

Aspects de gouvernance par l'OMC

Institut Universitaire Européen
Fiesole, 28 juin 2007

Dr. Christophe Germann

www.eui.eu

www.nccr-trade.org

www.germann-avocats.com

Définition de la Banque Mondiale

- "Governance," as defined by the World Bank in its 1992 report, Governance and Development, is "the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development."
- The report deemed it is within the Bank's mandate to focus on the following:
 - ◆ the process by which authority is exercised in the management of a country's economic and social resources
 - ◆ the capacity of governments to design, formulate, and implement policies and discharge functions.

Pertinence de la définition pour le droit de l'OMC

- Gouvernance et développement :
 - ◆ 150 Membres de l'OMC dont $\frac{3}{4}$ des pays en développement ou des économies « en transition »
- « Gestion des ressources économiques et sociales » à l'échelle internationale et la « théorie des avantages comparatifs » (p. 14).
- Les règles de l'OMC sont contraignantes et doivent donc être prévisibles.
- « Procédure » et « capacité » sous l'angle juridique :
 - ◆ Participation – approche « inclusive »
 - ◆ Transparence
 - ◆ Révision judiciaire

Aperçu sur l'OMC et la gouvernance

- Champ d'application
- Conditionnement « positif » de la gouvernance national par le droit de l'OMC
 - ◆ Les règles de gouvernance dans le droit de l'OMC, en particulier dans l'Accord sur les ADPICs
 - ◆ Equité dans la procédure WT/WGTCP/W/231
 - ◆ Protocole d'accession de la Chine
 - ◆ Affaire des crevettes (Shrimp Turtle 1998)
- Conditionnement « négatif » ou « problématique » de la gouvernance nationale par l'OMC
 - ◆ Participation à l'élaboration des règles de droit
 - ◆ Restriction du « policy space » capturée par des positions dominant le marché

Champ d'application du droit de l'OMC

- Introduction :
www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/understanding_f.pdf
- Les Accords du Cycle d'Uruguay sur 3 piliers:
 - ◆ GATT etc. (Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises)
 - ◆ GATS (Accord général sur le commerce des services, AGCS)
 - ◆ TRIPS (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ADPIC)
- Textes juridiques: www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm

« Obstacles au commerce »

- Principes du traitement national et de la nation la plus favorisée (NT et MFN)
- Tarifs
- Quotas
- Politiques publiques basées sur des aides d'Etat
- Propriété intellectuelle

Droit public international contraignant

- CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés Européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 24 mars 2000, WT/DS27/ARB/ECU
- Exemple : Traités de l'OMPI et Accord sur les ADPIC de l'OMC

À qui appartient l'OMC?

- L'OMC est dirigée par les gouvernements qui en sont membres. Toutes les grandes décisions sont prises par l'ensemble des membres, soit à l'échelon des Ministres (qui se réunissent au moins tous les deux ans), soit au niveau des ambassadeurs et des délégués (qui se rencontrent régulièrement à Genève). Les décisions sont normalement prises par consensus.
- Conditionnée par les Membres et les « producteurs »

Une organisation conditionnée par les exportateurs?

- Le droit du commerce international à l'exemple des politiques culturelles dans le domaine de l'audiovisuel
- Distinction :
 - ◆ Accords multilatéraux (« single undertaking »)
 - ◆ Accords plurilatéraux (« géométrie variables »)
 - ◆ Accords bilatéraux
- Ivan Bernier sur le « troc Swissair » :
 - ◆ FR : www.unesco.ch/work-content/ssa_no3_0704fr.pdf
 - ◆ DEU : www.unesco.ch/work-content/ssa_no3_0704de.pdf
- Les quotas de projection de la Corée du Sud:
www.incd.net/docs/Newsletter_March07.pdf

- Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2005 entrée en vigueur le 18 mars 2007:
 - ◆ http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=2450&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Christophe Germann, Towards a Cultural Contract to counter trade related cultural discrimination, dans: Nina Obuljen / Joost Smiers (editors), UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions - Making it work, Zagreb 2006.

