

COMMENT LE TTIP S'ARTICULERAIT-IL AVEC LE DROIT DE L'OMC ?

Henri CULOT¹

Résumé : Cet article examine la manière dont le TTIP, s'il entrerait en vigueur, interagirait avec les règles de l'OMC. Une première section se focalise sur les relations entre les États-Unis et l'Union européenne. Elle examine en particulier les clauses du TTIP qui régissent ses relations avec certaines des règles de l'OMC. Cinq catégories sont proposées, selon l'objectif que ces clauses poursuivent. Cette section traite ensuite des interactions entre les mécanismes de règlement des différends, en décrivant comment le TTIP réglemente le choix de la juridiction saisie et comment il s'inspire de règles ou de problématiques débattues à l'OMC. La seconde section envisage la question du point de vue des États tiers au TTIP, et en particulier les États qui ont conclu un accord commercial avec les États-Unis et/ou l'Union européenne.

- 1 Introduction
- 2 Relations entre parties
 - 2.1 Incidence du TTIP sur les obligations relevant du droit du commerce international
 - 2.2 Modes d'articulation du TTIP et du droit de l'OMC
 - 2.2.1 Réaffirmer
 - 2.2.2 Coordonner
 - 2.2.3 Éviter les redondances
 - 2.2.4 Renforcer
 - 2.2.5 Mettre en œuvre
 - 2.3 Rapports entre les mécanismes de règlement des différends
 - 2.3.1 *Electa una via*
 - 2.3.2 Inspirations

1. Professeur à l'Université catholique de Louvain, Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Avocat au barreau de Bruxelles, henri.culot@uclouvain.be. La rédaction de cet article a été clôturée le 15 septembre 2016.

- 3 Effets à l'égard des tiers
 - 3.1 Pays en zone de libre-échange avec une seule des parties
 - 3.2 Pays en zone de libre-échange avec les deux parties
 - 3.3 Unions douanières
- 4 Conclusion

1 INTRODUCTION

1. Le projet de partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement (TTIP) fait beaucoup parler de lui, car on imagine, à juste titre, qu'il modifiera profondément le paysage du droit économique international s'il entre un jour en vigueur.

Mais il n'arrive pas en terrain vierge. Les relations économiques entre l'Union européenne et les États-Unis sont déjà abondamment réglementées, en particulier par les Accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), traité multilatéral que le TTIP ne ferait pas disparaître. Dès lors que les deux instruments seraient appelés à coexister, l'objet principal de cet article est d'examiner comment leurs dispositions s'articuleraient. Ce sujet préoccupe aussi les négociateurs, et l'on trouve dans les projets de textes du TTIP de nombreuses clauses traitant de cette question.

Comme le rappellent opportunément S. Meunier et J.-F. Morin, il faut se garder de considérer les différents traités du droit économique international comme des blocs indépendants qui viendraient s'entrechoquer. Avec ses multiples accords et acteurs, ce domaine doit plutôt s'envisager comme un écosystème où plusieurs « organismes vivants » cohabitent et s'influencent mutuellement². On ne part donc pas seulement à la recherche de conflits de normes, mais on explore des interactions plus fines entre des normes en évolution. C'est pourquoi on fera parfois référence à certaines dispositions de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (CETA)³, qui permettent de mieux comprendre l'origine ou la portée de certaines clauses du TTIP.

2. Le TTIP se trouve encore au stade de projet ; le texte définitif n'est pas arrêté, encore moins signé, publié et entré en vigueur. Le juriste est donc confronté à un problème de sources, qui l'incite à la modestie sur le plan de l'analyse.

-
- 2. S. MEUNIER et J.-F. MORIN, « No Agreement is an Island: Negotiating TTIP in a Dense Regime Complex », in J.-F. MORIN, T. NOVOTNÁ, F. PONJAERT et M. TELÒ, *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations. TTIP in a Globalized World*, Farnham, Ashgate, 2015, p. 173.
 - 3. Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, dont le texte est annexé à la proposition de Décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, 5 juillet 2016, COM(2016) 444 final. Ce traité sera ci-après désigné par l'acronyme anglais « CETA », pour *Comprehensive Economic and Trade Agreement*.

Cet article est principalement basé sur les projets de textes publiés sur le site Internet de la Commission européenne au 15 septembre 2016⁴. Ces textes contiennent les propositions, et donc reflètent les vues, de la Commission européenne. Probablement, ces projets ne sont-ils pas complètement à l'opposé de ce qui est souhaité par les États-Unis, mais on sait aussi que des désaccords subsistent entre les parties en négociation sur des points essentiels. Les documents publiés par Greenpeace au printemps 2016⁵ n'ont pas de valeur officielle, mais ils ont l'avantage de mettre en évidence certains points de désaccord entre les parties, au moyen de crochets insérés dans le texte contenant les termes proposés par une partie qui ne sont pas (encore, à la date du texte) acceptés par l'autre. On fera référence à ces textes lorsque c'est utile. Il demeure que l'exposé qui suit présente un biais, en ce sens qu'il donne trop de poids aux propositions européennes, qui sont simplement plus accessibles.

En conséquence, il serait présomptueux de prétendre livrer une analyse juridique détaillée des rapports entre le TTIP et d'autres volets du droit économique international. L'idée est simplement de proposer quelques réflexions sur la base des projets publiés à ce jour, sachant que le texte définitif, s'il est adopté, sera probablement différent. Pour la facilité de l'expression, on fera référence au « TTIP » comme s'il était adopté dans la version actuellement disponible, sans toujours rappeler qu'il ne s'agit que d'un projet susceptible d'abandon ou d'évolution.

3. Ce texte se concentre sur les rapports entre le TTIP et les règles du commerce international (particulièrement l'OMC), sachant que ce n'est là qu'une partie de l'« écosystème ». Il serait envisageable de mener une analyse au regard de toutes les obligations internationales des deux parties. Le TTIP aborde tellement de sujets qu'on pourrait aussi examiner ses rapports avec, par exemple, les conventions en matière de droits intellectuels, les traités environnementaux multilatéraux, ou même des normes de *soft law* dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises.

On n'abordera pas non plus ici le droit international des investissements qui, jusqu'à présent, est principalement basé sur des accords bilatéraux. La problématique de l'articulation du TTIP, dans ses aspects relatifs à l'investissement, avec les autres règles en vigueur, s'envisage donc de manière sensiblement différente que pour les règles commerciales. En pratique, seuls quelques États membres de l'Union européenne, principalement des États d'Europe de l'Est⁶, sont liés par des traités bilatéraux de protection des investissements conclus avec les États-Unis. On

4. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (15 septembre 2016). Sauf indication contraire, on se réfère à cette série de documents qui, à terme, constitueraient chacun un chapitre du futur traité.

5. <https://www.ttip-leaks.org/> (2 mai 2016). Cette série de documents est identifiée ci-après par le mot [Greenpeace].

6. S. MEUNIER et J.-F. MORIN, « No Agreement is an Island: Negotiating TTIP in a Dense Regime Complex », *op. cit.*, p. 178.

imagine que ces traités seront terminés et remplacés par les dispositions du TTIP, d'autant plus que cette matière relève désormais de la compétence de l'Union (art. 207 TFUE)⁷.

Les limites imparties à cet article conduisent donc à se concentrer sur les principales obligations dont l'objet est le plus proche de celles du TTIP, à savoir celles ressortissant au commerce international. Même en se limitant à l'OMC, l'analyse est trop tentaculaire pour pouvoir être effectuée de manière exhaustive ici. On donnera plutôt un aperçu général, avec une série d'exemples des techniques utilisées.

4. La première section envisage l'articulation des deux ensembles de règles dans les rapports entre l'Union européenne et les États-Unis. La seconde élargit la question aux États tiers, et s'interroge en particulier sur l'incidence du TTIP sur les États avec lesquels l'Union européenne et/ou les États-Unis ont conclu un accord de libre-échange ou d'union douanière.

2 RELATIONS ENTRE PARTIES

5. Après avoir rappelé quelques considérations générales sur l'articulation des traités commerciaux internationaux (2.1.), on montrera que les projets en négociation consacrent plusieurs dispositions à affiner cette articulation, en particulier avec l'OMC, et que celle-ci peut prendre différentes formes (2.2.). Enfin, un paragraphe séparé sera consacré aux règles procédurales, c'est-à-dire à l'interaction entre les mécanismes de règlement des différends (2.3.).

2.1 Incidence du TTIP sur les obligations relevant du droit du commerce international

6. Les Accords de l'OMC forment un traité multilatéral auquel sont parties plus de 160 membres. Le TTIP, conclu par deux d'entre eux, n'a pas pour effet de l'abroger, même dans les relations entre les parties. Il en va *a fortiori* de même des normes générales du droit international public, dont en particulier la coutume internationale. Ainsi, le droit international général et le droit de l'OMC subsistent comme deux socles sur lesquels le TTIP vient se greffer ou, si l'on préfère, auxquels il vient s'ajouter.

Pour reprendre l'expression utilisée par un groupe spécial de l'OMC pour expliciter la relation entre le droit international et le droit de l'OMC⁸, le TTIP

7. Voy. aussi Règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, *JOUE*, L 351, 20 décembre 2012, pp. 40-46.

8. Groupe spécial, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, WT/DS163/R, 1^{er} mai 2000, 7.96. Ce différend n'a pas été soumis à l'Organe d'appel.

constitue une forme de *contracting out*, à la fois par rapport au droit international général, mais également par rapport au droit de l'OMC.

7. D'une part, le caractère très largement supplétif du droit international permet à des États (et plus généralement aux sujets de droit international) de déroger contractuellement, c'est-à-dire au moyen de traités, aux règles qu'il prévoit. Il ne s'agit d'ailleurs pas toujours de dérogations à proprement parler : les traités peuvent aussi avoir pour objectif de préciser, de développer ou de renforcer les règles coutumières. Le TTIP participe de ce mouvement comme les autres traités, sans que cela ne constitue une originalité.

