

**UNIVERSITE DE LA REUNION
FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE**

**LE REGIME DES INVESTISSEMENTS DIRECTS
DANS LES ZONES FRANCHES D'EXPORTATION**

Johary Hasina RAVALOSON

THESE

pour le Doctorat de l'Université de La Réunion

Discipline : Droit public / Droit international économique

Présentée et soutenue le 10 décembre 2002

JURY

- **Madame Valérie GOESEL-LE BIHAN, Professeur à l'Université de La Réunion, directeur de thèse**
- **Monsieur Pierre-Michel EISEMANN, Professeur à l'Université de Paris I**
- **Monsieur Laurent SERMET, Professeur à l'Université de La Réunion**
- **Monsieur Denys SIMON, Professeur à l'Université de La Réunion**
- **Madame Brigitte STERN, Professeur à l'Université de Paris I**

**UNIVERSITE DE LA REUNION
FACULTE DE DROIT ET D'ECONOMIE**

**LE REGIME DES INVESTISSEMENTS DIRECTS DANS LES
ZONES FRANCHES D'EXPORTATION**

Johary Hasina RAVALOSON

THESE

pour le Doctorat de l'Université de La Réunion

Discipline : Droit public / Droit international économique

Présentée et soutenue le 10 décembre 2002

JURY

- **Madame Valérie GOESEL-LE BIHAN, Professeur à l'Université de La Réunion, directeur de thèse**
- **Monsieur Pierre-Michel EISEMANN, Professeur à l'Université de Paris I**
- **Monsieur Laurent SERMET, Professeur à l'Université de La Réunion**
- **Monsieur Denys SIMON, Professeur à l'Université de La Réunion**
- **Madame Brigitte STERN, Professeur à l'Université de Paris I**

*En mémoire de mes parents,
Razafindraketamavo Ranoelisoa et Ravaloson Parfait.*

REMERCIEMENTS

Mon devoir, que j'accomplis de grand cœur, est d'exprimer ma reconnaissance à tous ceux qui m'ont aidé à mener à bien ce travail, en m'éclairant de leur savoir, m'informant de leur pratique, m'accordant leur temps.

Je voudrais remercier **Madame le professeur Valérie Goesel-Le Bihan** qui a dirigé cette thèse. Elle m'a insufflé rigueur pour ordonner mes recherches et confiance pour aller au bout de mes raisonnements. Je lui en sais gré, en sus de m'avoir prodigué ses conseils et encouragement.

Mes remerciements s'adressent également à **Monsieur le professeur Denys Simon**. Il a accepté de présider le jury de la thèse, sa compétence honore mon travail. Je l'en remercie respectueusement et sincèrement.

Je tiens à exprimer ma gratitude à **Madame le professeur Brigitte Stern**. Les entretiens qu'elle m'a accordé, lors de ses missions à l'Université de La Réunion ou lorsqu'elle m'a accueilli au Centre d'études de droit international de l'Université de Paris I, ont stimulé mes réflexions. Ses questions et les documents qu'elle m'a envoyé ont enrichi mon travail. Elle a accepté avec bienveillance de se pencher sur le résultat et d'en être le rapporteur. Je lui en suis reconnaissant.

Que **Monsieur le professeur Pierre-Michel Eisemann** soit assuré de ma gratitude pour avoir eu l'amabilité d'accepter d'être membre du jury et d'être rapporteur de la thèse. L'intérêt qu'il manifeste pour mon travail est très encourageant.

Je voudrais dire merci à **Monsieur le professeur Laurent Sermet** pour avoir accepté de se pencher sur cette thèse et d'être membre du jury.

Je tiens aussi à rendre hommage à **Madame le professeur Geneviève Burdeau**. Je lui suis reconnaissant de son accueil chaleureux lors de mon passage à l'Académie de droit international de La Haye, lequel a été une grande source d'ouverture et d'inspiration pour cette thèse.

Ma reconnaissance va à **Monsieur le professeur Hambyragen Narsinghen** qui m'a aimablement reçu à l'Université de l'île Maurice.

Je remercie la **Région Réunion** pour l'allocation de recherche qui m'a été octroyée. Je demeure redevable à **l'Université de La Réunion** au sein de laquelle la présente étude a pu être menée à son terme. En son sein, j'ai pu affûter mes outils méthodologiques lors des travaux dirigés dont j'ai eu la charge en tant que moniteur et ensuite en tant qu'ATER.

Mes remerciements vont ensuite aux nombreux professeurs et collègues, de l'Université et d'ailleurs, qui se reconnaîtront ici et qui m'ont si aimablement enrichi de leur conversation. Je remercie le personnel administratif de l'Université pour le soutien matériel, notamment **M. Bocar Aw** du service de Prêt entre bibliothèques et **M. Jean NG-Tune** du service informatique de la faculté de droit.

Je souhaiterais aussi remercier les personnes qui m'ont fourni informations, documentations, contacts et soutien lors de mes recherches sur le terrain :

Mon frère, **M. Jaona Ravaloson**,

M. Rivo Andriamaholimanana,

M. Francis Rakoto, Président du Syndicat des industriels de Madagascar,

M. Serge Zafimahova, du Club Ethique et Développement,

M. Lindsay Descombes, SGS IF Inspection Services Ltd., ancien Président de la Mauritius Export Processing Zones Association (MEPZA),

Mme Moheene Devi Napaul, Administrateur de la MEPZA,

M. Yves Van Der Eecken,

Et les nombreux fonctionnaires et employés de zones franches malgaches, mauriciens qui m'ont si aimablement accordé un peu de leur temps.

Finalement, je voudrais exprimer un grand merci à la famille, aux amis qui m'ont soutenu tout le long de ces années de recherches et de rédaction, en particulier

Melle le docteur Mireille Rajoharison,

Melle Caroline Malinsky,

Ma femme **Mme Sophie Bazin** ; et mon fils **Félix Ibouny** pour la force que me donnent ses sourires.

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

- ACP: États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique
- ADPIC : Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
- AELE : Association européenne de libre échange
- AFDI : Annuaire français de droit international
- AGCS : Accord général sur le commerce des services (ou GATS en anglais)
- AJIL : American Journal of International Law
- ALENA : Accord de libre-échange nord-américain (North-American Free Trade Agreement -NAFTA)
- AMF : Accord multifibres
- ATV : Accord sur les textiles et les vêtements
- BIRD : Banque internationale pour la reconstruction et le développement
- CDI : Commission du droit international
- CE: Communauté européenne
- CEE: Communauté économique européenne
- CIJ : Cour internationale de justice
- CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
- CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
- CNUCED : Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement
- COFACE : Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur
- CPJI : Cour permanente de Justice internationale
- FMI: Fonds monétaire international
- GATT: General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
- IBDD : Instruments de Base et Documents Divers
- JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
- JWT : Journal of World Trade
- MIC : Mesures concernant les investissements et liées au commerce

OIT: Organisation internationale du travail
OMC : Organisation mondiale du commerce
OMI : Organisation maritime internationale
OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONU: Organisation des Nations Unies
ONUDI : Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
ORD : Organe de règlement des différends
PMA : Pays les moins avancés
UNESCO: Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
RAD: Règlement alternatif des différends (Alternative Dispute Resolution - ADR)
RBDI : Revue belge de droit international
RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
RGDIP : Revue générale de droit international public
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
RSA : Recueil des sentences arbitrales
SFDI : Société française de droit international
SMC (Accord) : Accord sur les subventions et les mesures compensatoires

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE.....	9
Première partie : UNE INTERVENTION DE L'ETAT SUR LE MARCHE OU LE PARI SUR LA LOGIQUE MARCHANDE.....	26
Titre I : La logique de souveraineté ou l'origine du pari.....	30
Chapitre 1 : Le gain escompté du pari : Un supplément de souveraineté.....	32
Chapitre 2 : L'engagement du pari : L'exercice de la souveraineté.....	64
Titre II : L'emprunt de la logique marchande ou l'enjeu du pari.....	100
Chapitre 1 : La libéralisation du régime.....	103
Chapitre 2 : L'internationalisation de la protection des investissements dans le régime	127
Seconde partie : LE RESULTAT DU PARI OU LA CONTAMINATION DU REGIME PAR LA LOGIQUE EMPRUNTEE.....	148
Titre I : La marchandisation du régime ou l'effet de marché.....	159
Chapitre 1 : L'émergence de l'arrangement privé au sein du régime.....	161
Chapitre 2 : La mise en concurrence des régimes nationaux.....	195
Titre II : La déterritorialisation du régime ou l'effet du lien avec le commerce international	250
Chapitre 1 : La déterritorialisation contingente du régime due à la prépondérance des Etats importateurs.....	256
Chapitre 2 : La déterritorialisation inhérente au régime : un effet général des accords OMC.....	298
CONCLUSION GENERALE.....	338
BIBLIOGRAPHIE.....	342
ANNEXES.....	373
Formulaire de demande d'agrément pour bénéficiaire du régime de zones franches du Bangladesh.....	374
Formulaire de demande d'agrément pour bénéficiaire du régime de zones franches de Madagascar.....	380
TABLE DES MATIERES.....	383

INTRODUCTION GENERALE

*"J'ai le grand souci que les théories ne dépassent jamais les faits :
elles ne doivent pas être la manifestation d'un système philosophique ou social,
mais seulement l'organisation des réalités positives".*

Maurice HAURIOU

(Revue trimestrielle de droit civil, 1903, tome II, p. 560).

Les investissements ont toujours constitué une source de discordance dans les relations économiques internationales. Composés de tous biens meubles, corporels ou incorporels, qui contribuent à toute production économique, ils opposent leurs Etats d'origine - ou du moins ceux de leurs propriétaires - et les Etats de leur établissement. Les uns tendaient à faire respecter la liberté et la sécurité des investissements tandis que les autres cherchaient à leur imposer des priorités nationales, allant parfois jusqu'à les nationaliser¹. Cette opposition, se reflétant évidemment dans le droit qui régit ces relations, a connu son apogée - *i.e.* la distance était maximale entre les positions -, dans les années 1970 avec la revendication par les Etats en développement, généralement des Etats d'établissement des investissements, d'un "nouvel ordre économique international"². La souveraineté économique, corollaire de la souveraineté politique, exigeait alors que soit mis en évidence le principe de la compétence territoriale pour régir les investissements³, face aux techniques juridiques visant à les soustraire de l'ordre juridique national, à savoir notamment l'établissement de contrats d'Etats contenant des clauses dites d'internationalisation telles les clauses compromissaires, les clauses d'intangibilité ou encore les clauses de stabilisation⁴.

Cette "glorieuse" opposition fut néanmoins vidée de sa substance par le marché, dont les exigences désarçonnent les logiques nationales⁵. La "recomposition de l'espace"⁶ par la stratégie des firmes privées devient une réalité indiscutée. Elle implique une interdépendance

¹ Cf. BEDJAOUI Mohammed (sous la direction de), *Droit international, bilan et perspectives*, t. 2, "Droit international économique", spéc. ASANTE Samuel K.B., "Droit international et investissements", Pedone, Unesco, Paris, 1991, pp. 719s.

² STERN Brigitte, *Un nouvel ordre économique international ?*, Recueil de textes et documents, Economica, Paris, 1983.

³ Cf. ROSENBERG Dominique, *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Bibliothèque de droit international, L.G.D.J., Paris, 1983.

⁴ Cf., par exemple, WEIL Prosper, "Les problèmes relatifs aux contrats entre un Etat et un particulier", *R.C.A.D.I.*, vol. 128, 1969/III, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1970, pp. 97-240.

des économies que renforce la porosité croissante des frontières étatiques. L'investissement direct de firmes privées hors de leur territoire d'origine délocalise la production et vient compléter l'internationalisation des flux d'échanges de biens et de services. Cette intégration économique figure ce qui est généralement désigné par "mondialisation"⁷. Certes, le capitalisme a toujours eu une dimension mondiale⁸. Les tentatives pour en démêler les étapes sont brouillées par l'aspect cumulatif et évolutif du processus⁹. Si les différentes théories explicatives convergent pour reconnaître l'évolution des fonctions de l'Etat, elles divergent quant à son sens, vers le renouvellement de l'Etat pour certaines d'entre elles¹⁰, vers son retrait pour d'autres¹¹. La "globalisation" visant à la fois la création d'un marché libre au plan mondial et la subordination de toute activité économique à une logique financière, assigne à l'Etat "un impératif majeur" : aménager l'attractivité de son territoire¹². Cette interprétation faisant prévaloir la compétitivité se traduit par "la marchandisation de tous les aspects de la vie sociale corrélative à leur libéralisation juridique"¹³. L'impact de cette conception du monde impose partout des politiques aspirant à séduire les investissements¹⁴. Le principe de territorialité - quoique finalement reconnu comme fondant la compétence à régir les investissements¹⁵ - ne sert plus à les contraindre pour promouvoir le développement. L'intérêt général exige désormais qu'aux contraintes succèdent les incitations, autant dans les pays

⁵ Cf. STERN Brigitte (sous la direction de), *Marché et Nation : Regards croisés*, CEDIN Paris I, Monchrestien, 1995.

⁶ Cf. BADIE Bertrand, *La fin des territoires*, Fayard, Paris, 1997.

⁷ Ce terme, dans l'usage que l'on en fait ici, renvoie sciemment à un fait. Suivant la proposition de Zaki LAÏDI, nous le distinguons de deux autres termes, parfois utilisés comme traduisant ou comprenant la "mondialisation", à savoir celui de "globalisation" ou encore d'"universalisation" (cf. *Malaise dans la mondialisation*, entretien avec Philippe Petit, Textuel, Paris, 1997, pp. 28-29). Cette distinction reprise par Mireille DELMAS-MARTY (*Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris, 1998, pp. 14-15) et aussi par François OST ("Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours à l'état de nature", in MORAND Charles-Albert, dir. , *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, éd. de l'Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, 2001, pp. 5-36) souligne la dimension idéologique des deux derniers termes. Le terme de "globalisation" renverrait plutôt à une interprétation fondée sur la croyance en la spontanéité du phénomène - ainsi, il faudrait "laisser faire" -, tandis que celui d'"universalisation", dévoilant les rapports de pouvoir dans le même phénomène, impliquerait "la revendication d'une gouvernance mondiale soucieuse de l'intérêt général" (F. OST, *précité*, p. 7).

⁸ Karl MARX proclamait que "dans le concept de capital, il y a le marché mondial" (*Le Capital*, 1867), cité par Charles-Albert MICHALET, "Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique", in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, dir. , *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), LITEC, Paris, 2000, p. 13.

développés¹⁶ que dans les pays en développement¹⁷. Du contrôle et de l'imposition des activités économiques, les législations nationales sont passées à l'allègement voire à la suppression des contraintes.

Un régime de zones franches d'exportation s'inscrit pleinement dans cette perspective. En effet, établi unilatéralement par un Etat, ce régime accorde aux investisseurs, outre des privilèges relatifs à la fiscalité, d'autres dérogations relatives aux règles sociales et, le cas échéant, aux règlements des différends. Ces principes d'actions favorables aux investisseurs, dans la mesure où ils sont appliqués de manière sélective, permettraient aux Etats de maintenir une relative orientation de l'économie. La logique de marché - l'aménagement de l'attractivité matérialisé par les libéralités - ne serait empruntée que pour mieux diriger les investissements selon les priorités nationales. En principe, ces libéralités sont consenties en contrepartie d'une part, de l'établissement dans une zone industrielle délimitée par l'Etat sur son territoire et, d'autre part, de l'exportation des produits des investissements. La première condition peut souligner le souci d'aménagement du territoire contenu dans le régime. La seconde contribuerait, d'une part, à protéger le marché intérieur et, d'autre part, à renflouer la

⁹ Ainsi, Ricardo PETRELLA distingue trois étapes séquentielles de ce processus d'intégration : l'internationalisation, la multinationalisation et enfin la mondialisation (Cf. PETRELLA Ricardo, dir. , *Les limites de la compétitivité : vers un nouveau contrat mondial*, Groupe de Lisbonne, Boréal, Montréal, 1995 ; Cette analyse sera reprise par Charles-Albert MICHALET, *précité*). La première étape, qui s'étend du 16^{ème} siècle à 1960 environ, est liée à l'importance croissante du commerce extérieur pour une économie nationale ; l'Etat détient un rôle primordial. La deuxième étape est caractérisée par l'investissement direct à l'étranger et la stratégie mondiale des grandes firmes multinationales ; le pouvoir de ces dernières s'accroît au détriment de celui des pouvoirs publics. La troisième étape, émergeant au début des années 1980, est imprégnée par l'excroissance de la dimension financière. La mondialisation touche également la production, la recherche, la consommation, la culture, etc. L'on parle alors de "village global" (MCLUHAN Marshall, *La galaxie Gutenberg : la genèse de l'homme typographique*, vol. 1, Idées Gallimard, Paris, 1977, p. 73) et de redéfinition du rôle de l'Etat (cf. par exemple, CREPEAU François, dir. , *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Bruylant, Bruxelles, 1997). D'autres, comme Christian DEBLOCK, sautent la deuxième étape et parlent sans transition "de l'ordre des nations à l'économie globale" (cf. "Du plein-emploi à la compétitivité", in CREPEAU François, dir. , *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, *précité*, pp. 63-122). D'autres, encore, comme Gunnar MYRDAL, semblent avoir toujours pensé que le marché comme le monde n'ont toujours fait qu'un ; le problème étant que sur la scène internationale, "nationalism is stronger than reason" (*An International Economy : Problems and Prospects*, Routledge, Londres, 1956, p. 46).

¹⁰ Entre autres, ROSANVALLON Pierre, "L'Etat au tournant", in Colloque de l'Institut international d'administration publique, "L'avenir de l'Etat dans une économie de marché", *RFAP*, n° 61, janvier - mars 1992, pp. 119-125 ; les contributions dans CREPEAU François, dir. , *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, *précité*.

balance des paiements extérieurs de l'Etat. Le droit est ainsi utilisé comme un instrument économique de développement.

Ce régime spécial visant la promotion des investissements directs emprunte au concept ancien de zone franche, d'une part, l'idée fondamentale de développement économique par l'encouragement du commerce international et, d'autre part, la notion "d'exterritorialité" douanière qu'il élargit au domaine fiscal tout entier. Avant d'exposer notre problématique pour traiter le sujet, il nous faut le délimiter.

A. Délimitation du sujet

¹¹ Friedrich A. HAYEK (notamment *Droit, Législation et Liberté*, 3 vol., Collection Libre échange, PUF, Paris, 1980-83) et ses continuateurs de la Société du Mont Pèlerin dont les travaux sont à la source de véritables prescriptions de "gouvernance", élaborées par la Banque mondiale ou le FMI, pour les pays en développement (Cf. CAMEL L., "La Société du Mont Pèlerin, tête pensante et réseau d'influence", *Le Monde*, 25 janvier 2000 ; également, le site internet éponyme de l'organisation). Ainsi, par exemple, Banque mondiale, *L'ajustement en Afrique : réformes, résultats et le chemin à parcourir*, Washington, 1994. Ces prescriptions ont été critiquées par BIERSTEKER Thomas J. ("Reducing the Role of the State in the Economy : A Conceptual Exploration of IMF and World Bank Prescriptions", *International Studies Quarterly*, vol. 34, 1990, pp. 477-492) ; ou encore CAMPBELL Bonnie ("Reconceptualisation de l'Etat au sud - Participation démocratique ou managéralisme populiste", in CREPEAU, *précité*, pp. 163-254).

¹² C'est devenu "un impératif majeur pour les Etats", dit C.-A. MICHALET (*précité*, p. 34). De même, Paul KRUGMAN parle de véritable "obsession" de recherche d'avantages compétitifs des territoires ("The Narrow and Broad Arguments for Free Trade", *The American Economic Review*, mai 1993, tr. fr. : "Le libre-échange, solution de second rang", *Problèmes économiques*, n° 2366, 9 mars 1994, pp. 25-29).

¹³ F. OST, *précité*, p. 7.

¹⁴ OMAN Charles, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? - Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de développement, O.C.D.E., Paris, 2000.

¹⁵ Patrick JUILLARD évoque un "compromis historique qui s'est forgé entre Pays du Nord et Pays du Sud" ("L'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce", in SFDI, Colloque de Nice, *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996, p.113). Il faut cependant souligner que ce compromis est relatif car, d'une part, il part du constat que la souveraineté de l'Etat de territorialité dans la définition des conditions d'admission des investissements, peut "s'assortir de conditions destinées à promouvoir le développement" (*in ibid.*, p. 114), et, d'autre part, il suggère un début de reconnaissance de "l'effort constant en vue d'internationaliser la règle de traitement et de protection par la multiplication des instruments conventionnels" (*ibid.*).

¹⁶ Disneyland à Marne La Vallée, Mercedes en Alabama (cf. *World Export Processing Zones Association Newsletter*, n° 1994-1, pp. 5-6).

¹⁷ Les codes d'investissements, par exemple, que le professeur Madjid BENCHIKH désigne comme "l'expression d'une souveraineté décentrée" (*Droit international du sous-développement*, Berger-Levrault, Paris, 1983, p. 131).

Tout d'abord, le terme "investissement" désigne un apport de biens, corporels ou incorporels, destinés à produire d'autres biens ou des services. C'est donc un facteur de production. Et toute production suppose nécessairement une localisation territoriale. Comme le rappelle le professeur Patrick Juillard, "il ne peut y avoir d'investissement sans établissement (...), la fixité de l'installation caractérise l'investissement"¹⁸. Le terme "étranger" associé souvent à "investissement" qualifie son origine par rapport à la territorialité de l'établissement. Généralement, si les régimes de zones franches accordent une protection spécifique aux investissements étrangers, ils ne les distinguent pas des investissements nationaux dans leur traitement. Ils exigent tout au plus, dans le cas d'une participation étrangère, que la totalité des coûts en devises des investissements initiaux proviennent d'apport en devises de l'extérieur. Quant au qualificatif "direct", il évoque le contrôle de l'entreprise investie par l'apport. Un investissement est direct s'il permet d'influer sur la gestion de l'entreprise. Le seuil de contrôle est variable selon les législations. La plupart des Etats l'établissent à au moins 10% du capital social comme le prescrivent le FMI¹⁹ et l'OCDE. Cette participation engendre des contreparties : la responsabilité dans la prise de risque et sa rémunération consécutive. Ainsi, selon la définition de référence de l'OCDE, l'investissement étranger direct "traduit l'objectif d'une entité résidant dans une économie d'acquies un intérêt durable dans une entité résidant dans une économie autre que celle de l'investisseur. La notion d'intérêt durable implique l'existence d'une relation à long terme entre l'investisseur et l'entreprise, et l'exercice d'une influence notable sur la gestion de l'entreprise"²⁰. Trois critères sont donc constitutifs de l'investissement direct : l'apport, la durée et la participation aux aléas des résultats.

¹⁸ JUIILLARD Patrick, "Contrats d'Etat et investissement", in CASSAN Hervé (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Perspectives économiques et juridiques, Economica, Paris, 1989, p. 160.

¹⁹ FMI, *Balance of Payments Manual*, cité par VADCAR Corinne, Droit de l'investissement, *Editions du Juris-classeur*, Fasc 565-50, Droit international, 1999, p.19.

²⁰ OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, 3^{ème} édition, Paris, 1996, p. 8. M. Robert PRITCHARD, de l'International Bar Association, fournit une définition qui ne s'éloigne guère de celle de l'OCDE : "Foreign direct investment (FDI) may be defined as the capital invested in an enterprise or an asset by a non-resident which gives the investor a significant influence (either potentially or actually exercised) over the key policies of the enterprise or over the use of the asset. FDI may involve the acquisition of an existing enterprise, the establishment of a new enterprise, the reinvestment of earnings, or the purchase of land, buildings or other real assets" ("The Contemporary Challenges of Economic Development", in PRITCHARD Robert, editor, *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, Kluwer Law International, The Hague, Cambridge (MA, USA), 1996, p. 3).

Ensuite, il nous faut déterminer de quel régime de zones franches il s'agit ici. Le terme de "zone franche" recouvre en effet une diversité de réalités connexes et favorise la confusion²¹. Il est nécessaire de préciser quelques éléments de vocabulaire avant de spécifier notre objet d'étude.

Une zone franche ou libre fait partie du territoire de Etat qui la met en place. Nous appellerons ce dernier, l'*Etat initiateur*, l'*Etat territorial* ou encore l'*Etat hôte des investissements*. Le territoire dans lequel les dispositions de la législation de cet Etat sont pleinement applicables est appelé *son territoire, territoire douanier commun* ou encore le *territoire douanier* ; les règles qui s'y appliquent généralement forment le *droit commun*, par opposition au régime de zones franches qui regroupe par essence certaines mesures dérogatoires sinon spécifiques. Ce droit dérogatoire se distingue surtout du droit commun par la soustraction à l'application normale des dispositifs douaniers sinon fiscaux : le régime de zones franches allège, exempte ou exonère des obligations normalement dues, d'où les termes de *franc, franchise* évoquant cette notion. La zone franche est considérée comme hors du territoire douanier pour l'application d'une partie du droit commun. On dit aussi que la zone est *extraterritoriale* ou *offshore*. Par ailleurs, *impôts, taxes et charges* (ou encore *droits*) sont utilisés pour désigner invariablement des prestations pécuniaires requises autoritairement des assujettis, à titre définitif et sans contrepartie identifiable selon les dispositions, la *fiscalité*, de l'Etat territorial. Les *obligations*, outre les prestations pécuniaires, peuvent englober des formalités administratives relatives au contrôle du fisc. Enfin, les *droits de douane* et autres *dispositifs douaniers* font partie intégrante de la fiscalité, mais sont spécifiquement exigés lors des passages des frontières.

D'emblée, il faut circonscrire notre étude aux zones franches de transformation industrielle. Il existe, en effet, à côté des régimes de zones franches industrielles d'exportation, des régimes de zones franches d'exportation de services, notamment financiers. D'une part, les investissements dans ces régimes que l'on appelle communément *offshores* sont souvent des investissements de portefeuilles à la recherche de profits à court terme. Ce qui ne correspond pas à nos investissements directs. D'autre part, bien que pouvant être étudiés, on le verra, dans une problématique similaire à celle qui nous occupe, ces régimes *offshores* relèvent d'un domaine hautement sensible et ont reçu un traitement spécifique de la

²¹ Ainsi, pour M. JAYAWARDENA, " any area as a free trade zone (FTZ) is but a latter day development of the age-old concept of the free port. Other well-known synonyms for FTZs are : investment promotion zone (IPZ), export promotion processing zone (EPZ), foreign trade zone, etc. " (" Free Trade Zones ", Journal of World Trade Law, vol. 17, 1983, p. 427).

part de la collectivité financière internationale. On ne peut pas les intégrer à notre étude, sauf à présenter le traitement international susdit comme modèle éventuellement adaptable aux régimes de zones franches industrielles d'exportation²².

Ceci dit, l'on doit encore exclure deux types de régimes de transformation industrielle qui, sous le nom de "zones franches", peuvent induire en erreur :

- les zones franches douanières traditionnelles qui se caractérisent par l'exonération des droits de douanes *pour les marchandises* et, le cas échéant, par celle des impôts indirects : ainsi, les zones franches commerciales, les ports francs²³ ;
- les zones libres économiques qui sont susceptibles d'ouvrir droit *pour les investissements* à des avantages fiscaux (impôts directs, taxes locales, etc.), financiers, administratifs ou encore relatifs à d'autres domaines. A ce deuxième type, se rattachent les zones d'entreprises et autres zones d'exception fiscale²⁴.

Au premier type de régime se rattachent, par exemple, les zones franches douanières communautaires. Créées à l'instigation de chaque Etat membre, elles font partie du territoire douanier communautaire. Les marchandises importées sont néanmoins considérées dans ces zones "comme ne se trouvant pas sur le territoire douanier de la Communauté"²⁵. Ainsi, ces marchandises peuvent y séjourner, sans limitation de délai et sans donner lieu au paiement des droits à l'importation ou à l'application de mesures de politique commerciale (art.166 du code de douane communautaire). Elles peuvent aussi y bénéficier d'une autorisation de perfectionnement actif²⁶ délivrée par l'administration nationale des douanes, sous réserve d'un arbitrage entre les intérêts du transformateur et ceux des producteurs communautaires²⁷. A la différence des zones franches d'exportation où les biens d'équipement sont exempts de droits, ceux des zones franches communautaires doivent payer les droits de douane comme dans les autres parties du territoire douanier. De surcroît, toutes les activités sont soumises à

²² Cf. *infra* : la section sur "la régulation internationale des régimes fiscaux préférentiels relatifs aux services et activités financières.

²³ Cf. HAAS Robert, "Le régime international des zones franches dans les ports maritimes", *R.C.A.D.I.*, vol. 28, 1928/1, La Haye, p. 376.

²⁴ Cf. Revue française de finances publiques, Les zones d'exception fiscale, n° 63, 1998.

²⁵ Règlement CEE n° 2504/88 du Conseil du 25 juillet 1988 relatif aux zones franches et entrepôts francs, *in J.O.C.E.*, n° L 225 du 15/08/88.

²⁶ Le régime de perfectionnement actif permet d'importer temporairement, en suspension des droits et taxes, des marchandises étrangères, matières premières, matériels ou pièces détachées, pour les transformer en vue de la réexportation des produits finis. Cf. BERR Claude Jean et TREMEAU Henri, *Le droit douanier communautaire*, 4ème éd., Economica, 1997, pp. 318s.

l'application normale de la fiscalité de droit commun (taxe professionnelle, impôt sur les bénéfices, etc.). Ainsi, les zones franches communautaires ne sont que des "zones franches de stockage et de transformation (...) avec une presque absence de formalités douanières"²⁸. Il existe, néanmoins, des régimes de zones franches d'exportation dans l'Union européenne tels celui de Madère au Portugal et celui de Shannon en Irlande : pour ceux-là, aux caractéristiques ci-dessus décrites s'ajoute, on le verra, un traitement spécifique des investissements.

Les *Foreign Trade Zones* américaines, établies par le *Celler Act* du 18 juin 1934, sont aussi une extension moderne des zones franches douanières²⁹. Conçu au départ comme un système de simples zones de commerce libre avec l'étranger, seul le stockage étant exempt de droits, ce régime est révisé en 1950. Y est incluse désormais la possibilité de transformer les produits importés par addition de valeur ajoutée et sans subir de nouvelles taxes. Les marchandises y sont donc exemptes de droits de douane pour les importations, temporairement si elles pénètrent par la suite sur le marché national et définitivement si elles sont réexportées avec ou sans transformation. Davantage que de développer le commerce avec l'étranger, l'objectif des *Foreign Trade Zones* est d'attirer aux Etats-Unis une activité économique jusque-là effectuée à l'étranger. En cela, le régime se rapproche de celui des zones franches industrielles d'exportation. Il s'en éloigne cependant par l'accès généralisé au marché intérieur et par l'absence de traitement spécifique des investissements.

²⁷ Article 117 du code des douanes communautaires relatif aux "conditions économiques". "Par dérogation, cependant, les opérations de perfectionnement effectuées sur le territoire du vieux port franc de Hambourg, dans les zones franches des îles Canaries, des Açores, de Madère et des départements d'outre-mer français ne sont pas soumises aux conditions économiques prévues par le régime du perfectionnement actif. Toutefois, en ce qui concerne le vieux port franc de Hambourg, si, dans un secteur d'activité économique déterminé, les conditions de concurrence dans la Communauté sont affectées à la suite de cette dérogation, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, décide l'application à l'activité correspondante établie sur le territoire du vieux port franc de Hambourg des conditions d'ordre économique prévues sur le plan communautaire en matière de perfectionnement actif". Article premier du Règlement CEE n° 1604/92 du Conseil du 15 juin 1992 modifiant le règlement CEE n° 2504/88 précité.

²⁸ GIFFONI Massimo, *Droit douanier de l'Union européenne et aspects économiques*, 2^{ème} éd., Commission européenne, OPOCE, Bruxelles, 1995, p. 175.

²⁹ Cf. DIAMOND Walter and DIAMOND Dorothy B., *Tax-free Trade Zone of the World*, Mathew Bender, New-York, 1984, p. xxxvi.

Au deuxième type de régime peuvent se rattacher, par exemple, les *entreprises zones*³⁰. Les premières, créées en Grande-Bretagne en 1979, offrent des réductions fiscales très sensibles, non plus exclusivement au bénéfice des activités exportatrices, mais pour toutes celles concourant à la relance économique générale, y compris la production destinée au marché intérieur. Les privilèges sont multiples : exonération d'impôts locaux, de la taxe sur les terrains à bâtir, déduction totale des investissements immobiliers du bénéfice imposable, exonération des dispositions de la réglementation professionnelle, traitement prioritaire et simplifié des formalités administratives et douanières.

De même, la France a créé en 1986 trois "bassins d'emplois" : Dunkerque, La Ciotat et La Seyne, dans des secteurs géographiques disposant de bonnes infrastructures d'accueil et offrant des possibilités d'implantation pour une gamme très large d'activités. L'Ordonnance du 15 octobre 1986 prévoyait une convention entre l'Etat et les collectivités territoriales, les chambres de commerce, pour l'institution de ces zones d'entreprises et offrait une exonération de l'imposition forfaitaire annuelle prévue à l'article 223 du C.G.I., l'exonération de l'impôt sur les sociétés durant 10 ans, et aussi de la taxe professionnelle lorsque la collectivité d'implant en avait décidé ainsi³¹.

