

**LE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE
COMME MOYEN DE « DÉCOLONISER » LE DROIT INTERNATIONAL ?
L'EXEMPLE DES PRÉFÉRENCES COMMERCIALES**

Kiara NERI¹

S'interroger sur le droit international économique comme moyen de « décoloniser » le droit international s'inscrit dans une démarche de réflexion sur le droit international, démarche peu adoptée par la doctrine internationaliste. Un grand nombre de questionnements surgissent dans ce cadre : le droit international est-il porteur des stigmates d'un droit « colonisé », une « décolonisation » est-elle possible ? Le droit international économique peut-il être un outil pour y parvenir ?

La première étape de ce questionnement est d'établir le sens à donner à l'expression « décolonisation du droit international ». L'intérêt des internationalistes pour le phénomène de décolonisation a donné lieu à une série de travaux sur la « décolonisation » en droit international. Cette problématique a passionné la communauté scientifique dans les années 1960 et 1970, mais reste d'actualité, l'on en veut pour preuve la récente demande d'avis consultatif de l'Assemblée générale des Nations unies sur les *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*². Ainsi, lorsqu'il s'agit de traiter de la décolonisation en droit international le « réflexe » premier des internationalistes serait sans doute d'étudier les règles fixées par lui, essentiellement dans le cadre onusien, pour encadrer la décolonisation. On se tourne également vers les débats sur les rapports ambigus entre le droit international et la colonisation et les études réalisées sur le droit international des XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles qui se penchent sur le rôle joué par la matière pour permettre, organiser ou encourager la colonisation européenne. Mais ces débats sont aujourd'hui essentiellement historiques et, surtout, ils ont déjà été traités de manière substantielle, en particulier par Emmanuelle Jouannet dans sa contribution aux mélanges Peter Haggemacher³. L'essentiel n'est

1 Maître de conférences HDR, Université Jean Moulin Lyon 3.

2 Requête émise par l'Assemblée générale le 23 juin 2017, à la suite de l'adoption, le 22 juin 2017 de la résolution 71/292, dans laquelle, se référant à l'article 65 du Statut de la Cour, elle priait la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur deux questions : « Le processus de décolonisation a-t-il été valablement mené à bien lorsque Maurice a obtenu son indépendance en 1968, à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos de son territoire et au regard du droit international, notamment des obligations évoquées dans les résolutions de l'Assemblée générale 1514 (XV) du 14 décembre 1960, 2066 (XX) du 16 décembre 1965, 2232 (XXI) du 20 décembre 1966 et 2357 (XXII) du 19 décembre 1967 ? » ; et « Quelles sont les conséquences en droit international, y compris au regard des obligations évoquées dans les résolutions susmentionnées, du maintien de l'archipel des Chagos sous l'administration du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, notamment en ce qui concerne l'impossibilité dans laquelle se trouve Maurice d'y mener un programme de réinstallation pour ses nationaux, en particulier ceux d'origine chagossienne ? ».

3 E. TOURME JOUANNET, « Des origines coloniales du droit international : à propos du droit des gens moderne au 18^{ème} siècle », in *Liber Amicorum Peter Haggemacher, The Roots of International Law / Les fondements du droit international*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 649-672.

donc pas là. Ce n'est pas de la décolonisation *en* droit international qu'il s'agit, mais bien de la décolonisation *du* droit international.

L'enjeu actuel de la réflexion scientifique sur la « décolonisation du droit international » se trouve ailleurs, en particulier dans le renouvellement de ses règles et de leur adaptation aux évolutions de la société internationale, aux particularismes, aux besoins, aux identités des Pays du sud. Les travaux de Sundhya Pahuja⁴ s'inscrivent dans cette démarche. Pour elle, la « décolonisation » du droit international se manifeste par l'utilisation, par les États du Sud, des mécanismes et des institutions du droit international pour promouvoir leurs objectifs⁵. Elle pose la question suivante « *[w]hy has international law, from the perspective of the Third World, been so disappointing ?* »⁶ et dresse ainsi un constat d'échec de la mission qui semblait assignée au droit international pour les Pays du sud et de l'espoir qu'il suscitait. Cette déception est en réalité liée à la conception du droit international que l'on adopte et la mission qu'on lui attribue. Cela suppose d'adopter une approche « philosophique » de la matière et de s'attacher à la légitimité de la règle et à son évaluation⁷.

Dans ce cadre, l'évaluation des règles de droit entretient des liens étroits avec le concept de justice. Ce lien, développé par Gény reste d'une profonde actualité. Pour cet auteur : « les règles de droit visent nécessairement et exclusivement, à réaliser la justice, que nous concevons tout au moins sous la forme d'une idée, l'idée du juste au fond [...] le droit ne trouve son contenu, propre et spécifique, que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable impliquant essentiellement non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire de tort à personne et d'attribuer à chacun son dû, mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre les intérêts en conflits, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine »⁸. Cette idée a été développée dans la sphère du droit international par Emmanuelle Tourme-Jouannet⁹. Ses travaux ont inspiré une démarche de réflexion plus globale sur la règle et sur la matière, c'est-à-dire sur le droit international lui-même. De la même manière, Sundhya Pahuja note qu'« *[i]nternational law in its aspirational dimension bears an enduring relation to an idea of justice. This relation holds out a promise of universality that has inspired many attempts by the Third World to use international law as a site of political struggle. But throughout our exploration here, we have seen that many such attempts have had the unintended consequence of legitimising an expanding domain of international intervention into the Third World* »¹⁰.

Cette étude propose donc une réflexion sur l'évolution du droit international afin de « mesurer » si les grandes modifications et les grands bouleversements du monde post-guerre froide et post-colonial ont été intégrés. Le domaine économique est un indice privilégié tant les questions de

4 S. PAHUJA, *Decolonizing International Law*, Cambridge University Press, 2011, 367 p.

5 *Ibid.*, p. 15.

