatlantique : à la recherche d'une convergence réglementaire entre le Canada et l'Union européenne », dans Olivier DELAS (dir.), *Relations commerciales internationales. L'Union européenne et l'Amérique du Nord à l'ère de la Nouvelle Route de la soie*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 109.

Dans le cadre de cette étude, il s'agira d'observer d'un peu plus près le phénomène de l'émergence et de la prolifération des ACR de nouvelle génération dans le but d'en analyser la nouvelle interface ainsi créée avec le cadre multilatéral. Partant de l'hypothèse que le principal défi auquel est confronté le système commercial multilatéral est celui de la cohérence, il sera intéressant de chercher à comprendre le processus ayant favorisé la montée en puissance des ACR de nouvelle génération et les complexités qu'ils génèrent (I). Cette compréhension permettra certainement de mieux identifier les éléments de cohérence à prendre en considération dans la perspective d'une meilleure cohabitation de ces deux régimes (II).

I. De la montée en puissance des ACR de nouvelle génération : vers une remise en cause du cadre juridique formel de l'intégration économique

L'OMC est confrontée à une nouvelle forme de régionalisme économique, dont les spécificités mettent en lumière deux phénomènes importants : l'obsolescence du cadre juridique formel de l'intégration économique mis en place par l'OMC et l'émergence d'un nouveau régionalisme qui se substitue subrepticement au cadre multilatéral.

A. L'obsolescence du cadre juridique formel de l'intégration régionale

Le système commercial multilatéral repose sur un postulat important qui est celui de la non-discrimination, laquelle impose une interdiction formelle de traitement différencié entre produits nationaux et étrangers, entre partenaires commerciaux, entre services commerciaux et entre ressortissants nationaux et étrangers. De ce point de vue, l'idée d'instituer des ACR découle d'une logique d'attentat au principe de non-discrimination prévu par les articles I du GATT⁴² et II de l'AGCS⁴³. Si cette dérogation au Traitement de la nation la plus favorisée (TNPF) tire sa raison d'être d'une

⁴² GATT de 1994, préc., note 1 ; *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement* (2014), Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS246/AB/R (7 avril 2004), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/246ABR.pdf&Open=True>> (consulté le 4 février 2022) (ci-après « *CE-Préférences tarifaires* »).

⁴³ *Accord général sur le commerce de services*, préc., note 31.

volonté de favoriser la constitution d'alliances économiques interétatiques pour une gestion collective d'objectifs relevant d'agendas commerciaux communs⁴⁴, elle *légalise* par le fait même, de manière formelle et définitive, la perspective d'érection de blocs régionaux qui instituent en toute légalité des régimes préférentiels, contrairement aux obligations qui incombent aux États de prendre des engagements réciproques et non discriminatoires.

De manière plus formelle, le droit de l'OMC distingue entre deux types de régimes préférentiels : les Accords commerciaux régionaux régis par le principe de la réciprocité incluant les zones de libre-échange (ZLE) et les unions douanières (UD) et les Arrangements commerciaux préférentiels (ACPr) fondés sur des préférences commerciales unilatérales. Les ACPr incluent le Système généralisé de préférences (SGP) et toutes les autres formes de préférences commerciales unilatérales qui requièrent l'autorisation du Conseil général de l'OMC. Contrairement aux ACR, les ACPr ne visent pas la création d'une ZLE ou d'UD. Ce sont des formes de partenariats économiques entre Nations développées et en développement dans le but d'appuyer des initiatives de développement et de réduction de la pauvreté⁴⁵. Dans ce cadre, le volet commercial n'en constitue qu'un des nombreux aspects de cette coopération à laquelle le GATT/OMC confère une base juridique particulière⁴⁶. Cette distinction est formalisée depuis l'adoption en 2010 par le Conseil général de l'OMC du Mécanisme sur la transparence des ACPr⁴⁷.

⁴⁴ C. DEBLOCK, préc., note 5.

⁴⁵ Un des meilleurs exemples de ce type de coopération, ce sont les Accords de Lomé conclus en 1975 entre les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et l'Union européenne. Depuis 2000, ils sont devenus les Accords de Cotonou. Voir COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord (CE) 483/2000 de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part*, [2000] J.O. L 317/3, en ligne : <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:22000A1215\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:22000A1215(01)&from=FR)> (consulté le 4 février 2022). L'Accord est régulièrement révisé. La dernière révision a été adoptée à Ouagadougou en 2010 et un cadre financier pluriannuel a été adopté pour la période 2014-2020.

⁴⁶ GATT, *Traitement différencié et plus favorable*, préc., note 29.

⁴⁷ OMC, *Mécanisme pour la transparence*, préc., note 32. Une base de données sur les arrangements commerciaux préférentiels est désormais instituée. Celle-ci contient des renseignements sur les arrangements commerciaux préférentiels mis en œuvre par les membres de l'OMC. Depuis 1971, 30 arrangements de ce type ont été notifiés à l'OMC : *Database on Preferential Trade Agreements*, en ligne : <<http://ptadb.wto.org>> (consulté le 4 février 2022).

La constitution des accords commerciaux régionaux proprement dits bénéficient de la même dérogation au TNPF qui permet de faire entorse au principe de la non-discrimination dans le but de mettre en œuvre des préférences commerciales. Toutefois, les ACR reposent sur une base juridique différente, à savoir les dispositions de l'article XXIV du GATT telles qu'elles sont précisées dans le *Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV du GATT de 1994*⁴⁸ et l'article V de l'AGCS. Qu'il s'agisse d'une ZLE ou d'une UD en matière de commerce des marchandises ou celui des services, les accords commerciaux régionaux doivent s'inscrire dans une logique de cohérence avec le système commercial multilatéral, à savoir faciliter le commerce et non créer des effets de distorsion supplémentaires au commerce.

Tel que le précise l'article XXIV : 4 du GATT, les accords d'intégration économique doivent contribuer à augmenter la liberté du commerce, à renforcer l'intégration économique et éviter d'opposer des obstacles au commerce avec les États tiers. Autrement dit, le cadre juridique général de l'OMC, bien que fondé sur le principe de la liberté de commerce, ne peut faire obstacle à l'institution d'une ZLE ou d'une UD. C'est ce que précise l'article XXIV : 5 du GATT qui rappelle l'exigence d'équilibre qui incombe aux membres d'une intégration économique : faciliter le commerce et recourir à l'article XXIV comme moyen de défense. Ainsi, le recours à « l'article XXIV peut, sous certaines conditions, justifier l'adoption d'une mesure qui est incompatible avec certaines autres dispositions du GATT, et il peut être invoqué comme “moyen de défense” possible contre une constatation d'incompatibilité »⁴⁹. L'Organe d'appel précise que ce « moyen de défense » ne pourra être utilisé dans le cas de l'établissement d'une UD qu'à la condition que deux conditions soient réunies :

Premièrement, la partie qui prétend se prévaloir de ce moyen de défense doit démontrer que la mesure en cause est adoptée au moment de l'établissement d'une union douanière qui satisfait pleinement aux prescriptions des paragraphes 8 a) et 5 a) de l'article XXIV. Deuxièmement, cette partie doit démontrer

⁴⁸ *Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, (1995) 1867 R.T.N.U. 222, en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/10-24.pdf> (consulté le 4 février 2022).