La même idée d'exception fiscale est mise en œuvre pour tenter de résoudre les problèmes socio-économiques des grands ensembles et quartiers d'habitats dégradés. La vocation interne de ces zones est nettement soulignée. Ces instruments sont systématisés à partir de 1991 dans l'aménagement du territoire³². La Loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991³³ offre ainsi des exonérations de la taxe professionnelle pour une durée pouvant aller jusqu'à cinq ans aux entreprises s'installant ou étendant leurs activités dans les grands ensembles et quartiers d'habitats dégradés. La Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 5 février 1995³⁴ crée trois zones d'aménagement du territoire

³⁰ Cf. LOROT Pascal et SCHWOB Thierry, *Les zones franches dans le monde*, La documentation française, Paris, 1987, (ci-après : LOROT/SCHWOB, *Les zones*).

³¹ Cf. HEURTREUX Claude, "La genèse des zones d'entreprises en France", in Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1989, p.11-18.

³² Cf. notre article, "Les zones d'exception fiscale comme instrument de l'aménagement du territoire", (Contribution à la journée d'études sur le thème de l'aménagement du territoire, Centre de recherches juridiques, Université de La Réunion, 14 avril 2000), *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, vol. XVI, 1999-2000, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 255-274.

³³ Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, *JORF*, 19 juillet 1991, p. 9521.

³⁴ Loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, *JORF*, 5 février 1995, p. 1973 s.

prioritaires: à savoir, les zones d'aménagement du territoire (ZAT), spécifiquement en milieu rural, les territoires ruraux de développement prioritaire (TRDP), qui comprennent les zones de revitalisation rurale (ZRR), et en milieu urbain, les zones urbaines sensibles (ZUS), qui comprennent les zones de redynamisation urbaine (ZRU). La Loi relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville du 14 novembre 1996³⁵ institue à l'intérieur des ZRU, elles-mêmes comprises dans les ZUS, les zones franches urbaines (ZFU)³⁶. A tous ces territoires - s'emboîtant comme des poupées russes - sont appliquées "des politiques renforcées et différenciées"³⁷, notamment l'octroi d'exonérations d'impôts et de charges sociales - dont l'intensité est fonction des handicaps - aux entreprises qui s'y implantent.

Le régime du type 2 se différencie radicalement de celui du type 1 dans la mesure où le traitement qu'il accorde est, d'une part, détaché de - ou plus exactement, indifférent à - tous rapports avec le commerce extérieur et, d'autre part, réservé aux investissements réalisés. Il se rapproche du régime de zones franches d'exportation, objet de notre étude, si l'on y ajoute l'obligation d'exportation des produits des investissements. Ce dernier relève ainsi d'un troisième type que l'on peut désigner comme mixte. Dérivant du type 1, il en conserve, tout d'abord, l'obligation de commercer avec l'extérieur - c'est l'obligation d'exportation de la production déjà signalée - et, ensuite, il étend le traitement douanier spécifique des marchandises : il accorde une exonération fiscale générale pour les marchandises produites comme pour les investissements. A cause de cette dernière caractéristique, il a quelques similitudes avec le régime de type 2. Par ailleurs, le régime accorde aussi d'autres privilèges hors du domaine fiscal.

La spécificité du régime de zones franches d'exportation, par rapport aux régimes précités, réside donc dans le lien établi entre le traitement des investissements et la destination obligée des produits de ces investissements, le commerce international. Ainsi, la *Foreign Trade Zone* américaine accordant un traitement fiscal privilégié aux entreprises qui produisent pour le marché américain n'est pas une zone franche d'exportation. Les *zones franches urbaines* françaises ou les *enterprises zones* britanniques ne sont pas non plus concernées par cette étude. Les zones franches commerciales et les ports francs - bien qu'étant, comme notre objet, considérés comme extraterritoriaux du point de vue douanier³⁸ - n'attribuent de

³⁵ Loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville, *JORF*, 15 novembre 1996, p. 1656s.

³⁶ CAHIN Gérard, "Les zones franches urbaines", *AFDA*, n°6, 20 juin 1999, pp. 467-477.

³⁷ Article 42 de la Loi de 1995.

traitement privilégié qu'aux marchandises et, pour cela, sont aussi exclus de cette étude³⁹. La spécificité ci-dessus relevée implique en effet une étude dont la problématique est nettement singulière.

B. Problématique

L'établissement d'un régime de zones franches d'exportation relève d'une stratégie de développement d'un Etat donné pour inscrire positivement son économie dans (la globalisation annoncée de) la division internationale du travail. Cependant, le système juridique régissant les investissements dans ces zones franches se compose d'un ensemble de normes de niveau hétérogène (national et extra-national) :

- à la base, les régimes nationaux ; d'une façon générale, outre les règles relatives à la constitution physique des zones franches proprement dites, un régime de zones franches contient quatre séries de règles :
 - les règles relatives à l'agrément et la constitution de l'investissement dans la zone franche, notamment les conditions exigées,
 - les règles relatives au traitement juridique de l'investissement depuis sa constitution jusqu'au moment de sa liquidation, en matière douanière et fiscale, en matière financière, en matière de réglementation du travail,
 - les règles relatives à la liquidation de l'investissement et au rapatriement des bénéfices,
 - et, éventuellement, les règles relatives à la protection de l'investissement ;
- et, ces législations ayant toujours une portée internationale - à cause de l'origine de la plupart des investissements régis mais aussi du fait de la destination obligatoire de leur production -, des normes internationales, bilatérales ou multilatérales, régionales ou universelles, qui interfèrent avec la compétence des Etats dans l'édition et l'application des premières.

³⁸ Robert HAAS, en présentant la particularité des "franchises" du Moyen Age, affirme que "leur régime de franchise se caractérise par une exterritorialité complète au point de vue douanier. Non seulement au point de vue des droits d'importation ou d'exportation pour les marchandises, mais pour les droits intérieurs de consommation et d'accise applicables au reste du territoire politique, le régime comporte la franchise absolue. (...) La ville franche se trouvait effectivement en dehors des frontières douanières de l'Etat" (*in* "Le régime international des zones franches dans les ports maritimes", *RCADI*, 1928/I, vol. 21, p. 388).

³⁹ Désormais, lorsqu'on évoquera un "régime de zones franches", il faut lire uniquement un régime de zones franches industrielles d'exportation.

Dès lors, la construction juridique des zones franches semble sous-tendue par une double exigence : d'une part, celle de la sauvegarde d'un contrôle territorial des investissements par les régimes nationaux et, d'autre part, celle d'une pression multilatérale pour leur libre circulation et leur libre gestion. L'on retrouve ainsi la problématique traditionnelle des investissements dans le droit international économique⁴⁰. L'importance de ces manifestations normatives tend en effet à réduire l'étude de cet instrument destiné à régir les investissements à la confrontation - désormais classique - des souverainetés.

Or, cette description positiviste, bien que nécessaire, ne suffit pas à expliquer la formation, la pratique et l'évolution du régime des investissements dans les zones franches d'exportation. La logique de marché intrinsèque au pari - l'"obsession" de l'attractivité -, qui corrompt insidieusement l'intervention de l'Etat et son droit, est évacuée dans la présentation formelle des sources. Le plus souvent, l'étude du régime est réduite à celle de l'instrument de promotion des investissements⁴¹, comme promotion du développement⁴². Parfois, le régime est dénoncé comme établissant des zones de non-droit⁴³ ; il est aussi invoqué pour illustrer négativement l'analyse de phénomène plus vaste comme la défiscalisation⁴⁴ ou la déréglementation⁴⁵. Plus généralement, ces études ignorent les conséquences juridiques des interactions qu'implique le lien entre investissement et commerce international.

⁴⁰ Cf., par exemple, BEKHECHI Mohammed Abdelwahab, "Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents", *Mélanges Michel VIRALLY, Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*", Pedone, Paris, 1990, pp. 109-124.

⁴¹ CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, L.G.D.J., 4ème éd., 1998, p. 475 ; BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), *Les zones franches*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998 ; ou encore BASILE Antoine et GERMIDIS Dimitri, *Investir dans les ZFIE*, Centre de développement de l'OCDE, Paris, 1984.

⁴² Ainsi, un article de M. Jose Daniel AMADO, emprunte une démarche résolument développementaliste, et donc transdisciplinaire. L'auteur tente en effet de répondre à la question : " *What can legal concepts, institutions and processes do to make the implementation of free industrial zones more consistent with the developmental goals that third world countries attribute to them ?*" ("Free Industrial Zones : Law and Industrial Development in The New International Division of Labor", *University of Pennsylvania International Business Law*, vol. 11 : 1, 1989, pp. 81-145, spéc. p. 83).

⁴³ Cf., par exemple, DE BRIE Christian, "Lois du marché contre droit des peuples : des démocraties sans voix", *Le Monde diplomatique*, décembre 1992.

⁴⁴ Claude BERR dénonce un "concept dangereux" contraire au principe d'égalité devant les charges publiques et à celui du contrôle démocratique du Parlement sur le budget (Intervention, in *Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 59).

Pour parfaire la connaissance de ce phénomène juridique particulier, nous devons le replacer dans le contexte mondialisé déjà évoqué. D'une part, cette démarche ouverte permet de compenser le manque de matériaux juridiques publiés dans le domaine. Dans les relations d'affaires - on le sait et cela ne facilite guère le travail de la doctrine -, il existe une propension à régler les problèmes par des arrangements privés et discrets. D'autre part, la démarche choisie, ancrée dans l'histoire, favorise une perception plus dynamique du régime et ainsi, permet de dévoiler le mécanisme de marché qui y est à l'œuvre. Le régime des investissements dans les zones franches d'exportation apparaît en effet comme un champ d'observation privilégié des "contradictions" sur lesquelles le professeur Charles Chaumont a fondé la méthode dialectique d'analyse du droit international⁴⁶.

Si la déréglementation et la défiscalisation semblent déterminantes pour attirer sinon conserver les investissements, ainsi que les activités et les emplois qu'ils procurent, elles le sont d'une manière relative. La propagation de ces mesures d'incitation - à laquelle s'adjoignent les effets de la liberté de mouvements des capitaux - rend âpre la compétition entre les Etats et les pousse à des surenchères délétères. Dans cette perspective, l'établissement d'un régime de zones franches d'exportation semble résulter moins de la volonté de l'Etat que de la pression du marché. "L'économie mondialisée met à mal la souveraineté de l'Etat ", remarquait le professeur René-Jean Dupuy. " Le voici désormais, comme les entreprises, sur le marché, en compétition pour attirer à lui des capitaux et les talents les plus rares. Dès lors, il n'est plus maître de sa politique fiscale, elle-même inspirée par la nécessité où il se trouve de séduire les investisseurs étrangers ; cependant que par ailleurs, il lui est de plus en plus malaisé d'imposer des capitaux animés d'une mobilité irrépressible"⁴⁷. De surcroît, s'agissant des zones franches, à la débandade fiscale s'ajoute souvent le gâchis social⁴⁸. Le professeur Oscar Schachter souligne notamment : "the less

⁴⁵ Jean-Arnaud MAZERES, jouant sur les mots, évoque ainsi "des zones franches ... de garanties juridiques" (*in* "L'un et le multiple dans la dialectique Marché-Nation", STERN Brigitte (dir.), *Marché et Nation*, *op. cit.*, p. 136).

⁴⁶ Cf. CHAUMONT Charles, "Cours général de droit international public", *RCADI*, 1970, vol. 129, pp. 335-527 ; "Méthode d'analyse du droit international", *RBDI*, XI, 1975-1, pp. 32-37 ; Colloque de Reims sur l'analyse du droit international, *AFDI*, 1975, pp. 1323-1324 ; APOSTOLIDIS Charalambos et CHEMILLIER-GENDREAU Monique, "L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique", *RDP*, mai-juin 1993, pp. 611-640.

⁴⁷ DUPUY René-Jean, "Le dédoublement du monde", *R.G.D.I.P.*, t. 2, 1996, p. 314.

⁴⁸ Cf., entre autres, VAN HEERDEN Auret, *Zones franches : Havres de l'exploitation et de la rentabilité*, BIT, Genève, 1999 ; MARTHOZ Jean-Paul & SZYMANSKY Marcela, *L'enfer des nouveaux paradis fiscaux*, Confédération internationale des syndicats libres, Bruxelles, 1996.

developed countries are under pressure to compete with each other by offering cheaper labor and lower health and environmental standards in order to attract private investors. For them, competition for capital may be a race to the bottom"⁴⁹. Cette "course au bas de l'échelle" soulève des doutes sur l'efficacité du régime de zones franches d'exportation pour régir les investissements et, plus généralement, pour contribuer au développement. La confrontation de la logique de souveraineté et de la logique de marché renouvelle alors la problématique des investissements dans les relations internationales. Les résultats - paraissant pour le moins aléatoires - nous conduisent à qualifier ce régime de "pari de l'Etat sur le marché".

Paradoxalement, de plus en plus d'Etats tentent le pari. Les zones franches d'exportation se répandent sur tous les continents. De 20 en 1970, leur nombre est passé à plus de 650 en 2002⁵⁰. Ainsi, pour ne parler que de l'Afrique, outre les précurseurs comme l'île Maurice (1970), le Sénégal (1974) et l'Egypte (1980), quatorze pays ont adopté un régime de zones franches d'exportation de 1989 à 2000 et quinze autres envisagent actuellement de le faire⁵¹. Ils manifestent de la sorte leur volonté de participer à la captation des ressources en capitaux, à l'instar des nouveaux pays industrialisés asiatiques qui, avec ces régimes depuis trente ans déjà, ont attiré des investissements, notamment dans le cadre des délocalisations industrielles. Le régime étudié par le lien spécifique mis en place entre le traitement des investissements et l'obligation d'exportation semble particulièrement adapté à ce phénomène économique. La stratégie de délocalisation consiste, en effet, à "fabriquer là où c'est moins cher et vendre là où il y a du pouvoir d'achat"⁵². Ainsi, l'idée de "contraindre" les investisseurs

⁴⁹ Voir, par exemple, SCHACHTER Oscar, "The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law", *Columbia Journal of Transnational law*, vol. 36, n° 7, 1997, p. 9

⁵⁰ Cf. le site éponyme de la World Export Processing Zone Association (WEPZA) dont l'objectif déclaré est la propagation d'un régime standard d'incitations aux investissements. Selon un rapport du BIT de 1998, elles étaient 845, réparties comme suit : " les ZFE les plus nombreuses se situent en Amérique du Nord (320, dont 213 aux Etats-Unis et 107 au Mexique) et en Asie (225), mais leur concentration augmente dans les régions en développement telles les Caraïbes (51), l'Amérique centrale (41), le Moyen-Orient (39), et l'Afrique (47) ". Cependant, malgré leur nom, les 213 *Free Trade Zones* américaines ne doivent pas être confondues avec les zones franches industrielles d'exportation. Situées généralement aux cœurs de grands réseaux de communication américains, des ports internationaux ou des ports à vocation interne comme ceux des grands fleuves, les entreprises installées dans ces zones n'ont pas l'obligation d'exporter leur production. Le rapport du BIT les comptabilise pour ne plus en parler par la suite. Cf. Bureau International du Travail, *Questions relatives au travail et questions sociales dans les zones franches d'exportation*, Genève, 1998.

⁵¹ BOST François, *Les zones franches en Afrique subsaharienne*, éd. du Centre français du commerce extérieur, Paris, 2001.

⁵² Cf. LEMESLE Raymond-Marin, *La délocalisation off-shore*, PUF, Que-sais-je ?, Paris, 1995.

à participer au développement du pays par la croissance de l'exportation est assez ambivalente. Satisfaisant certainement le marché - elle attribue aux investisseurs un débouché solvable, le marché d'exportation -, elle contribue à l'attraction exercée par le régime.

Du point de vue juridique, le lien avec le commerce international entraîne d'autres implications. D'autres ordres juridiques - notamment l'ordre juridique commercial international et l'ordre juridique de l'Etat importateur - peuvent être mêlés dans la réglementation du fait à la source du commerce, *i.e.* les investissements dans les zones franches d'exportation. C'est le *trade linkage phenomenon*⁵³. Lors d'un colloque à Aix sur *Les zones franches et les zones d'entreprises* (1989), Thiébault Flory fit la remarque selon laquelle "le GATT pourrait être amené à exercer un contrôle sur l'Etat territorial, partie contractante à l'Accord général ayant constitué sur son territoire une zone franche, en cas de préjudices commerciaux causés à des pays tiers du fait de ladite zone franche"⁵⁴. Herbert G. Grubel soulève le même lièvre de l'incompatibilité des Free Trade Zones avec le GATT en la déterminant comme "*to be based on the implied use of subsidies to international trade*"⁵⁵. Il l'écarte en concluant que "*in practice, the dilemma may never become a serious problem if member countries and the Staff of GATT choose to ignore it*"⁵⁶!

Or, en ce qui concerne l'objet de notre étude, le lien avec le commerce international en constitue la spécificité. Le régime des investissements dans les zones franches d'exportation recèlerait ainsi en soi un biais subvertissant le principe de territorialité qui le fonde. Il constituerait alors une autre technique pour soustraire les rapports d'investissements à l'ordre juridique national. C'est l'hypothèse que cette étude a pour objectif d'infirmer ou de confirmer.

L'importance de cette spécificité oblige à creuser la piste esquissée par les auteurs précités. Etant donné la densité normative actuelle du commerce international, l'enjeu est de

⁵³ Cf. Symposium de l'American Society of International Law, "Linkage as Phenomenon : An Interdisciplinary Approach" (December 5-7, 1997), *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, n° 2, 1998, pp. 201-708 ; notamment ROESSLER Frieder, "Domestic Policy Objectives and the Multilateral Trade Order : Lessons from the Past", pp. 513-534, et C. O'NEAL TAYLOR, "Linkage and Rule-Making : Observations on Trade and Investment, and Trade and Labor", pp. 639-705.

⁵⁴ FLORY Thiébault, " Les zones franches et le droit international économique " in Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p.77. Il constate "qu'en ce qui concerne les contentieux de règlement des litiges au GATT, il n'y a eu jusqu'à présent (en 1989) aucun cas portant de près ou de loin sur un problème de zone franche".

⁵⁵ GRUBEL Herbert G., " Free Trade Zones and Their Relation to GATT ", in R. H. SNAPE (ed.), *Issues in World Trade Policy*, MacMillan Press, Australia, 1987, p. 147.

⁵⁶ *In ibid.*, p. 149.

déterminer l'emprise d'autres ordres juridiques qu'entraînerait l'établissement de liens avec le commerce international relatif à un domaine, en principe, propre à l'Etat territorial.

Pour ce faire, nous étudierons dans une première partie le pari que constitue le régime de zones franches d'exportation pour le contrôle des investissements. Puis, dans une seconde partie, nous tenterons de déceler les implications dudit lien en observant le résultat du pari.

**Première partie : UNE INTERVENTION DE L'ETAT SUR
LE MARCHE OU LE PARI SUR LA LOGIQUE MARCHANDE**

*"(L)'impôt est un acte politique qui fonde l'Etat, en ce qu'il publicise l'argent.
C'est pourquoi la résistance des féodaux à l'impôt a été analysée comme une résistance
de nature politique et non de nature économique."*

Marie-Anne FRISON-ROCHE

("Argent privé, argent public" in *L'argent et le droit*,
Archives de philosophie du droit, t. 42, Sirey, Paris, 1998, p. 203.)

Se traduisant dans le budget de l'Etat par des dépenses fiscales ou des renoncements à recettes par application de mesures dérogatoires, la partie la plus évidente du régime de zones franches est une manifestation de l'interventionnisme fiscal. Et comme tel, c'est un moyen, l'un des moyens, utilisé par la puissance publique pour orienter l'économie : un minimum de contrôle, notamment par une diminution, voire une absence, de prélèvements obligatoires et une simplification de la réglementation dans un espace donné, pour favoriser la localisation d'activités exportatrices.

Ces privilèges, que le régime de zones franches institue, ressemblent furieusement aux exemptions féodales. Les bénéficiaires ne sont plus des seigneurs d'origine laïque ou ecclésiastique mais des forces transnationales anonymes. Le lien traditionnel seigneur-paysan par lequel le seigneur protégeait ses paysans, qui, en retour, lui versaient des rentes et fournissaient des corvées, trouverait son équivalent moderne dans le lien capital-travail par lequel l'investisseur s'implante dans une zone d'exception fiscale et fournit des emplois défiscalisés en échange de production, elle aussi défiscalisée. Ceci à la différence problématique près que le régime de zones franches est consenti par l'Etat du territoire alors que le fief existait souvent au grand dam de l'Etat central et empêchait forcément le contrôle direct de tout le territoire. De nombreux auteurs soulignent le lien étroit entre le cheminement de l'idée fiscale et la construction de l'Etat⁵⁷. "Les vraies marques de la souveraineté", systématisait en son temps Jean Bodin (1530-1596), comprenaient "juger et légiférer, battre monnaie et lever des impôts, faire la paix et la guerre"⁵⁸. Dès 1576, pour établir la souveraineté de l'Etat, il se prononçait dans *Les six livres de la République*, pour l'égalité de

⁵⁷ V. p. ex. RIGAUDIERE Albert, "L'invention de la souveraineté", in *Revue Pouvoir, La souveraineté*, n°67, 1993, p. 5.; ARDANT Gabriel, *Histoire de l'impôt*, 2 tomes, Fayard, Paris, 1971-72, ou encore DE SENARCLENS Pierre, *Mondialisation, souveraineté*, Armand Colin, Paris, 1998, p. 7.

⁵⁸ Cité par RIGAUDIERE Albert, *op. cit.*, p. 11.

l'impôt et l'abolition des privilèges⁵⁹. Plus récemment, dans une analyse de l'émergence et la consolidation de l'"Etat fiscal" au XVIème siècle, M. Winfried Schulze définit "l'Etat viable" comme "l'Etat qui avait la capacité de lever des taxes fiscales à l'intérieur d'un territoire bien défini, de mettre fin à des exemptions traditionnelles et d'imposer un certain degré d'équité entre les assujettis aux contributions"⁶⁰. Autrement dit, l'Etat doit avoir la maîtrise de sa compétence fiscale.

Dans une zone franche contemporaine cependant, c'est l'inverse qui semble se produire. L'Etat opère, d'après le professeur T. Flory, "une dissociation entre sa souveraineté politique et certaines compétences de sa souveraineté économique". Cette dissociation peut aller jusqu'à "la renonciation (par l'Etat) sur une portion de son territoire à sa compétence douanière, compétence fiscale, compétence financière, certaines compétences administratives"⁶¹. L'abdication de l'Etat à exercer sa protection en matière sociale et surtout l'abandon par celui-ci de son privilège de juridiction sont, en effet, communs à plusieurs régimes. Les susceptibilités des souverainetés semblent enfouies sous les décombres de l'ex-nouvel ordre économique international.

Toutes choses égales par ailleurs, ladite "dissociation" ne rouvre-t-elle pas la question du contrôle de la structure politique, fermée au XVIIème siècle par la construction de l'Etat moderne ? Ou inversement, par cette dissociation, en quittant le rapport hiérarchique pour rétrograder dans la séduction marchande, l'Etat ne fonde-t-il pas la base d'une reconquête de son territoire dont les frontières s'effiloquent à mesure que deviennent volatiles les sujets fiscaux ? C'est ce pari que nous développerons dans cette première partie en insistant sur le fait que le régime de zones franches ne résulte pas de "la renonciation à des compétences" mais en constitue l'exercice. Un aménagement de l'exercice de ces compétences, différent du droit commun, est effectivement mis en œuvre dans un régime de zones franches : la législation nationale y reste applicable, soit dans une moindre mesure, soit dans une mesure particulière à ces zones, mais dans les deux cas toujours du fait de la volonté formelle de l'autorité territoriale. L'institution d'une zone franche relève ainsi de la compétence générale et, particulièrement, fiscale de l'Etat.

⁵⁹ Cf. POLIN Raymond, *Hobbes, Dieu et les hommes*, P.U.F., Paris, 1981, p. 99s.

⁶⁰ SCHULZE Winfried, Emergence et consolidation de l'"Etat fiscal", in BONNEY R. (dir.), *Système économique et finances publiques*, Les origines de l'Etat moderne en Europe, P.U.F., Paris, 1996, p.261.

⁶¹ FLORY Thiébault, Les zones franches et le droit international économique in Colloque Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p.73 et 76.

Si les compétences souveraines dont il s'agit sont principalement économiques, le fondement de l'action de l'Etat résiste à son absorption par l'économique. L'étroitesse des liens entre les éléments constitutifs du régime de zones franches forme le pari de l'Etat : des privilèges sont octroyés aux investisseurs dont les activités tournées vers l'exportation sont considérées comme répondant à l'intérêt général défini par l'Etat. L'intérêt général étant habituellement reconnu comme "la pierre angulaire de l'action publique, il (en) détermine la finalité et fonde la légitimité"⁶². A la tentation d'évitement des souverainetés inscrite dans la stratégie globaliste des firmes transnationales répond alors une réglementation rendant attractif l'intérêt général déterminé par l'Etat. La souveraineté économique suppose, en effet, non seulement la possibilité de maîtriser matériellement l'économie mais d'abord celle de la maîtriser juridiquement. Dès lors, l'institution d'un régime de zones franches n'a pas d'autre fondement que politique même si un emprunt de la logique marchande corrompt la logique de souveraineté propre à l'Etat initiateur. C'est le pari de l'Etat sur le marché pour réaliser ses objectifs, supposés d'intérêt général. Autrement dit, l'emprise du politique sur l'économique.

Dans un Titre premier, nous étudierons la *logique de souveraineté* à la base de ce pari, avant d'observer dans un Titre second, *l'emprunt de la logique de marché* à travers les modalités du pari.

⁶² Conseil d'Etat, "L'intérêt général", *Rapport public*, Etudes et documents n°50, La Documentation française, Paris, 1998, p. 245.

Titre I : La logique de souveraineté ou l'origine du pari

Les zones franches d'exportation sont établies librement par les Etats, généralement des pays en développement, dans le but d'inciter à la localisation des investissements internationaux sur une partie bien délimitée de leur territoire, dans les domaines de production qu'ils définissent et dans la perspective de l'exportation des biens produits ; ceci, par l'octroi de régime fiscal dérogatoire ainsi que d'autres privilèges liés aux conditions de réalisation desdits investissements. L'Etat consent ainsi à considérer les investissements, de manière limitée et téléologique, comme ne relevant pas du droit commun. Sous le grignotage apparent des compétences territoriales de l'Etat apparaît la pérennité juridique de sa souveraineté, disposant de son territoire et réglementant les flux de capitaux qui y pénètrent. Ce sont les gains escomptés du pari, principalement une meilleure répartition des ressources et une meilleure régulation des productions et de l'échange, selon le point de vue de l'Etat initiateur, et la stabilisation sur son territoire des investissements devenus trop libres, qui orientent son choix. L'Etat dirige ainsi l'économie afin que, comme le dit Georges Ripert, "les considérations d'ordre social ou national l'emportent sur les considérations économiques d'intérêts privés"⁶³. Le *taxis*, l'ordre construit et organisé par les hommes, l'Etat, veut réformer le *kosmos*, l'ordre spontané du marché cher aux libéraux et notamment au pourfendeur de l'Etat interventionniste, Friedrich Hayek⁶⁴. La mise en place de ce pari se fait de manière traditionnelle par l'édition de réglementations législatives et par un contrôle administratif.

Avant d'étudier le mode de cette intervention dans un chapitre II, nous présenterons le supplément de souveraineté escompté de ce régime de zones franches dans un chapitre I.

⁶³ RIPERT Georges, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1951, 2^{ème} éd., 1995, p. 263.

⁶⁴ HAYEK Friedrich A., *Droit, législation et liberté*, coll. Libre Echange, P.U.F., Paris, 1980, t. 1, pp. 41s., chap. 2 intitulé : "Kosmos" et "Taxis".

Chapitre 1 : Le gain escompté du pari : Un supplément de souveraineté

Le professeur Christian Louit, dans sa conclusion lors du colloque de 1989 organisé par l'Institut de droit des affaires d'Aix-Marseille sur les zones franches, rappelle que les zones franches "se parent du drapeau du libéralisme. En réalité, s'agissant d'une fiscalité incitative, elles sont exactement à l'opposé de celui-ci"⁶⁵. Et c'est là, disons-nous, le pari de l'Etat en établissant des zones franches : l'emprise du politique sur l'économique. C'est donc de sa souveraineté économique qu'il s'agit. Et l'Etat s'agite d'autant plus que la tendance libérale de l'économie actuelle, sans nier toutes souverainetés, joue sur elles⁶⁶. Les entreprises se localisent et se délocalisent en fonction des avantages comparatifs offerts par les Etats. Ainsi, la réglementation des Etats, leur situation stratégique - selon les marchés qu'ils offrent ou auxquels ils permettent d'accéder -, mais aussi la capacité et l'adaptabilité de leur main-d'œuvre, sont autant de facteurs incitatifs à l'implantation des investissements. Le capital a acquis, par ailleurs, une mobilité sans précédent. Etablir un régime de zones franches, c'est vouloir séduire ces capitaux très volatiles. Pour bien comprendre cette politique de l'Etat, il nous faut resituer le contexte global de son action, en particulier, celle relative à ces capitaux convoités.

Les Etats ont, volontairement ou sous la pression des institutions de Bretton Woods, levé progressivement les restrictions aux paiements courants⁶⁷. L'octroi d'une aide financière par le Fonds Monétaire International à un membre en difficulté est, en effet, subordonné à l'instauration par le pays demandeur des conditions jugées nécessaires (par le FMI) au rétablissement d'une bonne économie. Ce sont les fameuses politiques d'ajustement structurel qui comprennent toujours un volet de libéralisation. Elles diminuent globalement l'emprise des Etats sur leur économie, notamment sur les investissements et les obligent à rechercher et à appliquer des mécanismes plus souples de contrôle, par les incitations par exemple, comme les régimes de zones franches. Ces derniers résultent ainsi indirectement de l'amenuisement progressif de la souveraineté de l'Etat.

⁶⁵ LOUIT Christian, "Zone franche et zone d'entreprises", in Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 56.

⁶⁶ Voir, par exemple, KORTEN David, "Sustainable Development : A Review Essay", *World Policy Journal*, vol. 9, n° 157, 1992, p. 173 où notamment il dit : "Today the most intense competition in the globally integrated market is not between gargantuan oligopolistic transnational corporations. It is between governments that find themselves competing with one another for investors by offering the cheapest and most compliant labour, the weakest environmental, health and safety standards, the lowest taxes, and the most fully developed infrastructure".

⁶⁷ L'article VIII section 2 des statuts du FMI dispose que "(...) aucun Etat membre n'impose, sans l'approbation du Fonds, de restrictions sur les paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes".

D'emblée, soulignons que la controverse sur la nature juridique de ce processus n'enlève en rien la qualité décisive du premier pas de l'Etat demandeur. Le professeur Jean-Marc Sorel relève que "les aspects juridiques de la conditionnalité n'appellent guère de critiques si l'on s'en tient à une analyse purement positiviste qui néglige en amont les sources matérielles de ce phénomène et en aval leurs conséquences économiques et sociales"⁶⁸. Cette conditionnalité peut être définie comme le lien entre le concours demandé du FMI et l'exécution de la politique économique du pays manifestant ce besoin. Le processus est néanmoins caractérisé par la volonté du FMI de dissocier formellement ces liens de fait : l'Etat s'engage à suivre une certaine politique économique, dont les critères sont prédéterminés par le Fonds, dans une "lettre d'intention" adressée au FMI, ce dernier, par son Conseil d'administration, approuve et décide d'accorder son aide financière à l'Etat demandeur par un accord de confirmation ou *stand by arrangement*⁶⁹. Par conséquent, l'Etat s'engage formellement avec les institutions financières internationales de sa propre volonté. Le professeur Mohamed Salah qualifie cet argument de théorique. Selon lui, l'Etat n'a pas de véritable choix car "plus il diffère le moment de recours à ces deux organismes (le FMI et la Banque mondiale), plus sa situation financière se dégrade et plus il s'expose à négocier à des conditions draconiennes"⁷⁰.

Toutefois, la politique d'ajustement structurel et celle de l'endettement peuvent être regardées, de la part des pays en développement, comme une stratégie visant à abolir "la mauvaise continuité de l'histoire" (Walter Benjamin). L'on peut supposer ainsi que l'Etat

⁶⁸ SOREL Jean-Marc, "Sur quelques aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I. et leurs conséquences", *EJIL*, vol. 7, 1996, p. 60.

⁶⁹ Selon la Décision du Conseil d'administration du Fonds, n° 6056 –(79/33) du 2 mars 1979, "un accord de confirmation n'est pas un accord international, aussi conviendra-t-il d'éviter que son libellé ainsi que celui de la lettre d'intention aient une connotation contractuelle" (*Rapport annuel du F.M.I. pour 1979*, pp. 155-156). Cf. aussi GOLD Joseph, *L'importance du caractère juridique des accords de confirmation du Fonds*, brochure du F.M.I. n° 35, F.M.I., Washington DC, 1980, cité par SOREL J.-M. *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 47. M. Gold, conseiller juridique du Fonds précise notamment : "La détermination du Fonds de ne pas contracter lorsqu'il approuve des accords de confirmation est probante, car si une partie n'a pas l'*animus contrahendi* (l'intention de contracter) et fait clairement connaître son attitude à l'autre partie, on ne peut maintenir qu'un accord a été conclu" (*ibid.*, p. 14). *Contra* : MM. Carreau, Flory et Juillard qui estiment "qu'il s'agit de véritables accords internationaux, et non seulement de simples décisions internes du F.M.I., dont les termes lient et le Fonds et l'Etat membre intéressé" in *Droit international économique*, L.G.D.J., Paris, 1990, 3^{ème} éd., p. 379. Cf. également Sorel précité et sa thèse, *Les aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I.*, Univ. Paris XIII, 1991).