6 *Ibid.*

7 O. CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2009, 291 p.

8 F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, t. 1, 1914-1924, cité in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1328.

9 Voir par exemple E. JOUANNET, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? LE droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011 et E. JOUANNET, H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL, *Regard d'une génération sur le droit international*, Pedone, 2008.

10 S. PAHUJA, *Decolonising International Law*, *op. cit.*

développement sont au cœur de ces questionnements. L'étude du droit international économique permet de déterminer s'il a été en mesure de dépasser le caractère eurocentré commun à la construction du droit international, ou, plus largement, centré sur l'occident et de s'adapter aux situations nouvelles des Pays du Sud. Les origines du droit international sont en effet très liées à l'histoire européenne, comme le rappelle Martti Koskenniemi¹¹. L'enjeu de la « décolonisation » du droit international est donc de s'extraire de cette situation et d'adapter les règles à la diversité des États qui composent la société internationale, et non pas d'imposer à tous des règles nées en Europe et adaptées à la situation des Pays occidentaux¹².

Pour « mesurer » la « décolonisation du droit international », il est nécessaire d'établir des critères précis. Cette étude en propose deux. Le premier est celui de la reconnaissance de la différence, c'est-à-dire de la prise en compte de besoins différents. Il s'agit donc d'un critère d'adaptation des règles aux Pays du Sud. Le second, plus difficile à évaluer, repose sur la dépendance ou la soumission de certains États à d'autres, pour schématiser, des États du Sud issus de la décolonisation aux États du Nord.

Dès lors, évaluer si le droit international économique peut être un outil de « décolonisation » du droit international revient à se demander s'il peut être un moyen de mettre fin à l'organisation de la dépendance des Pays du sud et de prendre en compte les différences. Au sein du droit international économique, il y a deux grands domaines qui présentent des exemples intéressants d'adaptation du droit : le droit international des investissements et le traitement spécial et différencié (TSD). Le droit des investissements sera volontairement exclu du champ de l'étude, puisqu'il fait l'objet d'une communication séparée¹³. L'étude se concentre sur le traitement spécial et différencié accordé par le droit de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) puis de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) aux Pays en développement (PED)¹⁴, et, en son sein, à l'octroi de préférences commerciales.

La réponse est positive sur le plan théorique. Le droit international économique est outillé pour devenir un instrument de « décolonisation ». Il dispose d'une structure institutionnelle et d'un outil de production de normes qui permet de modifier les règles et de les adapter à un objectif différent. Même si l'OMC en tant que telle n'est pas censée produire de règles de droit dérivé¹⁵, elle reste un forum de négociation pour l'adoption par ses membres d'Accords multilatéraux relatifs au commerce.

11 M. KOSKENNIEMI, « Histories of International law : Dealing with Eurocentrism », *Rechts Geschichte*, 19, 2011, p. 152-176. Il cite l'un des premiers historiens de droit international, Nys, pour qui : « the history of international law as part of the expansion of European civilization over the world » p. 152 ; « In a work from 1893 Nys found the "origins of international Law" in the European renaissance and saw "modern" international law crystallise with the Peace of Westphalia (1648), the symbol of the system of independent states (Droit public de l'Europe). Three great ideas had dominated history, he argued – progress, freedom and the "idea of humanity". With "progress", Nys meant European modernity as he saw it around himself – a non-confessional political order with advances in economics and technology ».

12 Voy. Y. ONUMA, « Multi-civilizational international law in the multi-centric 21st century world: transformation of west-Centric to Global international as seen from a trans-civilizational perspective », in *The Roots of International Law / Les fondements du droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 597-640.

13 Voy. dans le présent ouvrage la contribution de M. M. Mbengue.

14 L'expression « pays en voie de développement », issue du vocabulaire du droit international économique sera privilégié. Sur les considérations terminologiques voy. R. ETIEN, « Après "les pays sous-développés", "les pays en voie de développement", "le tiers monde", "les pays émergents", un concept opératoire », in S. DOUMBÉ-BILLÉ, H. GHÉRARI, R. KHERAD (dir.), *Droit, liberté, paix, développement, Mélanges en l'honneur de Majid Benchikh*, Pedone, 2011, p. 437-445.

15 J. MOTTE-BAUMVOL, *L'articulation entre le droit de l'OMC et le droit international*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, 2013, 629 p.

De plus, les règles du droit international économique ont déjà été modifiées afin de prendre en compte les besoins spécifiques des Pays en développement. Une certaine adaptation existe alors bel et bien (I). Toutefois, l'étude de la pratique impose une réponse plus nuancée, voire négative. La modification de ces règles, si elle est réelle, n'a pas permis de sortir de la relation asymétrique de dépendance et donc, n'a pas permis de parvenir à une « décolonisation » du droit international (II).

I. Un outil de « décolonisation » en puissance

Les règles originelles du droit international économique, adoptées dans les années 1940 sont, comme un grand nombre de règles de droit international public, très marquées par leur caractère européen-centré, ou plus exactement ici tournées vers l'occident. Toutefois, les mécanismes issus de ce corps de règles notamment à travers les cycles de négociations successifs ont permis un assouplissement progressif en faveur des Pays en voie de développement. Cette modification des règles porte la marque d'une certaine forme de « décolonisation » du droit international, notamment parce qu'elle permet la prise en compte des besoins spécifiques des Pays en développement et l'adoption d'une série d'exceptions aux règles du GATT (A) puis la reconnaissance d'une véritable différenciation juridique (B).

A. La prise en compte progressive des besoins spécifiques des Pays en développement comme marqueur de la « décolonisation » des règles du droit international économique

Dès 1947, les membres du GATT prennent en compte la situation particulière des Pays en développement, mais de manière très limitée. Une seule disposition existe au sein des accords et aucun statut juridique réel ne leur est conféré. En effet, l'article 18 du GATT de 1947 prévoyait que les Pays en développement pourraient imposer des restrictions au commerce pour des raisons liées au développement. Toutefois, ces restrictions étaient conditionnées par l'accord préalable des parties contractantes vidant pour l'essentiel le dispositif de son contenu et de son utilité.