« Commerce et ... »

- Préoccupations non-commerciales :
 - ◆ Droits humains
 - ◆ Environnement
 - ◆ Santé publique
 - ◆ Travail
 - ◆ Diversité culturelle
- Débat entre Andrew T. Guzman, *Global Governance and the WTO*, et John O. McGinnis / Mark L. Movsesian, *Against Global Governance in the WTO*
- Le « linkage » fonctionne avec la propriété intellectuelle : Christophe Germain, *More effective S&D via a right to free ride* (août 2007)

- Ernst-Ulrich Petersmann, Human Rights, Constitutionalism and the World Trade Organization: Challenges for World Trade Organization Jurisprudence and Civil Society
- Exemple des préoccupations environnementales : Frank Loy, Public participation in the World Trade Organization
- Christian Joerges / Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), Constitutionalism, multilevel trade governance and social regulation, Oxford / Portland 2006.

Crevettes et tortues

Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R :

3. Les États-Unis ont publié en 1987, en application de la Loi de 1973 sur les espèces menacées d'extinction, des règlements obligeant tous les crevettiers des États-Unis à utiliser des dispositifs d'exclusion des tortues marines ("DET") approuvés ou de réduire le temps de chalutage dans des zones déterminées où la mortalité des tortues marines dans les chaluts à crevettes était élevée. (...) L'article 609 b) 1) impose, à compter du 1er mai 1991 au plus tard, une interdiction d'importer les crevettes pêchées avec des techniques de pêche commerciale susceptibles de nuire aux tortues marines.

■ GATT XI:1:

Elimination générale des restrictions quantitatives

1. Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé.

■ GATT XX:

Exceptions générales

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

a) (...)

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

- Rapport du Groupe spécial, 15 mai 1998, WT/DS58/R, paragraphe 8.1. :

À la lumière des constatations faites plus haut, nous concluons que l'interdiction d'importer des crevettes et produits à base de crevettes appliquée par les États-Unis sur la base de l'article 609 de la Loi générale n° 101-162 n'est pas compatible avec l'article XI:1 du GATT de 1994 et ne peut pas être justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994.

Processus transparent et inclusif

C'est rarement au cours des **réunions formelles** de ces organes, et encore moins dans les conseils de niveau supérieur, que se font les progrès décisifs. **Les décisions étant prises par consensus, sans vote, les consultations informelles à l'OMC jouent un rôle crucial pour amener à un accord un ensemble de membres aussi divers.**

Ces réunions restreintes doivent être menées avec **doigté**. L'essentiel est de faire en sorte que chaque délégation soit tenue informée de ce qui se passe (le processus doit être **"transparent"**), même si elle n'est pas directement consultée et qu'elle ait la possibilité de participer ou d'apporter sa contribution (le processus doit être **"inclusif"**).

Contrainte du consensus.

Réunions informelles et coalitions

Une expression controversée, mais davantage parmi certains observateurs extérieurs que parmi les délégations, est l'expression “**Salon vert**”, appellation informelle de la salle de conférence du Directeur général. Cette expression fait référence aux réunions de 20 à 40 délégations, qui réunissent généralement des chefs de délégation. (...)

Par le passé, certaines délégations ont estimé que les réunions du type “Salon vert” pouvaient aboutir à des compromis adoptés dans leurs dos. On a donc redoublé d'efforts pour faire en sorte que le processus soit mené correctement et que des **rapports soient régulièrement présentés à l'ensemble des Membres**. La façon dont les pays négocient aujourd'hui a quelque peu atténué le problème. **Afin d'accroître leur pouvoir de négociation, les pays ont formé des coalitions.**

Pas de coalitions possible au niveau d'accords bilatéraux!

OMC et ONG

■ « Consultations » de l'OMC :

◆ Directement :

- ◆ Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales : WT/L/162

- ◆ Notes d'information communiquées par les ONG au Secrétariat de l'OMC :

http://www.wto.org/french/forums_f/ngo_f/pospap_f.htm

- ◆ Indirectement par le biais des consultations effectuée par les Etats Membres

Lignes directrices sur les relations entre l'OMC et les ONG - WT/L/162

As a result of extensive discussions, there is currently a broadly held view that it would not be possible for NGOs to be directly involved in the work of the WTO or its meetings. Closer consultation and cooperation with NGOs can also be met constructively through appropriate processes at the national level where lies primary responsibility for taking into account the different elements of public interest which are brought to bear on trade policy-making.

