



HAL
open science

Les droits de l'homme et la liberté du commerce mondial

Karl M. Meessen

► **To cite this version:**

Karl M. Meessen. Les droits de l'homme et la liberté du commerce mondial. Perspectives internationales et européennes, 2005, 1. halshs-03277959

HAL Id: halshs-03277959

<https://shs.hal.science/halshs-03277959>

Submitted on 15 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Karl M. Meessen

Chaire Jean Monnet de droit public, droit européen, droit international public et économique, Friedrich-Schiller-Universität Jena, Allemagne

Les droits de l'homme et la liberté du commerce mondial

La constitutionnalisation ne s'arrête pas devant le secteur économique. Au contraire, le choix entre un système basé sur des règles et un système basé sur le pouvoir (rule- or power-based system) est interprété comme transformant le débat politique en problème constitutionnel.¹ Cependant ce choix est faux, parce qu'il dissimule le fait indéniable que tout système économique contient des règles et des marges d'action politique non réglementées. C'est le contenu des règles qui importe ou, pour aborder directement le sujet de ces quelques observations, il faut identifier parmi les droits de l'homme ceux qui concernent le commerce mondial. Bien sûr, il y a des droits de l'homme qui renforcent la *liberté* du commerce. Mais le concept des droits de l'homme est plus large. Y-a-t-il donc des règles qui visent à ajouter aux garanties de liberté des éléments d'*égalité* et *fraternité* c'est-à-dire des principes qui sont aujourd'hui souvent exprimés par le terme "développement soutenable"

Le traitement du problème prépondérant dans la doctrine actuelle est caractérisé par une certaine ambivalence : d'une part, on fait de son mieux pour suggérer que les règles fondamentales du GATT seront considérées comme directement applicables faisant semblant de constituer des droits de l'homme mêmes²; d'autre part, on est assez réservé quant à l'application, dans le cadre de l'accord de Marrakech, des droits de l'homme généraux comme ils sont définis dans les deux pactes universels sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels.³ En effet, quelques auteurs rejettent l'idée que les organes du règlement des différends de l'OMC seraient autorisés de se référer à d'autres règles juridiques que celles contenues dans les accords sur la liberté du commerce⁴. On aboutirait donc au résultat hypothétique selon lequel la liberté du commerce serait renforcée et par référence aux droits de l'homme équivalents et par l'absence de toute limitation à titre d'égalité ou de fraternité dès que ces derniers principes seraient dépourvus de toute applicabilité dans le contexte du commerce mondial, sinon explicitement prévus par le GATT même comme par exemple selon l'article XX.⁵

La constatation d'une ambivalence de la relation entre les droits de l'homme et le droit de l'OMC peut être acceptée quoique au sens inverse: Il manque aux règles du GATT tous les éléments essentiels d'une constitution alors qu'en tant que droit matériel elles sont limitées par les droits de l'homme proprement dits. Cette thèse reste à être expliquée dans les pages qui suivent.

L'idée d'une constitutionnalisation du GATT ne doit pas sa popularité actuelle au seul désir d'un certain nombre d'auteurs de renforcer par voie d'interprétation généreuse la libéralisation du commerce mondial. De plus, il faut noter deux développements qui exercent une influence additionnelle: l'un dérive du droit communautaire et l'autre, plus ancien, du droit allemand.

La constitution de la République Fédérale d'Allemagne de 1949 a été adoptée sur la base d'un compromis entre tendances libérales et socialistes. Par exemple, l'article 15 autorisait, et continue d'autoriser, la nationalisation de tous les moyens de production. Mais le premier gouvernement Adenauer, dont le professeur d'économie Ludwig Erhard menait la politique

¹ Jackson, *Global Economics and International Economic Law*, J. Int'l Econ.L. 1998, 1, 6 et seq.

² Petersmann, *Europäisches und weltweites Integrations-, Verfassungs- und Weltbürgerrecht*, in: Classen et autres (éditeurs), *Liber amicorum Thomas Oppermann*, Berlin : Duncker & Humblot 2001, p. 367, 370.

³ Voir par exemple Cottier, *Trade and Human Rights : A Relationship to Discover*, J. Int'l Econ. L. 2002, 111.

⁴ Voir par exemple Marceau, *WTO Dispute Settlement and Human Rights*, Eur. J. Int'l Econ. L. 2002, 753, 813.

⁵ Petersmann, *Human Rights and the Law of the World Trade Organization*, J. World Trade 2003, 241.