⁴⁹ *Turquie- Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements* (1999), Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS34/AB/R (22 octobre 1999), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/34ABR.pdf&Open=True>> (consulté le 4 février 2022) (ci-après « *Turquie – Textiles* »).

qu'il serait fait obstacle à l'établissement de ladite union douanière si elle n'était pas autorisée à adopter la mesure en cause. Là encore, il faut satisfaire à *l'une et à l'autre* de ces deux conditions pour se prévaloir du moyen de défense au titre de l'article XXIV.⁵⁰

L'une des principales difficultés révélées par l'affaire *Textiles*⁵¹ est l'imprécision entourant le paragraphe 8 de l'article XXIV en ce qui concerne la référence à l'obligation qui incombe aux membres d'une UD ou d'une ZLE d'éliminer les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives pour l'«essentiel des échanges commerciaux» entre les territoires constitutifs de l'UD ou de la ZLE⁵². Autant la doctrine que les États se sont longtemps questionnés sur le sens à donner à cette expression⁵³. Le *Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV* n'a pas non plus donné de ligne directrice à cet égard. Toutefois, la jurisprudence a considéré que «l'essentiel des échanges commerciaux» n'est ni la *totalité des échanges* ni une *certaine partie* de ceux-ci. Ce qui, selon l'Organe d'appel, offre «une certaine souplesse» dans la libéralisation du commerce. Mais, l'Organe d'appel estime que le degré de souplesse «est limité par la prescription selon laquelle “les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives” doivent être “éliminés pour l'essentiel” du commerce interne»⁵⁴. Si l'on comprend la notion d'«essentiel» du commerce comme étant la plupart des secteurs susceptibles de faire l'objet d'échanges, on pourrait être tenté de croire que l'intégration régionale doit viser à réglementer l'«essentiel» des secteurs susceptibles de faire l'objet d'échanges à l'intérieur des territoires de chacune des parties impliquées dans l'intégration. La difficulté ici réside dans le décalage qui peut exister entre les secteurs couverts par les accords multilatéraux de l'OMC et ceux réellement couverts par les accords régionaux. Puisque les secteurs réellement encadrés par le droit de l'OMC ne correspondent pas à ceux pouvant être couverts dans le cadre régional, le risque est grand que cette discordance rejaillisse sur la capacité du cadre multilatéral à vérifier la conformité du cadre régional au cadre multilatéral.

En effet, dans la pratique, on peut très facilement se rendre compte que la réalité des ACR ne colle pas toujours avec le cadre multilatéral ci-dessus

⁵⁰ *Id.*, par. 58.

⁵¹ *Id.*

⁵² Article XXIV : 8 du GATT.

⁵³ Voir, par exemple : T. COTTIER, préc., note 4.

⁵⁴ *Turquie – Textiles*, préc., note 49, par. 48.

décrit. Par exemple, les accords de l'OMC, en dehors des dispositions contenues dans l'Accord sur les mesures d'investissement liées au commerce (MIC), n'encadrent pas à proprement parler les investissements directs étrangers. Sur quels fondements les organes de l'OMC pourront vérifier la conformité des dispositions relatives aux investissements directs étrangers contenues dans un accord régional avec le cadre multilatéral? De la même manière, le cadre juridique prévu par les articles XXIV du GATT et V de l'AGCS ne permet pas de déterminer de manière concrète le champ matériel d'un accord d'intégration économique. Les nouveaux ACR couvrent les secteurs du commerce des marchandises et des biens, la propriété intellectuelle et les mesures d'investissement liées au commerce conformément au cadre général de l'OMC. Contrairement aux ACR classiques, ces accords préférentiels intègrent la régulation de secteurs inédits tels que les normes environnementales, le développement durable, les normes de travail, la reconnaissance des qualifications professionnelles, le secteur bancaire, etc. Dans le cas de l'AECG, par exemple, on y retrouve même des dispositions relatives au commerce maritime, au commerce aérien et un cadre de concertation en matière de coopération réglementaire. Les accords commerciaux de nouvelle génération abordent ainsi la réglementation économique au-delà de ce que couvre le cadre multilatéral. Et pourtant, les États signataires les considèrent conformes au droit de l'OMC⁵⁵.

De cette manière, l'expression « essentiel des échanges », malgré les explications jurisprudentielles, ne permet pas de cerner de manière précise la portée des accords d'intégration économique de façon à permettre à l'OMC de jouer efficacement son rôle d'organe de contrôle des ACR. Les États ne s'y trompent pas d'ailleurs puisqu'ils semblent désormais interpréter de manière la plus large possible, la notion d'« essentiel des échanges commerciaux ». À preuve, la portée des accords régionaux de nouvelle

⁵⁵ À titre d'exemples, voir les articles suivants : art. 1.4 de l'AECG : « Les Parties établissent par les présentes une zone de libre-échange en conformité avec l'article XXIV du GATT de 1994 et l'article V de l'AGCS » ; art. 1.5 de l'AECG : « Les Parties confirment leurs droits et obligations réciproques au titre de l'Accord sur l'OMC et d'autres accords auxquels elles sont parties » ; art. 28.10 de l'AECG : « Les Parties conviennent que, dans les cas où un droit ou une obligation du présent accord fait double emploi avec un droit ou une obligation prévus par l'Accord sur l'OMC, une mesure qui est conforme à une décision par laquelle l'OMC a accordé une dérogation en application de l'article IX de l'Accord sur l'OMC est réputée être également conforme à la disposition du présent accord qui fait double emploi ».

génération déborde largement les champs couverts par les accords multilatéraux de l'OMC.

Cette imprécision crée une confusion, laquelle se traduit d'une certaine manière dans l'émergence et la prolifération d'une nouvelle génération d'accords régionaux puisque ni leur portée géographique, ni leur champ matériel ne correspond au cadre juridique formel dessiné par le GATT/OMC. En réalité, les trajectoires empruntées dorénavant par les ACR traduisent l'obsolescence d'un cadre multilatéral qui semble figé dans le temps.