⁷⁰ SALAH Mohamed Mahmoud Mohamed, "Mondialisation et souveraineté de l'Etat", *J.D.I.*, n° 3, 1996, p. 633.

s'engage en toute connaissance de cause, qu'en adoptant ces instruments permettant le rééchelonnement de sa dette et le refinancement de son budget, l'Etat promeut son autonomie du fait même que cette action est indispensable non pas à sa pérennité mais à son existence immédiate. Il ne s'agit évidemment pas de l'existence internationale de l'Etat. En tant qu'entité souveraine en droit international, il ne peut disparaître. "*Sovereign States do not become bankrupt*" rappelle opportunément le senior vice-président et conseiller juridique de la Banque mondiale Ibrahim F. I. Shihata⁷¹. Il n'est pourtant pas rare que l'Etat en développement à court de liquidités soit bloqué dans ses fonctions essentielles et ne puisse assurer les services vitaux pour la Nation (ne serait-ce que pour le paiement des soldes de ses fonctionnaires), dans l'attente d'une signature d'un accord avec le FMI. Et lorsque l'Etat en développement s'impose une politique d'ajustement structurel, cela peut être dans l'espoir que l'apport d'argent frais et les principes de saine gestion économique le sortiront du marasme où il se trouve et lui permettront de s'inscrire dans la compétition entre les Nations pour attirer les capitaux. Ainsi, dans le Document cadre de politique économique malgache (1996-1999) à la base de l'accord avec le FMI, le Premier Ministre Norbert Ratsirahonana, prévenant, affirme : "Gouverner, c'est choisir. Ce n'est pas un choix dicté par la facilité que nous avons retenu, mais celui qui requiert effort, courage et sacrifice librement consentis. C'est le prix à payer pour accéder d'abord à la croissance économique, étape obligée afin de promouvoir ensuite le développement, c'est-à-dire assurer le mieux-être de la population, ce qui est en dernier ressort l'unique objectif à atteindre"⁷².

Pour ce faire, comme d'autres pays en développement l'ont fait ou continuent à le faire, le gouvernement malgache, entre autres mesures libérales, "a levé toutes les restrictions aux paiements courants (...) et entend abroger le contrôle des changes"⁷³. Il leur reste, pour garder une certaine direction dans l'usage de ces capitaux, à favoriser leur implantation en offrant les privilèges d'un régime de zones franches. Ces Etats entendent ainsi drainer davantage de capitaux dans leur pays. Les flux vers le Sud sont en effet notoirement insuffisants. Selon M. Patrick Artus, directeur des études économiques à la Caisse des dépôts française, "en 1999, 115 milliards de dollars de capitaux à long terme ont été transférés des pays développés vers

⁷¹ SHIHATA Ibrahim F. I., "The World Bank and the World Debt Problem" in *Liber Amicorum – Mohammed Bedjaoui*, Kluwer Law International, La Haye, 1999, p. 615.

⁷² RATSIRAHONANA Norbert, "Avant-propos", in Secrétariat Technique de L'Ajustement, *Document cadre de politique économique 1996-1999*, Primature, Antananarivo, novembre 1996, p. III.

⁷³ *Ibid.*, p. 8. Cette dernière mesure est chose faite depuis 1997.

les émergents. Moins de 0,5% du PIB mondial"⁷⁴. Selon le Rapport sur l'investissement dans le monde de la CNUCED, les investissements des sociétés transnationales en Afrique ne représentent en 2000 que 1,2% de l'ensemble des flux d'investissements étrangers directs (IED) et tout juste 5% du total des flux d'IED destinés aux pays en développement⁷⁵.

En amont, ainsi, se perpétue ce que généralement le droit occulte, à savoir l'inégalité et l'état de guerre économique entre les Etats. "*Gold war continues ideological competition in the form of competition of social structures for economic and trade advantage*", note le professeur Joël Trachtman. "*People may still kill or enslave one other, but they do so gradually, by winning economic resources*"⁷⁶.

En aval, la question de la souveraineté a été posée depuis longtemps par la doctrine. Le professeur Mohamed Salah affirme ainsi que l'action des institutions de Bretton Woods "porte doublement atteinte au principe de souveraineté". D'une part, "elle rend inopérante la règle selon laquelle chaque Etat peut choisir librement son système politique, économique et social" puisqu'un accord avec ces institutions signifie nécessairement "un accord d'adhésion" à un régime économique libéral. D'autre part, elle engendre la mise sous "tutelle" des Etats aidés par ces institutions "lesquelles sont d'ailleurs dominées par ... d'autres Etats"⁷⁷. Cette situation signifie-t-elle forcément la perpétuation de la dépendance des ex-Etats colonisés comme le dénonce, entre autres auteurs, M. Najib Akesbi selon lequel, "pour garantir la pérennité de leurs intérêts dans les pays débiteurs du Sud, les créanciers du Nord n'ont plus recours à l'occupation militaire mais s'assurent en revanche de l'adoption par les pays en question de programme d'ajustement à même de permettre d'atteindre les objectifs recherchés dans le respect des formes appropriées de l'ère post-coloniale"⁷⁸ ? L'adoption d'un régime de zones franches révélerait ainsi la soumission des Etats en développement à une division

⁷⁴ ARTUS Patrick, propos recueillis par *Enjeux (Les échos)*, mensuel de l'économie, Paris, juillet-août 2000, p. 106. "C'est dérisoire", juge-t-il par ailleurs, "d'autant que 80% ont été siphonnés par quatre pays, la Chine, le Brésil, l'Argentine et la Pologne. La même année, Europe et Japon ont investi 400 milliards aux Etats-Unis".

⁷⁵ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2000 : Fusions et acquisitions transfrontières et développement, Genève, New-York, 2000. Un résumé est disponible sur le site du CNUCED, section presse et référence, (<http://www.unctad.org>).

⁷⁶ TRACHTMAN Joël P., "L'Etat, C'est Nous : Sovereignty, Economic Integration and Subsidiarity", *Harvard International Law Journal*, vol. 33, n° 2, printemps 1992, p. 461, note 3.

⁷⁷ *Op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁷⁸ AKESBI Najib, *L'impôt, l'Etat, l'ajustement*, Actes Ed., Rabat, Maroc, 1993, p. 297. D'autres auteurs se livrent à la critique des programmes d'ajustement structurel imposés par le FMI, ainsi G. FRANKENBERG et R. KNIEPER, "Problèmes juridiques du surendettement des pays du tiers monde – actualité de la doctrine des 'dettes odieuses'", *Pénant*, n° 786-787, 1985, pp. 9-36.

internationale du travail dont l'élaboration leur échappe. Elle correspondrait alors à ce que le professeur Madjid Benchikh qualifie de manifestation d'une souveraineté "décentrée"⁷⁹, *id est* qui n'est pas de nature à promouvoir l'autonomie de l'Etat initiateur mais perpétue la dépendance envers le financement extérieur.

Sans préjuger de l'efficacité de la politique adoptée par ces pays sous ajustement, l'on peut avancer que ce faisant, sans assurer avec certitude leur progression vers plus d'autonomie, ils ont assurément favorisé celle du capital. Le professeur Geneviève Burdeau remarque justement que "l'objectif de libéralisation des échanges affirmé dans les statuts du FMI a été non seulement atteint mais dépassé puisque la libre circulation des capitaux se trouve dès aujourd'hui (fin des années 90) réalisée entre les pays riches qui échangent les plus grandes masses de capitaux, mais aussi, par effet de contagion, entre un nombre croissant d'Etats"⁸⁰. Du coup, le capital ne peut pas être retenu par des frontières. Evidemment, cette libéralisation n'assure pas la liberté d'investissement - l'admission d'un investissement relevant toujours de la souveraineté territoriale - mais du moins elle assure celle de désinvestir. Ce qui diminue d'autant l'emprise des souverainetés sur ce facteur de production, devenu très volatile. Les entreprises dans les zones franches d'exportation sont appelées, en Amérique latine, *empresa golondrina* (entreprises hirondelles) ou encore, sous d'autres cieux, *runaway factories*, en raison de la facilité avec laquelle elles peuvent *s'envoler* du pays pour s'installer ailleurs ou réapparaître sous une nouvelle raison sociale⁸¹. Le risque est d'autant plus grand pour les Etats de voir s'en aller ces ressources financières que l'autre facteur de production, le travail, est quasi interchangeable pour ces entreprises qui ne nécessitent souvent que des technologies primaires.

Paradoxalement, c'est pour et malgré cela que les Etats élaborent des réglementations nationales incitatives des investissements comme les régimes de zones franches d'exportation. L'Etat parie, en jouant sur le marché, la reconquête de sa souveraineté économique. Plus précisément, il tente de contrôler les investissements étrangers directs sur son territoire : c'est l'enjeu particulier du système (**Section 2**) ; plus globalement, il essaie de défendre l'intérêt général de la Nation, *id est* promeut son développement (**Section 1**).

⁷⁹ BENCHICK Madjid, *Droit international du sous-développement*, Berger-Levrault, Paris, 1983, pp. 129s.

⁸⁰ BURDEAU Geneviève, "Le FMI et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial", in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), Litec, Paris, 2000, p. 268.

⁸¹ Cf. MARTHOZ Jean-Paul & SZYMANSKY Marcela, *L'enfer des nouveaux paradis fiscaux*, Confédération internationale des syndicats libres, Bruxelles, 1996. Disponible aussi sur le site de la Confédération internationale des syndicats libres (www.icftu.org).

Section 1 : L'intérêt général ou la promotion du développement

Depuis Arthur C. Pigou (1920)⁸², les économistes reconnaissent généralement que des taxes et des subventions bien conçues peuvent contribuer positivement à corriger certaines défaillances du marché. Dans le cas de l'investissement étranger direct, la défaillance du marché représente l'écart entre le taux de rentabilité sociale et le taux de rentabilité privée, résultant des externalités positives dont bénéficie le pays d'accueil et dont ne tiennent pas automatiquement compte les investisseurs étrangers. En effet, le pays d'accueil peut profiter du transfert de technologie, de la formation de gestionnaires et de travailleurs locaux, des exigences de qualité auxquelles doivent se conformer les sous-traitants nationaux, des investissements en infrastructure portuaire et en accroissement proportionnel du trafic, de l'infrastructure financière créée après l'arrivée des firmes multinationales. C'est là d'ailleurs la définition même de l'externalité. Comme ces dimensions sociales ne se traduisent pas systématiquement par des rendements plus élevés pour l'investisseur étranger, les projets d'investissement qu'il serait valable de réaliser d'un point de vue social global ne voient pas le jour. Dans ce contexte, l'octroi d'incitations à l'investissement vise à transformer les externalités sociales en taux de rentabilité privée de façon à amener les investisseurs à se comporter comme s'ils avaient pour motivation le taux de rentabilité sociale (taux de rentabilité privée auquel s'ajoutent les externalités sociales), et ainsi, inverser la tendance au sous-investissement dans des projets ayant des externalités sociales positives. En quelque sorte, les Etats offrent des privilèges aux investisseurs en reconnaissance de leur présence bénéfique. Ces bénéfices sociaux sont clairement annoncés dans le cadre de l'établissement d'un régime de zones franches d'exportation : l'Etat initiateur en attend un développement à la fois quantitatif et qualitatif de son économie.

⁸² Cf. PIGOU Arthur A., *The Economic of Welfare*, Macmillan, Londres, 1920, *cité par* OMC, Note du Secrétariat, "Effet des incitations à l'investissement et des prescriptions de résultats sur le commerce international", (WT/WGTI/W/56), 30 septembre 1998, tiré de www.wto.org/search97cgi/s97.

I/ Le développement quantitatif

L'investissement étranger direct dans les zones franches d'exportation est considéré comme source de croissance pour le pays d'accueil. Un double objectif quantitatif est généralement assigné à un régime national de zone franche d'exportation. D'une part, il doit créer du travail et, d'autre part, il doit fournir des recettes d'exportation. Le résultat combiné des deux permet d'espérer le déclenchement d'un processus d'accumulation nationale rendant à terme l'autonomie envisageable. Mais nous allons trop vite. Revenons aux avantages immédiats attendus.

A/ La création d'emplois

"L'un des principaux indicateurs du succès d'une stratégie de zone franche d'exportation est le nombre d'emplois créés", lit-on dans le rapport 1998 de l'Organisation internationale du travail⁸³. La plupart des pays dotés de zones franches sont des économies à excédent de main-d'œuvre et il leur est indispensable de créer des emplois. A cet égard, les zones franches se sont avérées généralement efficaces. Certes, on peut se demander si elles sont une manière rentable de créer des emplois et s'interroger sur la qualité de ces emplois mais, les chiffres le montrent, les zones ont généré de nombreux postes de travail. Ainsi, le rapport cite le chiffre de 900.000 emplois créés dans les *maquiladoras* mexicaines : "L'emploi dans les *maquiladoras* s'est notablement accru à un taux constant de 10% par an en moyenne. Il a augmenté de 17% de janvier 1997 à janvier 1998 pour totaliser 958 135 postes de travail"⁸⁴. Qui plus est, les *maquiladoras* continuent d'en créer, ce qui n'est pas le cas d'autres secteurs de l'économie. Selon l'OCDE, l'emploi y a progressé de 10,4% en 1995 tandis qu'il a diminué de 9% dans les autres secteurs manufacturiers⁸⁵. A Madagascar, une enquête du projet *Madio* annonce que pour 1996, la zone franche, après six années d'existence, regroupe 158 entreprises qui emploient 36 000 salariés⁸⁶. Mme Mireille Razafindrakoto et M. François Roubaud concluent que "avec la création d'environ 8000 emplois par an depuis 1993, et une

⁸³ Organisation Internationale du Travail, Service du droit du travail et des relations professionnelles : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/govlab/legrel/tc/epz/reports>

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ OCDE, *Etudes économiques : Mexique*, OCDE, Paris, 1996.

⁸⁶ RAZAFINDRAKOTO Mireille et ROUBAUD François, *Les entreprises franches à Madagascar, Projet Madio*, Institut National de la Statistique, Antananarivo, mai 1997, p.1.

croissance de 42,6% de 1994 à 1995, le développement de la zone franche malgache satisfait à l'un des principaux objectifs visés lors de sa création, celui de réduire les tensions sur le marché du travail"⁸⁷.

De surcroît, pour appréhender justement la contribution des zones franches à la création d'emplois, il faut tenir compte des postes de travail engendrés indirectement par les entreprises sises dans les zones. Ces emplois indirects dans l'économie domestique se créent dans les activités de service (transport, logement, restauration, entreposage, nettoyage, formation, etc.) mais surtout se réalisent à travers l'achat de matières premières et de biens intermédiaires à des fournisseurs locaux. En 1999, selon M. Bruno de Foucault, président du Groupement des entreprises franches et partenaires, la zone franche malgache génère "70 000 emplois directs et induits"⁸⁸. Selon l'OCDE, en Egypte, un emploi dans les zones serait à l'origine d'un autre dans le reste du pays. A Taiwan, ce sont quatre emplois dans la zone qui favoriseraient la création d'un poste de travail hors des périmètres francs⁸⁹.

Par ailleurs, un régime de zones franches d'exportation peut prévoir spécifiquement des seuils de création d'emplois pour agréer les investissements. Ainsi, la loi sénégalaise imposait, en sus d'un investissement minimum de 200 millions de francs CFA, la création d'au moins 150 emplois de cadres et d'ouvriers sénégalais pour être admis dans sa zone franche⁹⁰. La fixation d'un seuil trop ambitieux cependant peut aller à l'encontre du but désiré car elle décourage les petites et moyennes structures dont le dynamisme est avéré dans le contexte économique actuel. Effectivement, MM. Saint-Girons et Cabanis citent un rapport de la Caisse centrale de coopération économique (non daté) établissant un bilan statistique décevant de la zone franche de Dakar : "trente hectares occupés sur 650 mis en réserve et soixante aménagés, huit entreprises en activité représentant un investissement de 5,3 milliards de francs CFA et 436 emplois"⁹¹. MM Barbier et Véron parlent de 10 entreprises et 520 emplois

⁸⁷ *Ibid.* p. 7.

⁸⁸ De FOUCAULT Bruno, cité par *le Moniteur du Commerce international*, n° 1396, 1-7 juillet 1999, p. 54.

⁸⁹ BASILE Antoine et GERMIDIS Dimitri, *Investir dans les ZFIE*, Centre de développement de l'OCDE, Paris, 1984, p. 58.

⁹⁰ Art. 8 de la Loi sénégalaise n° 74-06 du 22 avril 1974 portant statut de la zone franche industrielle de Dakar, cité par SAINT-GIRONS Bernard et CABANIS André, "Zones franches d'exportation au Maghreb et en Afrique sub-saharienne : comparaison des lois sénégalaise, togolaise et marocaine" in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (ss. dir.), *Les zones franches*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998, p. 81.

⁹¹ *Ibid.*, p. 89.

en 1990⁹². D'après un site internet sénégalais de promotion des investissements, cette insuffisance de résultats a entraîné la suppression du régime et la création d'un nouveau statut d'entreprise franche d'exportation par une loi du 28 décembre 1995, moins avantageux mais sans seuils prohibitifs⁹³.

Un régime, sans fixer des seuils précis, peut souhaiter comme le régime togolais, accueillir en priorité les "entreprises à forte densité de main-d'œuvre"⁹⁴. Dans la mesure où la réglementation n'a pas mis à la charge des entreprises l'obligation de réserver un pourcentage déterminé d'emplois aux nationaux, le bilan paraît assez nuancé. M. Kessougbo constate ainsi que "les entreprises qui s'implantent (...) sont des entreprises de forte intensité de main-d'œuvre, mais que les tâches distribuées sont de faible intensité de qualification", d'une part et que, d'autre part, "les postes de responsabilité, de gestion et d'organisation du travail sont, dans la majorité des cas, détenus par des expatriés"⁹⁵.

Si ces critiques sont généralement justifiées, il n'empêche qu'à chaque fois qu'une entreprise ouvre ses portes dans une zone franche, il y a souvent une longue file d'attente de personnes à la recherche d'un emploi et, cela, malgré la médiocrité des tâches proposées et souvent même des conditions de travail (nous y reviendrons). A ce stade, nous ne pouvons cependant pas éluder le fait que le régime de zones franches d'exportation réponde à son premier objectif quantitatif qui est de fournir des emplois à une main-d'œuvre locale à la recherche d'un petit revenu. Certes, il ne résorbe pas entièrement le problème de l'emploi mais il y contribue. Cette contribution se perçoit aisément pour le développement de l'Etat initiateur. Celle du second objectif n'est pas aussi évidente.

B/ La contribution aux recettes d'exportation

Ce second objectif, inscrit dans le nom même du régime, est essentiel pour l'Etat initiateur. Il importe d'en bien saisir les raisons avant d'observer l'effet du régime sur l'exportation du pays. Si nous ne nous sommes pas étendus sur le bienfait général du régime

⁹² BARBIER J.-P. et VERON J.-B., Les zones franches industrielles d'exportation (Haïti, Maurice, Sénégal, Tunisie), Karthala, Paris, 1991.

⁹³ Voir le site internet (izf.net).

⁹⁴ Art. 10 de la Loi togolaise n° 89-14 du 18 septembre 1989.

⁹⁵ KESSOUGBO Koffi, Aspects récents de la restructuration du secteur public de production au Togo, Thèse de droit, Université de Toulouse, 1995, p. 380.

quant à la résorption du chômage dans le pays d'accueil⁹⁶, nous nous posons davantage de questions quant à la contribution nécessaire d'une hausse de l'exportation pour le développement du pays d'accueil.

Le régime des zones franches d'exportation vise naturellement à rehausser le niveau des exportations de l'Etat initiateur. Cet objectif relève de l'intérêt général s'il répond aux critères déterminés plus haut, *id est* permet à l'Etat d'améliorer l'exercice de sa souveraineté en diminuant sa dépendance ou est au service de son développement⁹⁷. La stratégie pour une croissance tirée par les exportations menée par les Etats en développement qui établissent un régime de zones franches est motivée par un raisonnement économique et une obligation pratique.

1) Le choix d'une stratégie de développement par les exportations

Depuis les indépendances jusque dans les années 70, les PED ont eu recours à une stratégie protectionniste de substitution d'importations fondée largement sur l'argument des industries naissantes, distingué par John Stuart Mill dans ses *Principles of Political Economy* (1848). Depuis, selon Mme Sylvie Hel-Thelier, "la perception des effets positifs sur la croissance de l'ouverture semble l'emporter, à condition qu'elle s'accompagne de réformes visant à améliorer le fonctionnement du marché, en particulier à rendre les économies plus concurrentielles"⁹⁸. L'intervention de l'Etat dans l'économie, et/ou sur le marché, est ainsi justifiée et correspond à ce que les économistes appellent une "politique optimale d'intervention en présence d'objectifs non économiques"⁹⁹. Même si les mécanismes associant ouverture et innovation peuvent se retourner dans certains cas contre le pays qui s'ouvre¹⁰⁰, d'autres auteurs, MM. Fontagné et Guérin, persistent et affirment que l'ouverture, médiatisée

⁹⁶ D'autres politiques seraient peut être plus efficaces, voire moins coûteuses, pour obtenir les mêmes résultats, en particulier si l'écart entre les taux de rentabilité sociale et privée est attribuable aux carences des politiques plutôt qu'aux défaillances du marché. Mais faire le bilan économique du régime sortirait du propos de l'étude.

⁹⁷ Cf. BENCHICK Madjid, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁹⁸ HEL-THELIER Sylvie, "Les nouveaux enjeux commerciaux pour les pays en voie de développement", in JACQUET Pierre, MESSERLIN Patrick, TUBIANA Laurence, Conseil d'Analyse Economique, *Le cycle du millénaire*, La Documentation française, 1999, p. 113. C'est elle qui souligne.

⁹⁹ Notamment, d'après l'auteur précité, par la "théorie des divergences intérieures" d'économistes précurseurs tels Meade (1955) et Johnson (1965), reprise depuis 1968 par J. BAGHWATI (cf. développement récent, "Free Trade : Old and New Challenges", *The Economic Journal*, 1994, Oxford) et R.E. BALDWIN ("Are Economists' Traditional Trade Policy Views Still Valid ?", *Journal of Economic Literature*, vol. XXX, 1992).

par le marché, serait "catalyseur de la croissance"¹⁰¹. Les externalités technologiques positives transitant par le commerce international et l'investissement direct étranger semblent être relativement avérées. Il apparaîtrait que "l'ouverture active la réaction d'une économie aux chocs technologiques, d'investissement et de formation. Mais pour être efficace, l'ouverture doit être accompagnée d'un ensemble de réformes visant à améliorer le fonctionnement du marché, en particulier le développement de la concurrence"¹⁰². L'établissement d'un régime de zones franches relève de cette perspective d'ouverture.

Par ailleurs, le raisonnement économique se confond avec "l'approche libérale", fruit d'un consensus "auquel sont parvenus les économistes (...) quant à la meilleure politique de développement économique à suivre"¹⁰³. Dans le cadre d'une telle stratégie promue par la Banque mondiale, les pays en développement sont censés suivre l'exemple des pays asiatiques tel l'Indonésie, la Malaisie, la Corée du Sud en "créant un environnement de libre-échange propice aux exportations, en proposant des services de financement et de soutien aux exportateurs petits et moyens, en améliorant les aspects commerciaux de la fonction publique, en se battant pour attirer les investissements étrangers directs dans les secteurs d'exportation, et en concentrant les infrastructures dans les secteurs qui encouragent les exportations"¹⁰⁴.

Compte tenu de la faiblesse de la demande intérieure et de l'épargne locale d'une part, et des avantages comparatifs que représente généralement le coût de production, notamment relatif à la main-d'œuvre, dans les pays en développement d'autre part, l'extraversion de l'économie est considérée comme pertinente pour entraîner une dynamique de croissance : l'étranger amènerait ainsi capital, technologie au départ et, à l'arrivée, fournirait marché et recettes d'exportation. La compétitivité de la main-d'œuvre entraînerait la délocalisation des industries de technologie sommaire ou à forte intensité de main-d'œuvre dans ces pays en développement et assurerait dans le commerce mondial un gain substantiel pour le développement. Ce qui amène le professeur M. Benchikh à remarquer que "la thèse du

¹⁰⁰ Les résultats seraient "nuancés" : "D'une part, le caractère «permanent» de l'infléchissement du taux de croissance ne dépasserait pas une décennie, d'autre part, certaines études montrent que l'ouverture n'a pas toujours amorcé un réel processus de développement et même, dans certains cas, la combinaison de l'ouverture et de difficultés persistantes a pu conduire à un recul du niveau de vie" (HEL-TELIER, *précité*, p. 114).

¹⁰¹ FONTAGNE L. et GUERIN J.-L., "L'ouverture, catalyseur de la croissance", *Economie internationale*, 1997, n° 71, pp. 3s, *cité par* HEL-TELIER, *ibid.*.

¹⁰² In *ibid.*

¹⁰³ Banque mondiale, *The East Asian Miracle : Economic Growth and Public Policy*, Oxford University Press, New York, p. 85.

¹⁰⁴ Banque mondiale, *précité*, p. 25.

développement par le commerce est la seule qui offre de prime abord une grande compatibilité entre, d'une part, la nature des nouveaux Etats et leurs projets et, d'autre part, les agents économiques les plus puissants des pays développés à économie de marché (les firmes transnationales)¹⁰⁵.

Par ailleurs, les auteurs qui s'intéressent au droit international du développement sont favorables à la thèse du développement par le commerce. Ainsi, le professeur Maurice Flory a pu écrire : "Les pays du Tiers monde ont besoin de trouver les ressources nécessaires aux investissements et à l'importation des équipements indispensables à leur développement. En dehors de l'aide étrangère, d'ailleurs insuffisante, seul le commerce extérieur peut y pourvoir"¹⁰⁶. Ainsi, à Madagascar, "le rôle positif des échanges sur la croissance économique" est souligné par une économiste de l'Institut national des statistiques, Mme M. Razafindrakoto, en invoquant "une ré-allocation plus efficace des facteurs, une meilleure productivité, grâce à l'accès à de nouvelles technologies et à la concurrence (ainsi que) les économies d'échelles dues à la possibilité d'extension des débouchés"¹⁰⁷.

La théorie économique est certes séduisante. Elle reçoit d'autant plus la faveur des institutions de Bretton Woods que le processus accélérerait l'autonomisation de l'économie à l'égard du politique et engagerait résolument les pays en développement dans la *good governance*¹⁰⁸. Selon cette approche, l'Etat devrait réduire autant que possible son rôle, toute tentative de substitution aux mécanismes du marché dans l'allocation des ressources diminuant l'efficacité générale.

M. Jean Coussy, chercheur à la Fondation nationale des sciences politiques, note cependant que "*l'Etat minimum* économique dont on réclame l'institution n'est évidemment pas nécessairement un Etat politiquement faible. Les premiers exemples de succès de croissance extravertie ont même été des exemples d'*Etats forts* (Taiwan, Corée). Ceux-ci n'acceptaient que peu de limites à leur pouvoir politique et utilisaient même nettement celui-ci pour assurer une pression sur les coûts, notamment du travail, qui auraient pu affaiblir leur compétitivité"¹⁰⁹. Les Etats établissant sur leur territoire un régime de zones franches d'exportation usent d'autant plus des "ruses de l'Etat minimum" que plus qu'une conviction

¹⁰⁵ BENCHIKH Madjid, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 59.

¹⁰⁶ FLORY Maurice, *Droit international du développement*, PUF, Paris, 1977, p. 246.

¹⁰⁷ RAZAFINDRAKOTO Mireille, Madagascar à l'heure de l'ouverture économique : la croissance peut-elle venir des entreprises exportatrices ?, *Projet Madio, Etude n° 9663/E*, Institut National de la Statistique, Antananarivo, décembre 1996, p. 2.

¹⁰⁸ Banque mondiale, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 84-85. Cf. aussi World Bank, *Governance and Development*, World Bank Publications, Washington D.C., 1992.

économique, une réelle obligation aiguillonne leur stratégie de développement tiré par les exportations.

2) L'obligation de recettes d'exportation ou les contraintes de la dette

Le besoin en devises étrangères nécessaires au remboursement de leurs dettes extérieures conduit obligatoirement les Etats à sur-développer leurs exportations. Le remboursement ne peut se faire en effet que selon les préférences monétaires des créanciers : les ressources en devises nécessaires, *id est* la vente de biens à l'extérieur, devenant d'autant plus cruciales que les pays s'enfoncent dans les marais de l'endettement international.

Pour financer leur développement, les pays nouvellement indépendants se sont beaucoup endettés dans les années 60 et 70. La théorie économique de développement prônait l'industrialisation de substitution aux importations. Celle-ci supposait au départ de grandes importations de machines-outils et autres technologies. Observant les relations financières de l'époque, Mme Christiane Rafidinarivo Rakotolahy remarque justement que "les fonds de prêts étaient abondants, peu onéreux et fort diversifiés, (ils représentaient) une manne opportune pour financer le développement"¹¹⁰. L'endettement était alors considéré comme "la voie royale d'investissement"¹¹¹. En effet, les gouvernements occidentaux accordaient massivement aux ex-pays colonisés des crédits à l'exportation pour maintenir, d'une part, leurs liens économiques et commerciaux et d'autre part, pour promouvoir leurs propres exportations. Des agences nationales de crédits à l'exportation garantissaient les prêts bancaires et soutenaient le financement de ces exportations. L'accès à ces crédits était tellement libéral que Mme Christina Holmgren, entre autres auteurs, critique le fait qu'il permette l'endettement, l'endossement de dettes par les pays en développement, "pour des produits ne répondant pas toujours (à leurs) besoins " ou pour financer "des projets souvent soit réalisés de manière défectueuse, soit sans aucun effet bénéfique pour la société", "alors

¹⁰⁹ COUSSY Jean, "Les ruses de l'Etat minimum", in BAYART Jean-François, sous direction, *La réinvention du capitalisme*, Karthala, Paris, 1994, p. 233. C'est cet auteur qui souligne.

¹¹⁰ RAFIDINARIVO RAKOTOLAHY Christiane, *Dette et système international des paiements – Le tribut payé par les pays du tiers monde*, thèse de sciences politiques, Université de Toulouse, 1993, p. 8. Cet ouvrage, par ailleurs, se distingue non seulement par sa transdisciplinarité qui permet une préhension réelle du phénomène de la dette et de son règlement, mais aussi par son apport épistémologique comptable qui renouvelle les perspectives d'approche du système international de paiements.

¹¹¹ *Ibid.*

que la capacité de remboursement des pays débiteurs dépend notamment de (leur) réussite"¹¹². Elle conclut "tout en réaffirmant la responsabilité première des gouvernements débiteurs en matière de saine gestion économique, (que) les gouvernements créanciers portent également une part de responsabilité dans le cadre de leur politique de prêts"¹¹³.

Pour ces raisons et aussi pour cause de crises économiques dues à la chute brutale du cours d'exportation des produits de base, à la hausse des prix pétroliers ainsi que celle des taux d'intérêt du dollar, les pays en développement au début des années 80 ne purent faire face aux échéances de leurs dettes. Le volume de ces dernières et la dynamique du refinancement - accepté à l'époque par le Club de Paris -, impliquaient que des nouvelles dettes soient contractées pour honorer les anciennes. Par conséquent, l'endettement extérieur des pays en développement a pris une tournure dramatique.

La dette a encore crû sans que cela profite à ces pays tandis que, par ailleurs, leur autonomie quant à l'utilisation de ces crédits s'est restreinte. Les rééchelonnements de la dette, en effet, ne sont accordés qu'après un accord de confirmation du FMI, *id est* dépendent non seulement de l'utilisation des ressources de ce dernier mais aussi de la renégociation des dettes bilatérales ou multilatérales, notamment au sein du Club de Paris (composé de gouvernements créanciers des pays industrialisés)¹¹⁴. D'une manière générale, cette renégociation vise à orienter l'économie du débiteur de façon à garantir le remboursement ou du moins le paiement

¹¹² HOLMGREN Christina, *La renégociation multilatérale des dettes : le Club de Paris au regard du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 291. Par ailleurs, son ouvrage relatif à ce domaine ardu des dettes et de leurs règlements est à signaler non seulement pour sa "synthèse claire et bien charpentée (...) levant le voile sur ce coin obscur des relations internationales" (Georges ABI-SAAB, *préface*) mais aussi pour sa recherche juridique en tant que telle et sa tentative de trouver "l'esprit de justice qui doit animer toute règle de droit" (p. 299) dans l'évolution des normes du droit international.

Pour plus de développement sur les origines et la nature du problème de l'endettement, cf. HUMPHREYS Charles & UNDERWOOD John, "The External Debt Difficulties of Low-Income Africa" in HUSAIN Ishrat & DIWAN Ishac (eds.), *Dealing with Debt Crisis*, A World Bank Symposium, Washington D.C., 1989, pp. 45-57. PAYER C., *The Debt Trap. The IMF and the Third World*, Harmondsworth, 1974 ; FRANCO L. & SEIBER M. (eds.), *Developing Country Debt*, Pergamon Press, New-York, 1977.

¹¹³ *Ibid.* De même, les professeurs G. FRANKENBERG et R. KNIEPER affirment que "l'escalade de la dette se trouverait modérée si les crédits étaient exclusivement employés au financement d'investissements publics productifs". Leur "conviction est que les difficultés considérables de paiement que connaissent de nombreux pays trouvent leur origine dans le fait que beaucoup de marchandises et de prestations de service leur sont vendues à cause de la surproduction dans les pays industrialisés pour des prix fréquemment surévalués, et sans avoir un effet positif sur l'investissement et le développement. Ces ventes ne créent en conséquence aucune base susceptible de générer les fonds de remboursement des crédits offerts" (G. FRANKENBERG et R. KNIEPER, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 13 et p. 18).

du service de la dette. Elle comporte, entre autres mesures, une obligation d'ouverture aux échanges extérieurs par l'adhésion au fameux article VIII du statut du FMI, des mesures d'encouragement aux exportations pour fournir les devises nécessaires aux remboursements et des mesures de privatisation, le secteur privé étant estimé seul apte à développer efficacement l'économie et ainsi sortir le pays de sa situation de débiteur.