8. D'autre part, le droit de l'OMC prévoit une série de règles en matière de commerce international, dont plusieurs sont fondées sur le principe de non-discrimination. En principe, un membre de l'OMC ne peut pas pratiquer de discrimination entre les autres membres, c'est-à-dire, notamment, qu'il ne peut traiter un membre ni mieux ni moins bien qu'un autre membre (clause de la nation la plus favorisée, inscrite à l'article I^{er} du GATT). La conclusion d'un accord, tel le TTIP, est contraire à ce principe, mais le droit de l'OMC prévoit diverses dérogations, dont celle permettant les accords commerciaux dits « régionaux ». L'article XXIV du GATT dispose ainsi que les autres dispositions du GATT n'empêchent pas les membres de l'OMC de conclure entre eux des accords d'intégration économique plus poussés, moyennant le respect de certaines conditions, dont principalement celles de ne pas créer d'entraves supplémentaires dans le commerce avec les États tiers et de supprimer les droits de douane et autres obstacles sur l'essentiel des échanges entre les États parties. L'article V de l'AGCS contient des dispositions similaires applicables aux services.

S'il est clair que l'article XXIV du GATT permet aux parties à un accord régional de déroger à la clause de la nation la plus favorisée (sans quoi la conclusion d'un accord régional constituerait une violation des règles de l'OMC à l'égard de tous les membres de l'OMC non parties à l'accord régional), on ne sait pas très bien dans quelle mesure cet article permet de déroger à d'autres obligations résultant du droit de l'OMC⁹. Sans doute, certaines dérogations sont-elles autorisées, mais pas n'importe lesquelles.

Dans son rapport *Turquie – Textiles*, l'Organe d'appel indique « que l'article XXIV peut justifier une mesure qui est incompatible avec certaines autres dispositions du GATT », à la double condition que l'accord régional soit conforme aux conditions posées par l'article XXIV précité et que la mesure incompatible soit nécessaire au sens où ne pas l'adopter ferait « obstacle à l'établissement » de cet accord¹⁰. Dans une décision ultérieure, il précisera que les accords régionaux

9. J. PAUWELYN, « Interplay Between the WTO Treaty and Other International Legal Instruments and Tribunals: Evolution After 20 Years of WTO Jurisprudence », 10 février 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2731144 (15 septembre 2016).

10. Organe d'appel, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/AB/R, 22 octobre 1999, 58.

doivent être conçus pour faciliter le commerce entre les États qui y sont parties, de sorte que l'article XXIV du GATT ne peut être considéré « comme un large moyen de défense pour des mesures prises dans le cadre d'ALE [accords de libre-échange] qui réduisent les droits et les obligations des Membres au titre des Accords de l'OMC visés »¹¹.

9. Dans ses rapports avec le droit de l'OMC, le TTIP constituera un cas d'application de ces dispositions d'exception. Il devra donc satisfaire aux conditions qu'elles posent, ce qui signifie également que les Accords de l'OMC continueront à lier les deux parties, non seulement à l'égard des tiers, mais aussi entre elles, étant entendu qu'elles bénéficieront des exceptions des articles XXIV du GATT et V de l'AGCS.

De manière explicite, le projet d'accord sur les marchandises s'inscrit dans le cadre de l'exception prévue par l'article XXIV du GATT, en se présentant comme un accord provisoire destiné à établir à terme une zone de libre-échange au sens de l'article XXIV.5 (b) du GATT.

« The Parties shall progressively and reciprocally liberalise trade in goods over a transitional period starting from the entry into force of this Agreement in accordance with the provisions of this Agreement and in conformity with Article XXIV of the GATT 1994¹². »

10. Le mécanisme de la zone de libre-échange s'apparente à la fois à une dérogation à certaines règles de l'OMC (en particulier la clause de la nation la plus favorisée) et à une forme d'OMC-plus, dès lors qu'il s'agit pour les parties de se soumettre à des disciplines plus contraignantes que celles qu'impose l'OMC sur le même sujet (en particulier les droits de douane).

Mais, en outre, le TTIP contient aussi des règles sur des thèmes qui ne font pas l'objet d'une réglementation multilatérale (OMC-extra). Il s'agit par exemple d'accords destinés à améliorer l'inclusion des PME dans le commerce transatlantique¹³ ou d'accords sur l'articulation des règles commerciales avec les principes du développement durable (ce qui inclut notamment le respect des droits sociaux fondamentaux)¹⁴.

Cette tendance à élargir les thèmes abordés dans le cadre des accords commerciaux n'est pas neuve. Elle correspond à l'esprit et aux besoins d'une époque où, mondialisation faisant, les obstacles de nature strictement tarifaire ont déjà été sensiblement réduits et où les liens entre le commerce et d'autres aspects de l'organisation économique et sociale sont (donc ?) devenus évidents. Même si cette opinion

11. Organe d'appel, Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles, WT/DS457/AB/R, 20 juillet 2015, 5.116.

12. « National Treatment and Market Access for Goods », 21 mars 2016 (ci-après : « TTIP-Goods »).

13. « Small and Medium-Sized Enterprises », 7 janvier 2015.

14. « Trade and Sustainable Development », 6 novembre 2015.

n'est pas universelle, certains n'estiment plus approprié de libéraliser le commerce sans, en même temps, harmoniser d'autres aspects des rapports économiques.

C'était déjà l'idée des thèmes de Singapour, mis en avant par l'Union européenne lors de la conférence ministérielle de 1996, et fermement rejetés par les pays émergents ou en développement comme relevant d'un protectionnisme déguisé. Il n'est pas particulièrement étonnant qu'on en retrouve certains dans le TTIP.

11. Par ailleurs, des accords existent déjà, fût-ce sur des sujets ponctuels. On peut citer en exemple l'Accord de Londres sur le commerce du vin du 10 mars 2006¹⁵ qui réglait en partie, dans les rapports entre les États-Unis et l'Union européenne, la difficile question de la protection des appellations d'origine et des indications géographiques pour ce type de produit, ainsi que celle des méthodes de production. Ce type d'accord peut être intégré dans le TTIP, dont le chapitre consacré aux vins et spiritueux en reprendrait la teneur, avec d'éventuelles modifications, tout en prévoyant la terminaison de l'accord antérieur¹⁶. Il s'agit donc d'une forme de « codification », dont les effets juridiques pourraient néanmoins être conséquents puisque l'intégration dans le TTIP rend les règles interdépendantes des autres obligations que contient l'accord transatlantique et les soumet au mécanisme de règlement des différends qu'il établit.

12. On pourrait distinguer ces accords bilatéraux auxquels le TTIP met fin des accords multilatéraux (comme celui de l'OMC) auxquels le TTIP se superpose. Si cette distinction est exacte d'un point de vue formel, il ne faut pas pour autant perdre de vue que les effets seront en partie similaires en ce qui concerne le fonctionnement concret des obligations. Les Accords de l'OMC continueront à lier les États-Unis et l'Union européenne après l'entrée en vigueur du TTIP, mais en pratique plusieurs obligations qu'ils prévoient seront supplantées ou remplacées par celles du TTIP.

2.2 Modes d'articulation du TTIP et du droit de l'OMC

13. Dans les relations entre les États-Unis et l'Union européenne, les règles de l'OMC et celles du TTIP s'appliquent simultanément et donc, en principe, cumulativement. Les principes généraux permettant de délimiter les champs d'application et les interactions respectives entre ces règles, qui viennent d'être exposées, ne

15. Accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le commerce du vin et Décision 2006/232/CE du Conseil du 20 décembre 2005 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le commerce du vin, *JOUE*, L 87, 24 mars 2006, pp. 1 et s.

16. « Draft Chapter on Trade in Wine and Spirit Drinks », 21 mars 2016, art. 14 : « 1. *The Agreements of 1994 in the form of an exchange of letters between the European Community and the United States of America on the mutual recognition of certain distilled spirits/spirit drinks is hereby terminated.* 2. *The Agreements of 2006 between the European Community and the United States of America on trade in wine is hereby terminated.* »

donnent cependant pas une image suffisamment précise du fonctionnement de leur interaction en pratique, car plusieurs modes d'interaction sont possibles. Parfois, le TTIP déroge (licitement) au droit de l'OMC, de sorte que les règles de l'OMC auxquelles il est dérogé ne s'appliquent plus. Dans d'autres cas, le TTIP renforce les disciplines de l'OMC, ce qui signifie que le respect des règles du TTIP implique nécessairement aussi celui des règles de l'OMC. Enfin, le TTIP prévoit des règles qui s'ajoutent au droit de l'OMC au sens où elles régissent des situations que l'OMC ne réglemente pas.

Les différents cas de figure n'étant pas toujours faciles à distinguer, les parties au TTIP ont cherché à préciser, dans le traité lui-même, la manière dont les règles qu'elles édictent s'articulent avec celles du droit de l'OMC. Sans prétendre à l'exhaustivité, on a relevé – et cherché à classer – quelques exemples de ces « modes d'articulation » décrits dans le TTIP.

2.2.1 Réaffirmer

14. À plusieurs reprises, le TTIP réaffirme les obligations ou les droits des parties telles qu'ils résultent déjà des Accords de l'OMC. Mais cette réaffirmation se fait sur différents modes.

Il peut s'agir de confirmer une obligation découlant des Accords de l'OMC, en l'incorporant dans le TTIP.

« Each Party shall accord national treatment to the goods of the other Party in accordance with Article III of the GATT 1994, including its Notes and Supplementary Provisions. To this end, the obligations contained in Article III of the GATT 1994, including its Notes and Supplementary Provisions, are incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis¹⁷. »

15. L'incorporation se fait aussi en recopiant un extrait du Traité OMC, comme dans cet exemple à propos des redevances douanières :

« 1. Each Party shall ensure, in accordance with Article VIII of the GATT 1994 that all fees and charges of whatever character other than customs duties imposed on or in connection with importation or exportation shall be limited in amount to the approximate cost of services rendered, which shall not be calculated on an ad valorem basis, and shall not represent an indirect protection to domestic goods or a taxation of imports or exports for fiscal purposes¹⁸. »

17. TTIP-Goods, art. intitulé « National Treatment ». On trouve des dispositions similaires prévoyant l'incorporation de l'Accord OTC (« Technical Barriers to Trade (TBT) », 7 janvier 2015, art. 2) ou concernant les entreprises commerciales d'État (« Possible Provisions on State Enterprises and Enterprises Granted Special or Exclusive Rights or Privileges », 7 janvier 2015, art. 2).