B. Les trois temps du nouveau régionalisme économique

On pourrait remonter jusqu'au XIX^e siècle, notamment aux Traités de commerce d'amitié et de navigation, pour comprendre l'évolution du régionalisme économique. Ces anciens traités ambitionnaient de favoriser la libre circulation ou tout au moins, envisageaient une certaine forme de facilitation des échanges commerciaux. La démarche n'était pas celle de la libéralisation des échanges puisque les fondements idéologiques de ces anciens traités n'étaient pas ceux de l'économie de marché et du libre commerce. À cette époque, le régionalisme économique reposait plutôt sur une certaine conception américaine du monde, à savoir une forme d'internationalisation ordonnée⁵⁶ qui n'a pas grand-chose à voir avec la forme actuelle du régionalisme économique fondé sur le libre-échange.

1. La dégénérescence progressive des balises juridiques formelles de l'intégration économique

Le régionalisme économique né au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale repose sur des fondements libre-échangistes. Mais il a connu des évolutions significatives, tant dans son articulation interne que dans les relations qu'il établit entre différents espaces régionaux. Dans leur forme actuelle, les ACR ne se limitent pas à l'élimination réciproque des barrières commerciales aux frontières. Ils s'emploient à régler des normes à l'intérieur des frontières nationales. De facto, les balises originelles fondées sur les articles XXIV du GATT et V de l'AGCS se trouvent dépassées.

⁵⁶ C. DEBLOCK, préc., note 5.

Dans son rapport publié en 2011 et consacré aux accords commerciaux préférentiels⁵⁷, l'OMC avait décrit le processus de mutation des accords commerciaux régionaux en trois étapes distinctes. Le rapport de l'OMC situe l'émergence de la première vague d'ACR à la fin des années 1950 qui coïncidait avec la création de la *Communauté européenne du charbon et de l'acier*⁵⁸. Les années 1960 vont prolonger cette première génération d'ACR caractérisée par l'apparition sur la scène internationale d'une série d'organisations régionales et sous-régionales en Afrique, dans les Caraïbes, en Amérique centrale et en Amérique du Sud. Cette première génération d'accords d'intégration économique prendra fin au milieu des années 1980. Mais, en dehors de la Communauté européenne qui avait un véritable projet de libéralisation très ambitieux, l'essentiel des accords de première génération misait avant tout sur l'élimination des barrières tarifaires conformément aux dispositions du GATT/OMC.

Les principaux traits caractéristiques de cette génération d'accords préférentiels étaient l'abaissement des barrières douanières, mais surtout l'approfondissement du projet européen d'intégration et l'accélération de l'intégration économique au niveau multilatéral. Il faut dire que cette génération d'accords émergeait dans un contexte d'après-crise des années 1930, pendant lesquelles le protectionnisme économique avait montré ses limites. Désormais favorables à une plus grande ouverture, les États voyaient d'un bon œil l'ouverture économique et, donc, la rupture avec l'époque des blocs régionaux hostiles. Le modèle européen d'intégration et l'enthousiasme qu'il suscita en Europe étaient emblématiques de ce régionalisme.

C'est donc toujours sous l'impulsion de l'Europe, qui avait poursuivi son projet d'intégration économique, devenant dans la foulée la *Communauté européenne* (CE) grâce au traité de Maastricht adopté en 1993⁵⁹, qu'émerge la deuxième génération d'ACR. D'une part, l'Union européenne (UE) élargit sa zone d'influence au Moyen-Orient et en Afrique du Nord grâce à la signature d'une série d'accords de libre-échange. De l'autre

⁵⁷ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011. L'OMC et les accords commerciaux préférentiels : de la coexistence à la cohérence*, Genève, Publications de l'OMC, 2012, en ligne : <https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report11_f.pdf> (consulté le 5 février 2022) (ci-après « OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011* »).

⁵⁸ *Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (Traité de Paris)*, 18 avril 1951, (1957) 261 R.N.T.U. 141 (entré en vigueur le 15 juillet 1952).

⁵⁹ *Traité sur l'Union européenne (Maastricht)*, 7 février 1992, (1993) 1757 R.T.N.U. 267 (entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993).

côté, les États-Unis réorientent leur politique commerciale extérieure en se lançant dans un vaste programme d'accords de libre-échange avec Israël (1985)⁶⁰, le Canada (1988)⁶¹ puis l'élargissent au Mexique (ALÉNA, 1994)⁶². D'autres régions du monde vont suivre la même trajectoire. En Amérique latine, on assiste à la construction du *Marché commun du Sud* (MERCOSUR, 1991)⁶³. En Afrique, apparaîtront successivement la *Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest* (CEDEAO, 1975)⁶⁴, la *Communauté de développement de l'Afrique australe* (SADC, 1992)⁶⁵ et le *Marché commun de l'Afrique orientale et australe* (COMESA, 1994)⁶⁶. En Asie, on voit naître l'*Association des Nations d'Asie du Sud-Est* (ASEAN, 1967)⁶⁷, l'*Association d'Asie du Sud pour la coopération régionale* (ASCR, 1985)⁶⁸ et la *Coopération économique Asie-Pacifique* (APEC, 1989)⁶⁹, pour ne citer que ceux-là.

Il est clair que le niveau d'intégration de ces différents regroupements n'est pas identique d'une organisation à une autre puisque les formes juridiques empruntées diffèrent d'une intégration régionale à une autre et qu'au sein d'un même espace d'intégration, les degrés d'implication des acteurs politiques et la cohésion entre les différents membres ne sont pas toujours à la hauteur de l'objectif poursuivi.

Ce qui est frappant tout de même dans ces nouveaux accords, c'est l'affaiblissement de la dimension essentiellement économique. De l'élimi-

⁶⁰ *Agreement on the Establishment of a Free Trade Area between the Government of Israel and the Government of the United States of America*, 22 avril 1984, 24 I.L.M. 653 (entré en vigueur le 19 août 1985).

⁶¹ ALE, préc., note 18.

⁶² ALÉNA, préc., note 35.

⁶³ *Traité d'Asunción pour la constitution d'un marché commun*, 26 mars 1991, (2001) 2140 R.T.N.U. 339.

⁶⁴ *Traité de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest*, 28 mai 1975, (1976) 1010 R.T.N.U. 41, en ligne : <<https://www.refworld.org/docid/492184022.html>> (consulté le 5 février 2022).

⁶⁵ *Traité de la Communauté de développement d'Afrique australe*, 17 août 1992, 32 I.L.M. 116, en ligne : <<https://wipolex.wipo.int/fr/text/201607>> (consulté le 5 février 2022).

⁶⁶ *Traité instituant le Marché commun de l'Afrique de l'Est et l'Afrique australe*, 5 novembre 1993, (2005) 2314 R.T.N.U. 265 (entrée en vigueur le 8 décembre 1994), en ligne : <<https://wipolex.wipo.int/fr/text/201213>> (consulté le 5 février 2022).

⁶⁷ *Déclaration de Bangkok*, préc., note 17.