Si les créanciers ont le souci légitime de récupérer leur capital, ils doivent aussi accepter le risque de l'opération de cession incluse dans un prêt. A vouloir abolir ce risque en contenant dans un programme d'ajustement structurel l'usage des prêts ainsi concédés, l'on pervertit la nature de l'opération. La garantie n'en est pas pour autant efficace à en juger par la fréquence des réaménagements et même par l'apparition de processus internationaux de réduction de la dette¹¹⁵. Les coûts sociaux des programmes d'ajustement structurel issus de cette conditionnalité sont, de surcroît, faramineux pour les pays débiteurs¹¹⁶. Cependant le voile obstiné jeté par le FMI sur la nature juridique du vecteur de la conditionnalité sème le

¹¹⁴ Depuis les négociations bilatérales entre le Brésil et le Royaume-Uni de 1953 à 1955, "La conditionnalité du FMI (est devenue un) principe inhérent au règlement des dettes", nous dit Mme Christina HOLMGREN (*op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 58s.).

¹¹⁵ Comme l'a justement analysé Mme Holmgren, "la technique de réaménagement des dettes pratiquée par le Club de Paris n'implique qu'un allègement dans le temps, et non une réduction des dettes de leurs débiteurs. En effet, en *rééchelonnant* leurs créances ou en les *refinançant*, le Club de Paris non seulement n'apportait aucun allègement réel du fardeau de la dette des pays en développement, mais de surcroît, l'augmentait par le processus de capitalisation, des taux d'intérêts étant perçus en plus pendant la période moratoire" (C'est cet auteur qui souligne, *eod. loc.*, p. 117). Par ailleurs, vu l'ampleur que prenait le problème et le risque pour la préservation du système international de paiement, des aménagements furent étudiés : un premier plan fut proposé en 1985 par le Secrétaire d'Etat américain au trésor qui portera son nom. Le plan Baker fut remplacé par le plan Brady de 1989 car "(the former) provided a palliative but ultimately proved to be inadequate because it treated the problem as one of illiquidity, rather than insolvency" (SHIHATA, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 620). D'autres aménagements furent proposés au sein du G7 : termes sur termes (Toronto 1988, Trinidad ou Toronto amélioré 1991, Naples 1994), ceux-ci n'ont pas délié la spirale de la dette du tiers monde, malgré le tapage médiatique de l'annonce, à cause des conditions très limitatives de leur applicabilité. Une avancée significative est cependant marquée par la reconnaissance du lien entre le problème de l'endettement et celui du développement se traduisant en la reconnaissance du problème d'insolvabilité et non d'illiquidité comme l'a longtemps affirmé le Club de Paris. Pour approfondir, *cf.* HOLMGREN et sa bibliographie.

¹¹⁶ Le professeur Sorel évoque l'exemple tragique des émeutes en mars 1989 au Venezuela qui auraient fait 300 morts "à la suite de l'annonce de mesures de rigueur par le gouvernement consécutives à un accord de confirmation approuvé par le Fonds" (SOREL J.-M., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 59). Les propos amers d'un Akesbi, relevés plus haut (*Cf.* note Erreur : source de la référence non trouvée), sont le reflet de cette absence d'alternative et de cette situation économique désespérée, tant sur le plan collectif que sur le plan de la vie quotidienne des personnes vivant dans les pays du tiers monde.

doute quant à l'intérêt du système. Cette conditionnalité, si l'on s'en tient à la stricte définition du conseiller juridique du Fonds, M. Joseph Gold, se rapporte "aux politiques économiques que le Fonds souhaite voir suivre par les pays membres pour qu'ils puissent utiliser les ressources du Fonds conformément aux objectifs et aux dispositions des statuts"¹¹⁷. A supposer que ces derniers prescrivent une discipline ou un usage particulier qui lie créancier et débiteur, ceci équivaut à reconnaître paradoxalement, comme le remarque pertinemment Mme C. Rakotolahy Rafidinarivo, "une propriété financière du capital prêté (au) créancier"¹¹⁸. Car donner et retenir ne vaut¹¹⁹. Allant jusqu'au bout de cette logique, l'auteur démasque dans le jeu comptable des prêts internationaux et de leurs remboursements, vu l'insolvabilité patente des débiteurs, une relation "machiavélienne" où les dominants "pourvoient pour durer", *id est* pour se maintenir dans cette situation de domination, et les "tributaires paient pour vivre"¹²⁰. Le service de la dette n'est ainsi pas destiné à l'extinction de la dette (estimée impossible), mais à maintenir ce système international de paiements et à conserver un droit d'accès pour les débiteurs. Il s'analyse, en l'occurrence, comme "un tribut"(sic). C'est ce qu'exprime le professeur Monique Chemillier-Gendreau lorsqu'elle dénonce "le puissant mode de contrôle et de régulation de la part de ceux qui ont la maîtrise financière. (...) Combiné à la règle de la conditionnalité présidant aux mécanismes du Fonds monétaire international, ce procédé concourt à une régulation permettant la montée permanente des capitaux des pays du Sud vers le Nord par le jeu du service de la dette"¹²¹.

Service de la dette et conditionnalité contribuent ainsi à assujettir l'économie des pays endettés et, selon le professeur M. Salah, "assurent derrière le paravent de l'ajustement structurel la soumission des Etats du Sud aux contraintes de la mondialisation économique"¹²². Malgré un allègement relatif de la dette des pays les plus pauvres¹²³ et aussi un allègement de la conditionnalité envisagé depuis juin 2001¹²⁴, les pays en développement restent lourdement endettés et entravés dans leur politique économique. Pour se libérer de ces entraves, si tant est

¹¹⁷ GOLD Joseph, *La conditionnalité*, brochure du F.M.I. n° 31, F.M.I., Washington D.C., 1979, p. 2.

¹¹⁸ RAKOTOLAHY RAFIDINARIVO Christiane, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 214.

¹¹⁹ Principe de l'ancien droit français, il est cité par le professeur Juillard comme "principes généraux de droits communs aux nations civilisées" (JUILLARD Patrick, *L'évolution des sources du droit des investissements*, *R.C.A.D.I.*, 1994/VI, t.250, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, p. 68).

¹²⁰ *Eod. loc.*, p. 248.

¹²¹ CHEMILLIER-GENDREAU Monique, "Le droit international et la régulation", in MIAILLE Michel, sous la direction, *La régulation entre droit et politique*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 66.

¹²² SALAH Mohamed Mahmoud Mohamed, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 631.

que cela soit possible, ils s'obligent à orienter leur économie vers l'exportation. Car seul ce secteur peut leur fournir les devises étrangères indispensables pour effectuer les règlements extérieurs. Cette recherche de devises, devenues à force un bien très désirable parce que susceptible d'être libérateur, conduit les Etats en développement à favoriser les investissements étrangers systématiquement dans un régime de zones franches d'exportation.

Ainsi, un régime de zones franches d'exportation devrait, par les recettes en devises qu'il apporte, contribuer à libérer, si possible, le pays de sa dette sinon à lui garder un accès dans le commerce international. Si les recettes qu'il permet contribuent à ce que nous appelons un développement quantitatif, leur qualité de biens internationaux et libérateurs déplace ou renforce l'intérêt qu'elles procurent dans le sens d'un développement qualitatif. En effet, l'accumulation de devises permet à un Etat de se passer d'emprunt extérieur pour son industrialisation et ainsi, d'envisager un développement réellement autonome selon ses objectifs. En attendant, il ne peut que se résoudre à faire adhérer les investisseurs privés à ces objectifs en octroyant des contreparties à leurs activités, sources bénéfiques de devises internationales.

II/ Le développement qualitatif

Les Etats offrent des privilèges aux investisseurs et attendent de leurs installations sur le territoire national des bénéfices sociaux. Outre la croissance par l'emploi et l'exportation, la présence des entreprises entraîne des effets bénéfiques non négligeables. D'une façon directe, une entreprise en venant s'installer dans un pays du tiers monde apporte des technologies et, pour produire, elle doit former son personnel. D'une façon plus indirecte, mais tout aussi sensible, la venue d'entreprises dans une zone franche d'exportation, qui est avant tout une zone industrielle, contribue au développement de la région. Ces avantages n'ont pas échappé, on s'en doute, à l'attention des Etats qui établissent un régime de zones franches d'exportation.

¹²³ A titre illustratif, Mme Holmgren cite l'exemple de l'Ouganda, un des 17 pays éligibles aux termes de Naples (1994) et parmi les quatre (Bolivie, Guyane, Mali et Ouganda) qui ont vu le stock effectif de leur dette réduit : "si l'Ouganda bénéficia d'une réduction au taux supérieur de 67%, le montant des dettes éligibles à un allègement ne s'éleva qu'à 110 millions sur un total de 831 millions USD, l'allègement effectif ne représentant que 3,2% de la dette totale ougandaise" (*op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 141).

¹²⁴ Cf. "Soucieux d'alléger et de recentrer sa conditionnalité, le FMI consulte l'opinion publique" *FMI Bulletin*, vol. 30, n° 7, 9 avril 2001 ; voir aussi, le site du FMI (imf.org).

A/ L'aménagement du territoire

Les développements des idées de A. Pigou¹²⁵ sont à l'origine de la propagation des zones franches. Les externalités produites par les entreprises dans la région où elles s'installent font partie des arguments amenant un Etat à établir un régime de zones franches d'exportation. Le terme de "zone" sous-entend par la force des choses un endroit localisé, déterminé par les instances politiques en fonction de l'intérêt, lui aussi, politique. En d'autres termes, l'établissement d'un régime de zones franches d'exportation participe à la politique d'aménagement du territoire de l'Etat en cause. L'Etat, par l'octroi des divers privilèges aux investissements, veut obtenir l'adhésion des investisseurs à ses propres objectifs, notamment la correction des déséquilibres créés par les polarisations des ressources autour de grandes métropoles. Comme l'a bien remarqué M. Jose Amado : "*(Free export processing zones) are frequently located in remote and relatively poor regions of the country because they facilitate industrial decentralization and regional development*"¹²⁶. Un nombre élevé de pays en développement s'efforcent, en concentrant les incitations dans une zone franche, de relier à l'économie nationale certaines régions enclavées, n'ayant parfois aucune tradition industrielle.

Cependant, l'Etat ne réalise pas toujours ces objectifs. Ainsi, à Madagascar, le premier texte prévoyait la création de zones, périmètres matériellement délimités, clôturés de murs, à l'intérieur desquelles allaient s'implanter principalement des entreprises industrielles de transformation dont la production était exclusivement destinée à l'exportation. Deux sites étaient pressentis : un à Antananarivo et un autre dans la région portuaire de Toamasina. A titre exceptionnel, l'implantation à l'extérieur de ces zones d'entreprises franches était autorisée, justifiée par la proximité d'approvisionnement en matières premières et de la main d'œuvre. Dès le début, il est apparu que l'exception est devenue la règle. La plupart des investisseurs demandant le bénéfice du régime voulaient profiter du statut d'entreprises franches sans être contraints à s'installer dans une zone pré-établie. Après dix ans de fonctionnement, plus de 80% des entreprises franches exerçaient dans la capitale et 94% dans la région d'Antananarivo. Les raisons invoquées par M. Robin Rasolofo, tiennent "à la disponibilité d'une main d'œuvre abondante qualifiée et du niveau de développement des infrastructures"¹²⁷. Une infrastructure développée représente donc un avantage incitant les investisseurs à s'installer et non pas un avantage à attendre de leur présence. Il en est de même, apparemment, de la qualification de la main d'œuvre. C'est pourtant un des bienfaits

¹²⁵ Cf. note Erreur : source de la référence non trouvée.

¹²⁶ AMADO Jose Daniel, " Free Industrial Zones : Law and Industrial Development in The New International Division of Labor ", *University of Pennsylvania International Business Law*, vol. 11 : 1, 1989, p. 97.

attendus du transfert de technologies entraîné par la localisation des industries dans les pays en développement.

B/ Le transfert de technologie

Dans le monde contemporain, développement scientifique et technique et développement économique sont étroitement imbriqués. Ils le sont tellement qu'ils sont assimilés dans la même notion de développement, ou du moins sont généralement considérés comme au service de ce dernier. Plusieurs discours énoncent ainsi la nécessité pour le développement de la technologie et prônent son transfert des pays développés vers les pays en voie de développement. Comme le souligne le programme d'action pour la science et la technique au service du développement adopté par consensus à la séance plénière du 31 août 1979 de la CNUSTD, la science et la technique visent à "améliorer" le bien-être de l'humanité tout entière et "les capacités scientifiques et techniques du monde entier (devraient) être créées et réparties de façon équitable"¹²⁸. Or les relations internationales jusque-là établies dans ce domaine n'ont pas permis d'atteindre les objectifs mis en avant dans ces Résolutions incantatoires.

Le régime des investissements dans les zones franches incite le secteur privé à adopter cet objectif de transférer des technologies. Pour les économistes, tels MM. Lorot et Schwob, "l'investissement direct privé, c'est-à-dire l'établissement d'une unité de transformation et/ou de production, est la façon la plus sûre pour un pays d'acquérir le savoir-faire sur un sujet ou une technique donnée. Les opérations de production procèdent directement d'un processus technologique appliqué à l'activité productrice considérée"¹²⁹. Les investisseurs, en effet, dans leur intérêt bien compris, introduisent les nouvelles techniques auxquelles ils forment leur personnel. Cependant, la formation du personnel n'est pas explicitement obligatoire. Ainsi, dans les lois et décrets établissant le régime malgache des zones franches, on ne trouve de

¹²⁷ RASOLOFO Robin, *L'application du Régime de zones franches à Madagascar : points de vue des différents intervenants*, Documents d'études, Ministère de l'industrialisation et de l'artisanat, Antananarivo, Octobre 1999, p. 3.

¹²⁸ Conférence des Nations Unies sur la science et la technique au service du développement (Vienne, 20-31 août 1979). Cf., par exemple, A. LANGLOIS, *Les Nations unies et le transfert de technologie*, Economica, Paris, 1980 ; ou encore, JUDET-PERRIN-KAHN-TOUSCOZ et als, *Transfert de technologie et développement*, Librairies techniques, 1977.

¹²⁹ LOROT & SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, La documentation française, Paris, 1987, p. 81.

dispositions concernant cette contribution au progrès social que de façon incidente : la demande de permis de travail pour le personnel salarié étranger doit comporter un "état de réalisation du plan de formation du personnel malgache"¹³⁰. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà constaté par rapport à la création d'emplois attendue de l'établissement d'un régime de zones franches, si les entreprises franches sont généralement de forte intensité de main-d'œuvre, les tâches distribuées sont de faible intensité de qualification tandis que les postes de responsabilité, de gestion et d'organisation du travail sont, dans la majorité des cas, détenus par des expatriés. Car, comme l'ont bien analysé les économistes de l'OCDE, MM. Basile et Germidis, les industries orientées vers l'exportation sont le plus souvent incluses dans une forte intégration verticale du processus de production multinationale : "celles-ci ne sauraient que favoriser des activités routinières, souvent fortement automatisées comme c'est le cas pour l'industrie des composants électroniques (ou l'industrie textile), et donc peu valorisantes, faisant appel à une main-d'œuvre sans qualification, l'adaptation aux emplois créés ne nécessitant que quelques jours d'apprentissage. De plus, le caractère spécialisé des tâches empêcherait que toute qualification acquise, aussi faible soit-elle, puisse bénéficier à d'autres productions"¹³¹. Ce qui évidemment rend sceptique quant à l'impact d'un régime de zones franches en ce qui concerne le transfert de technologies.

La contribution au développement général d'un régime de zones franches quoique qualitativement faible reste cependant quantitativement cruciale compte tenu des insuffisances de ressources liées au sous-développement. L'investissement étranger direct dans une zone franche d'exportation est en soi positif pour les économies en développement. Car, comme on a pu l'observer, ces dernières sont particulièrement préoccupées par l'obtention de ressources extérieures nécessaires à la réduction de l'endettement. En dehors de l'apport en devises constitué par les recettes de l'exportation, l'investissement étranger direct dans une zone franche amène avec lui une technologie, des machines-outils qui ne seront plus à importer, c'est-à-dire dont le coût n'est pas à déduire des maigres réserves en devises internationales de l'Etat initiateur. Les emplois qu'il procure directement et indirectement, malgré une faible

¹³⁰ Art. 2, paragraphe 6, de l'Arrêté n° 2170/90 du 12 avril 1990 du ministre de la fonction publique, du travail et des lois sociales, portant composition du dossier de demande de permis de travail des travailleurs salariés expatriés des entreprises agréées au titre du Régime de zones franches industrielle, *in Régime de zones franches*, Recueil des textes, Ministère de l'Industrie et de l'Artisanat, Antananarivo, décembre 1992, p. 53. Par ailleurs, les entreprises franches sont libres de déterminer comme elles l'entendent leur effectif (personnels étrangers ou nationaux).

¹³¹ BASILE Antoine et GERMIDIS Dimitri, *Investir dans les ZFIE*, Centre de développement de l'OCDE, Paris, 1984, p. 67.

qualification, résolvent substantiellement le chômage. Si le gain escompté d'une façon générale de l'établissement d'un régime de zones franches n'est sans doute pas négligeable, l'objectif primordial de l'Etat reste le contrôle territorial des investissements, objet notamment d'une sourde lutte pour la souveraineté économique des pays en développement depuis les indépendances.

Section 2 : Le contrôle des investissements étrangers

Les Etats, malgré un contexte de libéralisation générale des mouvements des capitaux, entendent contrôler ces derniers dans un sens compatible avec leurs intérêts. La réglementation des investissements directs étrangers manifeste la volonté de l'Etat d'accueil d'exercer sa souveraineté économique sur son territoire. Il définit à cet effet l'admission et le traitement des investissements originaires d'autres pays en fonction des orientations de sa politique économique. Le but de ce contrôle ne vise donc ni à restreindre les investissements ni à les empêcher. Il s'agit plutôt d'arriver à réglementer efficacement et judicieusement leurs activités *id est* canaliser leur développement de façon à éliminer sinon à diminuer les effets néfastes tout en encourageant les contributions positives à l'économie nationale. L'idée est analogue à celle évoquée par le professeur Berthold Goldman quant au contrôle étatique des entreprises multinationales défini comme "étant l'exercice de l'ensemble des compétences dont des Etats disposent à leur égard, non plus pour assurer leur protection, mais pour leur imposer de se constituer, de fonctionner et d'exercer leur activité conformément aux objectifs politiques, économiques et sociaux de ces Etats"¹³². Le régime de zones franches ainsi établi vise à promouvoir l'intérêt général défini par le souverain en tenant compte de l'intérêt des investisseurs à s'installer sur son territoire. Les équilibres successifs obtenus dans la confrontation de ces deux intérêts ont formé le fil de l'évolution de la réglementation nationale des investissements directs étrangers qui est passée du contrôle rigide au contrôle par les incitations. Avant de développer le contrôle exercé par la voie des incitations dans un régime de zones franches lors de l'admission (II) mais aussi dans l'orientation des investissements (III), rappelons les grandes lignes de cette évolution (I).

I/ Evolution générale : du contrôle strict au contrôle par les incitations

¹³² GOLDMAN Berthold, *Les entreprises multinationales*, Session d'Oslo de l'Institut de droit international, *A.I.D.I.*, 1977, vol. 57, t. I, p. 365.

La plupart des analyses juridiques distinguent trois types de réglementations en fonction du traitement que l'Etat accorde à ses nationaux : la réglementation de contrôle autorise ou non la constitution d'un investissement et lui accorde le traitement national ; la réglementation d'incitation traite plus favorablement que ses nationaux l'investisseur étranger agréé et la réglementation de dissuasion impose des obligations relatives à l'intérêt général à la charge de l'investisseur étranger¹³³. Une fois les investissements admis souverainement sur le territoire, ils reçoivent donc un traitement régi par le droit national qui exerce ainsi un contrôle direct.

Le pouvoir unilatéral de modification de ce régime par l'Etat d'accueil peut cependant être préjudiciable aux investisseurs déjà présents, et ultérieurement à la venue de nouveaux puisqu'il instaure un climat de méfiance. Les problèmes auxquels ont été confrontées les relations d'investissements Nord-Sud, dans les années 60 et 70, trouvent leur origine dans "cet aléa de souveraineté"¹³⁴. Les modifications de la législation nationale peuvent en effet aboutir à des expropriations rampantes ou à des nationalisations. Les conditions d'admission et le traitement des investissements relevant d'un droit acquis auprès d'un gouvernement - colonial ou non mais, en l'occurrence, non reconnu par le gouvernement expropriant -, peuvent alors être remis en cause. Cette question perturbatrice de la souveraineté fait que les partisans d'une économie libérale ciblent leurs efforts pour en annihiler les effets, soit en niant les compétences économiques de l'Etat d'accueil, soit en les liant dans un ordre supranational non-susceptible de variation unilatérale.

Dans un premier temps, en effet, face à la revendication des Etats d'accueil de leur souveraineté permanente sur leur économie, des auteurs se sont efforcés de distinguer deux sphères distinctes du pouvoir : celle du politique et celle de l'économique ; ce qui implique la dépolitisation ou désétatisation de l'économique. Le professeur W. Röpke dit notamment : "As a logical consequence of the principle of the separation between *imperium* and *dominium*, which as we have seen, was one of the main pillars of liberal world order, the institution of private property was practically independent of the question of what State had sovereignty over

¹³³ CNUCED, *Compilation des lois, mesures et pratiques relatives au transfert de technologie*, Textes réunis par le Secrétariat de la CNUCED : TD/B/CG/AC/1/2. Suppl. 1 / Add. 1, 4 février 1975, TD/AC/1/2, 10 septembre 1976 et TD/B/CG/48, 28 août 1979 ; FEUER Guy et CASSAN Hervé, *Droit international du développement*, Dalloz, Paris, 1985, pp. 244-248 ; CARREAU et JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 4ème éd., 1998, pp. 473-479.

¹³⁴ WEIL Prosper, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", in *Mélanges offerts à Charles Rousseau, la communauté internationale*, Pedone, Paris, 1974, p. 302.

the territory where the privately owned property was, and also independent of the nationality of the owner ... Private property was one thing and sovereignty was quite another thing, of course, the separation could never be quite complete. The natural resources of the world were owned and exploited by private persons or corporations in which anybody, whatever his nationality, could buy shares on the world's stock exchanges. The question of what State was wielding sovereign power over the territory where those resources were located was never absolutely immaterial but its significance was reduced"¹³⁵.

Pour les Etats nouvellement indépendants de l'époque cependant, il s'agissait de rappeler que sans la souveraineté économique, la souveraineté n'est que formelle et que le pouvoir économique doit être subordonné au pouvoir politique. L'invocation de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles présentait alors, comme le remarquent les professeurs Carreau et Juillard, "une double utilité" : "D'une part, elle permettait un apurement du passé, en ce qu'elle justifiait l'intervention des mesures d'expropriation ou de nationalisation qui frappaient les investissements des ressortissants des puissances coloniales au mépris du principe indemnitaire (...). D'autre part, elle préservait, pour l'avenir, le libre choix des orientations économiques, en affirmant le droit de l'Etat territorial à asseoir un contrôle strict sur l'admission des investissements étrangers"¹³⁶. Ce principe a reçu un début de reconnaissance dans une Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies en 1952¹³⁷. Les efforts des partisans de la liberté des investissements se tournèrent alors vers la liaison des compétences économiques étatiques dans un ordre juridique international de plus en plus contraignant.

Dans un second temps, si la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et, par extension, de l'économie a été généralement acceptée, elle ne l'est que sous la réserve importante de son exercice "en conformité avec le droit international"¹³⁸. L'origine étrangère

¹³⁵ W. ROPKE, "Economic Order and International Law", *R.C.A.D.I.*, 1954, II, p. 207-270.

¹³⁶ CARREAU et JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 4ème éd., 1998, p. 421.

¹³⁷ Résolution 626 (VII) du 24 décembre 1952. Texte reproduit in STERN Brigitte, *Un nouvel ordre économique international*, Economica, Paris, 1983, Doc. 10.

¹³⁸ Paragraphe 4 de l'article I de la Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 de l'Assemblée générale de l'ONU sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Texte reproduit in Brigitte STERN, *précité*, Doc. 15. Cette Résolution est considérée comme ayant obtenu "l'assentiment d'un grand nombre d'Etats représentant l'ensemble des régions géographiques, mais également l'ensemble des systèmes économiques" (René-Jean DUPUY, *Sentence arbitrale Topco*, du 19 janvier 1977, § 84, point 1, reproduit in *J.D.I.*, n° 2, 1977, p. 376.) ; par opposition, la Résolution 3281 portant Charte des droits et devoirs économiques des Etats (1974), contenant le même principe quant à l'admission des investissements et d'autres plus radicaux notamment en ce qui concerne la nationalisation, n'a pas bénéficié d'un consensus international.

des investissements conforte la présence d'un droit international général qui impose un standard minimum. Ce dernier contenait essentiellement des principes aptes à la protection des investissements. De nouveaux principes visant leur liberté de circulation et de gestion s'établissent peu à peu par conventions grignotant les compétences reconnues des Etats d'accueil. Le désir de créer un climat de confiance propice aux investissements pousse en effet les Etats exportateurs d'investissements à établir avec les Etats importateurs des traités de promotion et de protection et à adhérer à des instruments multilatéraux agrandissant l'espace de liberté des investissements. Si cet espace internationalisé est regardé selon les auteurs comme favorisant les investisseurs ou comme équilibrant le rapport entre l'Etat et les investisseurs, il est manifeste qu'il rogne les compétences étatiques de contrôle direct. Or, plus l'Etat accepte de lier ses compétences, mieux il sera classé dans la concurrence pour attirer les investissements et ainsi, pouvoir les guider. Les règles favorisant l'internationalisation qu'il adopte agissent autant sinon plus que les incitations financières ou fiscales qu'il offre. Le régime de zones franches d'exportation comporte ces deux éléments d'incitation. Du contrôle direct, peu à peu abandonné pour des raisons tactiques, l'on est donc passé à un contrôle par les incitations. A cette fin, les obligations de résultats et les incitations à l'investissement sont liées par les Etats dans un régime de zones franches d'exportation lors de la procédure d'agrément. Le contrôle désiré de ces capitaux comprend ainsi leur orientation dans le choix d'une localisation (dans le territoire de l'Etat incitant) et vers un résultat obligatoire (l'exportation) mais aussi dans l'adoption d'une forme (l'investissement direct). Il apparaît en mettant en évidence le contraste entre, d'une part, le traitement d'un investissement désiré établi dans un régime favorisé et soumis à agrément et, d'autre part, celui d'un investissement non-encouragé, établi dans le régime de droit commun ne nécessitant pas une autorisation préalable. En l'occurrence, ce contrôle réside dans l'admission des investissements au régime de zones franches (II) et par leur orientation vers le commerce extérieur (III). Le gain dans le contrôle des investissements est d'autant plus efficace que le régime spécial est préféré par les investisseurs au régime de droit commun.

II/ L'admission des investissements directs étrangers

L'admission des investisseurs étrangers et ses modalités sont formellement à la discrétion du pays d'accueil. C'est là un principe bien établi du droit international coutumier qui a été repris par la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale de l'ONU du 14

décembre 1962 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles déjà citée, en son article I, paragraphe 2¹³⁹. Ce principe de souveraineté fondant une capacité virtuellement illimitée d'édicter des normes juridiques sur le chef de compétence tiré de la territorialité se fait fâcheusement grignoter dans la réalité des rapports économiques. En effet, la demande y est réputée excédant l'offre d'investissements et les procédures lourdes y sont considérées comme autant d'obstacles à leur épanouissement. Les professeurs Carreau et Juillard font ainsi remarquer que "les Etats qui mettraient en œuvre une politique de dissuasion - *id est*, dont les préoccupations de développement économique sont équilibrées par les préoccupations d'indépendance politique - se placeraient automatiquement en dehors des courants d'investissements, déjà fortement amoindris par rapport à ce qu'ils ont été dans le passé"¹⁴⁰. D'après une note du secrétariat de la CNUCED, si "les contrôles, restrictions et conditions d'entrée font partie des moyens que les pays d'accueil mettent au service de leur stratégie de développement, la mondialisation les pousse cependant de plus en plus à ouvrir leur marché aux investisseurs et à leur accorder le traitement national"¹⁴¹. Le professeur Patrick Juillard - bien que, de son point de vue, l'octroi de ce traitement national à l'admission des investissements étrangers soit équivalent à l'adoption d'un régime de porte ouverte¹⁴² -, affirme curieusement que les Principes directeurs de la Banque mondiale de 1992, dans ce domaine, sont restés "en deçà de l'acceptable". Car, la solution retenue, regrette-t-il, "réaffirme l'existence d'un droit souverain de contrôle sur l'admission des investissements étrangers, même si, par ailleurs, les Etats sont invités à faire exercice de ce droit avec modération"¹⁴³. Pour garantir la liberté des investissements, en effet, un régime de traitement

¹³⁹ "La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources (naturelles) ainsi que l'importation de capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités".

¹⁴⁰ CARREAU et JUILLARD, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 477. La définition d'une politique de dissuasion des investissements est donnée par les auteurs à la page précédente.

¹⁴¹ Conseil du commerce et du développement, Accords internationaux d'investissement : concepts autorisant une certaine flexibilité aux fins de promouvoir la croissance et le développement, CNUCED, TD/B/COM.2/EM.5/2, Genève, 5 février 1999, p.13.

¹⁴² Il explique, en effet, que "il ne pourrait y avoir, dès lors, de contrôle de l'admission des investissements étrangers, puisque, par définition, il n'y a pas de contrôle de l'admission des investissements nationaux" (JUILLARD Patrick, "A propos du décès de l'A.M.I.", *A.F.D.I.*, 1998, p. 609).

¹⁴³ JUILLARD Patrick, "L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ?", in Journée d'études, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, S.F.D.I., Pedone, Paris, 1999, p. 56.

national en phase de pré-investissement doit encore être accordé par l'Etat d'accueil dans une convention internationale pour les ressortissants des Etats signataires ou bien, d'une manière plus générale, dans une loi nationale.

D'une part, le cas peut se produire lorsque le gouvernement d'un Etat importateur d'investissements, par souci de promouvoir les investissements et/ou pour assurer la crédibilité d'un programme d'ajustement structurel lors de négociations avec des bailleurs de fonds, supprime unilatéralement le contrôle de droit commun à la constitution des investissements sur son territoire en réservant tout de même certains domaines stratégiques à sa discrétion. Ainsi, le gouvernement malgache, en application du Document cadre de politique économique servant de base aux négociations avec les institutions de Bretton Woods pour l'obtention de crédits d'ajustement structurel, supprime l'approbation préalable des apports en capital par les étrangers en 1996¹⁴⁴. Dorénavant, toute personne peut constituer sans discrimination un investissement sur le sol malgache, dès lors qu'elle remplit les conditions requises et énoncées dans le droit commun, établi dans le Code général des impôts et dans le Code des douanes. Une étude de M. Antonio R. Parra montre une évolution similaire quant aux nouvelles lois sur les investissements adoptées depuis les années 90 par 45 pays en développement ou en transition. Le conseiller juridique du CIRDI dit notamment : "Thus several of the newer investment laws provide in principle for open admission while limiting exceptions to that principles to investments in sectors specified in a negative list attached to the law"¹⁴⁵.

D'autre part, le régime de porte ouverte peut être adopté par un Etat dans une relation conventionnelle. Si le principe de souveraineté exige l'acquiescement de l'Etat à l'accueil des investissements étrangers sur son territoire, cette compétence trouve bien entendu ses limites dans les obligations spécifiques auxquelles il a pu se soumettre dans le cadre des engagements internationaux qu'il a souscrits. Un *dictum* de la sentence arbitrale dans l'affaire dite du *Lac Lanoux* (1957), entre la France et l'Espagne, constitue une illustration de ce principe : "la souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption ; elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne fléchit que devant

¹⁴⁴ La nouvelle loi n° 21/96 du 25 juillet 1996 sur les investissements à Madagascar abroge la loi n° 89.026 du 29 décembre 1989 portant Code des investissements. Cf. Document cadre de politique économique, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 12-13.

¹⁴⁵ PARRA Antonio R., "The Scope of New Investment Laws and International Instruments", in PRITCHARD Robert (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, Kluwer Law International, The Hague (The Netherlands), Cambridge (Massachusetts, USA), 1996, p.29.

elles"¹⁴⁶. Ainsi, le professeur Charles Leben note que, du fait du Code de la libération des mouvements des capitaux adopté en 1961 et de ses multiples amendements, non seulement "il existe une libre circulation des capitaux entre les pays membres de l'OCDE, (mais aussi) depuis 1984, un droit d'établissement au profit des ressortissants des Etats membres de l'organisation"¹⁴⁷. Certains traités bilatéraux relatifs aux investissements, à l'instar de ceux promus et signés par les Etats-Unis d'Amérique, confèrent aussi aux ressortissants des Etats parties une liberté d'établissement limitant le contrôle des Etats d'accueil¹⁴⁸. Si cette pratique imposant conventionnellement le traitement national (liberté d'investissement) à leur admission dans le pays d'accueil est relevée par tous les auteurs comme minoritaire et propre aux Etats-Unis, elle est considérée également comme annonçant les évolutions futures¹⁴⁹. L'achoppement sur ce point de l'accord multilatéral sur les investissements, discuté au sein de l'OCDE, confirme néanmoins la validité de la règle traditionnelle d'entière liberté de l'Etat d'accueil dans l'admission des investissements.