18. « Customs and Trade Facilitation », 7 janvier 2015, art. 9 intitulé « Fees and charges ».

16. Parfois, la réaffirmation des droits et obligations prend une forme moins directe : les parties montrent qu'elles se « souviennent » des droits et obligations résultant d'autres instruments, et s'obligent (une seconde fois) à respecter ces traités.

« 1. The Parties reaffirm the importance they attach to the rights and obligations arising from the following international agreements relating to intellectual property and shall comply with:

a) the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights;

[suit une liste d'autres instruments internationaux en matière de droits intellectuels]¹⁹. »

Cette méthode de la « réaffirmation » connaît deux types d'atténuations. Parfois, l'engagement de respecter les traités n'est pas répété. On a alors une « réaffirmation » sans « incorporation », qui semble préférée par les États-Unis en ce qui concerne les relations avec l'accord OTC de l'OMC²⁰. Elle a également été utilisée à l'article 1.5 du CETA.

« Relations avec l'Accord sur l'OMC et d'autres accords

Les Parties confirment leurs droits et obligations réciproques au titre de l'Accord sur l'OMC et d'autres accords auxquels elles sont parties²¹. »

La nuance peut paraître mince, mais il y a au moins une différence de taille. Les différends relatifs aux droits et obligations incorporés dans le TTIP pourront être réglés au moyen du mécanisme qu'il prévoit. C'est beaucoup moins sûr en ce qui concerne les droits et obligations dont le TTIP se limite à réaffirmer l'importance. Une telle disposition peut facilement être considérée comme n'imposant par elle-même aucune obligation, de sorte qu'il n'est pas possible de statuer sur son éventuelle inexécution.

Le projet de chapitre du TTIP sur les droits intellectuels contient une seconde forme d'atténuation : les parties indiquent que le respect de certaines conventions internationales ne fait l'objet que d'une obligation de meilleurs efforts.

« 2. In common recognition of the importance of the following multilateral agreements for the international efforts to protect intellectual property, the Parties shall make all reasonable efforts to comply with:

a) the Patent Law Treaty; [etc.]²². »

19. « Draft Provisions on International Agreements Relating to Intellectual Property », 31 juillet 2015, art. 1.

20. [Greenpeace] « Technical Barriers to Trade », 30 novembre 2015, art. 3.

21. Voy. aussi art. 7.8 CETA : « Relation avec l'Accord sur l'OMC. Les Parties confirment leurs droits et obligations au titre de l'article VI du GATT de 1994, de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'agriculture. » et art. 16.2, § 1^{er}, CETA : « Les Parties reconnaissent que le commerce électronique stimule la croissance économique et les débouchés commerciaux dans de nombreux secteurs et confirment l'applicabilité des règles de l'OMC au commerce électronique. »

22. « Draft Provisions on International Agreements Relating to Intellectual Property », 31 juillet 2015, art. 2.

Cela n'a de sens que pour les conventions qui n'obligent pas à la fois les États-Unis et l'Union européenne (et/ou le cas échéant ses États membres).

17. L'incorporation peut aussi être utilisée en ce qui concerne les exceptions aux principes de l'OMC. On évite ainsi que l'incorporation de règles de l'OMC dans le TTIP empêche ensuite les parties d'invoquer les exceptions prévues par le droit de l'OMC. Il ne faudrait pas, en effet, que ces exceptions deviennent inopérantes en pratique parce qu'elles figurent dans le droit de l'OMC, mais n'accompagnent pas les règles correspondantes du TTIP. Pour le dire simplement, si l'exception est liée à la règle, elle doit toujours l'accompagner.

« 1. Nothing in this [...] scope to be considered...] shall prevent the taking of measures in accordance with Article XX of the GATT 1994, its Notes and Supplementary Provisions, which are hereby incorporated into and made part of this Agreement²³. »

Mais les parties peuvent en profiter pour modaliser l'exercice de l'exception, ce qui revient à imposer des obligations complémentaires à la partie qui souhaite l'invoquer (*infra*, n° 25).

L'approche adoptée en ce qui concerne les mesures sanitaires est plus énigmatique.

« The Parties reaffirm their rights and obligations under the WTO SPS Agreement. Nothing in this Chapter shall limit the rights or obligations of the Parties under the Agreement establishing the World Trade Organisation and its Annexes. The Parties shall avail themselves of the necessary resources to effectively implement this Chapter²⁴. »

Si la première phrase est la classique, la seconde semble impliquer une correspondance exacte, sur le plan des règles SPS, entre les Accords OMC et le TTIP. Si le nouvel accord ne limite en rien ni les droits ni les obligations des parties, alors le caractère réciproque des droits et des obligations permet raisonnablement de conclure qu'il ne modifie pas la situation juridique des parties. On pourrait imaginer que le TTIP impose des obligations supplémentaires, mais cela reviendrait alors à limiter les droits d'une partie ; inversement, s'il accordait des droits supplémentaires, cela signifierait que l'autre partie se voit imposer une obligation plus lourde, donc que ses droits sont limités²⁵. Il est difficile de dégager de ce texte

23. TTIP-Goods, art. intitulé « General Exceptions ».

24. « Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS) », 7 janvier 2015 (ci-après : « TTIP-SPS »), art. 3 intitulé « Rights and obligations ». D'après les documents de Greenpeace, les deux derniers alinéas sont souhaités par l'Union européenne seulement ([Greenpeace] « Sanitary and Phytosanitary Measures », art. X.2).

25. Voy. aussi « Draft Chapter on Trade in Wine and Spirit Drinks », 21 mars 2016, art. 14 : « 3. *Nothing in this Agreement shall: (a) affect the rights and obligations of the Parties under the WTO Agreement.* » Dans l'affaire Pérou – Produits agricoles, l'Organe d'appel reste perplexe face à un problème du même genre : l'accord de libre-échange litigieux contenait une clause selon laquelle « les parties confirment les droits et obligations existant entre elles au titre de l'Accord de

l'intention réelle des parties, même si l'esprit est probablement d'éviter de (trop) s'écarter de l'équilibre, délicat et fragile, qu'incorpore l'Accord SPS de l'OMC²⁶.

2.2.2 Coordonner

18. Un autre objectif des clauses destinées à articuler le TTIP avec le droit de l'OMC peut être de coordonner les deux instruments, de sorte qu'ils puissent harmonieusement fonctionner de concert.

On trouve par exemple ces deux alinéas dans l'article de l'accord sur la protection des investissements consacré à l'expropriation.

« 6. *This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, to the extent that such issuance is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Annex 1C to the WTO Agreements ("TRIPS Agreement").*

7. *For greater certainty, the revocation, limitation or creation of intellectual property rights to the extent that these measures are consistent with TRIPS and Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement, do not constitute expropriation. Moreover, a determination that these actions are inconsistent with the TRIPS Agreement or Chapter X (Intellectual Property) of this Agreement does not establish that there has been an expropriation²⁷. »*

Il s'agit clairement d'éviter que les exceptions apportées à la protection des droits intellectuels, jugées légitimes dans l'Accord ADPIC, ne soient privées d'effet par le fait que leur application serait considérée comme une expropriation contraire au TTIP. On découple donc les deux catégories de problèmes : ce qui relève des exceptions aux droits de propriété intellectuelle (notamment les licences obligatoires) est soumis aux règles de l'ADPIC, et les règles relatives à l'expropriation ne s'y appliquent pas. Les actes conformes à l'ADPIC ne peuvent être qualifiés d'expropriation ; ceux qui lui sont contraires ne sont pas nécessairement considérés comme tels.

On espère ainsi éviter que la conclusion d'un accord sur l'investissement vienne perturber l'équilibre établi par l'Accord ADPIC. Politiquement, il s'agit probablement aussi d'éviter de prêter le flanc à la critique, sur des questions reconnues comme sensibles et qui font l'objet de contestations, notamment de la part des opposants au libre-échange.

Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce », pour indiquer ensuite qu'en cas de discordance, les dispositions de l'accord de libre-échange auraient prééminence (Organe d'appel, Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles, WT/DS457/AB/R, 20 juillet 2015, 5.109 et n. 297).

26. De manière similaire, l'article 2 des « Possible Provisions on Subsidies » (7 janvier 2015) dispose : « *Relationship with the WTO. The provisions in this Section shall be applied without prejudice to the rights and obligations of a Party under the WTO Agreement.* »

27. « Trade in Services, Investment and E-Commerce », Chapter II - Investment, 12 novembre 2015, art. 5 de la section 2.

19. Contribuent aussi à la coordination des dispositions du TTIP qui se réfèrent aux définitions utilisées dans le cadre du GATT. On s'assure ainsi que les mêmes termes sont compris de manière identique, ce qui favorise la cohabitation harmonieuse des deux instruments.

« Unless otherwise specified in this Chapter, terms shall have the meanings attributed to them in the GATT and the WTO multilateral agreements on trade in goods²⁸. »

20. Une version plus élaborée de cette technique consiste à se référer aux règles du GATT pour définir les termes utilisés dans le TTIP.