⁶⁸ *Déclaration de Dacca*, 2 août 1983 (entrée en vigueur le 8 décembre 1985).

⁶⁹ *Traité de Coopération économique de l'Asie-Pacifique*, 34 I.L.M. 758.

nation des barrières tarifaires et non tarifaires, les accords de la deuxième génération transcendent le cadre matériel des accords de l'OMC. Ils embrassent désormais la régulation de l'investissement direct étranger, les normes environnementales et sociales, les marchés publics, en plus du commerce des services et de la propriété intellectuelle. Ce fut le cas par exemple de l'*Accord de libre-échange Canada-États-Unis* et, plus tard, celui de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA).

De manière plus générale, la période partant du milieu des années 1980 jusqu'à la fin des années 1990 sera marquée par une prolifération des ACR et une certaine frénésie pour l'intégration régionale. Paradoxalement, cette course au régionalisme n'aura pas empêché l'achèvement du cycle de négociations commerciales d'Uruguay qui a permis la création de l'OMC en 1994.

La troisième vague de régionalisme a émergé au cours de cette dernière décennie, selon l'OMC⁷⁰. Les accords économiques de troisième génération marquent une rupture avec ceux des générations précédentes. Ils s'inscrivent dans une sorte de refondation du régionalisme classique. Dans une proportion non négligeable, les nouveaux accords commerciaux régionaux revisitent les alliances classiques fondées sur des critères de niveaux de développement ou des rapprochements géographiques⁷¹. De cette même manière, les nouveaux accords ont des champs d'application qui débordent largement ceux couverts par l'OMC⁷². On considère que ce sont des « Accords OMC plus ». Cette dénomination renvoie à l'idée selon laquelle les accords régionaux de la troisième génération visent la réalisation d'une intégration plus profonde qui prend en compte des enjeux nouveaux tels que le développement durable, la responsabilité sociale des entreprises, la démocratie, le respect des droits humains, la libre circulation des capitaux

⁷⁰ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2011*, préc., note 57, à la p. 53.

⁷¹ On peut ici citer le cas de l'Union européenne qui s'est engagée dans une dynamique d'accords régionaux qui incluent quasiment tous les continents. Non seulement elle veut conclure des accords avec des pays en particulier (ex. de l'ALÉ UE-Corée), mais, surtout, elle engage des négociations avec d'autres organisations régionales telles que l'ASEAN, le Mercosur ou le Conseil de Coopération du Golfe. La nouvelle stratégie européenne en matière de régionalisme économique inclut la négociation et la conclusion d'une série d'Accords de partenariat économique (APE) avec des pays africains. Ces accords contiennent un triple volet : commerce, aide au développement et démocratie.

⁷² On pourrait citer ici l'AECG, le PTCI ou le PTP.

et des personnes, etc. Cette prise en compte d'enjeux nouveaux du libre-échange contraste avec les difficultés de l'OMC à intégrer les considérations non économiques dans son cadre multilatéral de régulation, en plus des nombreux autres aspects du développement économique.

2. Le cadre multilatéral à la botte du nouveau régionalisme

Les évolutions du régionalisme ainsi observées se caractérisent par une certaine volonté des États membres de l'OMC d'aller au-delà de la simple logique préférentielle sur laquelle repose le cadre formel de l'OMC. Le cadre régional se veut être le nouveau forum de négociations sur des enjeux communs à une catégorie d'États. Au consensus impossible à l'OMC, les États opposent, dans le cadre du nouveau régionalisme, l'harmonisation. Le nouveau régionalisme a ainsi remis en cause la logique de petits pas des articles XXIV du GATT et V de l'AGCS pour adopter celle de politiques harmonisées. Démonstration en a ainsi été faite dans le cadre de l'AECG⁷³ sur des sujets complexes tels que les normes techniques et réglementaires, par exemple. En ce sens, le nouveau régionalisme met en évidence le caractère quelque peu désuet du cadre juridique formel de l'intégration économique dessiné par l'OMC. En élargissant leur champ d'application à des matières non couvertes par l'OMC et pour lesquelles le cadre multilatéral peine à trouver des terrains d'entente, les accords de nouvelle génération sont perçus comme des accords modernes.

Ce n'est donc pas un hasard si l'émergence de ces nouveaux accords coïncide avec les difficultés des membres de l'OMC à boucler le cycle de négociations commerciales de Doha. Les États semblent opérer une forme de détournement des enjeux commerciaux vers les cercles régionaux et bilatéraux. Les enjeux censés être discutés à l'OMC sont détournés dans des cercles plus restreints entre partenaires commerciaux ayant des intérêts convergents. D'où la diversification et la recomposition des alliances, mais aussi l'extension indéfinie du champ matériel des accords régionaux qui visent non seulement la libéralisation du commerce à la frontière, mais également l'harmonisation des normes réglementaires et de certaines mesures législatives applicables à l'intérieur même des frontières nationales.

⁷³ Hervé AGBODJAN PRINCE (dir.), *L'Accord économique et commercial global Canada-Europe (AECG). Esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017.

L'émergence et surtout la prolifération des ACR de nouvelle génération se traduisent également par une certaine forme de « libéralisation compétitive »⁷⁴ dans la mesure où la prolifération des accords commerciaux régionaux entre en compétition avec le processus de libéralisation en cours dans le cadre multilatéral. C'est à se demander si les processus de régionalisation des économies ne constituent pas des vecteurs importants de recomposition de la gouvernance commerciale mondiale⁷⁵.

II. Entre nouveau régionalisme et multilatéralisme, faire face au défi de la cohérence

Les complexités générées par les accords commerciaux de nouvelle génération soulèvent des questions de cohérence d'ordres systémique et juridictionnel. Les solutions qui peuvent être trouvées à cette problématique relèvent certainement de logiques de reconstruction des passerelles entre les cadres multilatéral, régional et national.

A. Nouveau régionalisme et complexités d'ordre systémique

De manière générale, les accords économiques dits de nouvelle génération conservent la même architecture que l'ALÉNA⁷⁶, peu importe le degré d'intégration qu'ils provoquent. Il en est ainsi par exemples de l'AECG, du PTCL, du PTP ou de la *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP)⁷⁷. Étant donné la portée et les complexités générées par ce type d'accords régionaux pour le système commercial multilatéral, il semble

⁷⁴ C. DEBLOCK, préc., note 5.

⁷⁵ Franck PETITEVILLE, « Les processus d'intégration régionale, vecteurs de recomposition du système international? », (1997) 3 *Études Internationales* 511.

⁷⁶ Armand DE MESTRAL, « When Does the Exception Become the Rule? Conserving Regulatory Space under CETA », (2015) 18 *J Int'l Econ L* 614.