Une première prise de conscience de l'insuffisance de l'article 18 entraîne sa modification, en 1955 pour apporter des précisions sur le type d'exceptions que les Pays en développement pouvaient mobiliser. Quatre cas de figure y sont prévus, lorsqu'ils ont pour objectif le développement : le réajustement des droits de douane (alinéa A), l'imposition de certaines restrictions quantitatives pour des raisons de balance des paiements (alinéa B) ; la création de subventions à l'exportation (alinéa C) et la subvention pour créer une nouvelle branche de production nationale (alinéa D). L'inscription de ces quatre exceptions au sein du GATT démontre une volonté d'adapter les règles à la situation des PED, toutefois, elles n'ont été que très peu invoquées¹⁶ preuve qu'elles ne répondaient pas aux attentes et aux besoins des États visés.

¹⁶ L'alinéa A ne fut invoqué que 9 fois, l'alinéa C 4 fois, l'alinéa D ne l'a jamais été. Ainsi, seul l'alinéa B fut parfois invoqué pour pouvoir imposer certaines restrictions quantitatives.

Par la suite, dans les années 1960, la décolonisation est en grande partie consommée, et les PED sont de plus en plus nombreux. La question du développement d'un régime qui leur serait applicable se pose donc avec une plus grande acuité. Le 24 juin 1966¹⁷, une Partie IV est ajoutée au GATT, intitulée « commerce et développement ». Elle s'inscrit dans le processus de modification des règles du droit international économique pour prendre en compte la situation différente des PED. Cette Partie IV demeure néanmoins très insuffisante. Les PED ne sont toujours pas dotés d'un statut juridique propre et leur situation demeure régie par une série d'exceptions. Par ailleurs, les termes employés sont très vagues et les dispositions ne sont pas contraignantes. La formulation de l'article XXXVI est en ce sens très claire : « notant que les Parties Contractantes *peuvent* autoriser les parties contractantes peu développées à utiliser des mesures spéciales pour favoriser leur commerce et leur développement »¹⁸. Le seul principe qui en ressort réellement est celui de la non-réciprocité dans les négociations, ce qui a eu l'effet pervers de conduire à l'absence de prise en compte de la position des PED dans ces négociations¹⁹.

Puis, lors du cycle de Tokyo, les États vont enfin modifier leur approche des Pays en développement et de leur insertion dans le commerce mondial. On parle d'une approche positive, dès lors que leur statut n'est plus défini en termes d'exception, mais devient un statut juridique à part entière. À la suite de la Conférence des Nations unies pour le Commerce et le développement de New Delhi de 1968, les Nations unies recommandent aux parties contractantes du GATT de mettre en place un système généralisé de préférences (SGP), en vertu duquel les Pays développés améliorent l'accès au marché des exportations des Pays en développement. Dans ce cadre, les États parties au GATT adoptent, le 25 juin 1971 une décision « Régime généralisé de préférences » qui réitère le caractère non contraignant de l'engagement des Pays développés. Ce texte est valable pour une durée de 10 ans renouvelable. Il a pour apport essentiel de permettre, sans toutefois les y contraindre, aux Pays développés de mettre en place des systèmes généralisés de préférences au profit des PED en dérogeant à la clause de la nation la plus favorisée de l'article I du GATT. Ce texte sera complété, le 26 novembre 1971, par une décision « Négociations commerciales entre Pays en voie de développement », adoptée elle aussi pour une durée de dix ans et permettant aux PED de conclure des accords préférentiels entre eux.

Dès lors, dès 1971, les relations Nord-Sud et les relations Sud-Sud n'étaient plus régies par le principe de la clause de la nation la plus favorisée, hautement inadaptée à la situation des PED et très souvent contraire à leurs intérêts économiques et politiques.

Ce statut sera complété par l'adoption, en 1979 de la clause d'habilitation, mais il constitue déjà une preuve de la capacité du système économique mondial mis en place par le GATT à faire évoluer ses règles et à rechercher leur adaptation aux besoins de développement des Pays du Sud.

17 L'entrée en vigueur de la décision a eu lieu en février 1965.

18 Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947), art. XXXVI §1 f).

19 Voir *infra*, II.

B. La reconnaissance de la différenciation juridique comme marqueur de la « décolonisation » des règles du droit international

Dans le cadre du *Tokyo Round*, une deuxième phase dans l'instauration d'un statut juridique pour les PED intervient avec la clause d'habilitation du 28 novembre 1979 intitulée « Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des Pays en voie de développement ». Elle apporte un fondement juridique permanent pour les préférences commerciales accordées par les Pays développés, tant d'une manière générale pour tous les Pays en développement en vertu des régimes SGP que, plus spécifiquement, pour le traitement préférentiel accordé aux Pays les moins avancés.

Aux termes de la clause d'habilitation, l'octroi d'un traitement tarifaire préférentiel pour les produits provenant des Pays en développement est admis, en dérogation à la clause de la nation la plus favorisée. Par ailleurs, les PED sont habilités à s'octroyer des préférences mutuelles. Au-delà des accords préférentiels, les textes vont directement poser un régime plus favorable dans certains cas pour les PED qui se traduit le plus souvent par des délais de transition plus longs pour mettre en place les accords, mais également par une assistance technique ou encore des conditions moins difficiles à remplir pour obtenir certaines dérogations²⁰.