« Customs duty: A duty or charge of any kind imposed on or in connection with the importation or exportation of a good, including any form of surtax or surcharge imposed on or in connection with such importation or exportation. It does not include (a) a charge equivalent to an internal tax imposed consistently with Article [...] of this Chapter; (b) a duty imposed consistently with [any bilateral duties authorised under the agreement, e.g. bilateral safeguards or DS sanctions, text to be defined]; (c) a duty applied consistently with Article VI, Article XVI, Article XIX of GATT 1994, the WTO Agreement on Implementation of Article VI of GATT 1994, the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, the WTO Agreement on Safeguards, Article V of the WTO Agreement on Agriculture and the WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes; or (d) a fee or other charge imposed consistently with Article [...] of this Chapter²⁹. »

Cette définition exclut de la notion de droit de douane, au sens du TTIP, un certain nombre de taxes autorisées, dans certaines circonstances, par le droit de l'OMC, comme les droits antidumping, les mesures compensatoires en cas de subventions, les mesures de sauvegarde et les sanctions découlant de la violation des obligations. Le but est, encore une fois, d'éviter que le TTIP interdise ce que l'OMC autorise. Quoique la finalité soit similaire à celle de la disposition relative aux droits intellectuels (*supra*, n° 18), la méthode utilisée est un peu différente puisque l'on utilise ici la définition pour faire sortir certaines pratiques (ou taxes) du champ d'application du TTIP.

21. Enfin, les règles de l'OMC pourraient évoluer à l'avenir, ce qui poserait un problème de coordination si les normes du TTIP qui s'y réfèrent (explicitement ou non) ne changent pas simultanément. Une disposition incluse dans la partie institutionnelle de l'accord prévoit dans ce cas une obligation de consultation entre les parties et, si nécessaire, un amendement du TTIP convenu de commun accord.

« If any provision of the WTO Agreement that the Parties have incorporated into this Agreement is amended, the Parties shall consult with each other, via the Joint Committee, with a view to finding a mutually satisfactory solution, where necessary. As

28. TTIP-Goods, art. intitulé « Definitions ».

29. *Idem*.

a result of such a review, and in conformity with Article X.10 paragraph 2, the Parties may, by decision in the Joint Committee, amend this Agreement accordingly³⁰. »

2.2.3 Éviter les redondances

22. Comme on l'a déjà vu, le TTIP et les Accords de l'OMC imposent à certains égards des obligations identiques. Dans certains cas, il suffit que la partie concernée adopte le comportement attendu d'elle pour respecter, dans le même mouvement, les obligations résultant de l'un et des autres. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque l'obligation concernée impose de notifier des informations à des comités ou autres organes qui seront nécessairement différents.

La redondance peut être évitée en prévoyant que la notification faite dans le cadre de l'OMC sera aussi considérée comme accomplissant la formalité du même type requise dans le cadre du TTIP.

« 3. Unless otherwise decided by the Committee referred to in Article 18 [Joint management committee], when the information referred to in paragraph 1 or 2 has been made available via notification to the WTO or relevant international standard setting body in accordance with the relevant rules, the requirements in paragraphs 1 and 2 as they apply to that information are fulfilled³¹. »

« (3) Notifications provided to the WTO under Article 25.1 of the ASCM shall be deemed to have met this requirement with respect to trade in goods³². »

Une technique similaire a été adoptée dans le cadre du CETA³³, de manière à éviter de répéter des formalités, qui s'avèrent effectivement inutiles si l'on considère que toutes les parties à l'accord bilatéral sont tenues informées grâce à la notification réalisée à l'OMC.

30. « Institutional, General and Final Provisions », 14 juillet 2016, art. X.9 intitulé « Evolving WTO Law ». Comp. avec l'art. 28.10 CETA, applicable en cas de dérogation accordée par l'OMC à une des dispositions des Accords de Marrakech, qui prévoit quant à lui un alignement automatique, sans passer par un accord des parties : « 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. »

31. TTIP-SPS, art. 14 intitulé « Transparency ».

32. « Possible Provisions on Subsidies », 7 janvier 2015, art. X.3.

33. Art. 5.11, § 3, CETA : « À moins que le Comité de gestion mixte en décide autrement, les exigences énoncées aux paragraphes 1 et 2 applicables aux renseignements qui y sont visés sont considérées comme remplies lorsque les renseignements en question ont été communiqués, par voie de notification, au Répertoire central des notifications de l'OMC ou à l'organisme de normalisation international compétent, en conformité avec les règles applicables de celui-ci. »
Art. 7.2, § 2, CETA : « Les notifications présentées à l'OMC conformément à l'article 25.1 de l'Accord SMC sont réputées satisfaire à l'exigence prévue au paragraphe 1. »

2.2.4 Renforcer

23. L'objectif principal d'un traité commercial bilatéral entre des membres de l'OMC est de prévoir des obligations supplémentaires par rapport à celles qui découlent du traité multilatéral. On se trouve ici dans le cas appelé « OMC-plus », où les parties ne dérogent pas au droit de l'OMC, mais renforcent la discipline qu'il impose, sur des questions plus ou moins importantes.

Ce renforcement s'accompagne parfois d'une dérogation à la règle de la nation la plus favorisée (art. 1er du GATT), dans la mesure où le bénéficiaire de l'obligation supplémentaire est mieux traité que les membres de l'OMC tiers au traité bilatéral (*supra*, n° 8).

24. Encore, cet aspect de renforcement peut-il prendre différentes formes. Parfois, l'idée est de restreindre, de limiter ou d'encadrer le recours à certaines exceptions prévues par les règles de l'OMC. Les exceptions peuvent toujours être invoquées, mais une procédure d'information ou de concertation est ajoutée par le TTIP, alors que le droit de l'OMC ne l'impose pas.

« 2. Before taking any measures provided for in Articles XI.2 (a) and (c) of the GATT 1994, the Party intending to take the measures shall supply the other Party with all relevant information, with a view to seeking a solution acceptable to the Parties. The Parties may agree on any means needed to put an end to the difficulties. If no agreement is reached within 30 days, the exporting Party may apply measures under this Article on the exportation of the product concerned, without prejudice to the dispute settlement provisions of this Agreement. Where exceptional and critical circumstances requiring immediate action make prior information or examination impossible, the Party intending to take the measures may apply forthwith the precautionary measures necessary to deal with the situation and shall inform the other Party immediately thereof³⁴. »

25. À d'autres occasions, la disposition clarifie que, sur le point considéré, le TTIP ne déroge au droit de l'OMC que dans le sens d'une plus grande libéralisation. En d'autres termes, les obligations (tendant à la libéralisation) se cumulent et les exceptions (permettant de limiter les échanges) ne peuvent être invoquées que si elles sont permises en vertu des deux traités.

« Notwithstanding Article X (Reservations and Exceptions), a Party shall neither impose nor maintain any measure inconsistently with its obligations under the WTO Agreement even if such measure has been scheduled by that Party in Annex [X]³⁵. »

26. Il s'agit parfois de renforcer le droit du commerce international par rapport à d'autres normes de droit international. On en trouve un bel exemple au sujet des définitions utilisées dans le domaine des mesures sanitaires, où le TTIP prévoit que

34. TTIP-Goods, art. intitulé « Import and export restrictions ». Également, à propos des articles XX (i) et (j) du GATT, TTIP-Goods, art. intitulé « General exceptions ».

35. « Trade in Services, Investment and E-Commerce », 31 juillet 2015, art. 2-6, § 6.

les définitions du droit de l'OMC prévaudront, si elles sont différentes, sur celles rédigées par d'autres organisations (non commerciales).

« The definitions in Annex A of the SPS Agreement apply, as well as those of Codex Alimentarius (Codex), the World Organisation for Animal Health (OIE) and the International Plant Protection Convention (IPPC). In the event of an inconsistency between the definitions adopted by Codex, or the OIE, the IPPC and the definitions set out in the WTO SPS Agreement, the definitions set out in the WTO SPS Agreement shall prevail³⁶. »

27. Enfin, le renforcement passe par des définitions applicables à certains termes utilisés dans le TTIP alors que les mêmes termes figurent aussi dans le droit de l'OMC. Par exemple, tant l'article XVII.1 (b) du GATT que le chapitre du TTIP consacré aux entreprises commerciales d'État utilisent le concept de « considérations d'ordre commercial » comme standard de comportement que doivent suivre ces entreprises dans leur politique opérationnelle. Le TTIP définit précisément cette notion :

« For the purposes of this Chapter, the following definitions shall apply: [...] "In accordance with commercial considerations" means consistent with customary business practices of a privately held enterprise operating according to market economy principles in the international trade³⁷. »

Cette définition pourrait influencer l'interprétation future des règles de l'OMC, en donnant un contenu plus précis – donc vraisemblablement plus contraignant – à des termes jusque-là moins clairement circonscrits³⁸.

Sans doute faut-il y voir aussi une réaction à la jurisprudence de l'Organe d'appel. En réponse aux arguments des États-Unis qui estimaient que l'article XVII du GATT interdit « aux entreprises commerciales d'État d'utiliser leurs privilèges exclusifs ou spéciaux au détriment des "opérateurs commerciaux" », l'Organe d'appel avait rejoint le point de vue du Canada et de l'Union européenne (notamment) en déclarant que :

« nous ne pouvons pas admettre que la première clause de l'alinéa b) [de l'article XVII.1 du GATT] prescrive, en règle générale, que les entreprises commerciales d'État s'abstiennent d'utiliser les privilèges et avantages dont elles bénéficient parce qu'une telle utilisation pourrait "désavantager" les entreprises privées. Les entreprises commerciales d'État, comme les entreprises privées, sont en droit d'exploiter les avantages dont elles peuvent bénéficier dans leur intérêt économique³⁹. »

36. Art. 4 TTIP-SPS intitulé « Definitions ».

37. « Possible Provisions on State Enterprises and Enterprises Granted Special or Exclusive Rights or Privileges », 7 janvier 2015, art. 1 (e).

38. Cela rejoint l'idée de G.C. HUFBAUER & C. CIMINO-ISAACS, « How will TPP and TTIP Change the WTO System? », *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 687.

39. Organe d'appel, *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/AB/R, 30 août 2004, 149.

Il n'est pas certain que la définition proposée dans le TTIP clarifie vraiment la situation, si l'on admet que la pratique commerciale habituelle des entreprises privées est précisément d'exploiter les avantages dont elles jouissent (un monopole ? une position dominante ? une législation favorable ?), même s'ils ne correspondent pas au modèle dominant des principes de l'économie de marché (atomicité des acteurs, non-intervention de l'État, etc.).