⁷⁷ *Association of Southeast Asian Nations, Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*, en ligne : <http://asean.org/?static_post=rcep-regional-comprehensive-economic-partnership> (consulté le 6 février 2022). Pour aller plus loin, voir notamment : Jayant MENON, « From Spaghetti Bowl to Jigsaw Puzzle? Fixing the Mess in Regional and Global Trade », (2014) 3 *Asia & the Pacific Policy Studies* 470, en ligne : <<https://online-library.wiley.com/doi/epdf/10.1002/app5.57>> (consulté le 6 février 2022) ; Urafa SHUYIRO, « Constructing and Multilateralizing the Regional Comprehensive Economic Partnership : An Asian Perspective », (2013) *ADB Working Paper* 449, en ligne : <<https://www.adb.org/sites/default/files/publication/156303/adb-wp449.pdf>> (consulté le 6 février 2022).

bien que la perspective de maintien d'une certaine cohérence entre les deux régimes (régionalisme et multilatéralisme) passe par la reconstruction de nouvelles passerelles juridiques.

1. L'appréhension de la conformité des ACR de nouvelle génération par le droit de l'OMC : le contrôle *a priori*

Puisque l'OMC dispose d'un pouvoir de contrôle sur les accords régionaux, de quelle manière pourrait-elle s'assurer de la conformité de l'ensemble des dispositions des nouveaux accords au cadre multilatéral, compte tenu de la discordance entre les champs couverts par l'OMC et ceux couverts par ces nouveaux accords ? La question est importante en raison du défaut de maillage entre les nouveaux accords préférentiels et la portée du pouvoir de contrôle détenu par l'OMC.

Soit on considère que le mécanisme de contrôle de l'OMC n'a pas à s'intéresser aux sujets couverts par les ACR tant que ces sujets ne tombent pas dans les champs couverts par le cadre multilatéral. Auquel cas, le mécanisme de contrôle se contentera de valider la conformité des sujets couverts par l'ACR visé avec les règles de l'OMC. Soit on considère que le mécanisme de contrôle de l'OMC doit vérifier la conformité de l'ensemble des dispositions contenues dans les accords régionaux puisque les ACR sont censés être conclus conformément au cadre juridique multilatéral. Dans la mesure où le comité des ACR a entre autres pour mission d'analyser les implications systémiques des ACR pour le système commercial multilatéral, on voit mal comment son pouvoir de contrôle ne devrait pas s'étendre à l'ensemble des sujets couverts par les ACR. Dans cette perspective, la question peut se poser de savoir si l'OMC dispose de toute la marge de manœuvre nécessaire pour exercer la plénitude de ses compétences en matière de régionalisme économique.

La principale difficulté à laquelle est confronté le comité des ACR chargé de mettre en œuvre le mécanisme de contrôle concerne les moyens mis à la disposition de l'OMC pour vérifier la conformité d'un accord préférentiel au cadre multilatéral. Le droit de l'OMC prévoit un mécanisme de contrôle qui se déploie au moment de la notification des accords préférentiels. L'article XXIV : 5 du GATT précise que la notification doit être faite au Comité des accords commerciaux régionaux⁷⁸ en fournissant tous les

⁷⁸ Les accords préférentiels relevant de l'article XXIV du GATT et l'article V de l'AGCS sont examinés par le Comité des accords commerciaux régionaux, et ceux relevant de

renseignements nécessaires à l'établissement des rapports et recommandations appropriés⁷⁹. L'étude de ces rapports devrait permettre d'arriver à la conclusion que l'accord préférentiel vise l'établissement d'une ZLE ou d'une UD dans des délais raisonnables. Ce contrôle vise ainsi à valider la conformité de l'accord préférentiel au cadre multilatéral en plus de s'assurer que les parties à l'accord préférentiel se conforment aux règles de transparence entourant le processus de notification⁸⁰.

Cette disposition présente une lacune importante. Celle-ci est liée à la limitation de la portée du contrôle. En effet, l'objectif de la notification prévue à l'article XXIV: 5 n'est pas tant de vérifier si chacun des droits et obligations résultant de l'accord préférentiel est conforme au droit de l'OMC. Il s'agit en réalité de vérifier si l'accord préférentiel notifié se conforme à l'esprit général du régionalisme économique tel que conçu par l'OMC. La mission du comité des ACR se limite ainsi à des tâches cléricales dans la mesure où il doit simplement s'assurer que les droits appliqués ne seront pas, dans *leur ensemble*, d'une *incidence générale* plus élevée, ni les autres réglementations commerciales plus rigoureuses qu'elles ne l'étaient avant la constitution de tels accords⁸¹. Une telle vérification ne permet pas de vérifier concrètement la conformité des dispositions de l'accord préférentiel au cadre multilatéral. De plus, aucun élément contenu dans la notification ne pourra être utilisé ultérieurement dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Il apparaît ainsi que dans sa forme actuelle, l'obligation de notification entraîne principalement une conséquence pour les accords préférentiels de nouvelle génération: assurer un certain respect de l'esprit général de la libéralisation du commerce.

Dans la mesure où l'ensemble des ACR vise la libéralisation du commerce, il devient difficile pour le comité des ACR de conclure, peu importe la portée de l'ACR contrôlé, à son incompatibilité avec le cadre multilatéral. Dans ces circonstances, la procédure s'apparente à de simples formalités

la Clause d'habilitation sont évalués par le Comité du commerce et du développement.
Art. XXIV: 7a) b) et c) du GATT.

⁷⁹

⁸⁰ Il existe désormais un cadre commun et simplifié de notification à l'OMC. Voir OMC, Comité des accords régionaux, *Notification pour les accords commerciaux régionaux*, WT/REC (2006). L'OMC s'est également dotée d'un mécanisme de transparence des accords commerciaux régionaux. Voir OMC, *Mécanisme pour la transparence*, préc., note 32.

⁸¹

Art. XXIV: 5 a) et b) du GATT.

administratives sans conséquence aucune sur la portée de l'accord⁸². Incapable de valider la pertinence de certaines dispositions de l'accord préférentiel, d'en invalider certaines qui seraient non conformes au droit de l'OMC ou d'empêcher la mise en vigueur d'accords préférentiels comportant des dispositions contraires au droit de l'OMC, le comité des ACR s'apparente à une chambre d'enregistrement. Or, dans un contexte de prolifération d'ACR et d'élargissement indéfini de leur portée, un contrôle plus efficace et plus effectif des ACR contribuerait assurément à une meilleure cohérence entre le nouveau régionalisme et le multilatéralisme. Il légitimerait et renforcerait le comité des ACR qui disposerait de pouvoirs contraignants. Ce qui contribuerait à accroître la légitimité du système multilatéral⁸³, de même que la crédibilité du mécanisme de contrôle.