Le régime juridique mis en place par la clause d'habilitation constitue la reconnaissance d'une situation différente, il s'agit d'une différenciation juridique, à savoir de l'existence d'une « pluralité de normes prenant en compte les spécificités des Pays en transition et celles des différentes catégories de PED »²¹. Cette diversité a également été soulignée par le Professeur Touscoz pour qui les accords issus du cycle de l'Uruguay constituent « un cadre mobile à géométrie variable » puisque les règles applicables aux États « sont différenciées et plurielles »²². Des dispositions relatives au traitement spécial et différencié ont été insérées dans la grande majorité des Accords relatifs au commerce, qu'il s'agisse des Accords relatifs au commerce des marchandises, des services, des droits de propriété intellectuelle, du règlement des différends ou encore des marchés publics²³. Par ailleurs, un grand nombre de décisions adoptées par les organes de l'OMC ont trait à ces questions et aménagent des règles spécifiques pour les Pays en développement²⁴. Les instruments les plus récents font également une place aux questions de développement et affichent une volonté d'adaptation. Tel est le cas de la

20 Voir OMC, Comité du commerce et du développement, 14 juin 2013, WT/COMTD/W/196 et K. NERI, « Quel bilan pour le traitement spécial et différencié ? », in SFDI, *L'État dans la mondialisation* (colloque de Nancy de juin 2012), Pedone, 2013, p. 301-322.

21 T. FLORY, « Le nouveau régime juridique », Rapport général, in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges (problèmes juridiques)*, Pedone, 1996, p. 89-111.

22 J. TOUSCOZ, « La réorganisation mondiale des échanges : quelques questions juridiques », Rapport introductif, in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges (Problèmes juridiques)*, Pedone, 1996, p. 19.

23 Voy. OMC, Comité du commerce et du développement, 14 juin 2013, *précit.* De telles dispositions sont présentes dans les Accords suivants : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1994 ; Mémoire d'accord sur les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 relatives à la balance des paiements ; Accord sur l'agriculture ; Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ; Accord sur les obstacles techniques au commerce ; Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce ; Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 ; Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994 ; Accord sur les procédures de licences d'importation ; Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ; Accord sur les sauvegardes ; Accord général sur le commerce des services ; Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ; Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ; Accord sur les marchés publics ; Accord sur la facilitation des échanges.

24 Voy. OMC, Comité du commerce et du développement, 14 juin 2013, *précit.*

création par la Conférence ministérielle de Bali de décembre 2013 d'un mécanisme visant à examiner et à analyser la mise en œuvre des dispositions relatives au traitement spécial et différencié, ou encore l'adoption de l'Accord sur la facilitation des échanges. Lors de la Conférence de Nairobi de décembre 2015, une série de six Décisions ministérielles concernant l'agriculture, le coton et des questions en rapport avec les Pays les moins avancés ont également été adoptées. Elles contiennent par exemple des mesures relatives aux stocks publics à des fins de sécurité alimentaire, un mécanisme de sauvegarde spécial en faveur des Pays en développement et des mesures concernant le coton ou encore un traitement préférentiel en faveur des Pays les moins avancés (PMA) dans le domaine des services et les critères permettant de déterminer si les exportations en provenance des Pays les moins avancés peuvent bénéficier des préférences commerciales²⁵.

Ainsi, on observe dans le domaine économique, et c'est assez rare dans le droit international contemporain, une modification du contenu des règles afin de prendre en compte des besoins et la situation des États issus de la décolonisation. L'adoption de règles spécifiques pour les Pays en développement s'est ensuite propagée à d'autres domaines du droit international comme le droit de l'environnement à travers le concept de *responsabilités communes mais différenciées*²⁶. Le Principe 7 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 14 juin 1992 prévoit en ce sens que

« [l]es États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les Pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent. »

Dans une moindre mesure, les règles relatives au patrimoine culturel prennent également en compte la situation des Pays en développement²⁷. En ce sens, le droit international économique a contribué et contribue toujours, par son contenu normatif à la décolonisation du droit international.

25 Voy. les Décisions ministérielles du « Paquet de Nairobi », adoptées le décembre 2015 : Décision relative au Mécanisme de sauvegarde spéciale en faveur des pays en développement membres (WT/MIN(15)/43 – WT/L/978) ; Décision relative à la Détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire (WT/MIN(15)/44 – WT/L/979) ; Décision relative à la Concurrence à l'exportation (WT/MIN(15)/45 – WT/L/980) ; Décision relative au Coton (WT/MIN(15)/46 – WT/L/981) ; Décision relative aux Règles d'origine préférentielles pour les pays les moins avancés (WT/MIN(15)/47 – WT/L/917/Add.1) ; Décision relative à la Mise en œuvre du traitement préférentiel en faveur des services et fournisseurs de services des pays les moins avancés et participation croissante des PMA au commerce des services (WT/MIN(15)/48 – WT/L/982).

26 Pour un commentaire, voy. S. LAVALLE, « Le principe des responsabilités communes mais différenciées à Rio, Kyoto et Copenhague : Essai sur la responsabilité de protéger le climat », *Études internationales*, 2010, p. 51 et s. ou K. BARTENSTEIN, « De Stockholm à Copenhague : genèse et évolution des responsabilités communes mais différenciées en droit international de l'environnement », *McGill Law Journal*, 2010, p. 177 et s.

27 « Approbation de directives opérationnelles pour la mise en œuvre de la Convention et futures activités du Comité » in *Conférence des parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, Rés UNESCO 2.CP.7, Doc off UNESCO, 2^e sess, Doc NU CE/09/2.CP/210/7 (2009), qui prévoit un traitement préférentiel pour les PED.

Par ailleurs, les mécanismes du droit de l'OMC en faveur des Pays en développement ou des Pays les moins avancés sont d'une grande flexibilité²⁸. Charles-Emmanuel Côté relevait « le pragmatisme et la flexibilité réelle du droit international économique », même si c'est « une de ses caractéristiques souvent méconnue »²⁹. À l'appui de ces propos, le mécanisme de dérogations *ad hoc*, qui permet de légaliser tout traitement de faveur accordé à des PED, qui échappe aux autres modalités d'opération du TSD et qui serait autrement illicite. Ce mécanisme a par exemple été utilisé pour les arrangements préférentiels franco-marocains³⁰, les préférences accordées par les États-Unis aux Pays andins³¹ ou encore les Accords entre l'Union européenne et les États ACP, de Lomé à Cotonou³².