Consultation à l'exemple suisse

- Loi fédérale sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation, LCo) du 18 mars 2005 (Etat le 23 août 2005; RS 172.061)

www.admin.ch/ch/f/rs/1/172.061.fr.pdf

Art. 2 But de la procédure de consultation

¹ La procédure de consultation vise à associer les cantons, les partis politiques et les milieux intéressés à la définition de la position de la Confédération et à l'élaboration de ses décisions.

² Elle permet de déterminer si un projet de la Confédération est matériellement correct, exécutable et susceptible d'être bien accepté.

Art. 4 Participation

¹ Toute personne ou organisation peut participer à la consultation et exprimer un avis.

² Sont invités à donner un avis:

- a. les cantons;
- b. les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale;
- c. les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national;
- d. les associations faîtières de l'économie qui œuvrent au niveau national;
- e. les autres milieux concernés par le projet dans le cas d'espèce.

³ La Chancellerie fédérale tient une liste des organisations consultées systématiquement en vertu de l'al. 2, let. a à d.

Art. 3 Objet de la procédure de consultation

¹ Une consultation est organisée lors des travaux préparatoires concernant:

- a. les modifications de la Constitution;
- b. les dispositions légales visées à l'art. 164, al. 1, let. a à g, de la Constitution;
- c. les **traités internationaux** qui sont soumis au référendum prévu par l'art. 140, al. 1, let. b, de la Constitution ou sujets au référendum prévu par l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, de la Constitution, ou encore qui touchent des intérêts essentiels des cantons.

² Une consultation est organisée sur les **autres projets qui ont une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle** ou dont l'exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale.

³ Lorsque les cantons sont particulièrement concernés par un projet d'ordonnance, ils sont consultés.

Art. 8 Traitement des avis

Il est pris connaissance des avis exprimés, qui sont pondérés et évalués.

Art. 9 Publicité

¹ Sont accessibles au public:

- a. le dossier soumis à consultation;
- b. après expiration du délai de consultation, les avis exprimés et le procès-verbal des consultations menées sous la forme d'une conférence;
- c. le rapport rendant compte des résultats de la consultation, après que le Conseil fédéral en a pris connaissance.

² La Confédération assure l'accès aux avis exprimés en autorisant leur consultation sur place, en en fournissant des copies ou en les publiant sous forme électronique; les avis peuvent être préparés à cet effet.

³ La loi du 17 décembre 2004 sur la transparence³ n'est pas applicable.

Exemple : Négociations de la convention de
l'UNESCO sur la diversité culturelle sur
www.unesco.ch

Coopération à l'intérieur de l'administration publique

- Dialogue entre unités administratives
- Evaluation de l'impact des règles commerciales sur les politiques publiques concernées.
- Composition des délégations: Experts dans les matières pertinentes

Collaboration entre organisations inter-gouvernementales

■ Expertise:

- ◆ Accord entre l'OMPI et l'OMC
- ◆ Négociation de la convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle: UNESCO demande à l'OMC et à d'autres organisations de commenter les projets

■ Déséquilibre au niveau des sanctions en cas de conflit de droits

Notifications

Un grand nombre des accords de l'OMC font obligation aux gouvernements membres de notifier au Secrétariat de l'OMC les nouvelles mesures commerciales qu'ils ont adoptées ou les modifications qu'ils ont apportées aux mesures existantes. C'est ainsi, par exemple, que des renseignements détaillés doivent être communiqués à l'organe compétent de l'OMC concernant les nouvelles législations en matière de droits antidumping ou de droits compensateurs, les nouvelles normes techniques affectant le commerce, les modifications des règlements régissant le commerce des services et les lois ou règlements concernant l'accord sur la propriété intellectuelle. Des groupes spéciaux sont également établis pour examiner les nouveaux arrangements de libre-échange et les politiques commerciales des pays qui accèdent à l'Organisation.