2. L'inefficacité du contrôle *a posteriori* des ACR

Si le contrôle *a priori* des ACR paraît inefficace dans la mission de l'OMC de procéder à un véritable examen de conformité des ACR, on pourrait supposer que le contrôle *a posteriori* qui a lieu devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC assurerait une meilleure effectivité du cadre juridique régional imposé par l'OMC. En réalité, bien que la capacité de l'ORD à assurer l'effectivité du droit de l'OMC soit largement reconnue, les leviers sur lesquels il joue pour assurer cette conformité en ce qui a trait aux ACR ne semblent pas en adéquation avec le type de contrôle visé.

Plus clairement, l'objet du contrôle juridictionnel consiste avant tout à donner à l'ORD l'occasion de se prononcer à la fois sur les conditions de formation de l'ACR et celles de son fonctionnement. C'est en tout cas l'interprétation qu'en fait l'Organe d'appel qui a considéré que l'objet de ce deuxième type de contrôle exercé par l'OMC sur les accords régionaux est de vérifier à la fois le respect par les parties des conditions de constitution d'un ACR⁸⁴ ainsi que celles de son fonctionnement⁸⁵.

⁸² Cette analyse est confortée par cette disposition contenue dans la Décision sur la transparence de 2006 : « La présentation factuelle du Secrétariat de l'OMC ne sera pas utilisée comme base pour des procédures de règlement des différends ni pour créer de nouveaux droits et de nouvelles obligations pour les Membres ».

⁸³ Dans le même sens, voir Joseph NGAMBI, « Les regroupements économiques au sein de l'OMC : Quel contrôle? », (2008) 1-2 *Rev BDI* 331.

⁸⁴ *Turquie – Textiles*, préc., note 49.

⁸⁵ *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* (1997), Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R (9 septembre

Partant de cette délimitation, on peut considérer que l'ORD est ici appelé à jouer le rôle du gardien de la conformité des ACR au cadre multilatéral. En s'appuyant sur ses atouts, notamment les caractères obligatoire et contraignant de ses décisions, l'ORD pourrait, conformément à sa mission, favoriser la sauvegarde de l'intégrité du cadre multilatéral. Or, dans les faits, l'exercice de cette mission s'est traduit par une sorte d'obsession pour la sauvegarde des droits des tiers⁸⁶. En ce sens, le pouvoir de contrôle de l'ORD n'a pas été utilisé pour déterminer la conformité des engagements pris par les parties dans le cadre régional au droit de l'OMC, mais plutôt à déterminer l'existence d'un quelconque empiètement de l'ACR sur les droits résultant pour les États tiers des Accords de l'OMC. C'est ainsi que, pour invalider le système d'octroi de préférences tarifaires par les CE aux pays ACP, l'Organe d'appel avait considéré que l'exigence des CE en matière de licences d'exportation était incompatible avec les prescriptions de l'article I:1 du GATT de 1994 dans la mesure où elle accorde aux fournisseurs de bananes ACP une marge de manœuvre préférentielle leur permettant d'extraire une part des rentes contingentaires au bénéfice de leurs exportations de bananes vers les CE et leur donne un avantage compétitif par rapport aux autres fournisseurs latino-américains⁸⁷. Autrement dit, les CE, dans leur élan de solidarité envers les pays ACP, accordaient à ceux-ci un avantage qui n'est pas offert à d'autres Membres se situant dans des conditions de développement similaires.

Dans la même veine, l'Organe d'appel a considéré dans l'affaire des conditions d'octroi de préférences aux pays en développement⁸⁸ que la prescription de traitement *non discriminatoire, généralisé et sans réciprocité*

1997), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/27ABR.PDF&Open=True>> (consulté le 6 février 2022) (ci-après « *CE – Bananes III* »).

⁸⁶ *Id.* Voir aussi *Turquie – Textiles*, préc., note 49; *CE – Préférences tarifaires*, préc., note 42; *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (2000), Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS139/AB/R; WT/DS142/AB/R (31 mai 2000), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/139ABR.pdf&Open=True>> (consulté le 6 février 2022); voir aussi Louise Eva MOSSNER, « The WTO and Regional Trade: a family business? The WTO compatibility of regional trade agreements with non-WTO members », (2014) *World Trade Review* 1; Won-Mog CHOI, « Legal Problems of Making Regional Trade Agreements with Non-WTO-Member States », (2005) 8 *J Int'l Econ L* 825.

⁸⁷ *CE – Bananes III*, préc., note 85, au par. 207.

⁸⁸ *CE – Préférences tarifaires*, préc., note 42, au par. 155.

prévue dans le cadre de la Clause d'habilitation s'inscrivait dans l'ambition commune des pays développés et des pays en développement d'éliminer les préférences spéciales existantes qui étaient accordées uniquement à certains pays en développement désignés, l'objectif du SGP étant, selon l'Organe d'appel, de supprimer le système fragmenté des préférences spéciales. En conséquence, «les préférences tarifaires relevant des schémas SGP peuvent être “sans [...] discrimination” lorsque les préférences tarifaires pertinentes visent un “besoin du développement, des finances [ou] du commerce” particulier et sont mises à la disposition de tous les bénéficiaires qui partagent ce besoin »⁸⁹.

Qu'il s'agisse d'interpréter les articles XXIV du GATT, V de l'AGCS ou la Clause d'habilitation, le juge de l'OMC s'est constamment évertué à s'assurer que la mise en œuvre d'une discrimination ne va pas à l'encontre des intérêts et des droits des tierces parties. Peut-être cela est-il dû au fait que la plupart des recours contestant les accords préférentiels sont sollicités par des États tiers, et non directement par les parties impliquées.

En tout état de cause, si le contrôle tel que mené actuellement par l'ORD n'est pas inutile, il ne favorise pas l'efficacité du mécanisme et ne permet pas à l'OMC, dans un contexte d'ACR de nouvelle génération, d'exercer une certaine influence sur les orientations et les contenus de ces accords. En se concentrant exclusivement sur la préservation des droits des tiers, un ACR qui comporterait des dispositions contraires à certaines dispositions du droit de l'OMC, mais respectueux de la sauvegarde des droits des tiers, pourrait ainsi passer avec succès le test de la conformité. Ceci est d'autant plus invraisemblable que dans le contexte actuel d'ACR de nouvelle génération, les sujets abordés dans ces accords sont complètement hors de la portée des enjeux couverts par l'OMC.

B. Reconsidérer les passerelles entre nouveau régionalisme et gouvernance commerciale mondiale

L'OMC semble être prise au dépourvu face à l'émergence et à la prolifération des ACR de nouvelle génération. Les extensions soutenues de leur champ matériel et les enchevêtrements normatifs et contentieux qui en découlent mettent en évidence l'impuissance d'un cadre multilatéral for-

⁸⁹ *Id.*, au par. 165.

maté pour encadrer des activités relevant de ses compétences et doté d'un ORD exclusivement compétent pour connaître des violations du cadre normatif produit par l'OMC.