Quoiqu'il en soit, les impératifs d'allègement des procédures pour séduire le marché tendent à prévaloir actuellement sur ceux de la libre détermination. L'Etat est alors conduit, au lieu et place d'imposer un système souverain d'autorisation et de prohibition, à manipuler des réglementations tendant à des traitements différentiels incitatifs. Néanmoins, il faut souligner avec Mme C. Vadcar que "le caractère incitatif des réglementations ne préfigure pas un système de liberté totale en termes de formalités en phase de pré-investissement"¹⁵⁰. Si les mesures mises en place dans ce cadre n'ont rien d'impératif pour les investisseurs, ces derniers pour obtenir les privilèges auxquels elles sont liées, sont obligés de s'y conformer¹⁵¹. Dans le but de les amener à agir d'une manière déterminée, englobant notamment la décision d'investir dans le pays offrant les incitations plutôt qu'ailleurs, des avantages économiques mesurables peuvent ainsi être accordés à des investisseurs. En effet, dans la mesure où ces incitations permettent d'améliorer les performances économiques des investissements *id est* assurent de

¹⁴⁶ Sentence du 16 novembre 1957, *Lac Lanoux, R.S.A.*, t. XII, p. 301.

¹⁴⁷ LEBEN Charles, "L'évolution du droit des investissements", in Journée d'études S.F.D.I. précitée note
Erreur : source de la référence non trouvée, p. 12.

¹⁴⁸ La convention type est reproduite in *A.F.D.I.* 1983, pp. 596-605 avec le commentaire de P. Juillard pp. 589-596.

¹⁴⁹ Dans ce sens, Juillard ou encore Leben précités.

¹⁵⁰ VADCAR Corinne, Droit de l'investissement, *Editions du Juris-classeur*, Fasc. 565-52, Droit international, 1999, p. 4.

¹⁵¹ Encore que certaines de ces mesures soient prohibées, comme on le verra *infra*, par l'accord M.I.C. faisant partie de l'accord O.M.C.

meilleurs profits, elles peuvent les attirer et les canaliser. Ces privilèges contenus dans un régime de zones franches ne sont pas, cependant, accordés à tout investissement : un agrément de l'Etat est nécessaire pour en bénéficier. L'Etat reprend donc ainsi en main ce qu'il a feint, choisi ou été contraint de choisir, d'abandonner par ailleurs.

Si les incitations, par l'octroi d'avantages, visent à attirer les investissements recherchés dans les frontières d'un Etat, *id est* sous son contrôle et avec son agrément, des prescriptions de résultats peuvent s'y rajouter dans le cadre d'un régime de zones franches pour obliger l'investisseur à s'engager à effectuer certaines opérations.

III/ L'orientation des investissements vers le commerce extérieur

Des prescriptions de résultats sont reliées aux incitations dans la procédure d'agrément des apports en capital dans un régime de zones franches. Ces prescriptions contribuent à orienter les investissements dans un sens conforme à l'intérêt général sinon à la politique de l'Etat d'accueil. Dans la mesure où l'Etat entend promouvoir l'investissement cependant, il ne peut s'écarter de ce qui est jugé "raisonnable". A ce sujet, des indications sont contenues dans les *best practices* des *Guidelines for the treatment of foreign direct investment* de la Banque mondiale de 1992¹⁵². Le concept de *best practice* est basé non sur un principe juridique obligatoire mais sur un principe de réalité. Sont ainsi considérés comme *bad practices*, "les obligations de résultat" qui "dissuadent souvent l'investisseur étranger d'investir dans le pays"¹⁵³. Si les *guidelines* n'explicitent pas plus amplement ces pratiques, le professeur Juillard, les commentant, donne des exemples d'obligations de résultats contre-productives comme les seuils de production ou d'exportation à réaliser¹⁵⁴. Il approuve ainsi certains codes d'investissement suivant les prescriptions de ces *guidelines* comme faisant "un réel effort de réalisme, qui contraste heureusement avec le déplorable irréalisme des décennies 1960 et 1970, qui en définitive, a dégradé le climat de l'investissement au seul détriment des pays en développement"¹⁵⁵. Or, c'est précisément à une de ces prescriptions de résultats jugées déraisonnables que s'attache le régime des zones franches, à savoir l'obligation d'exportation

¹⁵² *Guidelines for the treatment of foreign direct investment* de la Banque mondiale de 1992, point II, texte traduit (et commenté dans les pages précédentes) par JUILLARD Patrick, *A.F.D.I.*, 1992, pp. 802s.

¹⁵³ In *ibid.*

¹⁵⁴ JUILLARD Patrick, "Chronique de droit international économique : les investissements", *A.F.D.I.*, 1992, p. 790.

¹⁵⁵ In *ibid.*

des produits de l'investissement agréé et qui bénéficie de ce fait de privilèges exorbitants. L'Etat d'accueil compte justement sur ce lien entre avantages et obligation dans son contrôle des investissements afin d'une part, de les orienter vers l'exportation et d'autre part, de façon consécutive, de protéger son marché intérieur. Si le premier objectif apparaît dans la dénomination du régime, le second transparaît de ce que l'on peut appeler "l'effet négatif" du régime. Privilégier les activités exportatrices ne peut en effet raisonnablement s'entendre que si les autres activités ouvertes aux investissements étrangers ne bénéficient point des avantages qui font l'attrait des premières. Car si le marché intérieur ne peut être entièrement fermé aux investissements étrangers pour les raisons relevées précédemment, le droit commun applicable ne fournit pas forcément ni le traitement favorisé de ces apports en capital, ni le niveau de protection établi dans un régime spécifique.

L'Etat met en place un régime de zones franches en escomptant contrôler l'admission des investissements directs étrangers sur son territoire. L'Etat peut, en l'occurrence, louvoyer entre l'usage d'incitations significatives et celui de prescriptions de résultats aux investissements, reliés à une procédure d'agrément, de façon à les orienter, dès leur admission. Le régime de zones franches d'exportation assure ainsi une fonction de régulation sinon de direction manifestant la volonté de l'Etat d'accueil d'exercer sa souveraineté sur son territoire.

Conclusion relative au supplément de souveraineté escompté du pari

Si l'économie mondialisée met à mal la souveraineté de l'Etat, l'Etat n'a pas renoncé à exercer ses compétences économiques. L'économiste Charles-Albert Michelet décrit ainsi la nouvelle donne : "La véritable bagarre pour attirer les investissements directs se joue au niveau des incitations. Au lieu d'imposer des contraintes, les Etats se concurrencent désormais en octroyant de multiples avantages : subventions aux firmes, terrains gratuits et surtout exonérations fiscales"¹⁵⁶. C'est une percée du marché dans la logique des souverainetés. Les frontières étatiques ne pouvant plus empêcher le mouvement, la compétition au moins disant fiscal devient la règle pour attirer et retenir le capital. La construction juridique des zones franches est sous-tendue par cette double logique qui tout en permettant la libre circulation des investissements veut sauvegarder un contrôle territorial par les incitations. On peut comparer la démarche de l'Etat à une méthode utilisée par les marins corses pour maîtriser une partie de mer par trop mouvante. En tournant autour d'un point, les marins lissent la surface de l'eau dans le cercle décrit par leur embarcation. Ils y instaurent ainsi une certaine transparence. Dans le même mouvement, ils développent des clapotements hors du cercle. A l'image de la mer pour les marins, les investissements sur le territoire d'un Etat ne peuvent plus être entièrement soumis à ses impératifs de souveraineté. L'établissement d'un régime de zones franches est une tentative de voir clair, et donc de maîtrise, dans le mouvant marché des investissements. Le droit des zones franches est ainsi envisagé comme une tentative de réguler le mouvement des investissements, et par extension de l'économie. Là est le gain escompté du pari de l'Etat : un supplément de souveraineté. Cet espoir détermine effectivement l'engagement du pari ou l'exercice de la souveraineté de l'Etat.

¹⁵⁶ MICHALET Charles-Albert, "Une organisation mondiale de la globalisation est nécessaire", *Alternatives économiques*, n° 43, déc. 1996, p.23.

Chapitre 2 : L'engagement du pari : L'exercice de la souveraineté

Un régime de zones franches d'exportation a une double fonction. D'une part, il tend à assurer au pays d'accueil, à travers la définition des conditions d'agrément, un certain contrôle des investissements étrangers. Il contient d'autre part toute la gamme des moyens destinés à attirer ces investissements, notamment les garanties juridiques et les avantages de différentes natures assurés aux investisseurs étrangers. Ces deux fonctions sont liées dans le régime de façon à concilier l'intérêt général de l'Etat d'accueil et les intérêts des investisseurs.

Un régime de zones franches manifeste ainsi "les rapports de force" existant dans le droit économique annoncés par le professeur Alain Pellet¹⁵⁷. En l'occurrence, l'objet de notre étude résulte non seulement du pari d'un Etat sur le marché pour réaliser ses propres objectifs (d'intérêt général), par la loi du marché (en offrant suffisamment de gages pour que des intérêts privés s'y retrouvent) mais aussi, de la pression du marché qui oblige les Etats à une surenchère de mesures favorables pour attirer et retenir des investissements devenus trop mobiles. Suivant ainsi l'enseignement du professeur Pellet, nous distinguerons le "mode d'édiction" du régime de ses "modes de formation"¹⁵⁸. Le mode d'édiction répond à la question de savoir comment la compétence pour dire le droit est formellement exercée dans un domaine donné, tandis que les modes de formation révèlent les interférences extérieures dans l'élaboration de la loi. Avant d'aller plus loin, cependant, il nous faut préciser le présupposé qui permet à l'Etat d'établir une zone franche : le principe de compétence territoriale.

Section préliminaire : Le principe de la compétence territoriale

Un régime de zones franches d'exportation relève en principe de la souveraineté de l'Etat territorial. Il met en effet en œuvre les deux attributs fondamentaux de la souveraineté distingués par Michel Virally : "le droit exclusif pour l'Etat d'exercer le pouvoir étatique sur son territoire et le droit de se déterminer librement sur le plan juridique"¹⁵⁹.

D'une part, comme le rappelait Max Huber dans un passage souvent cité de sa sentence arbitrale du 4 avril 1928 dans l'affaire de *l'Ile des Palmes*, "la souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance" et il précisait que "l'indépendance relativement à une

¹⁵⁷ PELLET Alain, "Contre la tyrannie de la ligne droite", *Thesaurus accroasium*, vol. 19, 1992, Thessaloniki, p. 329.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 294.

¹⁵⁹ VIRALLY Michel, "Cours général de Droit international public" (1983), *R.C.A.D.I.*, t. 183, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / Lancaster, 1985, p. 80.

partie du globe est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques"¹⁶⁰. Les fonctions étatiques en question, ainsi que les définit le professeur Brigitte Stern, "c'est la compétence de régir tout ce qui touche les éléments constitutifs de l'Etat"¹⁶¹. Elle évoque par la suite , - outre celle en matière de droit de la nationalité consécutive au lien avec ses nationaux, et de même celles en matière de droit administratif, constitutionnel, fiscal, monétaire, inhérentes à sa souveraineté -, certaines compétences exclusives de l'Etat en matière de droit douanier, de droit du contrôle des changes, de droit de la réglementation de l'entrée et de la sortie du territoire comme consécutives du lien entre l'Etat et son territoire. Corollairement, comme le souligne M. Covey Oliver, la compétence est strictement territoriale "dès qu'une question touche au droit «public», celui qui met en jeu sa «souveraineté» ou son pouvoir de gouverner"¹⁶².

L'objet de notre étude correspond à un système dérogatoire en ce qui concerne la fiscalité (y compris la matière douanière), le droit des relations professionnelles, celui qui régit les finances extérieures et éventuellement aussi celui relatif au règlement des différends qui pourraient survenir à propos d'un investissement. Les fonctions en cause sont des fonctions essentielles ou régaliennes de l'Etat. Elles lui sont conférées dans un régime de zones franches par la localisation des investissements sur son territoire. Il lui appartient donc de les fixer comme il l'entend. Une telle réglementation correspond bien au fondement de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en décembre 1974 qui, afin de favoriser un nouvel ordre économique international, rappelle en son article 2.2.a que chaque Etat a le droit de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale¹⁶³.

D'autre part, le droit de se déterminer librement sur le plan juridique correspond à la faculté de choisir un régime politique, économique et social dans la pluralité des modes d'organisation existants¹⁶⁴. Grossièrement, sur le plan économique, un Etat peut adopter un régime de planification, un régime libéral ou un régime mixte. Le régime choisi conditionne,

¹⁶⁰ Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 281.

¹⁶¹ STERN Brigitte, "L'extraterritorialité revisitée", *AFDI*, XXXVII, 1992, p. 254.

¹⁶² OLIVER Covey T., "La compétence des Etats", BEDJAOUI Mohamed, dir., *Droit international. Bilan et perspectives*, Pedone, Paris, 1992, t. I, p. 326. L'auteur ajoute que le principe est "applicable aux normes du droit public de la réglementation, dont relèvent, par exemple, les lois ou les réglementations antitrust non pénales et celles qui visent les relations professionnelles, l'environnement, la sécurité, les activités économiques et les changes".

¹⁶³ Résolution 3281, texte reproduit in STERN Brigitte, *Un nouvel ordre économique international*, Economica, Paris, 1983, Doc. 3.

d'après le professeur Claude Champaud, les normes établies. Il explique ainsi qu'aux économies planifiées correspond "un droit économique directeur fait de normes rigides, formellement impératives", que les économies libérales "induisent un droit économique régulateur, ses mécanismes juridiques sont par essence correcteurs" et que la troisième voie, les économies mixtes "concilient les forces impulsives du marché et les orientations volontaristes de politiques économiques délibérées"¹⁶⁵. En ce qui concerne les investissements, ces trois politiques se rapportent aux choix de régimes distingués par les analystes, à savoir la réglementation de dissuasion, celle de contrôle et celle d'incitation. Bien que, comme le fait remarquer le professeur Juillard, "cette classification traditionnelle – et plus théorique que pratique – (ne soit) plus guère usitée, tous les pays, développés comme en développement, recourant désormais à la panoplie des incitations afin de promouvoir l'investissement international"¹⁶⁶, la faculté souveraine de choisir demeure et les possibilités d'aménagements d'une réglementation incitative restent illimitées. A cet égard, précisent les professeurs Carreau et Juillard, l'Etat peut ne pas se borner à accorder des allègements (premier type de législation d'incitation), mais va jusqu'à substituer un régime juridique à un autre (second type)¹⁶⁷. L'instauration d'un régime de zones franches relève de cette dernière catégorie. Une étude du Centre de développement de l'OCDE analysant la concurrence consécutive entre les Etats pour attirer les investissements directs étrangers fait la même distinction. Elle met en exergue deux sortes de politiques dans cette optique : celle "fondée sur les incitations" et celle "fondée sur les règles"¹⁶⁸. Les incitations y sont définies comme financières ou fiscales alors que les règles en question peuvent couvrir un ensemble plus large et plus hétérogène d'interventions du gouvernement. D'après M. Charles Oman, auteur de l'étude, les règles utilisées "comme moyens d'attirer les IDE", "vont de la modification de la réglementation relative aux droits des travailleurs ou à la protection de l'environnement – ou de la

¹⁶⁴ Cf. alinéa 4 de la Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 de l'Assemblée générale de l'ONU, Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, in THIERRY Hubert, *Droit et relations internationales : Traités, Résolutions, jurisprudence*, Montchrestien, Paris, 1984, p. 545.

¹⁶⁵ CHAMPAUD Claude, "Droit économique comparé et privatisation des économies administrées", *Mélanges Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 121s.

¹⁶⁶ JUILLARD Patrick, "L'évolution des sources du droit des investissements", *R.C.A.D.I.*, 1994/VI, t. 250, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, p. 42.

¹⁶⁷ CARREAU D. et JUILLARD P., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 477.

¹⁶⁸ OMAN Charles, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ?- Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de développement, O.C.D.E., Paris, 2000, notamment p.21.

modification des mesures d'application des règles en vigueur – à la signature de traités d'intégration régionale avec les pays voisins"¹⁶⁹. Parmi les autres moyens relevés, figurent les règles fixant une meilleure protection des droits de propriété intellectuelle, celles renforçant l'Etat de droit et améliorant les systèmes judiciaires, celles privatisant les entreprises publiques et déréglementant les marchés et, bien entendu, celles libérant les échanges et l'investissement. L'auteur cite aussi, dans cette seconde catégorie de sa classification, "la création de zones franches pour l'industrie d'exportation"¹⁷⁰. S'il est vrai que la plupart de ces zones se caractérisent par des règles distinctes du droit commun - notamment des normes de travail et un système de gestion des relations professionnelles visant un rendement rapide des investissements -, les Etats mettent aussi en place dans ces zones des infrastructures pour accueillir les entreprises et, en sus, leur octroient des privilèges fiscaux. L'instauration d'une zone franche industrielle d'exportation correspond donc à l'adoption d'une politique de compétitivité pour attirer les investissements, fondée à la fois *sur les incitations* et *sur les règles*¹⁷¹. Les unes et les autres sont fonction de la volonté formelle de l'Etat manifestée dans sa législation. Elles sont énoncées dans un régime juridique particulier formant le régime de zones franches. Ce qui confirme la remarque des professeurs Carreau et Juillard selon laquelle "de toute évidence, la création de ces zones n'entraîne pas renonciation, par l'Etat qui y procède, à l'exercice de sa souveraineté"¹⁷². Bien au contraire, elle est la manifestation du pari de l'Etat de contrôler les investissements, en particulier, et son économie en général. L'Etat use ainsi du seul moyen à sa disposition pour promouvoir ses intérêts, à savoir son pouvoir normatif. Son usage détermine à la fois l'engagement de l'Etat et la contrepartie exigée des investisseurs.

Ayant forcément un effet extérieur au territoire, cette volonté de l'Etat initiateur - de contrôler des éléments étrangers et d'imposer à leurs produits une destination extérieure - doit

¹⁶⁹ *In ibid.*, p. 22.

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ Du point de vue formel, par ailleurs, les incitations sont établies *aussi* par des règles, que ce soit par application d'une Loi de finances ou d'un régime spécifique de zones franches. L'utilité de la classification ne transparaît pas, même à la lecture des conclusions de M. Oman qui, d'un côté, appelle les gouvernements à abandonner les mesures discrétionnaires incitatives au profit d'instruments *fondés sur les règles*, mais, de l'autre, rappelle le risque de surenchères dangereuses, inhérent à toute concurrence pour attirer les IDE, même fondée sur les règles ; notamment quant à la révision à la baisse des normes de l'emploi et de l'environnement. L'aboutissement logique serait, à notre sens, d'opter pour une approche basée sur la coopération internationale, la politique qui vise la compétitivité dans l'attraction des IDE coûtant toujours cher à la collectivité d'accueil tant qu'elle est poussée à surenchérir dans sa concurrence avec une autre.

¹⁷² CARREAU et JUILLARD, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 475.

néanmoins tenir compte et composer avec d'autres volontés étatiques. Sans préjuger des normes que peut édicter l'Etat de nationalité de l'investisseur - normes dont l'applicabilité peut être discutée au-delà des limites de son territoire¹⁷³ – et des normes acceptées conventionnellement par l'Etat d'accueil, ce dernier peut réglementer librement la constitution des investissements étrangers dans le cadre de sa souveraineté territoriale et définir librement le régime juridique qui leur est applicable¹⁷⁴.

Si dans la formation du régime de zones franches interfèrent avec la volonté de l'Etat, la pression cumulative des intérêts privés et de la concurrence internationale, l'Etat manifeste sa compétence dans la définition de ses priorités, généralement exprimées par la diversité des régimes nationaux de zones franches édictés et particulièrement dans le choix des investissements admis au bénéfice du régime. Avant d'analyser la manifestation de cette souveraineté dans l'édiction et la mise en œuvre du régime (**section 2**), nous observerons sa réalité dans la formation du régime (**section 1**).

Section 1 : De la volonté de l'Etat dans la formation du régime

Marqués par les nécessités sociales, deux modes de formation qui ne sont pas exclusifs l'un de l'autre expliquent l'établissement par les Etats d'un régime de zones franches. D'un côté, une saine évaluation des besoins peut conduire à l'adaptation du modèle économique. De l'autre, les pressions tant économiques qu'idéologiques peuvent contraindre à l'adoption de ce régime concurrentiel pour attirer les investissements. Dans la pratique, des chevauchements et des interférences lient ces deux modes.

I/ Le mode autonome

Le pari de l'Etat peut être fondé sur l'observation de la réalité économique. Le déséquilibre en faveur de l'offre par rapport à la demande d'investissements rend les incitations diverses indispensables à leur installation ou à leur maintien. L'Etat importateur est d'autant plus poussé à accepter de payer au prix fort les investisseurs qui s'installent sur son territoire que, d'une part, les investissements directs étrangers sont devenus la source privilégiée, sinon principale, du financement extérieur de son développement et que, d'autre part, tous les Etats participent à la compétition pour les attirer.

¹⁷³ Cf., par exemple, STERN Brigitte, "L'extraterritorialité revisitée", *AFDI*, XXXVII, 1992, pp. 239-313.

¹⁷⁴ *A fortiori*, il en est de même quant à la réglementation des investissements nationaux.

Primo, l'investissement direct étranger est devenu une source de plus en plus privilégiée parmi les sources de financement extérieur privé. D'après une étude citée par *Finances et Développement*, sa part dans l'ensemble des ressources privées internationales, qui comprend aussi les investissements de portefeuilles et les prêts bancaires, est passée pour les périodes de 1978-81 et de 1990-95 de 11% à 20%¹⁷⁵. L'IDE, malgré sa capacité actuelle de localisation et de délocalisation, est d'autant plus recherché qu'il est reconnu plus stable et plus productif que les autres ressources. Il englobe toute ressource visant à créer ou à accroître des capacités de production. Non seulement il sert de conduit, même de façon modeste, au transfert de technologies, mais il augmente les capitaux disponibles et la formation du capital. D'après l'étude de MM. Bosworth et Collins précitée, l'IDE semble produire une augmentation de l'investissement intérieur de 1 pour 1, tandis que les entrées de capitaux de portefeuille semblent n'avoir pratiquement aucun effet sensible et que les prêts ont un effet intermédiaire. Par ailleurs, ces deux dernières formes d'apports en capital servent souvent, d'après des auteurs de la CNUCED, "à la recherche des profits à court terme" et ceux qui les gèrent sont "enclins à un comportement grégaire"¹⁷⁶. En effet, d'après de nombreuses études, lors des récentes crises financières (aussi bien lors de la crise asiatique de 1997-98 que pendant la crise mexicaine de 1994-95), les flux de ces apports de capitaux chutent abruptement, voire deviennent négatifs, alors que ceux des IDE ont été "remarquablement stables"¹⁷⁷. Cette "résilience" (*sic*) des IDE dans ce contexte et leur productivité conduisent les pays importateurs de capitaux à les préférer aux autres formes d'apports financiers étrangers et ainsi, à les privilégier par l'établissement de régimes spécifiques comme celui des zones franches.

¹⁷⁵ BOSWORTH Barry P. & COLLINS Susan M., "Capital Flows to Developing Economies : Implications for Saving and Investment", *Brookings Papers on Economic Activity* : 1, Brooking Institution, p. 143-169, cité par LOUNGANI Prakash et RAZIN Assaf, "L'investissement direct étranger est-il bénéfique aux pays en développement ?", *Finances & Développement*, juin 2001, p. 6.

¹⁷⁶ MALLAMPALLY Padma et SAUVANT Karl P., "L'investissement direct étranger dans les pays en développement", *Finances et Développement*, mars 1999, p. 35.

¹⁷⁷ LOUNGANI et RAZIN, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 6. Cf. aussi, par exemple, LIPSEY Robert, "Foreign Direct Investors in Three Financial Crises", *National Bureau of Economic Research Working Paper*, n° 8084, Cambridge, Massachusetts, 2001 ; DADUSH Uri, DASGUPTA Dipak et RATHA Dilip, "La dette à court terme et les récentes crises financières", *Finances & Développement*, décembre 2000, pp. 54-57.

Secundo, le nombre des pays intéressés augmente. Les Etats se lançant ainsi dans la compétition espèrent donc, par l'octroi de divers privilèges aux investissements désirés pour concilier leurs intérêts avec ceux des investisseurs, être préférés parmi tant d'autres.

La première zone franche industrielle d'exportation fut celle de Shannon, en République d'Irlande. Depuis 1947, l'aéroport de Shannon était déclaré franc par le *Customs-Free Airport Act*¹⁷⁸. Sa création a été motivée par l'importance du trafic aérien en transit entre l'Europe et les Etats-Unis d'Amérique. L'introduction d'avions transatlantiques gros porteurs va cependant menacer les activités de transbordement, entreposage et autres manipulations légères, telles les assemblages ou les re-packaging, en vue de la réexportation devenues essentielles à l'économie irlandaise. Les autorités réagissent et créent en 1958, une zone franche industrielle d'exportation dont l'objectif est de maintenir et d'attirer des activités industrielles. D'après M. Pascal Lorot, l'opération a été couronnée de succès : en 1984, "en plus du sauvetage des emplois menacés, la zone franche a permis la création de 23 000 emplois nouveaux"¹⁷⁹. Les facilités douanières et fiscales sont réputées à l'origine de ce succès. Des zones franches sur le modèle de Shannon s'épanouissent depuis hors du continent européen.

Depuis 1966, date à laquelle on ne comptait que deux zones franches d'exportation dans le monde des pays en développement - Kandla en Inde et Mayaguez à Porto-Rico -, d'autres exemples de régimes ont fleuri. L'île Maurice en est un des plus beaux fleurons¹⁸⁰. Lors de son accession à l'indépendance en mars 1968, de sérieuses questions se sont posées quant à sa capacité à survivre sans une aide extensive étrangère. Maurice représentait à l'époque le prototype de pays sous-développé dont l'économie était basée sur une monoculture (le sucre). Le chômage atteignait 20% de la population active et les jeunes arrivaient sur le marché du travail plus rapidement que l'économie locale ne pouvait fournir d'emplois. Ce taux de chômage élevé et le manque de capitaux internes ont alors persuadé le gouvernement d'établir son premier régime de zones franches d'exportation en novembre 1970¹⁸¹. L'expérience de l'île Maurice est généralement présentée et globalement perçue comme un succès¹⁸². En 1970, en sus des trois zones précitées, d'autres apparaissaient telles Kaohsiung à Taïwan, Bataan aux Philippines, la Romana en République Dominicaine, les 25 zones établies

¹⁷⁸ Cf. GUINCHARD Michel, "Le transit aérien direct, les zones franches sur les aéroports et les aéroports francs", *A.F.D.I.*, vol. 5, 1959, p. 227.

¹⁷⁹ LOROT Pascal, *Les zones franches*, Editions de l'Institut économique de Paris, 1984, p. 13.

¹⁸⁰ Pour ce développement, cf. , entre autres, The World Bank, *Mauritius Managing Success*, Washington, 1989.

¹⁸¹ "The Mauritius Export Processing Zones Act", 3 novembre 1970, *Revised Laws*, vol. 2, Port-Louis, 1981, pp. 693-697.

le long de la frontière mexicaine, Colon à Panama et Manaus au Brésil¹⁸³. Aujourd'hui, le BIT recense nombre d'Etats qui ont établi en tout 632 zones franches¹⁸⁴.

Il faut cependant rappeler que cela découle autant d'une vision stratégique que d'un véritable état de nécessité dû à l'asphyxie économique dans laquelle ces Etats peuvent se trouver. Le professeur Christian Hen citant une étude de la revue russe *Voprosi Ekonomiki* de juin 1996, mentionne parmi les motifs qui expliquent la volonté des pays de la Communauté des Etats Indépendants de créer des zones franches, "la recherche de l'autonomie économique de la part des Républiques et des unités territoriales et administratives, la nécessité de résoudre les problèmes soulevés par la crise économique mondiale, le désir d'attirer les capitaux étrangers pour financer les investissements nationaux"¹⁸⁵.

Si au départ, la démarche de ces Etats relevait de la recherche du renforcement de leur économie ou d'une voie de sortie du sous-développement, bien vite, par l'augmentation du nombre de ceux qui recourent au modèle, elle semble devenir une obligation mimétique sous la pression concomitante des réalités économiques et de l'idéologie libérale.

II/ Le mode mimétique

Dans un contexte marqué par le libéralisme, les initiatives favorisant le renforcement du secteur privé et la libéralisation générale de l'économie sont encouragées. Des mesures relatives à la déréglementation des marchés et à la libéralisation accrue des politiques régissant les échanges internationaux sont ainsi prises par les pays de l'OCDE, à l'instar de la politique néo-libérale du gouvernement de Mme Margaret Thatcher au Royaume-Uni ou celle du Président Ronald Reagan aux Etats-Unis d'Amérique au début des années 80. La déréglementation, la défiscalisation et la débureaucratization sont réputées essentielles à la bonne marche de l'économie¹⁸⁶. Le régime des zones franches épouse étroitement ces trois

¹⁸² BOST François, *Rapport sur les zones franches en Afrique subsaharienne*, éd. du Centre français du commerce extérieur, Paris, 2000, pp. 113-162 et p. 269 ; ou encore, LOROT & SCHWOB, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 75.

¹⁸³ BASILE Antoine et GERMIDIS Dimitri, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 26.

¹⁸⁴ OIT, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

¹⁸⁵ HEN Christian, "Les zones franches dans les pays de l'Europe centrale et orientale", in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (ss. dir.), *Les zones franches*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998, p. 98.

¹⁸⁶ Cf. SIAENS Alain, L'économie politique de la politique industrielle : L'éloge des 3D, *Gestion 2000*, n° 1, 1985, pp. 15-29.

thèmes. Aussi bien les pays en développement que les pays riches vantent ses mérites¹⁸⁷. La Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement¹⁸⁸, ainsi que l'Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel soutiennent la démarche des pays en développement vers l'adoption de régimes de zones franches industrielles d'exportation¹⁸⁹. M. Patrick Rakotonirina, le représentant de Madagascar auprès de l'ONUDI, faisant remonter l'initiative malgache à 1983, rapporte ainsi que "l'opération a bénéficié d'un financement de la Banque mondiale et l'assistance logistique (promotion, voyages, études) de l'ONUDI"¹⁹⁰. Il précise que "le gouvernement a voulu s'inspirer de l'expérience mauricienne. Le faible niveau des infrastructures est sans doute encore un handicap. Mais, du point de vue de l'environnement réglementaire, les autorités ont fait le maximum d'efforts pour ouvrir leur pays au nouveau vent du libéralisme économique"¹⁹¹. Outre le Sénégal (1974) et Madagascar (1989), d'autres pays africains ont suivi l'exemple mauricien : la Tunisie (1970,1992), l'Egypte (1980), le Togo (1989), le Kenya (1990), le Cameroun et le Nigéria (1991), le Mozambique (1993), Djibouti (1994), le Maroc, le Zimbabwe et le Ghana (1995) et la Namibie (1996).

Autre exemple, le professeur Christian Schulze de l'Université du Cap, enthousiasmé par les expériences namibienne et mauricienne, espère faire profiter l'Afrique du Sud des leçons de ses voisins dans un article qui "*is intended to hopefully further stimulate the debate as to whether South Africa should consider foreign experiences and take up the gauntlet and establish a free trade zone programme*"¹⁹². D'après M. François Bost, outre l'Afrique du sud, "douze pays africains ont fait savoir leur intention de se lancer dans la course : Bénin, Botswana, Congo-Brazaville, Côte d'Ivoire, Djibouti, Gabon, Gambie, Mauritanie, Rwanda, Sao Tomé, Soudan, Tanzanie"¹⁹³

Un grand nombre de pays en développement et de pays émergents – représentant les trois quarts de la population de la planète – sont passés de la même façon, depuis les années

¹⁸⁷ Cf. O.C.D.E., Promouvoir l'investissement direct étranger dans les pays en développement, Paris, 1992.

¹⁸⁸ Cf. CNUCED, "Zones franches, quels avantages pour les pays en voie de développement ?", *Bulletin*, n° 200, mars 1984.

¹⁸⁹ Cf. UNIDO, *Export Processing Zones In Developing Countries*, Working papers on structural change, n° 19, UNIDO/ICIS-1976, 1980.

¹⁹⁰ Cité par EWANE Lobé, "Zones franches : Coup de pouce américain", *Jeune Afrique Economique* n° 133, Juillet 1990, p. 85.

¹⁹¹ *In ibid.*, pp. 85-86.

¹⁹² SCHULZE H. Christian A. W., "The Free-Trade-Zone Programmes of Namibia and Mauritius and the Latest Developments in Europe : Lessons for South Africa", *CILSA*, XXXII, 1999, p. 170.

¹⁹³ BOST F., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 11.

70 pour les uns et à la fin des années 80 pour les autres, d'une stratégie relativement fermée et dirigiste à une politique axée sur le marché et l'attraction active de ces investissements directs étrangers.