Le premier critère établi en introduction semble donc rempli : il existe une reconnaissance de la différence et de la nécessité de règles différentes qui se traduit par l'adoption de règles qui, au moins en façade, permettent de rendre le système commercial plus juste pour les Pays en développement et pour leurs populations³³. De plus, le droit international économique porte en son sein la flexibilité nécessaire pour permettre l'adoption de nouvelles règles. Cette prise en compte pourrait *prima facie* expliquer l'important succès de l'OMC auprès des Pays en développement qui continuent d'adhérer massivement à l'Organisation. Lors des deux dernières années, quatre Pays en développement sont devenus membre de l'Organisation : les Seychelles 26 avril 2015, le Kazakhstan 30 novembre 2015, le Liberia 14 juillet 2016 et l'Afghanistan 29 juillet 2016. La liste des accessions³⁴ en cours tend à montrer également la volonté de ces Pays de rejoindre l'OMC. En réalité, l'adhésion est souvent le résultat d'une conditionnalité et semble maintenir la situation de dépendance des Pays en développement et, par certains égards, l'aggraver.

II. L'échec de la « décolonisation » en pratique

L'observation de la pratique et la réalité des résultats obtenus grâce aux mécanismes mis en place dans le cadre du GATT puis de l'OMC amènent à se demander si les règles conçues pour sortir de la décolonisation et de la dépendance n'ont pas comme conséquence, par une série d'effets pervers, de la maintenir, voire de l'aggraver. En effet, les Pays en développement et les PMA semblent être maintenus dans une situation de dépendance tant économique (A) que politique (B).

28 Voir K. NERI, « Quel bilan pour le traitement spécial et différencié ? », *art. cit.*

29 C.-E. CÔTÉ, « De Genève à Doha : genèse et évolution du traitement spécial et différencié des pays en développement dans le droit de l'OMC », *McGill Law Journal*, 2011, p. 163.

30 Voir CE/France, Arrangements commerciaux franco-marocains : prorogation de la dérogation (2000), OMC Doc WTIL1361.

31 États-Unis – Loi relative aux préférences commerciales en faveur des pays andins : Prorogation de dérogation (2009), OMC Doc WT/IJ755 ; États-Unis – Loi relative au redressement économique du bassin des Caraïbes : Prorogation de dérogation (2009), OMC Doc WT/IJ753.

32 OMC, Conférence ministérielle, Communautés européennes – Accord de partenariat ACP-CE (2001), OMC Doc WT/MIN(01)/15 [CE - Accord de partenariat] ; CE – Quatrième Convention ACP-CE de Lomé : Prorogation de dérogation (1996), OMC Doc WT/IL/186.

33 I. D. BUNN, *The Right to Development and International Economic Law: Legal and Moral Dimensions*, Hart Publishing, 2012, p. 217.

34 Algérie ; Andorre ; Azerbaïdjan ; Bahamas ; Bélarus ; Bhoutan ; Bosnie-Herzégovine ; Comores ; Éthiopie ; Guinée équatoriale ; Iran ; Iraq ; Libye ; Ouzbékistan ; République arabe syrienne ; République libanaise ; Sao Tomé-et-Principe ; Serbie ; Somalie ; Soudan ; Timor-Leste.

A. Le maintien d'une dépendance économique

La colonisation a façonné les économies des territoires qui y étaient soumis d'une manière si profonde que l'accession à l'indépendance n'a pas toujours permis de sortir des schémas coloniaux :

« [l]e Pacte colonial amenait les colonies à fournir des matières premières et des denrées alimentaires tropicales aux métropoles et à servir de débouchés pour les produits de leurs industries. Il en est résulté une similitude des productions, sucre, rhum, café, cacao... et un manque de complémentarité qui obère encore de nos jours les échanges sud-sud. La colonisation est en outre responsable de la directionnalité nord-sud des échanges. En raison de la dépendance économique et du monopole du pavillon, l'essentiel des trafics se faisait avec les métropoles. Malgré la décolonisation, cette situation perdure³⁵. »

La colonisation est donc responsable du cloisonnement économique que pérennisent, depuis l'indépendance, les politiques de développement, souvent semblables. En effet, les Pays nouvellement indépendants ont fondé leur développement, dans le prolongement de l'économie coloniale, sur l'exportation de matières premières agricoles et minières. Les politiques commerciales reposent donc sur des tarifs douaniers élevés et sur des accords préférentiels non réciproques avec les grandes puissances économiques. La mise en place du TSD tend donc à « pérenniser » cette situation de dépendance économique et à placer les PED issus de la décolonisation dans une situation de concurrence qui entrave les échanges sud-sud. Pour Jean-Jacques Vlody, la création de l'OMC s'est accompagnée d'une concurrence accrue sur les marchés mondiaux pour les exportateurs des Pays issus de la décolonisation marquant ainsi la faible efficacité économique des mécanismes du TSD³⁶. L'incapacité des règles d'équité au sein du système GATT/OMC à atteindre leur objectif, à savoir une meilleure intégration des Pays du sud dans le commerce international³⁷ marque un « système de droit et d'obligations en trompe-l'œil »³⁸. Peu de Pays du sud ont réussi à tirer profit des règles différenciées et de leurs possibilités pour développer et diversifier leurs exportations. Le cas de Maurice, le plus souvent cité, mais également celui du Kenya et du Zimbabwe font, dans une certaine mesure, office de contre-exemple³⁹.