1. Faire face aux défis systémiques et juridictionnels

Les complexités, astucieusement imaginées sous la formule du *spaghetti bowl*⁹⁰ ou de *noodle bowl*⁹¹, induites par ces nouveaux accords posent, bien plus que par le passé, la question de la cohérence entre le régionalisme et le multilatéralisme. De la sorte, l'émergence d'une nouvelle passerelle entre ces deux processus de régulation économique présente des défis particulièrement difficiles à surmonter. Les principaux enjeux à affronter sont de notre point de vue de deux ordres : il y a d'une part les enjeux systémiques⁹² et, d'autre part, les enjeux d'ordre juridictionnel.

Les défis les plus difficiles à relever sont d'ordre juridictionnel. Posons le problème plus clairement. Par exemple, advenant une contestation entre les parties signataires de l'AECG précisément sur l'article 13.21 portant sur les différends relatifs aux investissements dans les secteurs financiers, l'ORD pourrait-il être amené à se prononcer sur la conformité de cette disposition au droit de l'OMC alors qu'il n'existe pas de dispositions équivalentes dans le droit de l'OMC ? En effet, aucun accord de l'OMC ne prévoit de mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements dans le secteur financier, alors que l'AECG prévoit ce type de dispositions. Dans le cas où de telles dispositions existeraient à l'OMC, laquelle des juridictions, l'ORD ou l'organe de règlement des différends prévu dans l'AECG, aurait préséance pour connaître du conflit ? Voilà ainsi posés les termes du débat. Dans les deux hypothèses, la question posée est celle d'un conflit de compétence juridictionnelle. La question n'est pas nouvelle, mais elle continue de se poser avec la prolifération des ACR de nouvelle génération.

⁹⁰ Jagdish BHAGWATI, *Termites in the Trading System. How Preferential Agreements Undermine Free Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁹¹ Ann CAPLING et John RAVENHILL, « Multilateralising regionalism : what role for the Trans-Pacific Partnership Agreement ? », (2011) 24 *The Pacific Review* 553.

⁹² Voir les développements ci-dessus. Les enjeux systémiques se caractérisent essentiellement par l'inadéquation entre les mécanismes multilatéraux de contrôle des ACR et les configurations de plus en plus complexes de ces nouveaux accords préférentiels.

S'agissant de la question de la détermination de la marge de manœuvre du juge de l'OMC face aux violations de dispositions ne relevant pas d'accords couverts par le cadre multilatéral, la réponse paraît évidente à la lecture de l'article 1^{er} du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (MARD)⁹³ qui précise clairement que :

Les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords énumérés à l'Appendice 1 du présent mémorandum d'accord [...] et au règlement des différends entre les Membres concernant leurs droits et obligations au titre des dispositions de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce [...] et du présent mémorandum d'accord considérés isolément ou conjointement avec tout autre accord visé.⁹⁴

Dans l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, l'Organe d'appel a précisé la portée de cette disposition considérant que le MARD « prévoit un mécanisme de règlement des différends intégré applicable aux différends survenant dans le cadre de l'un quelconque des “accords visés” »⁹⁵. Les accords visés comprennent selon l'Organe d'appel « l'Accord sur l'OMC, les Accords repris dans les Annexes 1 et 2, ainsi que tout Accord commercial plurilatéral repris dans l'Annexe 4 dès lors que le Comité de signataires institué en vertu de cet accord a pris une décision à l'effet d'appliquer le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends »⁹⁶.

L'analyse aurait pu s'arrêter ici si l'on ne prenait pas en compte le fait que l'AECG est adopté conformément à l'OMC et qu'il appartient à l'ORD de s'assurer, à travers un contrôle *a posteriori*, que les dispositions contenues dans cet accord ne violent pas celles de l'OMC. À cette occasion, la compétence de l'ORD sera requise dans les situations où il existerait dans l'AECG des dispositions qui violeraient précisément un accord visé par le MARD. Or, dans le cas qui nous occupe, l'article 13.21 de l'AECG porte

⁹³ OMC, *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'Accord sur l'OMC, en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_legal_f/28-dsu.pdf> (consulté le 7 février 2022).

⁹⁴ Art. 1 du MARD.

⁹⁵ *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée* (1997), Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS22/AB/R (21 février 1997), à la p. 14, en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/22ABR.PDF&Open=True>> (consulté le 7 février 2022).

⁹⁶ *Id.*

sur les différends relatifs aux investissements dans le domaine financier, aspect que ne couvre aucun accord actuellement en vigueur à l'OMC⁹⁷. Ainsi, puisque le MARD ne reconnaît à l'ORD une compétence que sur les seules violations d'accords visés par l'OMC⁹⁸, il ne pourra que se déclarer incompétent à déterminer la conformité de l'article 13.21 de l'AECG au droit de l'OMC. Ce qui reviendrait à maintenir en vigueur une disposition prévue dans un cadre régional, même si celle-ci s'avérait contraire à l'OMC puisque l'ORD n'aurait pas compétence pour vérifier leur conformité au droit de l'OMC.

Le mécanisme multilatéral de règlement des différends ne peut être actionné que dans les seules situations où il y a violation ou risque de violation des accords OMC. Cette option multilatérale de résolution des différends a été rappelée à maintes reprises par la jurisprudence de l'OMC⁹⁹. Dans l'affaire *États-Unis – Certains produits en provenance des Communautés européennes*¹⁰⁰, l'Organe d'appel a ainsi indiqué que «l'article 23:1 du Mémoire d'accord impose aux Membres une obligation générale d'obtenir réparation en cas de violation d'obligations [...] résultant des accords visés uniquement en ayant recours aux règles et procédures du Mémoire d'accord et non par une action unilatérale»¹⁰¹.

⁹⁷ Dans le cadre de l'OMC, l'*Accord sur les mesures d'investissement liées au commerce*, Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC, en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/18-trims.pdf> (consulté le 7 février 2022) (MIC), n'a pas pour vocation de réguler les investissements directs étrangers et l'ORD n'est pas non plus compétent pour connaître des différends relatifs aux investissements entre États et personnes privées.

⁹⁸ En ce sens, l'article 23:1 du MARD prévoit que «lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord».

⁹⁹ *États-Unis – Mesures visant les crevettes en provenance de Thaïlande* (2008), Rapport du Groupe spécial, WT/DS343/R (29 février 2008), au par. 7.43, en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/343R-00.pdf&Open=True>> (consulté le 7 février 2022) ; *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux* (2002), Rapport du Groupe spécial, WT/DS222/R (28 janvier 2002), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/222R-00.pdf&Open=True>> (consulté le 7 février 2022).