Informations pour le public

- www.wto.org :

- ◆ Base de données:

- http://docsonline.wto.org/gen_home.asp?language=1&=1

- <http://www.ictsd.org/>

- http://ec.europa.eu/trade/index_en.htm
<http://www.ustr.gov/> etc.

Règles de « bonne gouvernance » dans le droit de l'OMC

- Transparence et obligation de publier la législation et la jurisprudence nationale: GATT X, GATS III, TRIPS 63
- Révision judiciaire: GATS VI
- Procédures « raisonnables » : TRIPS 62, GATS VI
- Procédures administratives: GATT VI et XVI
- Procédures civiles, administratives et pénales: TRIPS 42 - 61
- Obligation de notifier: TBT 2.9 et 10
- Assistance technique

Protocole d'accession de la Chine à l'OMC (WT/L/432, pp. 3-5)

- Transparence (« publier »):
 - ◆ X GATT, III GATS, 63 TRIPS
- Révision judiciaire:
 - ◆ 42-61 TRIPS
- Non-discrimination
 - ◆ NT et MFN

Équité (« fairness ») dans la procédure

- Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, Note d'information du Secrétariat, Disposition des Accords actuels de l'OMC relatives à l'équité au plan de la procédure (WT/WGTCP/W/231):

3. Il ressort de l'analyse ci après que les Accords actuels de l'OMC renferment de nombreuses dispositions relatives à l'équité au plan de la procédure. La présente note cherche à recenser les dispositions pertinentes et à les classer, dans la mesure du possible, (...).

4. La présente note se limite à l'examen des prescriptions de l'OMC relatives à l'équité des procédures au niveau national. (...)

16. Les dispositions des Accords de l'OMC relatives à l'équité au plan de la procédure peuvent être classées en deux grandes catégories:
- a) Premièrement, les dispositions d'ordre général reposant sur trois concepts de base, à savoir que:
 - i) les mesures gouvernementales d'application générale doivent être publiées et ce, en règle générale, avant leur application;
 - ii) ces mesures doivent être administrées d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable ou d'une façon juste et équitable;
 - iii) la possibilité de faire appel des décisions sur l'application de mesures ou d'obtenir leur révision doit être prévue.

Des dispositions reposant sur ces concepts figurent dans l'article X du GATT , dans les articles III et VI de l'AGCS et dans les articles 41.2 à 4 et 63 de l'Accord sur les ADPIC, et apparaissent également dans de nombreux autres Accords de l'OMC.

- b) Deuxièmement, les dispositions plus détaillées et spécifiques figurant dans bon nombre des accords spécifiques de l'Annexe 1A ainsi que dans l'Accord sur les ADPIC et dans l'Accord plurilatéral sur les marchés publics.

Règlement des différends

- Interprétation des accords sur deux instances :
 - ◆ Groupes spéciaux (Panels): Faits et droit
 - ◆ Organe d'Appel: Droit
- Règles de procédure dans le DSU
- Assistance technique
- Participation d'avocats
- Soumissions amicus curiae
- Expertises externes

- Le règlement des différends à l'OMC: études de cas (disponible uniquement en anglais) :

www.wto.org/french/res_f/webcas_f/webcas_f.htm#wtosystem

L'affaire des normes environnementales applicables à l'essence introduite par le Venezuela et le Brésil contre les États-Unis et l'affaire des enregistrements sonores introduite par les États-Unis et les CE contre le Japon sont pris comme exemples pour expliquer le processus de règlement des différends de l'OMC.

Jurisprudence: Crevettes et tortues

■ WT/DS58/AB/R, para. 181 / 183:

Le processus de certification suivi par les États-Unis semble donc singulièrement informel et simpliste, et paraît être mené d'une manière telle qu'il pourrait aboutir à la négation des droits des Membres. Il n'y a manifestement aucun moyen pour les Membres exportateurs de s'assurer que les dispositions de l'article 609, et en particulier les Directives de 1996, sont appliquées de manière juste et équitable par les services gouvernementaux compétents des États-Unis. Nous considérons qu'en fait les Membres exportateurs qui demandent la certification et dont les demandes sont rejetées ne bénéficient pas de l'équité élémentaire ni des garanties d'une procédure régulière et font donc l'objet d'une discrimination par rapport aux Membres qui obtiennent la certification.