2.2.5 Mettre en œuvre

28. La dernière modalité d'articulation entre les obligations du TTIP et celles de l'OMC consiste à ce que les premières imposent, ou du moins incitent, à (mieux) mettre en œuvre les secondes. Il est difficile d'y voir autre chose que l'affirmation d'une volonté politique de faire avancer des discussions, dont la portée juridique est probablement assez faible, sauf en ce qu'elle définit une compétence d'un comité, sans toutefois qu'on puisse déceler une réelle autorité décisionnelle.

« 3. In addition, the Committee may, inter alia:

c) facilitate improved understanding between Parties related to the implementation of the WTO SPS Agreement, promoting cooperation between Parties on SPS issues under discussion in multilateral fora, including the WTO SPS Committee and international standard-setting bodies, as appropriate⁴⁰. »

Cette technique a déjà été utilisée dans le CETA, avec le même objectif de faire progresser des discussions en cours⁴¹, d'éviter de rallumer des querelles anciennes (sans toutefois s'engager sur le fond)⁴² ou d'affirmer son attachement à certaines règles ou décisions moins appréciées par certains États tiers à l'accord bilatéral⁴³.

2.3 Rapports entre les mécanismes de règlement des différends

29. Pour renforcer l'effectivité des obligations substantielles, le TTIP prévoit des mécanismes de règlement des différends, comme il est d'usage dans ce genre

40. Art. 18 TTIP-SPS intitulé « Joint Management Committee ».

41. Art. 7.4, § 1^{er}, CETA : « Les Parties ont pour objectif commun d'œuvrer conjointement pour parvenir à un accord afin de : a) renforcer les disciplines et les règles multilatérales relatives au commerce des marchandises agricoles au sein de l'OMC ; b) contribuer à l'élaboration d'une solution globale et multilatérale en matière de subventions à la pêche. »

42. Art. 25.2, § 1^{er}, CETA : « Les Parties conviennent que la coopération et l'échange d'informations sur les questions liées aux produits de biotechnologie sont des questions d'intérêt commun. La coopération et l'échange d'informations ont lieu dans le contexte du dialogue bilatéral sur les questions d'intérêt commun concernant l'accès aux marchés des produits biotechnologiques agricoles, lequel a été établi en vertu de la solution convenue d'un commun accord entre le Canada et l'Union européenne le 15 juillet 2009 et faisant suite au différend Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (WT/DS292) soumis à l'OMC. »

43. Art. 20.3, § 2, CETA : « Les Parties contribuent à la mise en œuvre de la Décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003 concernant le paragraphe 6 de la Déclaration de Doha et du Protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC, fait à Genève le 6 décembre 2005, et elles respectent leurs dispositions. »

de traité. Un de ces mécanismes (dit « ISDS ») permet de trancher les différends entre États et investisseurs au sujet du respect des règles de protection des investissements. Cet aspect n'étant pas présent dans l'OMC, il est moins utile de chercher à articuler les deux mécanismes.

Il en va autrement, par contre, des relations entre les mécanismes destinés à trancher les litiges entre parties au traité. Chaque mécanisme – celui de l'OMC et celui du TTIP – est compétent pour régler les différends découlant de la violation du traité correspondant. Mais comme de nombreuses obligations sont identiques ou similaires dans l'un et l'autre traité, on peut facilement imaginer qu'un même comportement constituera simultanément une violation des deux traités, ce qui a pour conséquence d'ouvrir la possibilité à la victime d'utiliser l'un et/ou l'autre mécanisme de règlement. Surgit alors un risque de *forum shopping* et de stratégies procédurales déloyales ou inefficaces, par lesquelles la victime choisirait de saisir le mécanisme le plus avantageux, de saisir les deux juges simultanément, ou au contraire de tenter sa chance chez l'un puis, en cas d'échec, de recommencer le litige devant l'autre. Des comportements du même type sont aussi envisageables du côté du défendeur.

La question n'est pas nouvelle, plusieurs cas problématiques étant déjà survenus depuis l'entrée en vigueur des Accords de l'OMC, notamment en lien avec les mécanismes de règlement des différends de l'Aléna⁴⁴ ou du Mercosur⁴⁵. On comprend dès lors que les parties au TTIP aient à cœur d'anticiper le problème et de lui trouver des solutions.

2.3.1 *Electa una via*

30. Le principe retenu est celui exprimé par l'adage *electa una via* ou, en anglais, *fork in the road*. En résumé, il s'agit de laisser le choix initial au plaignant, mais d'ensuite considérer que ce choix implique la renonciation à utiliser l'autre mécanisme.

« 1. *Recourse to the dispute settlement provisions of this Title shall be without prejudice to any action in the WTO framework, including dispute settlement action.*

44. Groupe spécial (ALÉNA), *Mesures de sauvegarde américaines prises relativement aux balais en paille de sorgho du Mexique*, USA-97-2008-01, 30 janvier 1998 ; Groupe spécial (OMC), *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/R, 7 octobre 2005, 7.7 et s. ; Organe d'appel, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006, 44-53. Pour un résumé du raisonnement de l'Organe d'appel, W.J. DAVEY & A. SAPIR, « The *Soft Drinks* Case: The WTO and Regional Agreements », *World Trade Review* 8(1), 2009, pp. 11-12.

45. Groupe spécial, *Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, WT/DS241/R, 22 avril 2003. Sur l'ensemble de cette problématique, voy. not. H. CULOT, « OMC et accords régionaux : les relations entre les mécanismes de règlement des différends », in B. REMICHE et H. RUIZ FABRI (dir.), *Le commerce international entre bi- et multilatéralisme*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 209-257 et les références citées ; K. KWAK & G. MARCEAU, « Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements », in L. BARTELS & F. ORTINO (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 465-524.

2. However, a Party shall not, for a particular measure, seek redress for the breach of a substantially equivalent obligation under both this Agreement and the WTO Agreement in both fora. In such case, once a dispute settlement proceeding has been initiated, the Party shall not bring a claim seeking redress for the breach of the substantially equivalent obligation under the other agreement to the other forum, unless the forum selected first fails for procedural or jurisdictional reasons to make findings on the claim seeking redress of that obligation.

3. For the purposes of this Article,

– dispute settlement proceedings under the WTO Agreement are deemed to be initiated by a Party's request for the establishment of a panel under Article 6 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes of the WTO;

– dispute settlement proceedings under this Chapter are deemed to be initiated by a Party's request for the establishment of an arbitration panel under Article 5 paragraph 1.

4. Nothing in this Agreement shall preclude a Party from implementing the suspension of obligations authorised by the Dispute Settlement Body of the WTO. The WTO Agreement shall not be invoked to preclude a Party from suspending obligations under this Chapter⁴⁶. »

Ce type de règle n'est pas nouveau dans la pratique internationale. On la trouve, par exemple, dans le Protocole d'Olivos, qui organise le mécanisme de règlement des différends du Mercosur⁴⁷.

Elle permet une gestion somme toute assez minimaliste du problème de concurrence entre juridictions : sans empêcher le *forum shopping* dès lors que le choix du demandeur est affirmé, il s'agit seulement (mais tout de même) d'éviter une duplication des procédures et de réduire le risque de décisions incompatibles ou contradictoires.

L'application de la règle nécessite de pouvoir déterminer si deux différends sont identiques⁴⁸. À cet égard, on imagine que la base juridique de la demande (*causa petendi*) ne peut être utilisée comme critère de cette identité, sans quoi, dans ce contexte, on ne rencontrera jamais deux demandes identiques. C'est probablement cette question qui justifie l'utilisation des termes *substantially equivalent obligation* : il n'est pas requis que les différends soient fondés sur la violation de la même obligation (au sens du même article de traité) ; il suffit au contraire que

46. « Dispute Settlement », 7 janvier 2015 (ci-après : « TTIP-GGDS »), art. 23 intitulé « Relation with WTO obligations ».

47. Art. 1^{er}, § 2, al. 2, du *Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur* (signé le 18 février 2002).

48. Sur la notion de « même différend » dans le cadre de l'OMC, voy. M. LOVELL, « Regional Trade Agreements and the WTO: An Analysis of the Efficacy of the Asean-China Free Trade Area (ACFTA) Forum Selection Clause in Resolving Jurisdictional Conflict », 1^{er} mai 2007, <http://ssrn.com/abstract=1114770>, pp. 30-34.

soit alléguée la violation de deux obligations distinctes (imposées par deux traités différents), mais qui prescrivent – approximativement – le même comportement.

31. Le TTIP prévoit toutefois une exception : si la juridiction saisie ne statue pas sur la demande pour « des raisons procédurales ou de juridiction », l'autre juridiction peut être saisie ensuite.

Cette disposition vise notamment le cas d'irrecevabilité de l'action, par exemple, pour incompétence ou défaut de juridiction du juge saisi. Ce cas est possible, mais il paraît rare en pratique, car s'il existe un doute sur le pouvoir de juridiction d'un des deux mécanismes qu'il pourrait saisir, le plaignant a tendance à porter le différend devant l'autre, précisément pour éviter ce débat.

En revanche, il est beaucoup plus fréquent que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC renoncent à statuer sur certaines demandes pour le motif appelé « d'économie de procédure ». Il s'agit le plus souvent de situations où la décision prise sur une partie des demandes – le plus souvent lorsqu'elle constate l'existence d'une violation – rend inutile de statuer sur d'autres demandes introduites en même temps. Dans ce cas, pourra-t-on considérer que la demande n'a pas été tranchée « pour des raisons de procédure » et qu'elle peut donc être soumise à la juridiction établie par l'autre traité ? Le texte du TTIP semble l'autoriser, mais son esprit invite plutôt à défendre l'opinion contraire.