économique, a opté pour un système d'économie de marché combiné avec quelques éléments sociaux atténuant l'impact capitaliste dans la misère générale de la période d'immédiate après-guerre. Cette politique, nommée "soziale Marktwirtschaft", a été par la suite postulée comme prescrite dans son intégrité par la constitution même.⁶ Mais la Cour Constitutionnelle Fédérale a saisi la première occasion pour rejeter cette thèse, ce qu'elle a fait dans son arrêt sur la loi concernant des aides d'intervention de 1954.⁷ Cette défaite n'a pas empêché les promoteurs de la politique économique du marché libre, qui avait d'ailleurs connu un grand succès permettant de parler à cette époque d'un "miracle économique allemand", de réitérer leur thèse juridique avec des arguments plus subtils. On défendait ainsi l'un ou l'autre élément de l'économie de marché en se référant à l'un ou l'autre droit fondamental incorporé dans la constitution allemande de 1949.⁸ Cette approche moins globale et plus prudente fut acceptée par la Cour Constitutionnelle et depuis donne l'occasion de contester, parfois avec succès, chaque acte de législation économique.

L'histoire de la constitution économique allemande s'est répétée au niveau européen quoique dans un cadre juridique encore moins favorable. Les traités instituant les communautés européennes omettaient, et omettent toujours, toute référence aux droits de l'homme. Comme substitut, la jurisprudence a développé des droits fondamentaux comme principes généraux communs aux droits des Etats membres. Mais ces principes ne permettaient qu'en théorie d'exercer un contrôle sur le pouvoir législatif en matière économique. On a donc choisi un autre point de départ: les clauses de non-discrimination. L'interprétation de ces clauses s'éloignait de plus en plus de l'aspect purement transfrontalier afin de suggérer une sorte de constitution économique de l'Europe.⁹ Cette théorie a été confirmée par l'adoption de certaines règles nouvelles d'un champ d'application plus général. Notamment l'article 4 (1), introduit par le traité de Maastricht, sur le "respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre" figure comme règle visant la politique économique entière et de la Communauté et des états membres.

L'extrapolation de ces théories sur la constitutionnalisation du droit économique au niveau du GATT et de l'OMC a pris son origine dans quelques propos de Jan Tumlir.¹⁰ Tumlir, travaillant comme économiste au secrétariat du GATT, s'inquiétait du pouvoir politique que des groupes de pression désavantagés par l'une ou l'autre mesure de libéralisation du commerce mondial pouvaient exercer sur la politique économique à l'intérieur de leur pays à des fins purement protectionnistes. Afin de contrecarrer de telles tendances, Tumlir proposait de rendre les règles du GATT directement applicables pour que les gouvernements puissent répondre à toute critique de leurs électeurs en se référant au droit international et à son application indépendante par les juridictions nationales.

Cette analyse de l'économie politique est correcte et, comme Tumlir avait mis l'accent sur la *lex ferenda*, son analyse juridique l'est aussi. Mais la pratique n'a pas suivi sa proposition. Apparemment ce n'était qu'une seule fois qu'on a essayé, sans succès, d'attribuer un effet direct aux règles du GATT durant les négociations.¹¹

Les deux voies de développement constitutionnel se sont combinées, comme l'a relevé Petersmann à plusieurs reprises,¹² avec un élargissement du champ d'application des droits de l'homme et un processus de constitutionnalisation général dans le monde d'après-guerre-

⁶ Nipperdey, *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, 1954.

⁷ Bundesverfassungsgericht, Arrêt du 20 juillet 1954, BVerfGE 4, 7, 17.

⁸ R. Schmidt, *Wirtschaftspolitik und Verfassung*, 1971.

⁹ Basedow, *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung*, 1992.

¹⁰ Tumlir, *The Need for an Open Multilateral Trading System*, *World Econ.* 1983, 393, 403.

¹¹ Communication from Switzerland, 24 January 1990, MTN.GNG/NG8/W/67.

¹² Petersmann, *Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights Law into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration*, *Eur. J. Int'l L.* 2002, 621, 845; voir aussi en meme lieu les critiques par Howse (651) et Alston (815).

froide. Comme proposition de lege lata cette théorie se heurte au manque total d'acceptation judiciaire. Les juridictions nationales et supranationales, en soulevant les éléments diplomatiques toujours caractéristiques du règlement des différends dans le cadre de l'OMC, se sont refusées à reconnaître le fameux effet direct aux règles du GATT à quelques exceptions près, l'accord sur les droits intellectuels liés au commerce (TRIPs Agreement) et les règles internationales réitérées comme règles de droit national ou supranational.¹³ De plus, la théorie de la constitutionnalisation a tendance à négliger la différence structurelle entre l'intégration européenne et l'institutionnalisation de la libéralisation du commerce mondial.