Il est également clair que l'article X:3 du GATT de 1994 établit certains critères minimaux concernant la transparence et l'équité au plan de la procédure dans l'administration des règlements commerciaux, et, selon nous, ces critères ne sont pas respectés en l'espèce. Le manque de transparence et la nature ex parte des procédures gouvernementales internes appliquées par les fonctionnaires compétents de l'Office de la protection du milieu marin, du Département d'État et du Service national des pêches maritimes des États-Unis dans le cadre du processus de certification au titre de l'article 609, ainsi que le fait que les pays dont les demandes sont rejetées n'en sont pas formellement avisés, pas plus qu'ils ne le sont des raisons du rejet, et aussi le fait qu'il n'existe pas de procédure juridique formelle de réexamen du rejet d'une demande ni d'appel de cette décision, sont tous contraires à l'esprit, sinon à la lettre, de l'article X:3 du GATT de 1994.

Exemple: Accord sur les ADPIC

- Grande densité normative :
 - ◆ Droits privés (erga omnes)
 - ◆ Toutes les formes de protection principales (brevet, marques, droit d'auteur)
 - ◆ Règles de fond et de forme
 - ◆ Incorporation de traités de l'OMPI (Berne, Paris etc.)
 - ◆ Règles propres (TRIPS 10: logiciel et banques de données)
- Partie III : Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle (TRIPS 42 – 61) :
 - ◆ Règles de procédure
 - ◆ Droit civil, administratif et pénal

Chine - Piraterie

Chine – Mesures affectant la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle - Demande de consultations présentée par les Etats-Unis, 16 avril 2007, WT/DS362/1, point III:

(...) il apparaît que des œuvres qui doivent être soumises à un examen aux fins de la censure (ou à d'autres formes d'examen avant publication ou avant distribution) avant d'être admises sur le marché chinois ne sont pas protégées par le droit d'auteur tant que l'examen n'a pas été achevé et tant que la publication et la distribution en Chine n'ont pas été autorisées.

L'article 5 1) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971) (la "Convention de Berne") dispose que les auteurs étrangers d'œuvres protégées jouissent de tous les droits accordés aux auteurs nationaux, ainsi que de tous les droits spécialement accordés par la Convention. Ces droits ne peuvent être subordonnés à aucune formalité (article 5 2) de la Convention de Berne). L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que tous les Membres de l'OMC, entre autres choses, se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne.