32. Le principe du choix présent dans le TTIP – mais aussi, comme on l'a dit, dans d'autres accords régionaux – pose une question au regard de l'article 23 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Le § 1^{er} de cet article dispose 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. »

Son objectif était, en premier lieu, de mettre un terme aux pratiques unilatérales qui s'étaient développées dans les années quatre-vingt, en réaction (feinte ou authentique) à la supposée inefficacité du règlement des différends du GATT, qui ne pouvait fonctionner que moyennant des décisions prises par consensus des Parties contractantes⁴⁹. Il s'agissait donc d'obliger les membres de l'OMC à soumettre leurs différends au mécanisme établi par le Mémorandum d'accord, plutôt que d'imposer unilatéralement des suspensions d'obligations sans contrôle effectif du juge de l'OMC⁵⁰.

49. R.E. HUDEC, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, Butterworth, 1993, p. 237. Voy. aussi R.E. HUDEC, « Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement », in F. WEISS (ed.), *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, London, Cameron May, 2000, pp. 373 et s.

50. Voy. Organe d'appel, *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS165/AB/R, 11 décembre 2000, 111.

Mais cet article a aussi été interprété comme établissant une exclusivité de compétence, en interdisant aux membres de recourir à d'autres mécanismes, même juridictionnels, de règlement des différends.

« L'article 23:1 [MRD] [...] impose à tous les Membres le "recours" au processus multilatéral défini dans le Mémorandum d'accord lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation d'une incompatibilité au regard de l'OMC. Dans ces circonstances, les Membres doivent avoir recours au système de règlement des différends prévu dans le Mémorandum d'accord à l'exclusion de tout autre système, en particulier un système d'exécution unilatérale des droits et obligations au regard de l'OMC. Cette disposition, que l'on pourrait qualifier de "clause d'exclusivité en matière de règlement des différends", est un nouvel élément important des droits et obligations des Membres au titre du Mémorandum d'accord⁵¹. »

La jurisprudence ultérieure en est même arrivée à inverser les deux objectifs, présentant le second comme prioritaire par rapport au premier.

« Interprété à la lumière de son contexte et de son but, l'article 23:1 non seulement garantit l'exclusivité en matière de compétence de l'OMC par rapport à d'autres instances internationales, mais protège également le système multilatéral d'un comportement unilatéral⁵². »

Sans faire une analyse approfondie des relations entre les mécanismes de règlement des différends de l'OMC et d'accords commerciaux régionaux, l'Organe d'appel a plus récemment rappelé sa réticence dans l'affaire *Pérou – Produits agricoles* en indiquant dans une note de bas de page que :

« Bien que l'article 3:7 du Mémorandum d'accord reconnaisse que les parties peuvent conclure une solution convenue d'un commun accord, nous n'estimons pas que les Membres peuvent renoncer à leurs droits et obligations au titre du Mémorandum d'accord en dehors du cadre du règlement de différends spécifiques. À cet égard, nous rappelons que l'article 23 du Mémorandum d'accord prescrit que [suit une citation de l'art. 23.1 MRD]⁵³. »

Il s'agissait précisément d'une clause d'un accord de libre-échange qui permettait aux parties de « choisir l'instance dans le cadre de laquelle le différend sera réglé »⁵⁴.

51. Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, 7.43.

52. Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS301/R, 22 avril 2005, 7.193. Pour une analyse plus détaillée de l'exclusivité du système de règlement des différends de l'OMC, et en particulier du système de sanctions, H. CULOT, *Les sanctions dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 561-576.

53. Organe d'appel, *Pérou – Droit additionnel visant les importations de certains produits agricoles*, WT/DS457/AB/R, 20 juillet 2015, 5.26, n. 106.

54. *Idem*, 5.26.

33. Même si l'accord régional prévoit un choix – fût-il « encadré » par la règle *electa una via* – entre les mécanismes de règlement des différends, on constate en pratique que les États choisissent souvent de soumettre leurs litiges au mécanisme de l'OMC.

Ce choix peut s'expliquer par le souci de respecter la règle de l'article 23 MRD : lorsque les Accords OMC imposent de recourir au mécanisme de l'OMC, alors que le traité régional ou bilatéral laisse le choix, la solution la plus sûre, d'un point de vue juridique, est de soumettre le différend aux organes de l'OMC.

Mais d'autres raisons – n'excluant pas la première – peuvent également expliquer ce choix. On peut imaginer que l'État plaignant a davantage confiance dans le mécanisme multilatéral, dont le fonctionnement est plus éprouvé et la jurisprudence mieux établie ou plus favorable. Il peut aussi apprécier le soutien administratif dont bénéficient les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, ou se ménager la possibilité d'un appel, qui n'existe pas toujours dans les mécanismes établis par les accords régionaux. Le différend peut être l'occasion de faire connaître au monde entier sa position sur telle ou telle question, ou d'obtenir une décision de principe qui, à l'avenir, s'imposera au moins en pratique à d'autres parties au traité que celles présentes devant le juge. Seules ou combinées, ces raisons reposant sur des qualités du mécanisme de l'OMC peuvent justifier le choix du juge de l'OMC, indépendamment de l'obligation qui figure à l'article 23 MRD.

34. Par le passé, les États-Unis et l'Union européenne n'ont pas défendu la même interprétation de l'article 23 MRD.

La divergence est apparue au grand jour à l'occasion du différend sur les *Articles 301 à 310 de la Loi [américaine] de 1974 sur le commerce extérieur*, qui était pour ainsi dire consacré à la question des comportements unilatéraux dans le cadre des différends et des sanctions (*supra*, n° 32).

Elle est aussi reflétée dans la pratique contractuelle. Ainsi, l'Aléna prévoit déjà la règle du libre choix du demandeur, tempérée par un principe *electa una via*. Une exception est cependant prévue pour les différends qui touchent aux questions – que l'on sait délicates – d'environnement ou de santé : dans ces cas, le défendeur peut exiger que le différend soit tranché devant les instances de l'Aléna, supposées plus attentives (par leur culture et en raison du texte des règles substantielles qu'elles appliquent) aux préoccupations de cette nature, même lorsqu'elles s'opposent au libre-échange.

Les traités commerciaux conclus par les Communautés européennes avec le Chili et le Mexique, au début des années 2000, montrent une attitude assez différente. Si l'obligation dont la violation est alléguée est « substantiellement équivalente » dans les Accords OMC et dans l'accord bilatéral, l'accord bilatéral prévoit que le différend doit être soumis aux instances de l'OMC. Ce n'est que dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'obligation prétendument violée ne se trouve que dans l'accord bilatéral, que le mécanisme de règlement des différends de cet accord peut

être utilisé⁵⁵. On voit bien là une manière de donner la priorité au mécanisme de l'OMC, afin de se conformer à l'article 23 MRD dans l'interprétation défendue à l'époque, notamment par les Communautés européennes dans le cadre des différends précités.

35. Il semble que la position de l'Union européenne ait ensuite évolué. Le CETA contient également une clause réglant les rapports entre le mécanisme de règlement des différends de ce traité et celui de l'OMC. Les principes, et même les termes, sont très proches des clauses du TTIP : choix du plaignant, application du principe *electa una via*, exception si l'instance saisie ne tranche pas « pour des raisons de procédure ou de compétence »⁵⁶. Cette clause a peut-être été suggérée par le Canada, mais l'Union européenne l'a à tout le moins acceptée, ce qui est en soi assez significatif pour constituer un revirement.

Quant aux États-Unis, leur pratique récente semble confirmer leur position antérieure si l'on a égard par exemple à l'article 28.4 du Transpacific Partnership, qui a la particularité de ne considérer les Accords de l'OMC que comme un exemple, et généralise donc le principe du choix : le différend peut être soumis au mécanisme de règlement institué par l'un quelconque des traités commerciaux qui lient les États en litige⁵⁷.

2.3.2 Inspirations

36. Au-delà des clauses réglant l'articulation entre les mécanismes de règlement des différends, on trouve dans le TTIP des dispositions qui s'inspirent du droit de l'OMC, ou qui formalisent des pratiques développées au cours du temps par les instances de règlement des différends.

55. Accord établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République du Chili, d'autre part, *JOCE*, L 352, 30 décembre 2002, p. 3, art. 189, § 4 : « a) Si une partie cherche à obtenir réparation en cas de violation d'une obligation résultant de l'accord instituant l'OMC, elle a recours aux règles et procédures de cet accord, qui s'appliquent nonobstant les dispositions du présent accord.

b) Si une partie cherche à obtenir réparation en cas de violation d'une obligation résultant de la présente partie de l'accord, elle a recours aux règles et procédures du présent titre.

c) Sauf convention contraire des parties, si une partie cherche à obtenir réparation en cas de violation d'une obligation résultant de la présente partie de l'accord, équivalente en substance à une obligation dans le cadre de l'OMC, elle a recours aux règles et procédures de l'accord instituant l'OMC, qui s'appliquent nonobstant les dispositions du présent accord.

d) Une fois que des procédures de règlement des différends ont été engagées, l'enceinte saisie, si elle ne s'est pas déclarée incompétente, est utilisée à l'exclusion de l'autre [...]. »

56. Art. 29.3 CETA.

57. Transpacific Partnership, art. 28.4 : « 1. *If a dispute regarding any matter arises under this Agreement and under another international trade agreement to which the disputing Parties are party, including the WTO Agreement, the complaining Party may select the forum in which to settle the dispute.*

2. *Once a complaining Party has requested the establishment of, or referred a matter to, a panel or other tribunal under an agreement referred to in paragraph 1, the forum selected shall be used to the exclusion of other fora.* » (<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/transpacific-partnership/tpp-full-text>).