Dès lors, la modification des règles du droit international économique pour prendre en compte les besoins des Pays en développement n'a pas été en mesure de gérer de manière appropriée les inégalités entre les États⁴⁰. L'OMC elle-même, dans son rapport 2004 sur le commerce international formule des réserves à l'endroit des préférences commerciales qui prennent la forme d'avantages tarifaires ou de quotas d'exportations non seulement parce qu'elles vont à l'encontre de la CNPF, mais

35 J.-J. VLODY, « Du cloisonnement colonial au codéveloppement régional. L'insertion des Départements-Régions d'Outre-mer dans leur environnement géographique », Rapport à Madame la Ministre des Outre-mer, La Documentation française, juillet 2016, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/164000656.pdf>

36 H. GHÉRARI, « Vers la fin des préférences commerciales ? », in S. DOUMBÉ-BILLÉ, H. GHÉRARI, R. KHERAD (dir.), *op. cit.*, p. 478.

37 C. VADCAR, « La réciprocité dans le système commercial international », *JDI*, 2002, p. 782.

38 La place des pays en développement dans le système commercial multilatéral : Rapport d'information de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne présenté par J.-C. LEFORT, 23 novembre 2000.

39 Au-delà de Lomé IV, Pistes de réflexion sur l'avenir de la coopération ACP-UE, Centre européen de gestion des politiques de développement, Rapport n° 6, 1996, Maastricht. Sur les échecs du droit international du développement, voir M. KAMTO, « Requiem pour le droit international du développement », in S. DOUMBÉ-BILLÉ, H. GHÉRARI, R. KHERAD (dir.), *op. cit.*, p. 493-507.

40 C.E. COTE, « De Genève à Doha : genèse et évolution du traitement spécial et différencié des pays en développement dans le droit de l'OMC », *art. cit.*

également parce qu'elles « n'améliorent que légèrement l'accès réel aux marchés et ne favorisent pas nécessairement le développement économique à long terme des Pays bénéficiaires »⁴¹. Cet échec s'explique en partie par les problèmes de mise en œuvre⁴² qui créent une situation de dépendance.

En effet, le régime instauré pour les Pays en développement les place dans une situation de dépendance totale vis-à-vis des pourvoyeurs de préférences au sein de l'OMC, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'octroi de préférences commerciales n'est pas une obligation pour les Pays développés, mais une simple faculté⁴³, qui peut être retirée à tout moment, ce qui accentue l'asymétrie. Le Paragraphe 1^{er} de la Clause d'habilitation prévoit que les Parties « peuvent accorder un traitement différencié et plus favorable ». De la même manière, l'article 9 de l'Accord SPS⁴⁴ énonce que les membres « conviennent de faciliter l'octroi d'une assistance technique » aux Pays en développement. Ces dispositions emploient un libellé purement discrétionnaire ce qui pose de sérieuses difficultés de mise en œuvre, en particulier en matière d'assistance technique. Même lorsque les termes semblent juridiquement contraignants, les termes sont tellement vagues qu'ils ne correspondent en réalité à aucune obligation précise. Les articles 10:1 de l'Accord SPS⁴⁵ et 15 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994⁴⁶ sont dans ce cas. Ils utilisent des termes qui indiquent un engagement contraignant (« tiendront compte » et « devront ») mais il n'y a aucune conséquence si la mesure mise en place ne reflète pas la situation ou les besoins d'un Pays en développement⁴⁷.

Conférer un caractère obligatoire au traitement spécial et différencié fait par exemple partie des revendications des PED dans le cadre du cycle de Doha, l'Organisation elle-même reconnaissant certains dysfonctionnements des mécanismes mis en place. La déclaration de Doha confie en effet au Comité du commerce et du développement la tâche d'identifier les dispositions relatives au traitement spécial et différencié qui sont impératives, et d'examiner les conséquences de la conversion des dispositions actuellement non contraignantes en dispositions contraignantes⁴⁸. Une proposition d'adoption d'un accord-cadre sur le TSD a également vu le jour et propose, dans le même sens, d'insérer un point ainsi formulé : « le traitement spécial et différencié sera obligatoire et juridiquement contraignant par le biais du mécanisme de règlement des différends de l'OMC (y compris les

41 OMC, Rapport annuel sur le commerce mondial, 2004.

42 W. COOK, « Repenser le traitement spécial et différencié pour l'intégrer au 21^{ème} siècle », *Passerelles*, 2015, vol. 16, n° 8 [<https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/repenser-le-traitement-speciel-et-differecie-pour-l-integrer-au-21eme>] ou encore F. KHATUN, « Quel traitement spécial et différencié en faveur des PMA à l'OMC et pourquoi ? », *Passerelles*, 2013, vol. 14, n° 5, [<https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/quel-traitement-speciel-et-differecie-en-faveur-des-pma-a-l-omc-et>].

43 Voir la lettre de la Clause d'habilitation, *Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement*, Décision du 28 novembre 1979 (Clause d'habilitation – L/4903) : « Nonobstant les dispositions de l'article premier de l'Accord général, les parties contractantes *peuvent* accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en voie de développement, sans l'accorder à d'autres parties contractantes » (nous soulignons).

44 Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), entré en vigueur le 1er janvier 1995.

45 Article 10:1 de l'Accord SPS, *précit.* : « [d]ans l'élaboration et l'application des mesures sanitaires ou phytosanitaires, les Membres tiendront compte [shall take account] des besoins spéciaux des pays en développement Membres, et en particulier des pays les moins avancés Membres ».

46 Article 15 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 : « [i] est reconnu que les pays développés Membres devront [must] prendre spécialement en considération la situation particulière des pays en développement Membres quand ils envisageront d'appliquer des mesures antidumping conformément au présent accord. Les possibilités de solutions constructives prévues par le présent accord seront explorées préalablement à l'application de droits antidumping lorsque ceux-ci porteraient atteinte aux intérêts essentiels de pays en développement Membres ».