De surcroît, le soutien sinon la promotion du régime de zones franches par les pays exportateurs de capitaux et par les opérateurs dans les zones franches déjà existantes pousse à l'extension du modèle. D'une part, en effet, des organismes comme le Centre français du commerce extérieur¹⁹⁴ ou l'*Overseas Private Investment Corporation* américaine vantent l'attractivité du modèle pour les investissements. Ainsi, l'organisme américain de promotion des investissements, l'OPIC, non seulement insiste sur l'intérêt du modèle pour un pays en développement mais va jusqu'à élaborer lui-même le projet afin que ce dernier l'adopte dans sa législation. L'OPIC a ainsi déterminé les gouvernements du Cameroun et du Togo à adopter un modèle très libéral où les autorités publiques, une fois le régime mis en place, doivent être le moins présentes possible. M. James Hall, expert de l'OPIC chargé de ces projets africains, affirme en effet que "les investissements privés vont assurer le contrôle du financement, de la construction et de la gestion de la zone". Car, généralement, explique-t-il, "les entreprises souhaitant s'installer dans une ZFI sont prêtes à payer deux ou trois fois plus cher la location d'un espace, lorsqu'il est géré par des opérateurs privés"¹⁹⁵. L'assistance de l'OPIC est allée jusqu'à la mise en place effective des régimes togolais et camerounais de zones franches¹⁹⁶. La zone franche de Lomé a été ainsi créée en 1989, d'après un auteur, "pour juguler la crise économique sur le conseil et financement de l'OPIC, l'USAID et l'ONUDI"¹⁹⁷. M. Boris Gombac prévient cependant des dangers d'une activité superficielle qui serait "l'amorce d'une recolonisation souterraine mais réelle des pays africains qui fourniraient en fait uniquement de la main-d'œuvre sous-qualifiée"¹⁹⁸.

La délocalisation consécutive des entreprises, des pays industrialisés vers les pays à faibles contraintes pour les investissements, bien que partielle n'en est pas pour autant moins pernicieuse pour les économies développées¹⁹⁹. L'étude précitée de l'OCDE montre que la

¹⁹⁴ Le CFCE et *Le Moniteur du Commerce international* ont organisé en juillet 1999 un séminaire sur les zones franches en Afrique subsaharienne : cf. *Le MOCI*, n° 1396, 1-7 juillet 1999, pp. 48s.

¹⁹⁵ HALL James, cité par EWANE Lobé, "Zones franches : Coup de pouce américain", *Jeune Afrique Economique* n° 133, Juillet 1990, p. 86.

¹⁹⁶ FRALON J.-A., "Les espoirs fous de la zone franche de Lomé", *Le Monde* du 7 octobre 1989, p.37.

¹⁹⁷ SITI Elliot Anani-Elana, La zone franche du Togo et les transports routiers : Togo - Etats du Sahel enclavés, Thèse, Université de Toulouse I, 1993, p. 108.

¹⁹⁸ GOMBAC Boris, Les zones franches en Europe, Bruylant, Bruxelles, 1991, p. 43.

¹⁹⁹ Cf. LEMESLE Raymond-Marin, *La délocalisation off-shore*, Col. Que-sais-je ?, PUF, Paris, 1995.

concurrence entre gouvernements pour attirer les investissements "pose des problèmes d'envergure aux décideurs des pays en développement comme à ceux des pays membres de l'OCDE"²⁰⁰. M. Oman voit ainsi "dans la prolifération des zones franches d'exportation un signe manifeste de l'intensification de la concurrence pour attirer les IDE"²⁰¹.

D'autre part, une association privée internationale, la *World Export Processing Zones Association*, contribue à accroître le nombre des zones franches de par le monde²⁰². Elle organise pour ce faire des salons de rencontres entre investisseurs et gouvernements importateurs de capitaux, conseille pour l'environnement légal, réglementaire et administratif qui lui paraît essentiel pour le succès d'une zone franche. Elle tend à présenter le régime de zones franches industrielles d'exportation devant les responsables des pays en développement comme un instrument nécessaire à leur croissance par la stimulation des exportations. Il est en effet crédité d'avoir permis à des pays d'Asie du Sud-Est de développer rapidement leur économie. Le cas de Taïwan qui a établi son régime de zones franches en 1970, est en la matière souvent cité : 250 entreprises implantées dans les trois zones industrielles créant 70.000 emplois, leurs seules exportations fournissant la moitié des devises du pays dès la fin des années 70²⁰³. De même, la Corée du Sud ou encore Singapour. Le modèle proposé par ces "petits dragons" n'a pas manqué de susciter l'engouement des Etats en développement en mal d'industrialisation. Haïti a ainsi mis en place un régime de zones franches après une présentation du modèle lors d'une conférence organisée par la WEPZA chez sa voisine et rivale, la République dominicaine²⁰⁴.

Réputé pour attirer les capitaux manquants aux pays en développement, le régime devient ainsi la panacée d'une politique industrielle balbutiante. Si nombre d'interférences marquent sa formation, l'édiction du régime et l'agrément des investisseurs qui ne peuvent pas faire abstraction de ces prédéterminations, n'en soulignent pas moins la compétence de l'Etat d'accueil dans l'établissement du régime.

²⁰⁰ HIEMENTZ Ulrich, Préface à OMAN Charles, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? - Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de développement, O.C.D.E., Paris, 2000, p. 8. Cf. infra Partie II, chap. II.

²⁰¹ *In ibid.*, p. 113.

²⁰² Cf. le site de la WEPZA.

²⁰³ COSTE Christine et EWANE Lobé, "Zones franches : Miracle ou mirage", *Jeune Afrique Economique* n° 133, Juillet 1990, p. 78.

²⁰⁴ Cf. BARBIER J.-P. et VERON J.-B., *Les zones franches industrielles d'exportation (Haïti, Maurice, Sénégal, Tunisie)*, Karthala, Paris, 1991, p. 37.

Section 2 : L'application du principe de compétence territoriale dans l'établissement du régime

Un régime de zones franches est un ensemble de dispositions élaborées, selon les ordres constitutionnels, par les pouvoirs législatif ou exécutif pour régir tout ou partie des activités économiques dans le domaine des exportations financées par les investissements privés nationaux ou étrangers. L'édition d'un régime de zones franches relève ainsi d'un acte unilatéral normatif exprimant l'engagement de l'Etat dans son pari de séduire les investisseurs et de les entraîner à participer à son développement. Elle peut être considérée, suivant l'expression du professeur Francine Demichel, comme une "arme juridique" permettant éventuellement "de mener une politique nationale contre les forces internationales"²⁰⁵. La souveraineté de l'Etat, ainsi définie, s'exprime généralement dans le choix des priorités manifesté et, plus particulièrement, dans l'agrément de l'investisseur au bénéfice du régime. Avant de développer cette logique de souveraineté dans la mise en œuvre du régime, nous observerons sa mise en place proprement dite.

I/ L'édition du régime : un acte législatif

Il s'agit de donner à cet instrument une autorité de nature à susciter la confiance de l'investisseur. Il faut, d'une part, lui assurer une publicité suffisante et, d'autre part, faire présumer de sa conformité à l'ordre juridique de l'Etat initiateur.

A/ De la publicité du régime

Le régime de zones franches est généralement établi par le pouvoir législatif. A l'instar d'un code des investissements, il est "fixé dans un cadre permanent et solennel"²⁰⁶. Si le temps de "la révérence qui, longtemps, a entouré l'œuvre de codification"²⁰⁷ est passé, l'effet attendu de transparence et de stabilité apparente des réglementations des investissements en zones franches reste le même. Les "*Guidelines*" de la Banque mondiale invitent, de surcroît, "chaque Etat à publier, sous forme de manuel ou sous toute autre forme aisément accessible aux autres Etats et à leurs investisseurs, toute l'information nécessaire et régulièrement mise à jour

²⁰⁵ DEMICHEL Francine, "Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines", in Mélanges Burdeau, *Le pouvoir*, LGDJ, Paris, 1977, p. 1063.

²⁰⁶ KAHN Philippe, "Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française", *JDI*, 1965/2, p. 340.

²⁰⁷ JUILLARD Patrick, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 54.

concernant ses lois, règlements et procédures intéressant l'investissement étranger"²⁰⁸. Ainsi, l'Etat malgache après avoir édicté une loi relative aux zones franches, a publié un recueil des textes intitulé "Régime de zones franches" en décembre 1992 comprenant la loi et ses divers textes d'application²⁰⁹. De même, tous les Etats initiateurs propagent et promeuvent, par tous moyens, tels les guides, salons, invitations de groupements représentatifs d'investisseurs (chambres de commerce et d'investissement ou autre) leur régime de zones franches.

Or, la question de la conformité de telle réglementation d'exception à un principe général d'égalité dans l'ordre juridique interne peut intriguer le juriste et rendre méfiant l'investisseur. Ce qui pose donc la question de sa constitutionnalité.

B/ De la constitutionnalité du régime

Parmi ceux qui constituent le socle commun des systèmes juridiques, le principe d'égalité est celui auquel il est fait le plus fréquemment référence²¹⁰. Bien que s'adressant tant aux capitaux étrangers qu'aux capitaux indigènes, tout régime de zones franches se caractérise essentiellement par le côté exceptionnel des avantages et garanties qu'il offre par rapport au droit commun. Ce régime, annonçons-nous, emprunte au concept traditionnel de zone franche la notion d'extraterritorialité douanière ; *id est*, une zone franche est considérée comme hors des frontières au point de vue de l'application de la réglementation douanière de droit commun. A cela s'ajoutent d'autres dérogations relatives à d'autres matières, telle la fiscalité et les règles sociales notamment. Il y a ainsi une nette rupture entre le régime de droit commun et celui qui nous concerne. L'inconstitutionnalité des mesures pouvant être un motif d'annulation du régime, l'incertitude à ce sujet peut fragiliser les relations instaurées entre l'investisseur et l'Etat législateur. Ce dernier pour maintenir la confiance quant à la sécurité juridique des investissements doit éviter cet écueil.

²⁰⁸ *Guidelines for the treatment of foreign direct investment* de la Banque mondiale de 1992, point II, paragraphe 6, texte traduit (et commenté dans les pages précédentes) par JUILARD Patrick, *A.F.D.I.*, 1992,p. 802.

²⁰⁹ Ministère de l'Industrie et de l'Artisanat, *Régime de zones franches*, Antananarivo, décembre 1992, 65 p.

²¹⁰ Voir CONSEIL D'ETAT, *Rapport public sur le principe d'égalité*, EDCE, n° 48, La documentation française, Paris, 1997, spéc. pp. 411s. Cf. aussi Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université d'Aix-Marseille, XIIIème table ronde internationale (12-13 septembre 1997) sur le thème des "Discriminations positives" dans 10 pays européens, ainsi qu'aux Etats-Unis, au Canada, au Japon, au Koweït, en Egypte et en Afrique du Sud, (Documents provisoires).

Si les Etats instituant un régime de zones franches ne possèdent pas tous un mécanisme de contrôle de constitutionnalité, chacun d'eux veille à bien délimiter le domaine d'application de la loi édictée, de façon à spécifier les investissements régis et exclure ainsi le risque de traiter différemment les choses égales. Certes, la loi attribue généralement le pouvoir d'accorder ou non les privilèges précités à une autorité administrative. Cette dernière soumet l'investisseur à des conditions particulières, lui fait prendre des engagements, lui demande des assurances. Il n'en reste pas moins que la loi définit étroitement les conditions dans lesquelles le pouvoir d'agrément peut être utilisé. Le régime octroyé relève d'un statut particulier défini par la loi. Il n'y a ici qu'une mesure unilatérale égale pour toutes les situations identiques : aucune entorse n'est faite au principe d'égalité, notamment face aux charges publiques. Ainsi, par exemple, la Loi malgache précitée réserve l'application du régime à tous les "investissements réalisés par des promoteurs nationaux ou étrangers, ou en association des deux, *dans des activités tournées vers l'exportation*"²¹¹. De même, le régime tunisien s'applique "aux investissements réalisés par toutes personnes physiques ou morales, résidentes ou non résidentes, dans les secteurs industriel, commercial et de services *orientés totalement vers l'exportation*"²¹².

Si la question de l'égalité dans la loi peut être résolue de cette façon, celle de l'égalité devant la loi reste posée. En effet, il demeure une inégalité entre les investisseurs bénéficiant du régime et les autres²¹³. Ce point ne semble avoir été abordé par aucune juridiction constitutionnelle de pays ayant mis en place un régime de zones franches d'exportation. Pas même ceux qui ont une jurisprudence sur le principe d'égalité bien établie comme, par exemple, l'île Maurice²¹⁴, ou encore l'Egypte. Bien que la constitution égyptienne de 1971 consacre le principe d'égalité²¹⁵, le domaine des investissements se caractérise par des formes

²¹¹ Article premier de la Loi n° 89-027 du 29 décembre 1989 modifiée et complétée par la Loi n° 91-020 du 12 août 1991, *Régime de zones franches* précité, p. 5. Nous soulignons.

²¹² Article 3 de la Loi n° 92-81 du 3 août 1992, portant création des zones franches économiques, transcrite en annexe in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (ss. dir.), *Les zones franches*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998, p. 188.

²¹³ Même en ne s'attachant qu'à ceux qui réalisent leurs investissements dans les activités tournées vers l'exportation, puisque nul n'est tenu de solliciter des avantages facultatifs.

²¹⁴ Cf. COLOM Jacques, *La justice constitutionnelle dans les Etats du nouveau Commonwealth : le cas de l'île Maurice*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, spéc. pp. 167s.

²¹⁵ L'article 8 impose à l'Etat d'assurer "l'égalité des chances", l'article 11 celle entre hommes et femmes et l'article 40 énonce "l'égalité devant la loi". Rapporté par EL ASSAR Youri, "Les discriminations positives en droit égyptien", in *Table ronde précitée*, documents provisoires I, p. 65.

de discrimination très importantes, notamment par la création de zones franches²¹⁶, sans que la constitutionnalité de ces dispositions ne soit contestée devant les juridictions compétentes. Pourtant, d'après un juriste de l'Université du Caire, M. Youri El Assar, "le principe d'égalité a fait l'objet de nombreuses applications par le Conseil d'Etat et par la Cour constitutionnelle sous différents aspects". De surcroît, le principe lie les différentes juridictions "sans besoin qu'un texte écrit le mentionne expressément"²¹⁷.

La réticence au contrôle de constitutionnalité des mesures relatives aux investissements semble être partagée par la plupart des Etats ayant mis en place un régime de zones franches. Est-ce dû à une simple négligence ou à un calcul réfléchi ? Où est cette "constitutionnalisation" dont on fait grand cas ailleurs²¹⁸ ? Ces Etats espèrent-ils se prévaloir de l'inconstitutionnalité de certaines mesures pour retirer éventuellement leurs engagements face aux investisseurs au moment opportun ?²¹⁹

Cela ne préfigure en rien, cependant, l'incompatibilité de ce régime avec un principe général d'égalité. En s'inspirant du droit comparé, l'on peut trouver des justifications à ce type de rupture de l'égalité. Ainsi, une rupture d'égalité est admise traditionnellement par le Conseil constitutionnel français dans un but d'intérêt général²²⁰. Aussi, en 1984, affirme-t-il que "le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation à la création et au développement d'un *secteur d'activité concourant à l'intérêt général*"²²¹. De même, en 1993, il réitère que "le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que, pour des motifs d'intérêt général, le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement d'activités

²¹⁶ Article 29 de la Loi n° 8 relative à l'encouragement aux investissements (1980), évoqué par EL ASSAR *précité*, p. 71.

²¹⁷ *In ibid.* L'auteur cite un arrêt du Tribunal du Contentieux administratif du 23 juin 1953, *Recueil*, 7^{ème} année, n° 883, p. 689.

²¹⁸ Nous entendons par "constitutionnalisation" ici, non pas l'enrichissement du bloc de constitutionnalité, mais l'intensification de la soumission des règles de rang inférieur aux normes constitutionnelles. *Cf.* par exemple, Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation du droit", *L'unité du droit. Mélanges R. Drago*, Economica, 1996, pp. 25-42.

²¹⁹ Nous laissons pour l'instant ouverte la question. *Cf.* la conclusion de ce chapitre.

²²⁰ Le président Braibant soulignait qu'elle était déjà inscrite à l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel "les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune". *Cf.* BRAIBANT Guy, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 97.

²²¹ Décision n° 84-184 du 29 décembre 1984, *Recueil des décisions du Conseil*, p. 94. Nous soulignons.

économiques et financières en appliquant des critères objectifs *en fonction des buts recherchés*²²². Les recettes d'exportation devenues vitales à l'Etat pourraient ainsi constituer l'intérêt général justifiant la rupture du principe d'égalité entre un régime de zones franches d'exportation et un régime de droit commun.

L'on peut aussi inscrire les régimes de zones franches dans ce que l'on appelle "les discriminations positives"²²³. Pour le Conseil d'Etat, "la discrimination positive est une catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité"²²⁴. Ainsi le Conseil constitutionnel considère-t-il, lorsque le projet de loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire de 1995 lui fut déféré que "le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitations au développement et à l'aménagement de *certaines parties du territoire* dans un but d'intérêt général"²²⁵. Appliquée à un régime de zones franches d'exportation, la théorie des discriminations positives permet d'évacuer les destinataires du dispositif - les investisseurs - et de sauvegarder l'idée de non-discrimination entre entreprises exportatrices, par la technique du zonage, et du même coup justifier le recours à la rupture d'égalité²²⁶. Certes, la réduction de l'inégalité entre deux parties du territoire passe parfois au second plan face à la nécessité d'engranger de devises, dans la définition des objectifs de l'Etat initiateur du régime. L'on s'en aperçoit notamment par le fait que des investisseurs puissent bénéficier de ce dernier sans pour autant être dans une zone circonscrite²²⁷. Toutefois, le but d'intérêt général demeure. Ainsi, l'on peut retenir que le régime de zones franches relève de l'instrumentalisation du droit par l'Etat pour arriver à des fins déterminées. L'efficacité, étant parfois "un principe alternatif à celui de conformité"²²⁸, devient sa justification.

Loin de l'action prométhéenne du souverain pouvant changer tout avec sa loi, le rôle de l'Etat ici se rapproche plus de celui de régulateur des fonctions économiques et sociales. La

²²² Décision n° 93-320 du 21 juin 1993, *DC*, p. 193. Nous soulignons.

²²³ PELLOUX, "Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français", *RDP*, 1982, spéc. pp. 921s.

²²⁴ Conseil d'Etat, *Rapport public sur le principe d'égalité*, Documentation française, 1996, p. 87.

²²⁵ Décision DC n° 94-358 du 26 janvier 1995, *Aménagement du territoire*, in *JORF* du 1er février 1995. Nous soulignons.

²²⁶ Cf. notre article "Les zones d'exception fiscale comme instrument de l'aménagement du territoire" (Contribution à la journée d'études sur le thème de l'aménagement du territoire, laboratoire de droit public, Université de La Réunion, 14 avril 2000), *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, vol. XVI, 1999-2000, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 255-274.

²²⁷ Comme le permet, par exemple, l'article 4 du régime malgache précité. Cf. *infra*.

souveraineté exprimée dans un régime de zones franches reste, pour reprendre le qualificatif d'un auteur, "modeste" : "Plutôt que de vouloir modifier les mécanismes sociaux et économiques, chercher à les harmoniser, mettre en relation, susciter des synergies, faciliter l'initiative. Plutôt que de faire des barrages et des conduites forcées pour interdire, accumuler, dévier des cours, aider à l'écoulement naturel des flux et à l'accomplissement harmonieux des fonctions"²²⁹. La conscience d'un périmètre d'intervention étatique généralement localisé face à un marché global des investissements oblige à ce réalisme. Destiné à les contrôler néanmoins, le régime réaffirme la règle traditionnelle d'entière liberté de l'Etat d'accueil dans l'admission des investissements.

Si l'engagement du pari de l'Etat pour le contrôle des investissements est constitué par l'établissement du régime national de zones franches, sa mise en application, notamment par l'agrément des investisseurs bénéficiaires, constitue l'acte positif par lequel il espère contrôler son pari.

III/ La mise en œuvre du régime : une procédure administrative

L'attribution du statut défini dans un régime de zones franches à un investisseur est liée à une décision de l'administration. Cette dernière doit reconnaître que l'activité envisagée correspond aux buts poursuivis par la loi. Elle lie l'attribution à l'attitude des intéressés. Il existe une contrepartie, tant du côté de l'investisseur qui s'engage à un certain comportement que de celui de l'autorité publique qui accorde le statut privilégié. Ce qui pose question quant à la nature éventuellement contractuelle des rapports entre les deux protagonistes. L'on ne peut cependant déterminer cette nature sans développer plus en avant l'agrément de l'investisseur à bénéficier du statut "franc".

A/ L'agrément des investissements

²²⁸ FRISON-ROCHE Marie-Anne, "Le droit de la régulation", *le Dalloz*, 2001, n° 7, p. 613. Elle cite en exemple le raisonnement de la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 28 avril 1998, où il fut validé l'usage par l'Autorité de régulation des télécommunications d'un pouvoir d'injonction alors même que la loi n'a pas conféré à cette dernière une telle prérogative, pour le motif que celui-ci était nécessaire à l'autorité pour remplir l'office que la loi lui avait confié.

²²⁹ CUBERTAFOND Bernard, *Souverainetés en crise ?*, *RDP* 1989, p.1289. L'auteur fait correspondre à "l'Etat modeste" de Michel CROZIER (*Etat modeste, Etat moderne*, Fayard, Paris, 1987) une souveraineté aussi "contrainte au réalisme".

Si la zone franche se veut un espace d'exception où les investisseurs sont relativement libérés des pesanteurs fiscales, bureaucratiques et réglementaires habituelles de l'Etat, elle n'en devient pas pour autant un espace hors de la sphère d'action de l'Etat. L'agrément consiste en effet en un accord de l'Etat pour que l'investissement projeté puisse bénéficier du régime de faveur. Il représente l'acte positif par lequel l'Etat espère contrôler son pari de faire coïncider l'intérêt général avec l'intérêt des investisseurs. Il veut s'en assurer *a priori* en sélectionnant les entreprises qui seraient bénéficiaires du statut franc. La procédure d'agrément est généralement inscrite dans le régime de zones franches. Ce dernier, d'une part, impose des conditions auxquelles les investisseurs doivent se soumettre pour être éligibles au régime de zones franches et, d'autre part, précise les obligations des entreprises agréées. L'Etat attend en effet des contreparties des investisseurs auxquels il a attribué des avantages. Inscrites comme des obligations des entreprises dans le régime, ces contreparties sont transformées en engagements individuels de chaque entreprise dans la demande d'agrément pour bénéficier du régime.

Par ailleurs, l'autorité administrative chargée de délivrer, le cas échéant, l'agrément qui non seulement autorise l'investissement mais lui octroie le traitement privilégié prévu, vérifie au cas par cas que le projet corresponde aux critères établis par la Loi. Nous allons voir la procédure, puis les conditions que les investisseurs doivent respecter pour être éligibles au titre du régime de zones franches.

1/ La procédure

Tout investisseur désirant bénéficier du régime de zones franches doit obtenir l'agrément de l'Etat hôte. Les modalités de l'octroi de cette autorisation sont assez proches dans les pays ayant mis en place ce régime.

Afin de faciliter les démarches administratives des investisseurs dès leur arrivée, un service d'accueil fait office de relais entre les investisseurs d'une part et les différents ministères de l'Etat et leurs branches accordant les différentes autorisations nécessaires d'autre part : permis de séjour, autorisation d'investissement, agrément au régime de zones franches. Ce système de guichet unique, appelé "bureau de coordination administrative" à Madagascar, "Export Processing Zones Authority" au Bangladesh, "*one stop shop*" à Maurice ou encore "agence nationale pour la promotion des investissements" au Sénégal, est ainsi chargé d'instruire les dossiers des investisseurs et de les transmettre à l'organe décideur. Le dossier

comprend en général trois volets : des renseignements généraux sur les investisseurs, la description du projet et son plan de réalisation et de financement²³⁰. Le premier volet doit contenir outre les noms et raisons sociales des actionnaires, la répartition des parts sociales, ceux des dirigeants et leurs capacités techniques et financières. Le second volet doit préciser le lieu d'implantation et l'aménagement prévu, les coûts et charges locaux, la main d'œuvre à recruter ainsi que l'utilisation éventuelle de matériaux locaux. Il prévoit aussi éventuellement le programme de sous-traitance et l'écoulement des produits à l'extérieur. Le troisième volet comprend le montant détaillé des investissements (frais d'établissement, travaux et équipements) et le schéma de financement (capital social, emprunts et autres sources de financement). Dans ce dernier domaine, des références bancaires ou un accord des bailleurs de fonds sont exigés.

Un organe collégial est généralement chargé d'examiner les dossiers des demandeurs et d'y donner une suite favorable ou défavorable. Il est composé des représentants des principaux ministères intéressés par le régime. Au Sénégal, il est présidé par un représentant du ministre chargé du plan ; le Président de la République, le premier ministre, le ministre de l'intérieur et le ministre chargé des travaux publics y envoient un représentant chacun alors que le ministre des finances y dispose de trois représentants (le directeur des impôts, celui du trésor ainsi que celui des douanes)²³¹. A Maurice, seul le cabinet du premier ministre peut octroyer l'*incentive certificate* après consultation de l'*Industrial Development Committee* présidé par le *Minister of Industry, Commerce, Corporate Affairs and Financial Services* et comprenant les représentants des autres ministères impliqués, généralement le service des douanes, de l'emploi ou encore de l'environnement²³². A Madagascar, "l'agrément est octroyé par arrêté conjoint des Ministres chargés respectivement de la fiscalité et de l'industrie"²³³.

²³⁰ Cf. en Annexes : exemplaires de formulaire de demande d'agrément au régime d'investissements en zones franches.

²³¹ Art. 3 de la loi sénégalaise n° 74-06 du 22 avril 1974 portant statut de la zone franche industrielle de Dakar, cité par SAINT-GIRONS Bernard et CABANIS André, "Zones franches d'exportation au Maghreb et en Afrique sub-saharienne : comparaison des lois sénégalaise, togolaise et marocaine" in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), *Les zones franches*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998, p. 81.

²³² Document du One Stop Shop, "The Business Facilitation Centre of Industrialist", Ministry of Industry, Commerce, Corporate Affairs and Financial Services, Port Louis, 1999.

²³³ Art. 10 du Décret n° 92-809 portant application de la Loi n° 89-027 du 29 décembre 1989 relative au Régime de zones franches Industrielle à Madagascar modifiée et complétée par la Loi n° 91-020 du 12 août 1991, in Ministère de l'industrie et de l'artisanat, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 17.

Des obligations assez strictes en matière de délais sont définies afin de ne pas décourager les investisseurs potentiels. L'article 11 de la Loi malgache prévoit 30 jours à partir de la date de dépôt de la demande, ou le cas échéant, celle du dépôt du dernier élément complétant le dossier. Il en est de même au Sénégal. A Maurice, depuis la création du *One stop shop*, en juillet 1990, d'après le directeur de ce support institutionnel, M. Vijay D. Ramgoolam, le délai d'approbation globale d'un projet d'investissement est passé de quatre mois à trois semaines²³⁴.

Pour tous, l'acte d'agrément vaut autorisation d'investissement direct. Le dossier ayant suscité l'agrément sert, par la suite, de cahier des charges pour l'investisseur.

2/ Les conditions d'éligibilité

Les conditions d'éligibilité d'un investissement au régime de zones franches résultent des priorités de chaque Etat. Elles sont en effet le reflet des objectifs du législateur. Outre les prescriptions primaires définies dans le domaine d'application du régime, il peut choisir entre des priorités : l'emploi, les transferts de technologies, un débouché pour les matières premières locales, du travail pour les entreprises locales, etc.

Ainsi, le régime vietnamien de zones franches impose l'utilisation de produits d'origine locale et/ou la prescription de valeur ajoutée localement à un produit pour bénéficier des taux préférentiels et des exonérations fiscales. Il prévoyait pour le montage d'appareils électroniques que la valeur des composants, accessoires, etc., d'origine vietnamienne devait représenter au moins 20% de la valeur du produit fini. Dans le secteur de la construction automobile, les entreprises sont tenues de produire une certaine proportion évolutive de leurs composants sur place (5% durant les trois premières années et au moins 30% après dix ans)²³⁵.

La loi sénégalaise impose un investissement minimum de 200 millions de francs CFA et la création d'au moins 150 emplois de cadres et d'ouvriers sénégalais pour être admis dans sa zone franche²³⁶. La loi togolaise fixe des types d'activités à accueillir en priorité. Il s'agit des entreprises "à forte intensité de main-d'œuvre, à technologie de pointe, axées sur l'utilisation

²³⁴ Propos recueillis par l'auteur lors d'un voyage d'études à Maurice en mai-juin 2000.

²³⁵ Cf. OMC, Secrétariat, *Note technique sur le processus d'accession du Viet-Nam à l'OMC*, Doc. WT/ACC/7/REV.2 (le site internet de l'OMC).

²³⁶ Art. 8 de la Loi sénégalaise, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

de matières premières locales, entreprises orientées vers l'exportation ou dont l'activité complète et facilite celle des entreprises exportatrices"²³⁷.

Des conditions liées au respect de l'environnement peuvent aussi être exigées, mais rarement et de façon assez vague. Ainsi, le régime établi à Curaçao exige que "the industry must be a *clean industry*"²³⁸.

La plupart des autres régimes se montrent assez souples dans la possibilité d'obtenir l'agrément au statut franc. Les critères essentiels sont ceux définis dans le domaine d'application concernant la capacité d'exportation et la localisation dans une zone franche industrielle. Le domaine d'application de tout régime de zones franches industrielles d'exportation est défini dans son nom. Deux critères essentiels conditionnent, en principe, l'éligibilité au régime :

Un critère *rationae materiae* concernant la destination de la production des investissements. Les investisseurs doivent exporter leur production.

Un critère *rationae loci* : les investisseurs doivent s'installer dans le périmètre franc établi par la Loi.

Considérée comme extérieure au territoire douanier national, une zone franche est séparée du reste du pays par des clôtures voulues infranchissables. Cette caractéristique justifie tout le traitement dérogeant au droit commun que l'on y applique. L'exportation obligatoire des biens produits en son sein relève de la même logique d'exterritorialité.

Ainsi, la Loi malgache dispose, en son article premier, que : "ce régime s'applique aux investissements réalisés par des promoteurs nationaux ou étrangers, ou en association des deux, dans des activités tournées vers l'exportation" et, en son article deuxième, que "les entreprises bénéficiant du régime de zones franches exercent leur profession à l'intérieur d'une aire matériellement délimitée dite : Zone franche industrielle"²³⁹. De même l'article 3 de la loi tunisienne déclare : "le régime prévu par la présente loi s'applique aux investissements réalisés dans les zones franches économiques par toutes personnes physiques ou morales résidentes ou non-résidentes dans les secteurs industriels et de services orientés vers l'exportation"²⁴⁰. Pour l'île Maurice, ce domaine d'application est inclus dans le titre même de l'acte établissant le régime : l'Export Processing Zone Act n'attribue le traitement qu'il définit

²³⁷ Art. 10 de la Loi togolaise n° 89-14 du 18 septembre 1989, cité par CABANIS et SAINT-GIRONS, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

²³⁸ CURINDE, *Requirements for the Industrial Zone Curaçao* (in Site internet de la World Export Processing Zone Association).

²³⁹ Loi n° 89-027 du 29 décembre 1989 modifiée et complétée par la Loi n° 91-020 du 12 août 1991, reproduite in *Régime de zones franches*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 5.

que pour les entreprises exportatrices²⁴¹. Il en est de même au Bangladesh. La loi qui établit le régime, met en place en même temps l'autorité chargée de son administration dont les objectifs sont : "to foster and generate economic development of Bangladesh by encouraging and promoting foreign investments ; and, to diversify the sources of foreign exchange earnings by increasing export of Bangladesh through an export processing zone"²⁴².

Il n'empêche cependant que ces deux critères peuvent supporter des exceptions plus ou moins larges selon les Etats.

Au Mexique, l'exception relative aux deux critères susmentionnés est devenue la règle. En effet, le système des *maquiladoras*, introduit en 1965, visant à lutter contre le chômage, mettait en place le long de la frontière américaine un corridor industriel sous douane (3000 km). L'idée était d'inciter des entreprises américaines à construire des usines de montage transformant les produits en vue de leur réexportation. Les composants importés n'acquittaient aucun droit de douane mexicain et les produits finis sont renvoyés directement aux Etats-Unis et n'acquittaient de droits américains que sur la valeur ajoutée. En 1972, les zones intérieures du Mexique ont été ajoutées aux zones frontalières, *i.e.* les *maquiladoras* peuvent s'installer partout au Mexique et ils peuvent écouler sur le marché local 20% de leur production. En 1989, le pourcentage minimum d'exportation a été abaissé de 80 à 50% de la production. L'Accord de libre-échange nord-américain, conclu en 1992, libéralisait le système par étapes s'échelonnant jusqu'en 2001, date à laquelle toute limitation fut abolie²⁴³.

Plus généralement, en ce qui concerne l'exportation des produits, une quantité maximum de biens peut être vendue sur le territoire national sous réserve du paiement des taxes normalement dues. Le caractère extraterritorial de la zone justifie en effet que l'écoulement des produits provenant d'une zone franche soit considéré comme une importation

²⁴⁰ Loi n° 92-81 du 3 août 1992, reproduite en annexe in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 187.

²⁴¹ *Export Processing Zone Act* du 3 novembre 1970 modifiée et complétée par l'*Industrial Expansion Act* du 28 avril 1993, Government Printer, Port-Louis, mai 1993, 27p.

²⁴² Article 4A du Bangladesh Export Processing Zones Authority Act n° XXXVI, 1980, Bangladesh Gazette, extra., 13 avril 1981, p. 781.