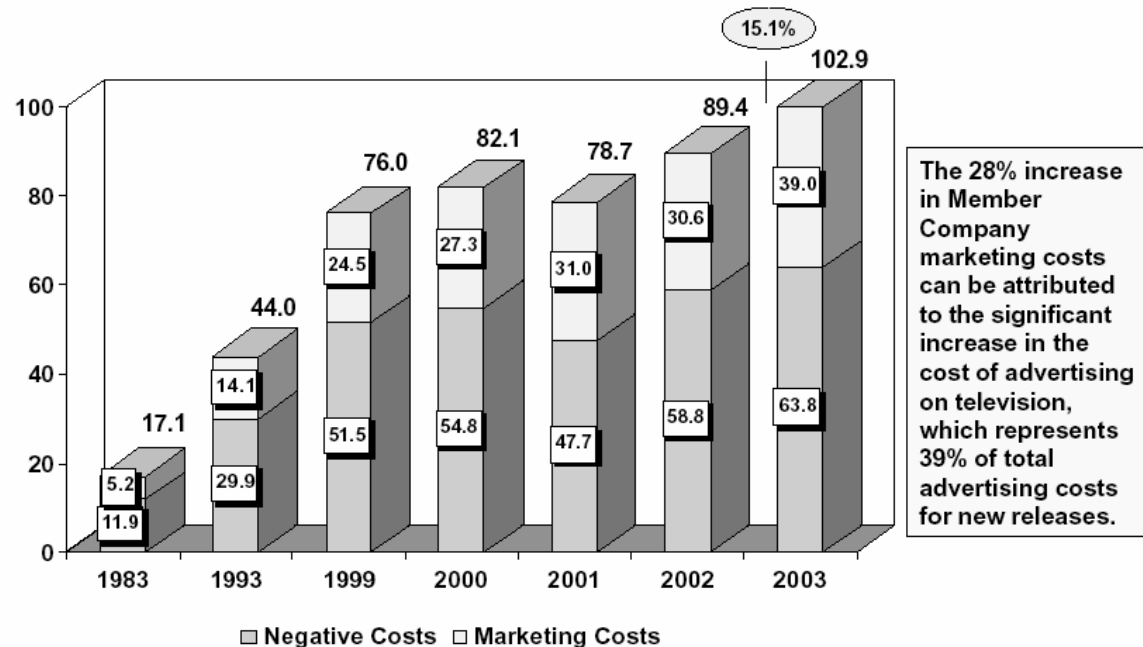
Défense créative

U.S. Entertainment Industry: 2003 MPA Market Statistics

United States

Theatrical Costs

MPAA Member Company Average Theatrical Costs



The 28% increase in Member Company marketing costs can be attributed to the significant increase in the cost of advertising on television, which represents 39% of total advertising costs for new releases.

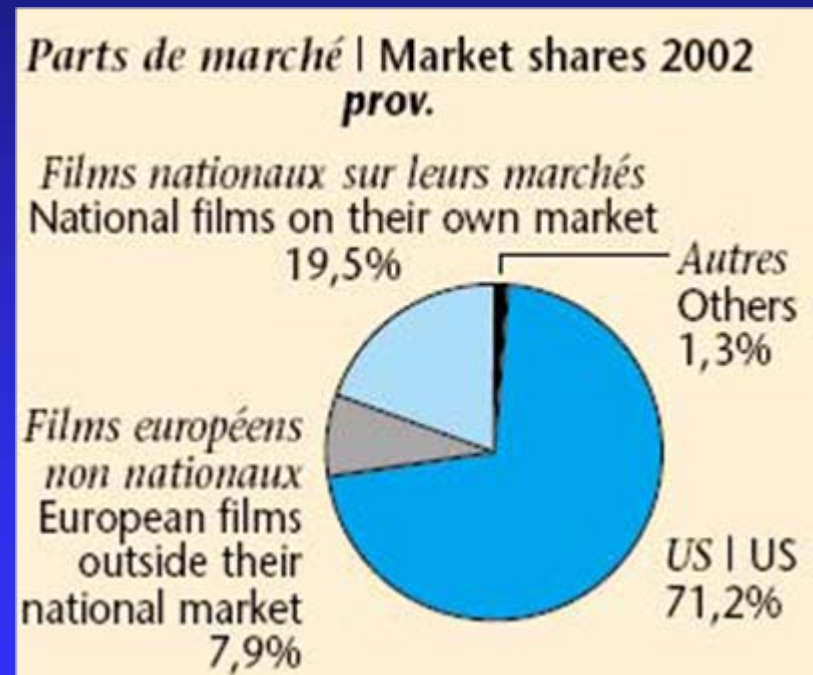
Source: MPAA

European Commission (1999)

The audiovisual media play a central role in the functioning of modern democratic societies. Without the free flow of information, such societies cannot function. Moreover, the audiovisual media play a fundamental role in the development and transmission of social values. (...) They therefore help to determine not only what we see of the world but also how we see it.

State Aid for Cultural Diversity

- EU: More than EURO 1 billion per year (x 3 in private investments)
- Promotion of European cultural identities and cultural diversity
- “Fortress Europe” vis-à-vis third cultures



No State Aid for Culture

- USA: No State aid for “entertainment” industries
- DCs and LDCs: No money for “cultural” policies
- (EU tax payers finance the little remains of cultural diversity...)



China today with piracy...



Source: European Audiovisual Observatory, Focus 2006:
http://www.obs.coe.int/online_publication/reports/focus2006.pdf.en

Merci pour votre attention.

Commentaires et questions :

info@germann-avocats.com