47 OMC, ecampus, « Traitement spécial et différencié », Module 3, p. 16. [https://ecampus.wto.org/admin/files/Course_421/Module_2227/ModuleDocuments/TD-M3-R1-F.pdf]

48 Conférence ministérielle, Déclaration ministérielle de Doha, Adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, point 44.

prescriptions en matière de notification et l'inclusion de ces engagements dans les listes des Pays) »⁴⁹. Le cycle de Doha semblait alors remettre sur le devant de la scène la question du développement, quelque peu en sommeil depuis l'adoption de la clause d'habilitation⁵⁰, toutefois, les négociations sur ces questions semblent être au point mort⁵¹.

Enfin, en l'absence de définition claire de ce qu'est un Pays en développement, il revient aux Pays développés de décider de la liste des bénéficiaires des préférences commerciales qu'ils accordent. Cette liberté est limitée par la lettre de la clause d'habilitation et par l'ORD qui a fixé des règles de non-discrimination⁵². En effet, si les Pays développés peuvent décider unilatéralement quels produits et quels Pays seront couverts par leurs programmes de préférences commerciales, ces dernières doivent néanmoins être « généralisées » et « sans discrimination »⁵³. Pour schématiser, quatre éléments doivent être démontrés pour justifier une différence de traitement entre deux Pays en développement : les différents Pays ne sont pas dans une situation similaire, dans la mesure où les Pays recevant les préférences les plus grandes ont des besoins spéciaux en matière de développement ; les préférences tarifaires sont un moyen effectif de prendre en compte ces besoins spéciaux ; tous les Pays en développement ayant ces besoins spéciaux bénéficient des plus grandes préférences ; et toute condition ou prescription de performance imposée aux Pays éligibles est objective, transparente, et non discriminatoire. Si le caractère discrétionnaire des schémas de préférences est ainsi limité et a pu conduire à remettre en cause certains choix, notamment ceux de l'Union européenne et des États-Unis⁵⁴, force est de constater qu'une large marge de manœuvre demeure⁵⁵.

B. Le maintien d'une dépendance politique

Les Pays issus de la décolonisation ont fait le choix, parfois contraint⁵⁶, d'adhérer massivement à l'OMC. Dès lors, ils sont aujourd'hui très largement majoritaires au sein de l'organisation. Toutefois cette adhésion progressive et massive n'a pas conduit à modifier le rapport de force ni à permettre aux États du sud de peser dans les négociations commerciales, notamment celles des accords multilatéraux.

49 Proposition pour un accord-cadre sur le traitement spécial et différencié, Communication de Cuba, du Honduras, de l'Inde, de l'Indonésie, du Kenya, de la Malaisie, de l'Ouganda, du Pakistan, de la République dominicaine, de Sri Lanka, de la Tanzanie et du Zimbabwe, 19 septembre 2001, WT/GC/W/442.

50 M.-F. VALETTE, « La résurgence des dissonances Nord-Sud relatives à la clause d'habilitation », *RBDI*, 2005/1-2, p. 623-667. Voy. égal. Ph. VINCENT, « Les résultats de la quatrième conférence ministérielle de l'OMC - vers un cycle du développement ? », *RBDI*, 2003/1, p. 111-130.

51 Voy. K. NERI, « Quel bilan pour le traitement spécial et différencié ? », *art.cit.*

52 OMC, Organe d'appel, 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, Communautés européennes – conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement.

53 *Ibid.*

54 Voy. V. QUENTEL, « Schéma communautaire de préférences généralisées aux règles de l'Organisation mondiale du commerce – Affaire du régime spécial “drogues” », *RBDI*, 2005/1-2, p. 501-526.

55 « Il ressort clairement des sens ordinaires de l'expression “sans ... discrimination”, toutefois, que les pays donneurs de préférences doivent mettre des préférences tarifaires identiques à la disposition de tous les bénéficiaires se trouvant dans une situation semblable » ; « En résumé, nous interprétons le paragraphe 3 c) comme autorisant les pays donneurs de préférences à “répondre de manière positive” à des “besoins” qui ne sont pas nécessairement communs à tous les pays en développement ou partagés par eux tous. Répondre aux “besoins ... des pays en voie de développement” peut donc impliquer de traiter des pays en développement bénéficiaires différents de manière différente », OMC, Organe d'appel, 7 avril 2004, WT/DS246/AB/R, Communautés européennes – conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement, § 162.

56 Les mécanismes de conditionnalité ont été exclus du champ de l'étude car ils ne relèvent pas nécessairement du droit international économique. Toutefois, ils contribuent également à maintenir les Pays issus de la décolonisation dans une situation de dépendance. Voir sur ce point les travaux de Loïc ROBERT, *Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne – Ambitions et réalité*, Mémoire, Université Jean Moulin Lyon 3, 2009 [<http://edpl.univ-lyon3.fr/les-clauses-relatives-aux-droits-de-l-homme-dans-les-accords-internationaux-conclus-pour-la-communauté-européenne-ambitions-et-réalité--1032541.kjsp?RH=1450084826488>] et *La contribution de l'Union européenne au droit international des droits de l'homme*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2014.

Si les modalités de prise de décision au sein de l'OMC reposent bien sur l'égalité formelle entre les États et accordent une voix à chaque État membre⁵⁷, cette égalité de façade cache une réalité bien différente. En effet, l'OMC fonctionne en pratique en suivant la règle du consensus qui, à première vue, confère à chaque État membre un droit de veto. Mais, « [d]errière son apparente symétrie, la règle du consensus “un Pays-un droit de veto” cache pourtant de profondes asymétries »⁵⁸. Les marchés intérieurs des petits Pays, souvent issus de la décolonisation présentent peu d'intérêt pour les autres États membres et ont alors peu de poids dans les négociations. De plus, l'adoption de règles différenciées et d'un système de préférences non réciproques a eu un effet pervers sur la capacité négociatrice des Pays en développement. Leur voix n'a qu'un poids très limité dans les négociations multilatérales parce qu'ils n'ont pas de concessions à offrir, et par conséquent sont moins entendus. À l'inverse, les membres leader tels que les États-Unis ou l'Union européenne, disposent d'un marché si vaste que toute concession, même minime a des effets potentiels conséquents sur les exportations des autres membres. Le rapport de force favorable se trouve donc préservé⁵⁹.