¹⁰⁰ *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes* (2000), Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS165/AB/R (11 décembre 2000), en ligne : <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=R:/WT/DS/165ABR.pdf&Open=True>> (consulté le 7 février 2022).

¹⁰¹ *Id.*, au par. 111.

Ce rappel de compétence exclusive de l'ORD sur les matières commerciales régulées par l'OMC met paradoxalement en lumière l'impuissance de l'organisation quant à l'extension du champ matériel des ACR de nouvelle génération. Impuissance que les États exploiteront largement dans le cadre des nouveaux accords régionaux par l'instauration de mécanismes *ad hoc* de résolution des différends. Lesquels pourraient eux-mêmes entrer en conflit avec d'autres mécanismes de ce type institués au sein d'autres accords régionaux. Ce qui suggère l'exacerbation de ce type de conflits.

Ce second volet de complexité renvoie à un autre aspect de conflits juridictionnels, à savoir la question du juge compétent dans l'hypothèse de violations relevant à la fois de l'OMC et d'un ACR. De manière générale, les ACR anticipent ce type de difficultés en prévoyant les modalités de détermination de la juridiction compétente en cas de violations d'obligations relevant à la fois de l'OMC et des ACR. Deux approches peuvent ainsi être distinguées. Il y a d'un côté les ACR qui donnent au demandeur la possibilité de choisir le cadre de règlement du différend. En général, une fois ce choix fait, il devient définitif. Ce fut le cas de l'ALÉNA dont l'article 2005 précisait les modalités de choix du demandeur en cas de différends résultant à la fois de l'OMC et de l'ALÉNA¹⁰². Il y a, de l'autre côté, les ACR qui désignent l'un ou l'autre cadre juridictionnel comme seul compétent pour connaître du différend. C'est le cas par exemple de l'Union européenne qui privilégie ses propres modes de règlement des différends. La coexistence de ces deux régimes appelle impérativement un effort de clarification.

2. La nécessaire clarification

Malgré les solutions d'apparence facile à mettre en œuvre initiées par certains accords préférentiels, l'existence de deux systèmes compétents pour connaître des mêmes matières ne manquera pas de poser des problèmes importants dans un avenir rapproché. L'absence de ligne de démarcation claire entre les rayons de compétence de l'ORD et des mécanismes régionaux fait cohabiter deux systèmes juridictionnels dont les degrés de chevauchements sont au moins de deux ordres : les chevauchements de nature procédurale et ceux de nature substantielle. Compte tenu de la prolifération des ACR et, notamment, des ACR de nouvelle génération, la perspective que se démultiplient les situations de chevauchements ne relève plus

¹⁰² ALÉNA, préc., note 35, art. 2005.

simplement de spéculations intellectuelles¹⁰³. La clarification des passerelles entre régionalisme et multilatéralisme devient plus que nécessaire.

La proposition d'une « multilatéralisation du régionalisme »¹⁰⁴ consistant à établir un espace de dialogue inclusif et une meilleure synergie entre les cadres régional et multilatéral est un argument intéressant, malgré les défis que cette proposition comporte¹⁰⁵. Celles de nature procédurale, avancées par la doctrine¹⁰⁶, visant l'instauration de l'épuisement des recours prévus par les ACR avant toute procédure devant l'ORD en est une autre digne d'intérêt, tout comme celle visant à instaurer un renvoi préliminaire des affaires concernant l'interprétation des dispositions de l'OMC devant l'ORD avant l'analyse au fond par le mécanisme de règlement des ACR.

Dans tous les cas, il sera essentiel, dans une logique de reconfiguration des passerelles entre les mécanismes de règlement des différends OMC/ACR, de prendre en compte la question de la cohérence. Celle-ci impliquera avant tout que les procédures d'élection du for soient réévaluées, de manière à rendre définitifs les choix des demandeurs, peu importe le mécanisme choisi. Toutefois, dans une logique de cohérence jurisprudentielle, l'Organe d'appel de l'OMC devrait toujours pouvoir se prononcer en appel sur les décisions rendues par les juridictions prévues dans le cadre régional. La légitimité de l'OMC, l'efficacité de son mécanisme de règlement des différends ainsi que le niveau d'effectivité rattaché aux décisions qui en résultent sont autant d'atouts pouvant contribuer à une meilleure cohérence, tant du point de vue jurisprudentiel que systémique.

¹⁰³ En ce sens, voir Armand C. M. DE MESTRAL, « Dispute Settlement Under the WTO and ETAs: An Uneasy Relationship », (2013) 16 *J. Int. Economic L.* 777.

¹⁰⁴ Richard BALDWIN et Patrick LOW (dir.), *Multilateralizing Regionalism. Challenges for the Global Trading System*, Genève, Cambridge University Press, 2012 ; Richard BALDWIN et Patrick THORNTON, *Multilateralising Regionalism: Ideas for a WTO Action Plan on Regionalism*, Londres, CEPR, 2008.

¹⁰⁵ Joost PAUWELYN, « Legal avenues to “multilateralizing regionalism”: beyond Article XXIV », dans R. BALDWIN et P. LOW, *id.*, p. 368.

¹⁰⁶ Kyung KWAK et Gabrielle MARCEAU, « Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organisation and Regional Trade Agreements », (2003) 41 *Can. Y.B. Int. L.* 83.

Conclusion

Le multilatéralisme tel qu'entendu à l'OMC repose sur un système de droit international fondé sur la réciprocité des engagements, l'égalité des parties contractantes et la non-discrimination. La violation de l'une quelconque de ces règles est susceptible d'être sanctionnée par l'ORD. Allant à l'encontre de ses propres principes fondamentaux, l'OMC donne la possibilité à ses membres d'instituer des régimes préférentiels, l'objectif poursuivi étant de contribuer au renforcement de la gouvernance commerciale mondiale.

Les régimes préférentiels font l'objet de contrôles : un contrôle *a priori* effectué avant l'entrée en vigueur de l'accord préférentiel par des comités assignés et un contrôle *a posteriori* effectué par l'ORD portant à la fois sur les conditions d'instauration d'un régime préférentiel et celles de son fonctionnement. L'ensemble de ces dispositifs vise en principe à favoriser une cohabitation harmonieuse entre le régionalisme et le multilatéralisme.

À l'heure du nouveau régionalisme mêlant enjeux commerciaux, enjeux économiques et préoccupations non commerciales, politiques publiques et harmonisation réglementaire, l'OMC se voit prise au dépourvu face au développement rapide et incontrôlé du processus régional dont elle a normalement la charge de contrôler les conditions de création et de fonctionnement. Dans un tel contexte, les risques de chevauchements institutionnels, normatifs et juridictionnels sont nombreux. Plutôt que de poursuivre des intérêts convergents de libéralisation du commerce, régionalisme et multilatéralisme devront dorénavant évoluer dans un contexte devenu un peu trop compétitif.