²⁴³ Les facteurs de production provenant de l'extérieur de l'Amérique du Nord sont néanmoins soumis aux droits de douane depuis 2001. Informations recoupées du *Rapport* de l'OIT *précité* (note Erreur : source de la référence non trouvée), de MOROTO PEREZ DEL RIO Carlos, "Mexique : stabilisation, internationalisation, dérégulation, trois moyens pour promouvoir l'investissement", *Revue française d'administration publique*, "L'avenir de l'Etat dans une économie de marché", n° 61, janvier - mars 1992, pp. 47-52, et de FIX FIERRO Héctor et LOPEZ AYLLON Sergio, "Globalisation et changement juridique au Mexique : l'ALENA", *Droit et société*, n° 35, 1997, pp. 37-46.

et, de ce fait, suivre les conditions de traitement d'une importation. Bien que le régime manifeste un souci de bienveillance générale envers l'investisseur, le principe reste néanmoins que les privilèges sont attribués en contrepartie de la contribution à l'exportation.

Ainsi, le régime malgache a prévu en son article 42 que "la quantité et la qualité des biens et services destinés à être écoulés exceptionnellement sur le marché du territoire douanier national sont fixées par arrêté des Ministres chargés respectivement de l'Industrie, des Finances, du Commerce. Ces biens et services sont traités comme des importations du territoire douanier national et suivent la réglementation du commerce extérieur malgache". L'arrêté en question a fixé à 5% de la production totale la quantité de biens pouvant être écoulés sur le marché local sur autorisation du Ministre du Commerce²⁴⁴.

De même, le régime du Bangladesh dispose que si "the entire products of the enterprise shall have to be exported outside Bangladesh. However, the government may allow under exceptional circumstances sales into the Domestic Tariff Area 10% of the product. Such sales will be paid for in foreign exchange and be subject to observance of other formalities including payment of duties and taxes as applicable to imports"²⁴⁵.

Egalement, le régime tunisien dispose en son article 21.1, paragraphe second, que "l'écoulement sur le marché local des biens en provenance de la zone franche économique est considéré comme une exportation et est de ce fait soumis à autorisation préalable et au paiement des droits et taxes dus à l'importation"²⁴⁶. Un décret du 24 avril 2000 autorise l'écoulement sur le marché local par une entreprise d'une part de la production équivalente à 20% du chiffre d'affaire réalisé à l'exportation de l'année précédente, après paiement des droits et taxes dus²⁴⁷.

Le même exigence est accentuée à l'île Maurice. D'une part, l'autorisation ministérielle et le paiement de taxes et droits sont obligatoires, selon le paragraphe 2, section 18 de la Loi précitée²⁴⁸. D'autre part, son paragraphe 3 qualifie l'infraction à la règle d'"offense"²⁴⁹.

Le régime guatémaltèque, établi en 1989, est plus laxiste car il accorde aux entreprises bénéficiant du régime de zones franches, "le droit de vendre 20% de leur production sur la

²⁴⁴ Arrêté n° 1053/93 du 10 mars 1993, in *Journal Officiel de la République Malgasy* (J.O.R.M.) du 22 mars 1993, p. 632.

²⁴⁵ Bangladesh Export Processing Zones Authority, section C de *Principles and Procedures Governing Setting up of Industries in EPZS*, 19 mars 1981 (cf. site du BEPZA).

²⁴⁶ *Op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 194.

²⁴⁷ Décret n° 2000-967 du 24 avril 2000, cf. site internet de l'agence tunisienne de promotion des investissements.

marché intérieur, en payant les droits correspondants" ainsi que "le droit de vendre des produits en dessous des normes, *i.e.* ceux qui n'ont pas passé les contrôles de qualité)"²⁵⁰.

En ce qui concerne l'obligation d'établissement de l'entreprise dans une zone déjà délimitée par l'autorité étatique, une variante législative par rapport au concept traditionnel de la zone franche industrielle d'exportation, qui exerce un attrait certain auprès des investisseurs étrangers, existe dans quelques pays : il s'agit du cas où le statut franc et les avantages l'accompagnant ne sont pas liés à la localisation dans une zone circonscrite. L'entreprise peut ainsi obtenir des autorités l'agrément au bénéfice du régime de zones franches et le droit de s'implanter à l'endroit de son choix.

A Madagascar, le régime de zones franches institué par la Loi n° 89-027 du 29 décembre 1989²⁵¹ a subi une modification par la Loi n° 91-020 du 13 août 1991²⁵² qui, notamment, en élargit le champ d'application. L'article 4 nouveau dispose ainsi que "dans les conditions précisées par décret portant application de la présente loi, le régime de zones franches peut être appliqué à l'extérieur des zones franches industrielles". Il précise qu'une telle entreprise est appelée "entreprise franche" et qu'elle "a les mêmes droits, avantages et obligations que les entreprises industrielles des zones franches industrielles ; son aire d'implantation doit être matériellement délimitée".

A Maurice, "The Minister may, with the object of attracting, promoting or increasing the manufacture and export of products, designate (a) any area of land on which a factory has been, is being or is likely to be built, (b) any factory, (c) any area of land which immediately

²⁴⁸ "No scheduled materials or export product shall be removed from a bonded factory for disposal in Mauritius except with the approval of the Minister, and subject to the payment of duty, levy or sales tax, as the case may be, and on such terms and conditions as may be prescribed" (*Loi précitée, op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 11). Le cas échéant, l'écoulement de marchandises sur le marché local est limité à 15% de la production des entreprises franches.

²⁴⁹ "Any person who, without lawful authority or reasonable excuse, (a) removes any scheduled equipment, scheduled materials or export product from a bonded factory or, (b) is found in possession of any scheduled equipment, scheduled materials or export product outside a bonded factory, shall commit an offence", *in ibid.*

²⁵⁰ MARTHOZ Jean-Paul & SZYMANSKY Marcela, *L'enfer des nouveaux paradis fiscaux*, Confédération internationale des syndicats libres, Bruxelles, 1996, p.7, [disponible aussi sur le site du syndicat (www.icftu.org)]. Les auteurs citent le décret n° 29/89.

²⁵¹ Loi n° 89-027 in *Journal Officiel de la République Malagasy* (J.O.R.M.) du 2 février 1990, p.28, reproduite *Régime de zones franches*, Ministère de l'Industrie et de l'artisanat, Antananarivo, décembre 1992, 65p.

²⁵² Loi n° 91-020 in *J.O.R.M.* du 12 août 1991, p. 1243.

surrounds a factory or the plot on which a factory is being or likely to be built, to be an export processing zone"²⁵³.

Si des conditions particulières relatives à la surveillance des accès et des clôtures sont définies dans le cahier des charges, l'opportunité de choisir le lieu de son établissement est incontestablement un élément de souplesse pour une entreprise, et en l'occurrence un avantage compétitif supplémentaire que l'on peut mettre au crédit de ces deux Etats. Elle participe aux incitations offertes par l'Etat pour gagner son pari.

Ces critères d'éligibilité se transforment en obligations pour les entreprises. Une fois agréées, elles doivent contribuer à la création d'emplois et à la fourniture de devises étrangères.

Cette dernière obligation comprend la dotation en capital, de l'entreprise briguant le statut franc, par une importation de devises, l'engagement d'exportation de ses produits et celui de rapatrier ses recettes d'exportation. Objectif primordial du régime des zones franches, la fourniture de devises étrangères répond aux besoins nationaux de ressources extérieures. Si le régime s'adresse en effet tant aux nationaux qu'aux étrangers, il vise surtout l'investissement direct étranger, *id est* l'apport extérieur. La présence de nationaux dans le capital peut infléchir cette règle de fourniture de devises étrangères en matière de dotation en capital et la renforcer pour le rapatriement des produits des exportations.

Ainsi, l'article 9, paragraphe 2, de la Loi malgache dispose que "pour bénéficier du régime de zones franches, pour chaque catégorie d'entreprises, au cas où le capital est entièrement détenu par les étrangers non résidents, la totalité du coût des investissements initiaux y compris le fonds de roulement initial doit être couverte par des apports en devises en provenance de l'extérieur". La participation de nationaux ou d'étrangers résidents au capital d'une entreprise au statut franc qui peut se faire, précise l'article 16, "soit en francs malgaches, soit en nature" ne dispense pas du fait, défini à l'article 9 *in fine*, que "la totalité *des coûts en devises* des investissements initiaux, y compris le fonds de roulement initial, (doive) être couverte par des apports en devises provenant de l'extérieur"²⁵⁴. Autrement dit, que ce soit pour les locaux ou les étrangers, la constitution d'une entreprise comptant bénéficier du régime de zones franches ne doit pas grever les réserves de devises nationales. Pour ce faire, l'entreprise "peut contracter, sous son entière responsabilité, des emprunts à l'étranger" (article 17) et est "autorisée à ouvrir des comptes en devises auprès des banques locales" (article

²⁵³ Section 3 de la Loi mauricienne du 3 novembre 1970, *Revised Laws* 1981, vol. 2, Port-Louis, p. 694, devenu section 12 de l'*Industrial expansion Act de 1993*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 9.

²⁵⁴ Loi malgache précitée note Erreur : source de la référence non trouvée. Nous soulignons.

18.1). Elle est tenue d'y domicilier toutes les opérations d'exportation et d'y rapatrier les recettes d'exportation dans un délai maximum de 190 jours à compter de la date d'embarquement (article 18.2). En application de cette disposition, elle "peut demander à sa banque d'effectuer tout transfert à destination de l'étranger, à concurrence de la disponibilité en devises inscrites sur son compte bancaire"²⁵⁵. Par ailleurs, l'article 19 l'oblige à ouvrir un compte spécial en francs malgaches auprès d'une banque locale pour ses opérations locales courantes : les règlements relatifs aux coûts et charges locaux, services des emprunts locaux, sommes dues à l'Administration et actionnaires résidents doivent être effectués par le débit de ce compte. Ce compte est exclusivement crédité par :

les débits de comptes en devises ;

les apports en monnaie locale effectuée par les nationaux et les étrangers résidents au titre de leur souscription au capital et du financement des investissements initiaux ;

le cas échéant, des crédits accordés par les banques et institutions financières locales.

In fine, le même article 19 dispose que "les banques sont tenues de verser à la Banque Centrale de Madagascar les devises cédées par l'entreprise bénéficiant du régime de zones franches en contrepartie des crédits de ce compte spécial". Ce qui souligne si besoin est l'importance des investissements étrangers directs en matière d'apport de devises étrangères pour l'Etat ayant établi un régime de zones franches.

Les mêmes préoccupations figurent dans le régime de Bangladesh. Les entreprises pouvant bénéficier du régime sont classifiées comme suit :

- *Type A* : entreprises détenues à 100% par des étrangers ou des nationaux résidents à l'extérieur ;
- *Type B* : entreprises de *joint-venture* liant des étrangers et des nationaux résidents au Bangladesh ;
- *Type C* : entreprises détenues à 100% par des nationaux résidents au Bangladesh.

Pour les entreprises des deux premiers types, "total investment cost of the project including cost of construction shall have to be financed by the entrepreneurs'own foreign exchange resources ; the raw materials and the entire working capital requirement including payment of rental, rates and taxes, wages and salaries, transportation and local materials, repairs and maintenance shall have to be financed out of remittances received in convertible foreign currencies or export proceeds of the enterprise". Par exception pour les entreprises de type B, "local currency cost of the investment, part of working capital not provided by foreign partners, may be contributed by the local partners". Pour les entreprises de type C, les mêmes

²⁵⁵ Article 28 du Décret n° 92-809 portant application de la Loi précitée. Nous soulignons.

frais "have to be financed under non-repatriable foreign exchange, supplier's credit, or other arrangements as the Government may permit". Toutes les entreprises "shall declare to Bangladesh Bank the FOB (free on board) value of the goods exported out of Bangladesh immediately after the actual shipment of the goods has been effected; and the exports proceeds, when realised, will be allowed to be retained on convertible foreign currency accounts"²⁵⁶.

En Tunisie, la contribution à cet objectif national est généralement fonction de la qualité de résident ou non de l'investisseur. Le statut de non-résident, pouvant donner lieu tant à des obligations qu'à des avantages particuliers, est attribué moins au regard de la nationalité de l'investisseur qu'à l'origine de ses fonds. Le chapitre IV de la Loi tunisienne permet en effet aux "opérateurs dans la zone franche économique d'exercer leurs activités en qualité de résidents ou de non résidents au regard de la réglementation tunisienne des changes"²⁵⁷. La qualité de non résident peut être choisie par les entreprises "dans le cas où au moins 66% de leur capital sont détenus par des non résidents tunisiens ou étrangers *au moyen d'une importation de devises*"²⁵⁸. Elle doit être expressément mentionnée dans leurs statuts et, le cas échéant, "la participation des résidents au capital qui doit être faite en devises ou en dinars convertibles, peut être réalisée conformément à la réglementation des changes en vigueur"(art. 11, *in fine*). Par ailleurs, la qualité de non résident est conférée aux entreprises lorsqu'elles sont "créées par des personnes morales dont le siège social se trouve à l'étranger" (article 12.1). Ce statut les oblige, d'une part, à se doter en capital "au moyen d'une importation en devises", au moins à hauteur de 66% s'il y a une participation de résident (article 12.2) et, d'autre part, à "effectuer tous règlements tels que paiements des biens et services en Tunisie, droits et taxes, dividendes distribués aux associés résidents, au moyen de comptes étrangers en devises ou en dinars convertibles" (article 14.2). En contrepartie, "les non résidents qui investissent dans les zones franches économiques bénéficient de la garantie du transfert du capital investi au moyen d'une importation en devises et des revenus qui en découlent" (article 13), cette garantie portant sur les produits réels nets de la cession ou de la liquidation même si ce montant est supérieur au capital initialement investi, et leurs entreprises ne sont pas tenues de rapatrier les produits de leurs exportations, prestations de services et revenus en totalité (article 14.1), sous réserve de l'obligation précitée de paiement des opérations en Tunisie au moyen de comptes étrangers. Inversement, les personnes physiques et les personnes morales

²⁵⁶ Cf. BEPZA, *Principles ...*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

²⁵⁷ Article 10 de la Loi tunisienne, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 191.

²⁵⁸ Article 11 de la Loi précitée. Nous soulignons.

résidentes opérant dans la zone franche économique doivent rapatrier la contre-valeur de leurs exportations (article 16). Comme les autres évidemment, elles sont soumises à l'obligation principale d'exporter leurs produits.

De la façon la plus large donc, une entreprise bénéficiant du régime de zones franches doit être une source de devises pour l'Etat hôte. Elle doit notamment destiner principalement sa production à l'exportation. D'autres conditions peuvent s'ajouter à celle-ci. Ces obligations secondaires relèvent soit des moyens d'application du régime pour faciliter le contrôle et suivi de l'administration, soit des conditions générales d'ordre public comme le respect des règles concernant l'environnement, l'hygiène, les produits prohibés, etc.

Un régime de zones franches témoigne ainsi de l'application du principe de la compétence territoriale. Le principe hiérarchique à la base des rapports entre l'Etat et l'investisseur est, par ailleurs, caractérisé par l'affectation à l'acte d'agrément d'une condition résolutoire. Chaque régime national a en effet prévu qu'au cas où l'investisseur ne remplirait plus les conditions exigées de lui, son statut d'entreprise franche pourrait lui être retiré. Ce qui, par ailleurs, donne des indices quant à la nature de l'acte d'agrément.

B/ La nature de l'acte d'agrément

La question de la nature de l'acte d'agrément des investissements au bénéfice d'un régime de zones franches est souvent posée afin d'apprécier dans quelle mesure l'Etat, auteur de l'acte, peut revenir sur ce qu'il a accordé. L'éventualité d'une situation de type contractuel entre l'Etat hôte et l'investisseur augmenterait l'attrait du régime en offrant, aux yeux des investisseurs, plus de sécurité juridique quant aux engagements de l'Etat. L'enjeu de la réponse fait que la question se repose²⁵⁹. D'une manière générale, cependant, les Etats d'accueil ne considèrent pas avec prédilection les processus contractuels auxquels ils préfèrent de loin les formules unilatérales dont ils détiennent la maîtrise. Du côté des investisseurs, ils désirent, sinon neutraliser, du moins réduire au minimum les incertitudes des engagements unilatéraux étatiques.

²⁵⁹ Dans la doctrine interne française, il n'y a "pas de réponse unique, tranchée", et encore moins une unique "catégorie conceptuelle (...) pour rendre compte de l'ensemble des agréments administratifs" ; dès lors, "il faut se pencher sur chaque agrément afin de lui découvrir une qualification adaptée à sa singularité" (Valérie GOESEL, *Etude d'un agrément : L'agrément des ententes et groupements de programmation en matière cinématographique*, note d'étude, DEA de droit public, sous la direction du professeur M. LOMBARD, Université de Strasbourg, 1985/1986, p. 22).

Suivant cette dernière tendance, un tribunal arbitral du CIRDI (Amco, 1984) a estimé que "the relationship established between foreign enterprise and a State by an investment application on the one hand and the approval of the same on the second (...) should not be characterized as a contract as a such, but rather as a sui generis legal relationship, comparable to a contract"²⁶⁰. L'enjeu est ici la mise hors de portée de l'Etat, pour un éventuel changement de ce qu'il avait accepté lors de l'agrément de l'investisseur. L'on remplacerait ainsi le principe hiérarchique par un principe contractuel. Comme l'a précisé le professeur Pierre Mayer, "s'agissant des contrats conclus avec l'Etat, c'est la nature même de la relation qui permet de protéger l'entreprise contre le risque (de modification). En s'engageant personnellement, l'Etat disqualifie sa législation comme *lex contractus* : elle ne présenterait pas l'hétéronomie qui caractérise le phénomène juridique"²⁶¹. Le contrat neutraliserait ainsi le pouvoir normatif de l'Etat.

Or, le régime de zones franches généralement est accordé aux entreprises qui en font la demande et qui remplissent les conditions préétablies. Evoquant une pratique analogue, dans sa thèse sur la recherche de "*sécurisation*" de leurs investissements internationaux par les firmes transnationales, M. Pierre-Henri Ganem estime que celle-ci "va au delà du simple acte unilatéral d'agrément, (et se mue en) un véritable processus synallagmatique où les obligations d'une partie trouvent leur fondement dans les obligations, symétriques, pesant sur l'autre partie, et cela même si l'une d'entre elles est l'Etat ou l'une de ses émanations"²⁶². Il rejoint ainsi M. Michel Vasseur qui évoque la notion de "contrat de marchandage" pour qualifier la dialectique de pouvoir et de collaboration entre les parties, d'un côté les professionnels qui subordonnent leur concours à l'octroi par l'Etat de certains avantages ou facilités, de l'autre l'Etat qui pour mieux s'assurer le concours des professionnels, fait offre de ces avantages et de ces facilités "à qui accepte de contracter avec lui ou tout au moins de suivre les directives du Plan ou les grandes lignes de sa politique"²⁶³. Toutefois, le premier

²⁶⁰ S.A. CIRDI ARB/81/1, Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, 20 novembre 1984, §. 189, International Legal Materials, vol. XXIV, 1985, p. 1030.

²⁶¹ MAYER Pierre, "La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat", *JDI*, 1986, p. 77. Cf. aussi JACQUET Jean-Michel, "Contrat d'Etat", *Editions du Juris-classeur*, Fasc 565-60, Droit international commercial, 1998.

²⁶² GANEM Pierre-Henri, *Stratégies contractuelles des firmes aux fins de "sécurisation" d'investissements internationaux et volontarisme politique des Etats comme forces créatrices de droit dans les rapports transnationaux*, Thèse, Université Paris X, 1994, pp. 26-27.

²⁶³ VASSEUR M., "Un nouvel essor du concept contractuel – Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1964, p. 36, cité par GANEM, *précité*, p. 27.

auteur cite en exemples des régimes fiscaux de faveur *octroyés* par l'Etat comme "moyens susceptibles de permettre un relais souhaité de l'investissement public par l'investissement privé" en Afrique équatoriale française²⁶⁴. En l'occurrence, l'article 32 de la Loi du 31 décembre 1953 relative aux comptes spéciaux du Trésor proposa pour l'année 1954 des privilèges fiscaux, contenant des possibilités de stabilisation jusqu'à 15 ans, accordés sur agrément. La première application de cette réglementation exceptionnelle a lieu au Cameroun oriental²⁶⁵, par la Délibération adoptée par l'Assemblée territoriale le 14 juin 1954²⁶⁶. Elle précise que "toute entreprise ou groupe d'entreprises exerçant en commun une activité leur permettant de se réclamer de (ces) dispositions devra signer avec le Haut-Commissaire une convention" (art. 2, 2°). Cette disposition qui allait au delà du cadre fixé par l'article 32 de la Loi du 31 décembre 1953 fut rectifiée après que le Conseil d'Etat en eut relevé les incompatibilités²⁶⁷. D'où une nouvelle Délibération rectificative le 19 octobre 1954 dont "l'objet, pratiquement unique était de faire disparaître toutes les mentions à une *convention* en substituant à ce terme celui d'*arrêté du Haut-Commissaire*"²⁶⁸. Ce qui contredit singulièrement l'analyse faite par le même auteur qui voit dans l'application de cet article 32 l'amorce d'un véritable processus synallagmatique. En effet, il ne suffit pas qu'un lien soit établi entre les faveurs de l'Etat et le comportement attendu d'un investisseur pour que la qualification contractuelle s'impose.

Deux opérations peuvent être conditionnées l'une par l'autre sans qu'existe un élément contractuel : leur réciprocité n'implique pas forcément convention. Le principe d'un contrat implique non seulement l'existence de négociations bilatérales sur ses termes mais aussi l'absence d'un caractère discrétionnaire et unilatéral dans son élaboration et dans sa sanction. Nous rejoignons ainsi l'argumentation du professeur André de Laubadère qui estime que de tels avantages fiscaux sur agrément "ne paraissent pas constituer des procédures où l'on puisse

²⁶⁴ GANEM, *précité*, p. 21. Il affirme que ces régimes fiscaux stabilisés ont "non seulement survécu aux indépendances mais, sous l'appellation générique de «codes d'investissements», ils ont été *étendus* à tous les Etats d'Afrique francophone et bien au delà. Cette construction juridique française est devenue un véritable «produit d'exportation» ". (*In ibid.*, p. 258. C'est lui qui souligne).

²⁶⁵ Territoire sous tutelle dont l'administration a été confiée à la France par la Société des Nations.

²⁶⁶ Délibération n° 143/54 du 14 juin 1954 instituant un régime fiscal de longue durée en faveur d'une catégorie d'entreprises de production agréées, *Journal Officiel du Cameroun*, 1^{er} octobre 1954, cité par GANEM, *op. cit.* p. 28.

²⁶⁷ Extrait du registre des délibérations du Conseil d'Etat (section des finances) cité dans les visas de la Délibération n° 248/54 du 19 octobre 1954, *J.O. du Cameroun du 24 novembre 1954*, cité par GANEM, *op. cit.*, p. 30.

²⁶⁸ GANEM, *op. cit.*, p. 30.

voir des contrats" : d'abord, l'objet fiscal de l'accord "paraît bien exclure la qualification contractuelle"; ensuite, l'avantage fiscal est "subordonné à un agrément administratif donné par une autorité publique en vertu d'une compétence discrétionnaire". Pour M. de Laubadère, ce type d'agrément apparaît en réalité comme "un acte-condition unilatéral dont l'effet est d'admettre le postulant à bénéficier d'un régime légal de faveur"²⁶⁹. Dans le même sens, le professeur Pierre Delvolvé souligne qu'il correspond à "un acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire. Les engagements de l'entreprise sont la condition de l'agrément ; celui-ci n'est pas la contrepartie d'une obligation conventionnelle"²⁷⁰.

Ce raisonnement est conforme à la logique d'agrément des investisseurs au bénéfice d'un régime de zones franches. Cet agrément attribue à un investisseur le statut défini unilatéralement par le régime légal. Précisons que dans le cadre du pouvoir discrétionnaire qui est confié à l'autorité compétente, il n'existe aucun pouvoir de créer ou de diminuer ni les charges ni les privilèges définis par la loi et devant être attribués aux entreprises sollicitant l'agrément. Ainsi, par exemple, l'article 12 de la Bangladesh Export Processing Zones Authority Act de 1980 dispose que "a person desiring to set up an industry in a zone shall make an application to the Authority in the prescribed form for permission in that behalf. The Authority or any person authorized by it in this behalf shall, on receipt of an application, process it in accordance with the principle to be laid down by the Board in this behalf and shall, if it is satisfied that the applicant fulfils the requirements for setting up an industry in the zone, grant him a *permission in a prescribed form*"²⁷¹. Les textes prévoient corollairement que l'autorité, auteur de l'acte, peut retirer l'agrément au cas où le demandeur ne remplirait plus les conditions exigées de lui. Ainsi, par exemple, la loi malgache précise qu'"en cas de manquement à tout ou partie des obligations dictées par la présente loi et ses textes d'application, l'entreprise bénéficiant du régime de zones franches sera mise en demeure de

²⁶⁹ De LAUBADERE André, *Traité de droit administratif*, t. IV, LGDJ, Paris, 1977, pp. 156-157.

"L'*acte-condition* est celui qui attribue à un individu une situation générale objective. Il est en quelque sorte le complément de l'*acte-règle* - celui qui crée, modifie ou supprime des situations générales et impersonnelles et, par conséquent, formule des droits – en ce qu'il investit les individus de situations dont le contenu a été déterminé par des *actes-règles* mais qui, généralement, en dehors de leur concrétisation par des *actes-conditions*, resteraient des situations abstraites, théoriques. Le mariage en droit privé, la nomination d'un fonctionnaire en droit public sont des actes-conditions ; ils déclenchent l'attribution aux intéressés du statut légal, objectif, de l'homme marié, du fonctionnaire public" (A. de LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5^{ème} ed., LGDJ, Paris, 1970, p. 20).

²⁷⁰ DEVOLVE Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, bibliothèque de droit public, LGDJ, Paris, 1969, p. 138.

²⁷¹ *Op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée. Nous soulignons.

prendre les mesures nécessaires afin de régulariser sa situation. A défaut de régularisation, le retrait du régime préférentiel est prononcé dans la même forme que pour l'octroi de l'agrément, sans que l'entreprise puisse prétendre à indemnisation"²⁷².

Dans l'affaire *Goetz* (1999), relative à un régime de zones franches au Burundi, le tribunal du CIRDI affirme ainsi que "rien ne permet d'avoir le moindre doute sur le caractère unilatéral de la relation juridique née tant de l'octroi à AFFIMET (l'entreprise demanderesse) du certificat d'entreprise franche que de sa révocation (par l'Etat burundais)"²⁷³. Il se base dans son raisonnement sur le caractère "décisif" du décret-loi créant le régime et précisant le pouvoir unilatéral de l'administration burundaise dans la délivrance du statut franc.

Par ailleurs, la décision *Amco* (1984) précitée considérant la combinaison de la demande d'autorisation d'investissement et son approbation comme un contrat *sui generis* appelle des critiques. Tout d'abord, comme le relève justement M. Sébastien Manciaux, "après son audace initiale le tribunal a souvent décrit le comportement de l'Etat à l'aide de terminologie relative aux actes administratifs unilatéraux, semblant même parfois douter de sa propre analyse"²⁷⁴. Ensuite, la décision fait fi de toute une partie de pratiques étatiques en matière d'admission des investissements marquée par l'influence du droit administratif français dont l'acte unilatéral représente "l'acte administratif par excellence"²⁷⁵. Enfin, la sanction généralement prévue en cas de défaillance du partenaire privé dans le cadre de ces investissements restant le retrait de l'autorisation sans indemnisation, elle ne semble pas compatible avec une relation contractuelle.

Un régime de zones franches s'analyserait ainsi non pas en une "pollicitation"²⁷⁶ ayant suscité une réplique mais plutôt comme un dispositif, établi par une loi, donc de manière unilatérale et non négociable, au bénéfice duquel une entreprise peut être agréée par l'autorité compétente désignée par la même loi. Il relève de la souveraineté territoriale aussi bien pour son application que pour sa création. Destiné à contrôler les investissements, le régime réaffirme la règle traditionnelle d'entière liberté de l'Etat d'accueil dans l'admission des

²⁷² Article 15 de la Loi malgache, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 7.

²⁷³ Sentence arbitrale du CIRDI ARB/95/3, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, 10 février 1999, §. 75, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2000, vol. 15, n° 2, p. 491.

²⁷⁴ MANCIAUX Sébastien, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : 25 années d'activités du CIRDI*, thèse, Université de Dijon, 1998, p. 412.

²⁷⁵ WEIL Prosper, "Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats", *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n° 23, 1970, p. 14.

²⁷⁶ Comme le suggère Patrick JUILLARD, *in* "L'évolution des sources du droit des investissements", *R.C.A.D.I.*, 1994/VI, t. 250, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, p.71.

investissements. Cela veut dire que l'Etat a le droit d'exclure ou d'interdire l'entrée des capitaux étrangers sur son territoire, ou d'y mettre des conditions particulières. Ce droit est manifeste dans la délimitation du domaine d'application de tout régime de zones franches aux investissements dans le secteur exportateur. De surcroît, un agrément des autorités étatiques est nécessaire pour jouir des privilèges du régime. En l'occurrence, si le critère essentiel pour bénéficier d'un régime de zones franches reste l'exportation des produits des investissements, un projet d'entreprise exportatrice n'acquiert pas automatiquement un statut franc.

Conclusion relative à la logique de souveraineté, origine du pari

Au terme de ce développement, l'on peut tenter de répondre à la question de la réticence des Etats à contrôler la constitutionnalité des mesures contenues dans un régime de zones franches qu'ils établissent. Si l'on élimine l'hypothèse de la négligence, l'on peut prêter aux Etats une intention machiavélique qui vise à profiter de l'ambiguïté de la situation. Même si la théorie des "discriminations positives" ou l'intérêt général peut justifier partiellement l'établissement du régime, ce dernier reste potentiellement contraire au principe d'égalité. Tant que le régime contribue à son intérêt général, l'Etat le fait perdurer. Vienne le temps où il ne puisse plus en tirer parti, il pourra l'éliminer ou le modifier pour cause de violation de sa constitution. L'intérêt de l'argutie réside dans le fait que le pouvoir étatique de modification et de résiliation unilatérales des rapports, même non contractuels, avec un investisseur reste soumis à deux séries de conditions. D'une part, l'atteinte doit être compensée par un dédommagement. D'autre part, l'atteinte n'est licite que si elle poursuit, selon le professeur Prosper Weil, "un but d'intérêt général prééminent"²⁷⁷. Et l'auteur précise que "l'intérêt financier n'est pas considéré comme tel". L'invocation d'une inconstitutionnalité, en revanche, l'est. Elle n'abolit pas la responsabilité de l'Etat mais peut minimiser les conséquences financières.

On peut ainsi observer que l'Etat n'a pas renoncé à ses prérogatives de puissance publique. Cela reste avéré même si, dans le cas précis des régimes de zones franches, il emprunte pour réaliser des objectifs d'intérêt général une logique qu'on peut considérer comme lui étant allogène : celle du marché.

²⁷⁷ WEIL P., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 24.

Titre II : L'emprunt de la logique marchande ou l'enjeu du pari

Le marché peut être défini comme le lieu de confrontation de l'offre et la demande, dans son acception généralement retenue par les économistes²⁷⁸. Il est supposé harmoniser les volontés de l'ensemble des acteurs et refléter en continu les données fondamentales économiques, sociales et politiques qui font qu'un objet ou un service est à un moment donné à tel prix. Sa logique - opposée à la logique de souveraineté qui impose l'intérêt général défini par le souverain - veut, d'une part, que tous les intérêts soient particuliers et, d'autre part, que leur harmonisation se fasse en fonction de l'offre et de la demande. Nous approfondirons ces notions, inhabituelles en droit, dans notre deuxième partie. Pour le moment, retenons l'idée principale d'échange de bons procédés contenue dans ces notions et qui semble animer l'Etat dans l'établissement d'un régime de zones franches d'exportation.

L'Etat en développement, de prime abord, manque relativement de tout, notamment de capital et de quoi le rentabiliser : de technologies, d'infrastructures appropriées mais aussi d'un marché solvable. La demande d'investissements de ces pays rencontre ainsi des offres limitées. Cette situation conduit l'Etat à offrir aux investisseurs un "prix" fort pour que ces derniers daignent s'intéresser à son développement, qui est censé pouvoir être obtenu par le développement des investissements privés. Le régime doit ainsi séduire des investisseurs, principalement étrangers. L'Etat doit tenir compte de leurs préoccupations s'il veut que le régime ait un effet. Les opérateurs économiques en investissant dans un territoire étranger ont le souci de la rentabilité de leurs investissements mais aussi celui de leur sécurité. Le régime de zones franches doit ainsi offrir des incitations qui peuvent, d'une part, sinon assurer un certain bénéfice du moins compenser certains coûts et, d'autre part, préserver des risques politiques liés à l'investissement à l'étranger.

D'une part, le principe de souveraineté de l'Etat sur lequel est fondée l'édiction du régime peut engendrer la méfiance de ses interlocuteurs si l'Etat n'offre pas de gages quant à sa sincérité. Or, d'une manière générale, ce que peut faire un Etat unilatéralement, il peut le défaire de la même façon. Certaines formes d'actes unilatéraux peuvent engager, néanmoins, internationalement l'Etat législateur. L'édiction d'un régime national de zones franches doit sinon tendre vers l'engagement international, du moins respecter certaines exigences pour produire son effet de séduction. D'où deux séries de garanties que peut offrir l'Etat hôte : une clause inscrite dans le régime même assurant le règlement par un tiers des différends pouvant

²⁷⁸ Se rattachant à Adam Smith, la doctrine économique dominante, par delà les divergences, sauvegarde des "points communs (qui) ont trait à la façon de concevoir la société comme une agrégation d'individus libres et égaux et à la place centrale donnée au marché, perçu comme moyen de coordination de leurs activités" (B. GUERRIEN, *L'économie néoclassique*, coll. Repères, La découverte, Paris, 1991, p. 5).

survenir entre l'Etat hôte et l'investisseur et une convention avec l'Etat national des investisseurs garantissant la protection des investissements. Cela impose à l'Etat des règles qui peuvent grignoter sa souveraineté : c'est l'internationalisation du régime.