Cet état de fait a quelque peu évolué au gré des coalitions qui se sont formées au cours des différents cycles de négociation, répondant à une logique d'intérêts communs (comme le groupe de Cairns⁶⁰), ou de proximité économique (comme le G20⁶¹ ou le G90⁶²). Le G20, regroupant certains Pays émergents comme le Brésil ou l'Inde a conduit dans une certaine mesure ces États, ou au moins certains d'entre eux, à peser sur les négociations⁶³. Cette modification n'est que partielle et ne concerne que les Pays émergents. Le Groupe des 90, composé de Pays en développement en plus grande difficulté économique n'a eu que très peu d'impact sur la domination exercée par les États du Nord dans les négociations. Au-delà du poids économique représenté par ces États, cette dépendance politique est également due au manque de moyens humains ou financiers pour participer activement aux différents groupes de travail voire même pour entretenir une délégation auprès de l'OMC⁶⁴.

57 « Aux réunions de la Conférence ministérielle et du Conseil général, chaque Membre de l'OMC disposera d'une voix. Dans les cas où les Communautés européennes exerceront leur droit de vote, elles disposeront d'un nombre de voix égal au nombre de leurs États membres qui sont Membres de l'OMC. Les décisions de la Conférence ministérielle et du Conseil général seront prises à la majorité des votes émis, à moins que le présent accord ou l'Accord commercial multilatéral correspondant n'en dispose autrement », *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, Marrakech le 15 avril 1994, art. IX paragraphe 1.

58 J.-M. STROËN, « L'OMC et les négociations commerciales multilatérales », *Négociations*, 2007/1, n° 7, p. 13.

59 *Ibid.*

60 Groupe de pays exportateurs de produits agricoles qui se sont mobilisés en faveur de la libéralisation des échanges dans ce secteur. Il a été constitué en 1986 à Cairns (Australie) juste avant le lancement des négociations du Cycle d'Uruguay. Il est composé des États suivants : Afrique du Sud, Argentine, Australie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Guatemala, Indonésie, Malaisie, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Paraguay, Philippines, Pérou, Thaïlande, Uruguay, Viet Nam.

61 Coalition de pays en développement qui cherchent à obtenir des réformes ambitieuses de l'agriculture dans les pays développés, avec une certaine flexibilité pour les pays en développement. Il est composé des États suivants : Afrique du Sud, Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Chine, Cuba, Guatemala, Inde, Indonésie, Mexique, Nigéria, Pakistan, Paraguay, Philippines, Pérou, Tanzanie, Thaïlande, Uruguay, Venezuela, Zimbabwe, Égypte, Équateur.

62 Groupe composé des Pays africains, des Pays ACP et des Pays les moins avancés. Il contient : Afghanistan, Afrique du Sud, Angola, Antigua et Barbuda, Bangladesh, Barbade, Belize, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Bénin, Cabo Verde, Cambodge, Cameroun, Congo, Cuba, Côte d'Ivoire, Djibouti, Dominique, Fidji, Gabon, Gambie, Ghana, Grenade, Guinée, Guinée-Bissau, Guyana, Haïti, Jamaïque, Kenya, Lesotho, Libéria, Madagascar, Malawi, Maldives, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Myanmar, Namibie, Niger, Nigéria, Népal, Ouganda, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Rwanda, République centrafricaine, République dominicaine, République démocratique du Congo, République démocratique populaire lao, Saint Vincent et les Grenadines, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Samoa, Seychelles, Sierra Leone, Suriname, Swaziland, Sénégal, Tanzanie, Tchad, Togo, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Vanuatu, Yémen, Zambie, Zimbabwe, Égypte, Îles Salomon. Il contient également des observateurs auprès de l'OMC : Bahamas, Bhoutan, Comores, Guinée équatoriale, Sao Tomé-et-Principe, Somalie, Soudan, Timor-Leste, Éthiopie ; et des États tiers : Kiribati, Micronésie, Nauru, Nioué, Palaos, Soudan du Sud, Tuvalu, Érythrée, Îles Cook, Îles Marshall.

63 Tel est principalement le cas du Brésil.

64 J.-M. STROËN, *art. cit.*, p. 14. L'auteur note néanmoins que « [l]ors du cycle de Doha, cette marginalisation des pays les plus pauvres a néanmoins été atténuée par l'activisme de certaines ONG, dont l'emblématique Oxfam, qui sont parvenues à médiatiser et à imposer le sous-thème des subventions à l'exportation et à la production de coton ».

Au vu de tout ce qui précède, les préférences commerciales ont alors peine à être considérées comme un véritable outil pour sortir de la dépendance comme le soulignait Madjid Benchikh en évoquant un « nouvel ordre dans la dépendance »⁶⁵.

Les deux critères d'analyse, celui de l'adaptation des règles et celui de la dépendance nous amènent à des conclusions différentes, voire opposées. Sur le premier, le droit international économique a pu être un outil de « décolonisation » du droit applicable au développement, mais, plus largement du droit international, puisqu'une réelle différenciation juridique a été bâtie, différenciation qui a infiltré par la suite d'autres branches du droit international comme le droit de l'environnement. Sur la seconde caractéristique, le bilan est au contraire plutôt négatif : l'établissement des règles spécifiques pour les Pays du Sud n'a pas conduit à mettre fin à la soumission, la dépendance ou l'asymétrie tant économique que politique.

65 M. BENCHIKH, *Droit international du sous-développement : nouvel ordre dans la dépendance*, Berger-Levrault, 1983, 331 p.