La Communauté Européenne a remplacé deux projets plus ambitieux, dont l'un - la Communauté Européenne de Défense - a été rejeté par l'Assemblée Nationale de France et l'autre - la Communauté Européenne Politique - n'a jamais pu dépasser le stade d'un projet de négociation.¹⁴ Alors même que les traités de Rome étaient un produit du pragmatisme pur, ils ouvraient la porte à la formation d'une "union sans cesse plus étroite" comme il est dit dans le préambule du Traité instituant la Communauté Economique Européenne de 1957. Après un début plutôt difficile et une stagnation périlleuse lors des accords de Luxembourg de 1966, l'intégration européenne s'est développée dynamiquement surtout en vertu, on le sait, d'une jurisprudence de la Cour de Justice aussi sage que visionnaire. A cet égard, on se référera notamment aux arrêts *Reyners* et *Dassonville*.¹⁵

Ni la structure actuelle ni les aspirations politiques ne permettraient de prédire un développement semblable au sein de l'OMC. Même le règlement de différends, en dépit de son efficacité impressionnante, n'aboutit qu'à un résultat plutôt traditionnel en ouvrant la voie aux sanctions à prendre dans n'importe quel secteur commercial au lieu de redresser la légalité des mesures mêmes prises par les états membres.¹⁶ De plus, les organes de l'OMC n'ont aucun manque de pouvoir supranational comparable aux décisions directes qui peuvent être prises par la Commission en matière de droit de la concurrence ou par le Conseil en matière de droit antidumping.¹⁷ Du reste, l'objectif politique de cette organisation dont sont aujourd'hui membres 147 des quelque 200 états du monde n'a jamais été intégrationniste. Au contraire, l'attente, confirmée par l'OMC, de trouver les frontières ouvertes à tout commerce a renforcé la souveraineté étatique en garantissant la viabilité des états de taille modeste. Aujourd'hui des Etats de quelques centaines de milliers d'habitants peuvent garder leur indépendance et cela sans être condamnés à mener une économie de subsistance.¹⁸ Tout blocage économique par d'autres états est effectivement interdit exception faite de ce qu'on appelle en anglais des *rogue states* (états voyous), qui peuvent constituer des cibles d'une politique d'embargo plus ou moins multilatéralisé. A l'heure actuelle, la théorie de la constitutionnalisation ne se prête pas à être appliquée aux règles de commerce libre contenues dans les traités de l'OMC.¹⁹

Est-ce que ce bilan négatif veut dire que les droits de l'homme contenus dans les pactes des Nations Unies sont exclus de toute application dans le cadre de l'OMC? Si c'était le cas, il en

¹³ Cour de Justice des C.E., Arrêt du 12 décembre 1972, Affaires jointes 21 à 24/72, Rec. 1972, 1219 – *International Fruit c. Produktschap voor Groenten en Fruit (GATT 1947)*; Arrêt du 23 novembre 1999, C-149/96, Rec. 1999, I-8425 – *Portugal c. Conseil (GATT 1994)*; *Footwear Distributors v. United States*, 852 F.Supp. 1078; *Hyundai Electronics, et al, v. United States*, 53 F.Supp.2d 1334 – exceptions: Cour de Justice des C.E., Arrêt du 7 mai 1991, C-69/89, *Nakajima c. Conseil*, Rec. 1991, I-2169 (référence au préambule de l'acte de droit européen); Arrêt du 13 septembre 2001, C-89/99, *Schieving-Nijstad*, Rec. 2001, I-5874 (TRIPs).

¹⁴ Larat, Fabrice: *Histoire politique de l'intégration européenne (1945-2002)*, Paris 2003.

¹⁵ Cour de Justice des C.E., Arrêt du 21 juin 1974, *Reyners c. Belgique*, Affaire 2/74, Rec. 1974, 631; Arrêt du 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Dassonville*, Affaire 8/74, Rec. 1974, 837.

¹⁶ Art. 22 (3) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

¹⁷ Arup, *The New World Trade Organization Agreements*, Cambridge: Cambridge University Press 2000, p. 44 et seq., 92.

¹⁸ Alesina, Spolaore & Wacziarg, *Economic Integration and Political Disintegration*, *Am. Econ. Rev.* 2000, 1276.

¹⁹ Meessen, *Economic Law in Globalizing Markets*, 2004, p. 47.

résulterait que la liberté d'échanges commerciaux ne supporterait aucune restriction sur la base de considérations sociales sauf si l'interprétation de l'exception générale, c'est à dire l'article XX du GATT, le permettait. De nouveau, il faut examiner si une telle position pourrait être considérée comme bien fondée au plan juridique.