37. Les dispositions en matière d'interprétation sont particulièrement symptomatiques à cet égard.

« Any arbitration panel shall interpret the provisions referred to in Article 2 in accordance with customary rules of interpretation of public international law, including those codified in the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. The panel shall also take into account relevant interpretations in reports of panels and the Appellate Body adopted by the WTO Dispute Settlement Body (hereinafter referred to as the "DSB"). The rulings of the arbitration panel cannot add to or diminish the rights and obligations of the Parties under this Agreement⁵⁸. »

On y reconnaît l'obligation d'interpréter le TTIP à la lumière des règles coutumières d'interprétation du droit international public, ainsi que l'idée que les décisions juridictionnelles ne peuvent rien ajouter ni retirer aux droits et obligations des parties. Ces deux principes proviennent manifestement de l'article 3.2 du Mémoire d'accord. Le premier principe rappelle que certaines règles coutumières d'interprétation ont été codifiées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, une référence qu'on ne retrouve pas dans le texte du Mémoire d'accord même si elle abonde dans la jurisprudence des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Cette référence est d'autant plus remarquable que, comme on le sait, les États-Unis n'ont pas ratifié cette Convention⁵⁹.

On trouve aussi dans cette clause le souci d'articuler harmonieusement les jurisprudences, avec l'obligation pour les organes du TTIP de tenir compte des interprétations développées par les organes de l'OMC. Une technique similaire est utilisée, par exemple, pour prévenir les conflits entre la jurisprudence de la CJUE et celle de la Cour de justice de l'AELE⁶⁰. L'harmonie s'obtient au prix d'une « hiérarchisation » des juridictions, ce qui indique quand même une prééminence de, ou une préférence pour, l'enceinte multilatérale. Car si la juridiction du TTIP doit tenir compte des interprétations adoptées à l'OMC, l'inverse n'est pas vrai.

38. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC ne prévoit pas explicitement la possibilité de déposer des mémoires d'*amicus curiae*⁶¹. Un groupe spécial, puis l'Organe d'appel, l'ont cependant admis, en se basant sur

58. TTIP-GGDS, art. 20 intitulé « Rules of interpretation ». Cette clause semble inspirée de l'article 29.17 du CETA.

59. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en (15 septembre 2016).

60. Accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice, 2 mai 1992, art. 3, § 1^{er}.

61. Sur l'*amicus curiae* à l'OMC, en doctrine, voy. notamment N. ANGELET, « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in H. RUIZ FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, pp. 231-238 ; C.-E. CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, spéc. pp. 405-415 ; C.L. LIM, « The Amicus Brief Issue at the WTO », *Chinese Journ. Int. L.* 4(1), 2005, pp. 85-120 ; B. STERN, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDI publ.* 2003, pp. 257-303.

l'article 13 MRD qui permet aux groupes spéciaux de demander des renseignements à des experts ou à toute autre personne considérée comme appropriée⁶².

Avec le temps, la pratique d'envoyer de tels mémoires s'est développée et la jurisprudence s'est stabilisée, au point que l'Organe d'appel a tenté d'encadrer cette pratique dans un document de portée presque réglementaire⁶³. Cela n'a pas manqué de susciter des protestations de certains membres de l'OMC, sur le thème du gouvernement des juges, ce qui a conduit ensuite à plus de réserve – pour ne pas parler de refus systématique – dans la prise en compte des mémoires qui parvenaient encore aux organes de règlement des différends.

Le TTIP se base sur l'expérience acquise. Il autorise le dépôt de mémoires d'*amicus curiae*, mais pour aussitôt le réglementer en prévoyant, de manière proche de la procédure tant décrite avancée à l'époque par l'Organe d'appel, un délai de dépôt (dix jours à compter de la désignation de l'arbitre), une longueur maximale (quinze pages en interligne double) et l'obligation pour son auteur de fournir des renseignements notamment quant aux objectifs qu'il poursuit et au financement qu'il reçoit. Le texte prévoit que l'arbitre doit transmettre les mémoires aux parties pour leur permettre de prendre position et inclure dans sa décision la liste des mémoires reçus, mais qu'il n'est pas obligé de répondre aux arguments qu'ils développent⁶⁴.

39. L'exécution des décisions et le contentieux de l'exécution sont également fortement inspirés du système de l'OMC. Ainsi sont organisés une période de mise en conformité⁶⁵, un examen de la mise en conformité destiné à trancher les différends à ce sujet entre les parties⁶⁶ et un mécanisme de sanctions⁶⁷. La question du désaccord sur le terme des sanctions, qui, à l'OMC, a dû être tranchée par l'Organe d'appel à défaut d'être réglée de manière suffisamment claire dans le texte du Mémoire d'accord⁶⁸, fait l'objet dans le TTIP d'une réglementation détaillée, calquée sur la jurisprudence de l'Organe d'appel⁶⁹.

L'intérêt de cette technique est multiple. Elle démontre que deux acteurs majeurs sont satisfaits de la solution définie par l'Organe d'appel. Le texte du traité

62. Groupe spécial, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998, 3.129-3.134, 7.7-7.8 ; Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, 99-110.

63. « Procédure additionnelle adoptée au titre de la Règle 16 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel », annexée au document *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* – Communication de l'Organe d'appel, WT/DS135/9, 8 novembre 2000.

64. Art. 37-39 TTIP-GGDS.

65. Comp. art. 21.3 et 21.4 MRD et art. 11 TTIP-GGDS.

66. Comp. art. 21.5 MRD et art. 12 TTIP-GGDS.

67. Comp. art. 22 MRD et art. 13 TTIP-GGDS.

68. Organe d'appel, *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, WT/DS320/AB/R, 16 octobre 2008, 310, 347 et s.

69. Art. 14 TTIP-GGDS.

qu'ils signent pourrait aussi être le modèle d'une future réforme du Mémoire d'accord.

40. On ne trouve pas, par contre, de mécanisme d'appel dans le système de règlement des différends interétatique du TTIP. Cette absence est étonnante à un double titre. D'une part, le système de règlement des différends de l'OMC inclut une procédure d'appel, confiée à l'Organe d'appel qui est généralement reconnu comme un maillon essentiel du système. D'autre part, l'Union européenne promeut l'instauration d'un organe permanent de règlement des différends d'investissement (auquel participent les personnes privées), dont les caractéristiques seraient proches de celles de l'Organe d'appel de l'OMC⁷⁰.

3 EFFETS À L'ÉGARD DES TIERS

41. Après avoir étudié l'articulation des règles du TTIP avec les autres règles commerciales (en particulier celles de l'OMC) pour ce qui concerne les relations entre parties, on peut poursuivre l'exercice en envisageant les relations avec les États tiers.

À cet égard, le principe des zones de libre-échange comme le TTIP est que chaque partie conserve son autonomie pour définir ses relations commerciales à l'égard des tiers. Cela suppose l'application de règles d'origine, car il faudra distinguer d'une part les marchandises et services d'origine européenne importés d'Europe aux États-Unis (et vice versa), qui bénéficieront des dispositions favorables du TTIP, et d'autre part les biens et services originaires d'États tiers qui seront soumis aux droits de douane (et plus généralement aux conditions d'importation) applicables dans les relations entre cet État d'origine et l'État d'importation, même si, au cours du transport, les marchandises sont passées sur le territoire de l'autre membre du TTIP.

Cela est notablement plus compliqué que l'application d'un traitement de la nation la plus favorisée, mais est inhérent au caractère discriminatoire des zones de libre-échange. Il n'y a là rien d'inédit ni d'original.

Des questions plus intéressantes surgissent lorsqu'on essaie de se représenter les relations entre le TTIP et d'autres accords commerciaux préférentiels, pour tenter de mettre un peu d'ordre, au moins conceptuel, dans le fameux *spaghetti bowl* des accords régionaux. À cet égard, trois situations sont à distinguer : le cas des pays en zone de libre-échange avec une des parties du TTIP (3.1.), celui des pays en zone de libre-échange avec l'une et l'autre des parties du TTIP (3.2.), et enfin la situation d'un État en union douanière avec une partie du TTIP (3.3.).

70. « Trade in Services, Investment and E-Commerce », Chapter II - Investment, 12 novembre 2015, art. 10 et 29 de la section 3.

3.1 Pays en zone de libre-échange avec une seule des parties

42. Tant l'Union européenne que les États-Unis ont conclu plusieurs accords commerciaux dotés des caractéristiques d'une zone de libre-échange. La géopolitique, les alliances, la proximité et les affinités ont fait que, dans plusieurs cas, les pays tiers sont liés par un tel accord à l'une des parties au TTIP, mais pas aux deux. On sait, par exemple, que l'Union européenne a plusieurs accords (en vigueur ou en négociation) avec des pays d'Afrique et de la Méditerranée, alors que les États-Unis sont davantage, mais pas exclusivement, tournés vers l'Asie, avec notamment la récente signature du Partenariat transpacifique (TPP), qui n'est cependant pas encore en vigueur.

Cette situation n'implique pas d'autres difficultés que celles liées à l'application des règles d'origine : les biens en provenance de ces pays tiers seront importés aux conditions préférentielles sur le territoire de la partie au TTIP qui est membre de la zone de libre-échange, mais pas si les biens sont importés sur le territoire de l'autre partie. L'existence d'un simple transit par le territoire de la première ne permet pas d'échapper aux droits prélevés par la seconde. En cas de transformation des marchandises, le rôle des règles d'origine sera de déterminer si les marchandises sont considérées comme originaires du membre du TTIP ou du pays tiers.

Mais en pratique une certaine simplification peut résulter du fait que les mêmes conditions d'importation sont applicables aux marchandises en provenance de l'autre membre du TTIP et à celles en provenance de l'État tiers. En cas de doute (entre ces deux possibilités) sur l'origine des marchandises, il n'est pas strictement nécessaire de trancher la question si la conséquence (absence de droits de douane) est la même dans les deux cas.

3.2 Pays en zone de libre-échange avec les deux parties

43. Plus intéressant sans doute est le cas des pays en zone de libre-échange tant avec l'Union européenne qu'avec les États-Unis. Plusieurs exemples existent, étant entendu que certains accords ne sont pas encore ratifiés ou en vigueur : Canada, Mexique, Chili, Corée du Sud, Israël, Colombie, Pérou...

La conclusion du TTIP ne « fusionnera » pas tous ces traités commerciaux pour créer une zone de libre-échange unique. D'ailleurs, les différents traités peuvent prévoir des clauses particulières, des périodes transitoires, et toutes sortes d'autres nuances et exceptions qui font qu'il serait beaucoup trop simple de considérer que les marchandises circuleront librement entre tous les pays précités.