Tout d'abord, il faut noter un aspect procédural. Le règlement des différends a pris son origine dans un processus de médiation en théorie menée par la totalité des états membres du GATT. Certes, l'accord de Marrakech a transformé ce système coutumier en règles conventionnelles dont la force obligatoire ne peut plus être suspendue que par consensus.²⁰ Ce renversement du principe d'unanimité, qui est tout à fait souhaitable, a donné au règlement des différends un caractère judiciaire ou au moins, si l'on se rappelle les inconvénients dans la phase de l'exécution, quasi-judiciaire. Cependant les procédures diplomatiques à l'origine du règlement actuel des différends ne peuvent pas justifier la non-application des règles en dehors du traité de Marrakech. A quoi servira une décision quasi-judiciaire, si elle reste susceptible d'être réexaminée selon d'autres règles du droit? Bien sûr, la pureté des notions du libéralisme commercial – de dénomination classique, néoclassique ou nouveau – pourrait être compromise par l'une ou l'autre tache sociale ou même "protectionniste".²¹ Mais tel est le prix à payer si l'on accepte la nécessité d'attribuer un caractère de *ius cogens* et un effet *erga omnes* à la plupart des droits de l'homme²². L'interprète du droit reste soumis aux résultats du processus politique, et ces résultats ne reflètent jamais n'importe quelle théorie pure mais le compromis pragmatique entre tendances divergentes.²³ Dans ce rôle, le juriste doit se garder du risque de se vouloir "législateur".

Certes les cas dans lesquels une référence aux droits de l'homme aura lieu ne seront pas nombreux. Mais c'est le principe qu'il faut respecter, voire le principe de l'unité du droit international public. Tout morcellement en secteurs de juridictions divers relativiserait la conclusion de l'affaire d'espèce et donc aurait tendance à affaiblir le système entier. Car un résultat basé sur un seul secteur du droit risque d'être contesté par la partie perdante.

Comme annoncé au début de ces réflexions, il y a une relation ambivalente entre les droits de l'homme et le droit de l'OMC dans le sens que ce dernier ne partage pas la qualité constitutionnelle des droits de l'homme et est au contraire limité par l'un ou l'autre droit de l'homme qui porte sur le cas particulier. Cette conclusion correspond parfaitement au nouveau paradigme des relations internationales selon lequel la législation économique devrait être conçue comme menée par une concurrence institutionnelle entre les états. C'est la concurrence qui domine partout la politique économique actuelle et qui vise à attirer des investissements étrangers et un transfert des investissements nationaux vers l'étranger.²⁴

Le rôle de l'état et donc la souveraineté étatique ont changé. La libéralisation obligatoire selon l'accord de Marrakech et autres traités économiques et la libération du commerce introduite volontairement à l'intérieur des états viennent de diminuer l'impact des frontières nationales. C'est ce qui a permis aux entreprises nationales et multinationales de devenir des arbitres dans une concurrence vive entre les états qui tiennent à attirer des investissements étrangers et à empêcher un flux inverse ou plutôt à garder un bilan positif entre emplois importés et exportés. Les gouvernements des états dépendent de la faveur de leurs peuples respectifs qui ont tous pris l'habitude de voter selon le nombre et la qualité des emplois offerts à eux. Pour garder les emplois existants et pour offrir des emplois additionnels, les gouvernements

²⁰ Article 16 (4) Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

²¹ Voir par exemple Petersmann (note 6), 280/1.

²² Soulevant l'aspect *erga omnes* dans ce contexte Bungenberg, Nationales, supranationales und WTO-Vergaberecht, in: Bauschke et autres (éds.), *Pluralität des Rechts - Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen*, 2003, p. 257, 271.

²³ Meessen (note 20), p. 11.

²⁴ Meessen (note 20), *passim*.

recourent, bien sûr entre autres, aux mesures de législation économique en essayant de fournir des conditions avantageuses à tout investisseur.

Dans le cadre de cette concurrence, le droit de l'OMC joue un rôle important. D'une part, il fournit le cadre juridique pour ce jeu concurrentiel (rules of the game). D'autre part, il offre les paramètres d'action en matière du droit économique (tools of the game).²⁵ Force est de constater que la totalité des règles de l'OMC, en vertu de leur nature juridique, fait partie des rules of the game. Visant aux aspirations d'égalité et de fraternité, les droits de l'homme supposent l'existence des normes minimales qui doivent également être considérées comme fournissant des rules of the game. Cependant, chaque état retient le droit de légiférer en matière de droit économique. En le faisant, les états sont guidés par leurs soucis concurrentiels et contrôlés par leurs électeurs.

Le tout suppose une interaction entre les états par des moyens juridiques. La souveraineté étatique combine le respect pour les rules of the game, parmi elles figurent les droits de l'homme et les règles cadres de l'OMC, avec la nécessité de garder une marge de manœuvre. C'est la marge non réglée où les tools of the game servent à fournir des avantages réclamés par les électeurs respectifs. Parmi eux figurent un grand nombre de lois et autres mesures économiques. Il faut garder une relation fluide entre les diverses règles de droit économique. C'est la concurrence ouverte qui peut offrir les meilleurs résultats adaptés aux situations locales et aux aspirations politiques des peuples.

²⁵ Meessen (note 20), p. 12; idem, Proc. Am. Soc. Int'l L. 2004, p.