44. Il serait toutefois possible de tenir compte de cette circonstance pour adopter des mesures favorables au libre-échange. Dans le CETA, par exemple, les règles d'origine permettent de prendre en compte les parts, pièces ou ingrédients originaires de pays avec lesquels l'Union européenne et le Canada sont en zone de

libre-échange pour les considérer, aux fins de l'application des règles d'origine du CETA, comme des parts, pièces ou ingrédients originaires d'un membre du CETA.

« 8. Sous réserve du paragraphe 9, dans les cas où, selon ce qui est prévu par l'Accord sur l'OMC, chaque Partie a un accord de libre-échange avec le même pays tiers, une matière de ce pays tiers peut être prise en considération par l'exportateur au moment de déterminer si un produit est originaire au titre du présent accord.

9. Chaque Partie applique le paragraphe 8 seulement si des dispositions équivalentes sont en vigueur entre chaque Partie et le pays tiers et après que les Parties ont convenu des conditions applicables⁷¹. »

On facilite ainsi la reconnaissance d'une origine interne à la zone de libre-échange, ce qui promeut le commerce sans droits de douane à l'intérieur de la zone.

45. L'optimisme qu'on pourrait nourrir en considérant ces quelques avantages doit cependant être tempéré lorsqu'on lit, sur le site du Représentant américain au commerce que, « *We believe that only qualifying US and EU goods should benefit from the TTIP agreement, and not goods produced in third countries* ». On se souvient que les textes du TTIP qui sont disponibles sont, pour la plupart, les versions proposées par l'Union européenne, et qu'ils ne s(er)ont pas nécessairement acceptés (tels quels) par les États-Unis.

46. Il ne faut cependant pas oublier que le TTIP va bien au-delà de la réduction de droits de douane, et inclut de nombreuses obligations dont l'exécution par les États-Unis et l'Union européenne bénéficieront, en fait ou en droit, aux agents économiques du monde entier. Il est, par exemple, presque impossible de réserver le bénéfice d'une plus grande transparence à un seul partenaire commercial. De même, une harmonisation des standards européens et américains facilitera la vie des entreprises concernées dans les deux pays, mais aussi des entreprises des pays tiers qui exportent vers l'un et l'autre des partenaires du TTIP, puisqu'elles ne devront plus respecter une seule série de normes⁷².

3.3 Unions douanières

47. La caractéristique d'une union douanière est l'existence d'une politique commerciale commune des États membres, qui doivent donc s'accorder pour régler de manière identique leurs relations commerciales avec les États tiers.

Une difficulté surgit inévitablement lorsqu'un des membres décide de conclure un accord de libre-échange avec un tiers. Savoir s'il peut le faire, et le cas échéant à quelles conditions, est une question réglée dans l'accord d'union douanière.

71. CETA – Protocole sur les règles d'origine et les procédures d'origine, art. 3.

72. Notamment sur ces aspects, J. PAUWELYN, « Taking the Preferences Out of Preferential Trade Agreements: TTIP as a Provider of Public Goods? », in J.-F. MORIN, T. NOVOTNÁ, F. PONJAERT & M. TELÒ, *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations. TTIP in a Globalized World*, op. cit., pp. 187-196.

Ce dernier devrait aussi prévoir les obligations éventuelles de l'autre membre de l'union douanière.

48. C'est ce qui se passe, par exemple, en ce qui concerne la Turquie. L'accord d'union douanière qui la lie à l'Union européenne prévoit que :

« 1. Afin d'harmoniser sa politique commerciale avec celle de la Communauté, la Turquie dispose d'un délai de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente décision pour s'aligner progressivement sur le régime de préférences douanières de la Communauté. Cet alignement concerne à la fois les régimes autonomes et les accords préférentiels avec les pays tiers. La Turquie prend, à cette fin, toutes les mesures nécessaires et négocie, sur une base mutuellement avantageuse, des accords avec les pays concernés. Le Conseil d'association procède périodiquement à l'examen des progrès accomplis⁷³. »

La Turquie devra donc en principe entrer en négociation avec les États-Unis en vue de conclure un équivalent du TTIP applicable aux relations turco-américaines. Savoir si les États-Unis sont désireux d'une telle négociation est évidemment une autre question.

On peut toutefois imaginer qu'à l'instar du CETA, le TTIP comprenne une reconnaissance par les États-Unis de l'existence de ces accords et une obligation de leur part de négocier de bonne foi avec les partenaires commerciaux de l'Union. L'Annexe 30-D du CETA contient une « déclaration commune des parties » à ce sujet :

« 1. L'Union européenne rappelle que les pays qui ont établi avec elle une union douanière ont l'obligation d'aligner leur régime commercial sur celui de l'Union européenne, et pour certains de ces pays, de conclure des accords préférentiels avec les pays qui en ont conclu avec l'Union européenne. 2. Dans ce contexte, le Canada s'efforce d'entamer des négociations avec les pays : a) qui ont établi une union douanière avec l'Union européenne ; et b) dont les marchandises ne bénéficient pas de concessions tarifaires au titre du présent accord, en vue de conclure un accord bilatéral global établissant une zone de libre-échange conformément aux dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC relatives aux marchandises et aux services, pourvu que ces pays acceptent de négocier un accord ambitieux et global comparable au présent accord dans son champ d'application et son ambition. Le Canada s'efforce d'entamer des négociations dans les meilleurs délais de manière à ce qu'un tel accord entre en vigueur dès que possible après l'entrée en vigueur du présent accord. »

4 CONCLUSION

49. Cette contribution avait pour objet de comprendre comment les clauses du projet de TTIP organisent son interaction avec les autres normes du droit économique international, et en particulier les règles de l'Organisation mondiale du commerce.

73. Décision n° 1/95 du Conseil d'association CE-Turquie, du 22 décembre 1995, relative à la mise en place de la phase définitive de l'union douanière, *JOCE*, L 035, 13 février 1996, pp. 1-47, art. 16.

Au terme de l'examen, dont on rappelle qu'il ne fut pas exhaustif et surtout qu'il se base sur des projets pour l'heure inaboutis, il faut bien reconnaître que l'image générale n'est pas très claire. Au-delà des dispositions qui, çà et là, organisent une forme d'articulation entre le droit de l'OMC et le TTIP, on peine à discerner une conception d'ensemble. Le TTIP ne remplacera pas complètement les règles de l'OMC, même dans les relations entre l'Union européenne et les États-Unis. Sur de nombreux points, ses dispositions auront la prééminence, au moins en fait, en tant que dérogations – en principe plus favorables au commerce international – aux règles plus générales de l'OMC. Que cela puisse se faire sans préjudice des droits et obligations résultant des accords de l'OMC, comme exprimé à plus d'une reprise, vient cependant brouiller les pistes.

Sur le plan du règlement des différends intergouvernementaux, l'image n'est pas très nette non plus, avec l'adjonction d'un mécanisme à compétence optionnelle aux côtés du mécanisme préexistant, dont la compétence est exclusive. On peut craindre que ce couple déséquilibré, qui devrait conduire à privilégier le mécanisme de l'OMC lorsque les questions litigieuses se rapportent aux obligations des deux traités, mais à choisir celui du TTIP lorsqu'on n'est pas sûr que ce soit le cas, conduise à d'innombrables interrogations, favorise des comportements opportunistes et provoque quelques turbulences dans la pratique.

Quant aux relations avec les États tiers, le TTIP ne simplifierait guère le *spaghetti bowl*, mais viendrait s'ajouter comme un accord régional supplémentaire dont les règles d'origine devront être prises en compte par un très grand nombre d'acteurs, même établis en dehors des États concernés.

50. Ces quelques réflexions, jointes au risque que les interactions entre les différents autres accords commerciaux (en vigueur ou en négociation) ne soient pas beaucoup mieux organisées, conduisent naturellement à l'idée qu'une meilleure coordination entre les règles du droit économique international serait utile. Il en va de même de l'interaction entre les mécanismes de règlement des différends, dont la prolifération suit celle des traités commerciaux et accroît toujours davantage les risques de conflits. À cet égard, l'OMC pourrait, dans une conception renouvelée de sa fonction, jouer ce rôle de coordination, en vue d'apporter une certaine harmonie au sein du *spaghetti bowl*. L'idée a été émise⁷⁴, elle mériterait d'être creusée, mais on est encore loin de sa mise en œuvre⁷⁵.

74. P.C. MAVROIDIS, « Let's Stick Together: the TTIP, the WTO and WTO 2.0 », in J.-F. MORIN, T. NOVOTNÁ, F. PONJAERT & M. TELÒ, *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations. TTIP in a Globalized World*, op. cit., pp. 156-157.

75. Voy. l'exposé des difficultés que rencontre l'OMC ne serait-ce que dans l'organisation d'un réel examen des accords commerciaux régionaux qui lui sont notifiés : J. MORTENSEN, « WTO Oversight over Bilateral Agreements: From a Notification to an Examination Process? », in J.-F. MORIN, T. NOVOTNÁ, F. PONJAERT & M. TELÒ, *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations. TTIP in a Globalized World*, op. cit., pp. 159-171.

SUMMARY: HOW WOULD THE TTIP INTERACT WITH WTO LAW?

This article examines how the TTIP, if it comes into force, would interact with the rules of the WTO. The first section focuses on the relationship between the parties. It examines in particular the provisions of TTIP governing its relations with the WTO rules. We propose five categories, according to the goal of these provisions. This section then deals with the interactions between the dispute settlement mechanisms and describes how the TTIP regulates the choice of forum and how it takes inspiration from rules or debated issues in the WTO. The second section considers the question from the standpoint of third-parties, especially countries that have concluded a trade agreement with the United States and / or the EU.

Mots clés : Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), Organisation mondiale du commerce (OMC), accords commerciaux bilatéraux, règlement des différends

Keywords: Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), World Trade Organization (WTO), Bilateral Trade Agreements, Dispute Settlement