D'autre part, toujours dans l'objectif de séduire les investisseurs, l'Etat peut leur assurer des conditions optima de rentabilité. Sur le plan interne, en sus des avantages fiscaux, l'Etat peut accorder aux entreprises bénéficiant du régime de zones franches une plus grande souplesse dans la gestion de leur personnel, dérogeant ainsi au droit commun, afin de diminuer au minimum le coût du travail. A la limite, le retrait de l'Etat dans les rapports entre employés et employeurs de ces entreprises peut créer une zone exempte de garantie juridique. Tout se passe, en effet, comme le dit le professeur M. Salah, "comme si l'intégration d'un Etat à l'économie mondiale s'accompagnait de la nécessité d'adapter en permanence son droit aux desiderata du marché international, c'est-à-dire à l'engager sur la voie d'une libéralisation continue"²⁷⁹.

Pour attirer les investissements nécessaires à son développement, l'Etat doit offrir un "prix" intéressant aux investisseurs. Comme le dit un financier, "capital goes where it is wanted and stays where it is well treated"²⁸⁰. La libéralisation du cadre d'action des investisseurs ainsi que l'assurance de protection de leurs investissements sont des leviers que l'Etat maîtrise et peut agencer dans le cadre de son territoire par l'édiction du droit. Le droit est, en l'occurrence, "instrumenté" dans un régime de zones franches afin de séduire les investisseurs²⁸¹. La fin alors, justifie et crée les moyens. Nous examinerons dans un premier chapitre le premier de ces moyens à la disposition de l'Etat - la libéralisation du régime -, avant d'observer, dans un chapitre second, la protection des investissements mise en place par l'Etat.

²⁷⁹ Mohamed SALAH Mohamed Mahmoud, La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, *Revue internationale de droit économique (RIDE)*, 2001/3, p. 265.

²⁸⁰ WRISTON Walter, cité par HOWARD John, "Why Open Trade Is Critical to Economic Development", *Economic Reform Today*, n° 3, 1997, Center for International Private Enterprise, US Chamber of Commerce, p. 4.

²⁸¹ Mme FRISON-ROCHE soutient que "le droit devient un instrument concurrentiel majeur" (*in* , "Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers", *Banque et Droit*, n° 41, mai-juin 1995, p. 48).

Chapitre 1 : La libéralisation du régime

Pour améliorer les performances des investissements dans le secteur choisi par l'Etat d'accueil, des incitations dont les effets sont économiquement mesurables sont offertes aux investisseurs pour compenser les coûts de la participation à la réalisation de l'intérêt général. Ces programmes sont volontaires en ce sens que les investisseurs peuvent décider de ne pas les solliciter s'ils estiment que les prescriptions de résultats sont trop exigeantes au regard des avantages qui en découlent. Les avantages accordés visent généralement à baisser les coûts d'un investissement. Ils comprennent des avantages fiscaux, des facilités d'implantation et de gestion ou encore des dérogations à des contraintes réglementaires, étant donné que "l'élimination d'une contrainte équivaut économiquement à la création d'une ressource"²⁸². Ces divers avantages sont évidemment liés à des prescriptions de résultats à l'exportation dans un régime de zones franches, manifestant ainsi la volonté souveraine de l'Etat.

D'une façon générale, outre la protection des investissements, quatre séries d'avantages peuvent être distinguées parmi ceux offerts dans un régime de zones franches :

- les avantages relatifs à l'implantation ;
- les avantages relatifs au traitement fiscal de l'investissement ;
- des dérogations en matière de réglementation du travail qui facilitent la gestion du personnel en garantissant une liberté relative ;
- les avantages financiers qui libèrent le rapatriement des bénéfices.

Ces avantages s'inscrivent dans ce que l'idéologie néo-libérale appelle la *loi des 3D* qui signifie débureaucratization, défiscalisation, déréglementation.

Section 1 : Débureaucratization

A ce titre, nous observerons les facilités relatives à l'implantation et à l'accueil des investissements.

I/ Facilités relatives à l'accueil des investissements

Au titre des facilités administratives, le système de guichet unique ou *one stop shop* est généralisé dans tous les régimes nationaux de zones franches afin de faciliter les démarches administratives des investisseurs dès leur arrivée. Ce service d'accueil fait office

²⁸² BASTIAT Frédéric, *Œuvres économiques*, PUF, Paris, 1983, cité par SIAENS Alain, "L'économie politique de la politique industrielle : L'éloge des 3D", *Gestion 2000*, n° 1, 1985, p. 29.

de relais entre les investisseurs d'une part et les différents ministères de l'Etat et leurs branches accordant les différentes autorisations nécessaires d'autre part : autorisation d'investissement, agrément pour bénéficier du régime de zones franches, permis de travail et de séjour pour le personnel étranger, licences d'importation et d'exportation, permis de construire ou encore de rapatriement de fonds.

A Madagascar, la Loi n° 89-027 a prévu la mise en place d'un Bureau de coordination administrative chargé de faciliter les démarches administratives des opérateurs en zone franche et d'en assurer le contrôle avec l'administration des douanes. Par la suite le Décret n° 94-257 du 14 avril 1994 créa l'Office du guichet unique chargé de coordonner et d'assurer le suivi de l'instruction des dossiers de demande d'agrément au titre du régime de zones franches. Il assure, avec le Bureau unique de domiciliation du régime suspensif (du service des douanes), le suivi de la réalisation des obligations et engagements de l'entreprise agréée. Auparavant, les autorisations et les opérations de suivi étaient menées séparément par différents départements ministériels et, de ce fait, étaient assez compliquées. Une étude du *Projet Madio* de 1994 a montré en effet que la lourdeur bureaucratique constituait "la première difficulté à l'implantation" et "la deuxième raison évoquée par les opérateurs pour laquelle on est réticent à investir à Madagascar (après l'instabilité politique)"²⁸³. D'après les enquêtes *Madio* au cours de l'exercice 1996, 41,5% des entreprises franches déclarent avoir été sollicitées par des agents corrompus des services des impôts et des douanes afin de verser des sommes indues en vue d'accélérer les démarches²⁸⁴. Lors de l'atelier organisé par le Ministère malgache de l'industrialisation et de l'artisanat avec la collaboration de la Fondation Friedrich Ebert, sur l'application du régime de zones franches et son éventuelle refonte, qui s'est tenu du 25 au 28 janvier 2000, à l'Espace Dera à Antananarivo²⁸⁵, réunissant les différents départements ministériels concernés, les opérateurs privés bénéficiant du régime de zones franches et leur groupement, ainsi que quelques représentants de la Confédération Malagasy des Travailleurs, le retard dans l'octroi d'agrément était toujours à l'ordre du jour.

A Maurice, le guichet unique joue bien son double rôle de soutien de l'investisseur et d'organe de l'Etat. Depuis la création de ce support institutionnel, en juillet 1990, d'après le

²⁸³ ANDRIANARISON Francis et RAKOTONDRAZAFY Jocelyne, "Analyse sectorielle de la participation étrangère : L'industrie textile et les investissements étrangers à Madagascar", *Projet Madio*, Institut National de la Statistique, Antananarivo, avril 1996, p. 27

²⁸⁴ Citées par RASOLOFO Robin, *L'application du Régime de zones franches à Madagascar : points de vue des différents intervenants*, Document d'études, Ministère de l'industrialisation et de l'artisanat, Antananarivo, Octobre 1999, p. 16

²⁸⁵ Auquel nous avons assisté personnellement.

One stop shop Manager, M. Vijay D. Ramgoolam, le délai d'approbation globale d'un projet d'investissement est passé de quatre mois à trois semaines : "*The One stop shop gives a new comparative advantage to boost confidence in Mauritius, as the right location for investment*"²⁸⁶. Non seulement, il veille à la mise en œuvre et au respect du droit des investissements, mais il agit aussi de manière à résoudre les multiples problèmes que rencontrent les investisseurs dans la mise en œuvre de leurs projets.

MM. Lorot et Schwob notent ainsi que "l'existence de ce système de guichet unique est un élément important dans la décision de la firme en ce qui concerne son lieu d'implantation car l'industriel n'aura pas besoin de rencontrer un nombre important d'interlocuteurs (ministères des Finances, du Travail, de la Planification, du Commerce et même, dans certaines situations, de la Santé, de l'Energie, des Transports, etc.)"²⁸⁷.

II/ Facilités relatives à l'implantation

Du point de vue des infrastructures, la mise à disposition par l'Etat d'un endroit préexistant permettant de démarrer sans délai une activité manufacturière allège le poids financier que représente normalement tout processus d'investissement. La zone doit permettre aux entreprises candidates de louer ou d'acheter un terrain ou un bâtiment standardisé pour y implanter leur unité de production, de disposer des facilités qu'on peut rencontrer dans un parc industriel offrant des services telles les alimentations en eau, électricité, télécommunications, routes mais aussi tels la voirie, le drainage des eaux usées ou encore la protection contre l'incendie. Si la création de ces zones relève de l'Etat, leur aménagement et leur gestion peuvent relever soit des services de l'Etat, soit du secteur privé. Outre les services matériels évoqués, le pouvoir attractif d'une zone industrielle résulte aussi d'un effort de promotion et d'information, d'un accueil personnalisé où les investisseurs ont l'impression d'être débarrassés des pesanteurs bureaucratiques. Le professeur Ben Salah insiste ainsi sur "l'équilibre à trouver entre la marge d'autonomie qu'il faut nécessairement accorder à la structure chargée de la gestion de la zone – cette autonomie étant gage d'efficacité et de dynamisme – et les pouvoirs

²⁸⁶ Entretien individuel avec ce "facilitateur", ainsi qu'il se définissait, du Ministry of Industry, Commerce, Corporate Affairs and Financial Services de l'île Maurice, en juin 1999. Par ailleurs, il est très évocateur que ce haut fonctionnaire soit surnommé par ses collègues et surtout par les membres du Mauritian Export Processing Zone Association (Regroupement des opérateurs en zone franche) : *Mr. Just Say Yes*.

²⁸⁷ LOROT et SCHWOB, *Les zones franches dans le monde*, La documentation française, Paris, 1987, p. 54.

que doit conserver l'Etat du point de vue de la répression des divers abus afin de garantir le bon ordre au sein de la zone"²⁸⁸.

Ainsi, des entreprises privées, désignées "entreprises de promotion-exploitation" (EPE) par l'article 3 de la Loi malgache instituant le régime de zones franches, "sont chargées d'une part des travaux d'aménagement et de construction et d'autre part de la gestion et de la promotion des zones franches industrielles". Elles louent les installations aux entreprises utilisatrices, ayant obtenu l'agrément au régime, et assurent le bon fonctionnement des zones, notamment elles sont tenues "de réserver pour l'usage du Bureau de coordination administrative et du Service des douanes, les locaux nécessaires à l'exercice de leurs fonctions respectives" et "d'établir un règlement intérieur qui doit être en accord avec les lois et la réglementation en vigueur sur le territoire national"²⁸⁹. Elles bénéficient du même régime que les entreprises franches mais avec des exemptions fiscales à plus long terme.

En Tunisie, des "sociétés de développement et d'exploitation" privées sont chargées de la gestion des zones : Selon l'article 3 des deux décrets créant les deux zones franches tunisiennes, "à l'exception des questions touchant à la sécurité, au maintien de l'ordre et du contrôle douanier, qui seront exécutés directement par les services des ministères de l'Intérieur et des Finances, toutes les autres prestations d'intérêt et services publics nécessaires au bon fonctionnement de la zone franche économique sont représentés auprès de l'exploitant"²⁹⁰. A Zarzis, la société qui s'était donné pour but de réaliser les études de faisabilité de la zone franche et d'en encourager la mise en place, une fois parvenue à ses fins, s'est transformée en société de développement et d'exploitation de la zone²⁹¹. La seconde zone franche tunisienne, celle de Bizerte est gérée de la même façon par une société anonyme dont le capital est réparti entre quatre entreprises publiques (32%), cinq banques tunisiennes (42%) et diverses entreprises privées de Bizerte²⁹². Si l'Etat n'est pas présent directement dans le

²⁸⁸ BEN SALAH Hafedh, "La gestion des zones franches en Tunisie", in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry, dir., *Les zones franches*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998, p. 142.

²⁸⁹ Articles 15 et 17 du Décret n° 92-809 portant application de la Loi précitée, *Régime de zones franches*, Ministère de l'industrie et de l'artisanat, Antananarivo, décembre 1992, p. 19.

²⁹⁰ Décret n° 93-1916 du 3 septembre 1993 et décret n° 93-2051 du 4 octobre 1993 respectivement pour la création de la zone franche de Zarzis et celle de Bizerte, en annexes in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry, dir., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 199 et p. 203.

²⁹¹ ZAANOUNI MAHBOULI Senda, *Les zones franches économiques en Tunisie*, mémoire de DEA, Faculté de droit de Tunis, 1995, dactyl., p. 39-40, cité par BEN SALAH, *précité*, p. 154.

²⁹² Cf. BEN SALAH, in *ibid.*, pp. 155s.

capital de chacune de ces sociétés, il est cependant représenté à leur conseil d'administration (art. 15 du statut des SDEZF). Ce qui, d'après le professeur Ben Salah, "apparaît comme une mesure utile tant du point de vue de la circulation de l'information que de la solution d'éventuelles tensions entre les partenaires privés et l'Etat"²⁹³.

Au Sénégal, c'est une "structure administrative autonome" qui est en charge de cette promotion-exploitation de la zone. L'administrateur est dans la zone "le délégué du Président de la République et le représentant du premier ministre et de chacun des ministres"²⁹⁴; il est responsable de la mise en place et de la gestion commerciale de la zone d'une part et d'autre part il fait office d'administration d'autorité en ce qui concerne le fonctionnement quotidien et les contrôles nécessaires "pour que les entreprises puissent travailler dans des conditions optimales en se sentant en sécurité mais également en les dissuadant de frauder"²⁹⁵. Il y exerce, en plus de ses fonctions spécifiques, les attributions conférées au préfet des circonscriptions urbaines²⁹⁶.

A Maurice, pour les mêmes attributions, c'est un système mixte qui a été retenu. Il existe bien une *export processing zone development authority*, organisme para-étatique sous la tutelle du Ministère des Finances, chargée du contrôle administratif des entreprises franches. Si elle peut aménager et gérer des zones industrielles, elle peut aussi confier ces activités commerciales à des promoteurs appelés "développeurs privés"²⁹⁷.

Au Bangladesh, "potential investors are required to deal *only with the Bangladesh Export Processing Zones Authority* for investment and all other operational purposes"²⁹⁸. L'autorité est dirigée par un *Board of Governors* composé du Premier ministre ou une personne nommée par celui-ci - c'est le *Chairman of the Board* -, des ministres ou des représentants des ministères en charge de l'industrie, du commerce, des finances, du plan, des affaires étrangères, de l'énergie et des transports et communications et du gouverneur de la banque centrale ou son représentant. L'autorité reçoit les demandes d'agrément, autorise, le cas échéant, l'investissement dans une zone franche et contrôle le suivi du projet. Elle délivre

²⁹³ *In ibid*, p. 155-156.

²⁹⁴ *Exposé des motifs* de la Loi sénégalaise n° 74-06 du 22 avril 1974 portant statut de la zone franche industrielle de Dakar, cité par SAINT-GIRONS Bernard et CABANIS André, "Zones franches d'exportation au Maghreb et en Afrique sub-saharienne : comparaison des lois sénégalaise, togolaise et marocaine" in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 58.

²⁹⁵ SAINT-GIRONS Bernard et CABANIS André, *in ibid.*, p. 65.

²⁹⁶ Article 3 de la Loi sénégalaise.

²⁹⁷ Cf. le site de la Mauritius Export Development and Investment Authority (<http://nbc.intnet.mu/media>).

²⁹⁸ BEPZA, Facilities and Incentives (cf. site internet).

les différentes autorisations d'importer, d'exporter ainsi que les permis de travail pour le personnel étranger.

A ces facilités relatives aux démarches administratives, s'adjoignent des avantages fiscaux.

Section 2 : Défiscalisation

Instrument d'intervention fiscale à finalité sociale, le régime des zones franches confirme que l'impôt serait bien un moyen, l'un des moyens, utilisé par la puissance publique pour orienter l'économie et exécuter sa politique. "Si les définitions contemporaines reprennent, comme l'exprime justement le professeur Gilbert Orsoni, les éléments traditionnels de la notion d'impôt (prestation pécuniaire, prélèvement opéré par voie d'autorité, caractère définitif et sans contrepartie), elles associent fréquemment, quoique inégalement, à la couverture des charges publiques cette autre finalité que constitue la satisfaction d'objectifs de caractère économique ou social, pour ne pas dire, au moins indirectement, politique"²⁹⁹. L'interventionnisme fiscal se manifeste alors par des mesures dérogatoires qui peuvent prendre la forme d'une imposition accrue, d'une pénalisation de certains contribuables ou de certaines activités ou inversement, la forme d'allègements. Dans ce dernier cas, et dans celui des zones franches, il se traduit dans les annexes budgétaires par des "*dépenses fiscales*". La notion s'inspire directement de celle des "*Tax expenditures*" américaines, "des pertes de recettes liées aux dispositions des lois fédérales autorisant exclusions du champ de l'impôt, exonérations ou déductions du revenu brut, ou instituant un crédit d'impôt, un taux préférentiel ou un différé d'imposition"³⁰⁰. Le Conseil des impôts les définit "à la fois comme le symétrique de l'expression dépenses budgétaires et comme le négatif de l'expression recettes fiscales"³⁰¹. Bien entendu, il ne s'agit pas en ce qui nous concerne de dépenses au sens ordinaire telles celles engendrées par le fonctionnement des services fiscaux mais plutôt de renonciations à recettes par application de mesures fiscales dérogatoires. Le flux d'investissements dans les zones défiscalisées qui seraient autrement boudées est la contrepartie attendue qui justifie ces dépenses.

²⁹⁹ ORSONI Gilbert, *L'interventionnisme fiscal*, Fiscalité, PUF, Paris, 1995, p. 11.

³⁰⁰ Congressional Budget Act of 1974, cité par O.C.D.E, *Dépenses fiscales, problèmes et pratiques suivies par les Etats*, Paris, 1984.

³⁰¹ CONSEIL DES IMPOTS, *Fiscalité et vie des entreprises*, Quatrième rapport au Président de la République, Direction des Journaux Officiels, Paris, 1979, p.109.

Certains fiscalistes contestent l'efficacité du procédé. Le professeur Maurice Laure dénonce ainsi ce "démon redoutable" de l'interventionnisme qui "rôde en matière fiscale" et affirme que "les impôts sont des instruments conçus pour prélever et non pour guider", arguant de l'image du bistouri, instrument avec lequel on tranche mais on ne dirige point³⁰². Il n'empêche que le différentiel de traitement fiscal entre deux zones est censé influencer sur les opérateurs économiques. A cet égard, les pays ayant certains désavantages structurels, telle une situation géographique défavorable, des ressources naturelles insuffisantes, considèrent souvent que des avantages ou des régimes fiscaux spéciaux peuvent contribuer à compenser les inconvénients non fiscaux qui découleraient de l'implantation des entreprises sur leur territoire.

Or, les Lois de finances déterminent généralement l'ensemble des charges et des ressources de l'Etat pour l'année civile. Ces dernières comprennent les ressources extérieures et les ressources douanières et fiscales et sont votées par le pouvoir législatif en principe chaque année. Un régime de zones franches, pourtant, accorde des exonérations d'impôts pour un laps de temps variable entre cinq et vingt ans. C'est dire qu'en établissant un régime de zones franches, le pouvoir législatif du moment impose des dépenses fiscales futures et s'arroge la souveraineté budgétaire du parlement en cette matière pour les cinq, voire les vingt ans à venir, *id est* au-delà d'une législature. C'est pourquoi le professeur Pheuiphanh Ngaosyvathn qualifiait ces libéralités fiscales non seulement "d'excentricité dispendieuse" mais surtout les dénonçait comme "constitu(ant) de véritables démembrements de la souveraineté fiscale de l'Etat"³⁰³. Le professeur Philippe Kahn évoquait pour sa part, à propos du "régime fiscal spécial de longue durée" qu'instaurent certains codes d'investissement - qui sont nettement moins favorables que les régimes de zones franches -, "un système conduisant un Etat à dépérir aujourd'hui dans l'espoir de mieux vivre demain"³⁰⁴. Au point que certains Etats s'obligent à justifier les avantages accordés dans un régime de zones franches. Ainsi, le Sénégal dans l'exposé des motifs de la Loi du 22 avril 1974 précise que "l'Etat ne peut pas se permettre de ne pas mettre le maximum de chances de son côté pour assurer le succès de son projet. N'oublions pas que des projets concurrents bénéficient souvent des moyens plus

³⁰² LAURE Maurice, *Science fiscale*, PUF, Paris, 1993, p. 37 et *Traité de politique fiscale*, PUF, Paris, 1956, p. 320.

³⁰³ NGAOSYVATHN Pheuiphanh, "Attraction de l'épargne privée étrangère par l'impôt : une excentricité dispendieuse pour les pays en voie de développement", *RSF*, n°1, janv-mars 1974, p. 971. V. par ailleurs sa thèse, *Le rôle de l'impôt dans les pays en voie de développement*, L.G.D.J., Paris, 1978.

³⁰⁴ KAHN Philippe, "Problèmes juridiques de l'investissement dans l'ancienne Afrique française", *J.D.I.*, 1965/2, p. 362.

importants que ceux du Sénégal pour attirer les investisseurs. Il faut donc accepter de réduire le gain du projet sous sa forme fiscale au maximum pour assurer son impact". Une remarque finale, cependant, révèle quelques arrière-pensées : "à terme, une fois le succès de la zone franche assuré, le Gouvernement pourra peut-être revenir sur cette concession"³⁰⁵. Cet "aléa de souveraineté", signalé par le professeur Weil du fait de "la maîtrise de l'Etat hôte de son droit interne"³⁰⁶, peut cependant diminuer sensiblement le pouvoir de séduction du régime. Outre les effets de l'imposition d'un seuil trop élevé d'investissements et d'emplois à créer déjà mentionnée l'on peut ainsi attribuer en partie les résultats plutôt négatifs des zones franches sénégalaises à l'atmosphère de méfiance difficile à dissiper après une telle déclaration d'intention. Le Rapport de la Banque mondiale sur le développement mondial de 1997 conclut en effet que "the worst damage that State can do to its prospects of investment is to cultivate an air of uncertainty"³⁰⁷. Plus que les incitations accordées par un Etat, la stabilité de sa politique et de son environnement juridique importent à l'investisseur. Certains régimes pour instaurer cette atmosphère de confiance de manière à être encore plus attractifs, n'hésitent pas à s'engager lors de l'édiction du régime, relativement aux entreprises agréées, à ne pas modifier le nombre, la nature, l'assiette, le taux des impôts et leurs modalités de recouvrement. Avant d'examiner ces privilèges fiscaux stabilisés, nous présenterons les incitations fiscales simples.

I/ Les incitations fiscales simples

Le traitement des investissements en matière douanière et fiscale comporte divers allègements. Généralement, les entreprises admises au régime bénéficient d'exonérations de tous droits de douane à l'importation et à l'exportation d'une part, et d'autre part, elles ne sont assujetties qu'à deux sortes d'impôts sur la vie des sociétés, prélevés à un taux réduit par rapport au droit commun : l'impôt sur les dividendes distribués et l'impôt sur les bénéfices. Ces derniers peuvent, par ailleurs, n'être réclamés qu'après une période de vacance allant de cinq à vingt ans.

³⁰⁵ *Exposé des motifs* de la Loi du 22 avril 1974, *Journal officiel de la République sénégalaise*, 18 mai 1974, p. 744, cité par SAINT-GIRONS et CABANIS, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 74-75.

³⁰⁶ WEIL Prosper, "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique", *Mélanges Charles Rousseau, La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, p. 302.

³⁰⁷ Banque mondiale, *World Development Report 1997 : The Role of the State in a Changing World*, Washington D.C., 1997, p. 43.

- Des exonérations de droits, taxes et impôts divers à l'importation et à l'exportation portant sur les machines et équipements de production, de même que sur les composants et matières premières incorporés dans le produit fini exporté.

Ces mesures relatives au droit de douane constituant une justification éponyme, sont générales pour tous les régimes de zones franches. Par exemple, l'article 40 de la Loi malgache dispose que "les matériaux et accessoires de construction, matériels roulants de chantier, véhicules destinés au transport des marchandises, équipements d'usines, matières premières, produits semi-ouvrés, emballages, pièces de rechange ou détachées, matériels didactiques, mobiliers, matériels informatiques et de bureautique ainsi que les fournitures de bureau, destinés à la préparation, à l'aménagement et à l'exploitation des entreprises bénéficiant du régime de zones franches sont exonérés de droit de douane, de taxe d'importation, de taxe de consommation, et de taxe unique de transaction"³⁰⁸. Il se peut cependant qu'aux fins de contrôle des produits réellement exportés, l'Etat assujettisse temporairement à la taxe sur la valeur ajoutée l'importation des composants des entreprises franches et les rembourse après l'exportation des produits finis correspondants. Ainsi, à Madagascar, l'article 19 de la Loi de finances rectificative n° 98-013 du 15 septembre 1998 a introduit cette taxe exceptionnelle³⁰⁹.

- Des allègements de l'impôt sur les sociétés dont l'étendue et la durée varient selon les zones, cette dernière s'étalant sur 5 à 10 ans, voire 15 ans et plus.

Par exemple, l'article 8 de la Loi tunisienne dispose que "tous les travaux d'infrastructure sont exonérés des droits et taxes s'y grevant. Les opérateurs sont exonérés de tous impôts, taxes et droits quelle que soit leur nature au titre de leur activité à l'intérieur de la zone franche économique à l'exception des contributions et cotisations au régime légal de sécurité sociale pour le personnel affilié au régime de sécurité sociale tunisienne"³¹⁰. Les exemptions sont ainsi manifestement générales et permanentes. Comme si l'Etat tunisien se lançait, selon les propos de certains auteurs, "dans une sorte de processus de surenchères par rapport aux régimes consentis par les autres pays engagés plus tôt dans ce genre d'expérience"³¹¹. Par contraste, les entreprises franches à Madagascar sont exonérées de l'impôt sur les bénéfices des sociétés pendant les cinq premières années d'exploitation alors

³⁰⁸ Article 40 de la Loi malgache précitée, p. 11.

³⁰⁹ Article 19 de la Loi n° 98-013 in *J.O.R.M.* du 24 septembre 1998, p.2947.

³¹⁰ Texte de la Loi, en annexes in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 190.

³¹¹ CABANIS et SAINT-GIRONS, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 77.

que les entreprises de promotion-exploitation de zones franches le sont pendant une période de quinze ans. Ultérieurement, elles y sont imposées pour un taux fixé à 10% alors que les entreprises de droit commun le sont à 35%³¹². A Maurice, les entreprises franches après dix ans de franchise d'impôt sur les bénéfices, sont imposées à 15%³¹³. Ainsi, plus le régime est d'institution récente, plus grandes sont les exemptions.

- Une exonération partielle ou totale pour divers autres taxes et impôts, suivant la réglementation fiscale en vigueur dans le pays.

A l'île Maurice, en dehors de l'impôt sur les bénéfices précité, les entreprises franches sont totalement exemptées des autres types d'impôts. A Madagascar, si elles sont exonérées de la taxe professionnelle, elles sont assujetties à un impôt sur les dividendes distribués au taux fixe de 10% sans période de grâce.

Au Bangladesh, aucun impôt, ni droit ni taxe, n'est prélevé pendant les dix premières années d'exercice de l'entreprise dans une zone franche. Après cette période de vacances, un impôt sur les bénéfices est réclamé, correspondant à 50% de l'impôt exigé en droit commun par l'*Income Tax Act*. De surcroît, le personnel étranger est exonéré de l'impôt sur les revenus pendant 3 ans.

L'Etat, maître absolu de la création et de l'application de ses impôts, peut ainsi, de sa propre initiative, limiter son pouvoir de les appliquer dans un régime de zones franches. Ces incitations fiscales peuvent être renforcées par une clause de stabilisation.

II/ Les incitations fiscales renforcées par une clause de stabilisation

Par un régime de zones franches, un Etat accorde des privilèges fiscaux à des entreprises pour une longue période, dépassant généralement le mandat de l'assemblée qui les a établis. Ces privilèges sont souvent renforcés par une stipulation contenue dans le même acte voulant garantir leur survie au-delà de cette législature.

Ainsi, le régime malgache contient une clause de stabilisation des avantages fiscaux pour les entreprises agréées. L'article 33 de la Loi malgache dispose en effet que "aucune autre mesure tendant à aggraver les charges fiscales prévues par les dispositions précédentes ou à instituer un traitement discriminatoire entre les entreprises de la même catégorie ne peut être appliquée aux entreprises bénéficiant du régime de zones franches. Les dispositions de l'article 32 ci-dessus (intitulé *fiscalité des entreprises et des expatriés*) excluent pour les

³¹² Article 31 de la Loi malgache, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 10.

³¹³ Cf. le site de la Mauritius Export Development and Investment Authority (<http://ncb.intnet.mu/media>).

entreprises bénéficiant du régime de zones franches toute autre forme d'impôt non prévue par la présente loi. Ces dispositions assurent la stabilisation des impôts visés à l'article précédent"³¹⁴. Cette clause n'empêchait cependant pas l'Etat malgache quelques années plus tard d'imposer les achats et les importations des entreprises franches par une taxe sur la valeur ajoutée, non prévue par le régime. Il est vrai que cette TVA ne touche pas la fiscalité des entreprises définie dans l'article 32 mais le régime douanier des achats et importations de biens par une entreprise franche défini dans l'article 40. Par ailleurs, l'article 19 de la Loi de finances rectificative n° 98-013 du 15 septembre 1998 instituant cette taxe aux fins de contrôle des activités réelles de ces entreprises précise aussi qu'elle est temporaire et remboursable lors de l'exportation des produits transformés à partir des importations taxées³¹⁵. La question de la valeur et de l'effet juridiques de la clause de stabilisation inscrite dans le régime de base ne s'en pose pas moins.

Les incitations fiscales avec des clauses de stabilisation existaient déjà dans les contrats entre un Etat et un investisseur étranger³¹⁶ ou, encore, de manière unilatérale dans les codes d'investissement³¹⁷. Dans les années 70, les effets de telles clauses ont donné lieu à des discussions exposées par le professeur Weil dans l'article précité. L'efficacité d'une telle clause incluse dans un traité ou un accord ne fait plus guère de doute. En raison de la souveraineté économique de l'Etat cependant, les clauses de stabilisation incluses dans des contrats établis entre Etats et personnes privées étrangères devraient être interprétées de façon restrictive et en fonction de leur effet utile³¹⁸. Celle inscrite dans une législation, comme l'article 33 malgache, reste néanmoins problématique.

Si "l'aléa de souveraineté" représente le pouvoir inhérent que l'Etat détient de faire prévaloir les intérêts généraux dont il a la charge sur les droits acquis par les entreprises lors de leur agrément au régime, disparaît-il à la suite d'une stipulation législative assurant la stabilité des incitations fiscales que l'Etat a pu consentir ? Selon le professeur Weil, "édictee unilatéralement par l'Etat dans le cadre de son pouvoir normatif interne, la clause législative de protection peut être abrogée à tout moment par une nouvelle disposition située au même

³¹⁴ Art. 9 de la Loi malgache précitée note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 10.

³¹⁵ Article 19 de la Loi n° 98-013 in *J.O.R.M.* du 24 septembre 1998, p.2947.

³¹⁶ V. par ex., WEIL Prosper, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 301-328.

³¹⁷ V. GANEM Pierre-Henri, *Stratégies contractuelles des firmes aux fins de "sécurisation" d'investissements internationaux et volontarisme politique des Etats comme forces créatrices de droit dans les rapports transnationaux*, thèse, Université Paris X, 1994.

³¹⁸ Cf. la sentence *Aminoil c. Koweït* du 24 mars 1982 (*JDI* 1982, p. 869) ainsi que les commentaires de Ph. Kahn dans les pages précédentes et de G. Burdeau, *AFDI* 1982, pp. 454s.

niveau ou à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes³¹⁹. Autrement dit, une clause de stabilisation stipulée de façon unilatérale ne met pas l'investisseur à l'abri de "l'aléa législatif", lui aussi d'origine unilatérale. La clause serait donc "une arme de pacotille"³²⁰ ou un bijou en toc pour continuer la métaphore de la séduction, au point qu'il n'y aurait guère de différence entre les régimes qui en comportent et les autres. Le point de vue du professeur Weil semble avoir quelque peu évolué depuis. Dans l'affaire *Goetz* (1999), en effet, le tribunal arbitral du CIRDI, qu'il présidait, semble donner une place à part à "la législation de l'Etat d'accueil (qui) met l'investisseur à l'abri de toute modification du régime législatif, en matière fiscale ou douanière notamment"³²¹. Le décret-loi instituant le régime de zones franches burundais dans le litige en question ne comportant aucune garantie de ce genre, le tribunal arbitral n'est pas allé plus loin quant aux conséquences à accorder à une telle spécificité. Dans la mesure cependant où la sentence s'interroge sur l'éventualité "d'une situation de type contractuel (entre l'Etat hôte et l'investisseur) qui apparenterait malgré tout la présente affaire à une affaire de contrat d'Etat"³²², elle semble ouvrir une perspective attribuant, dans cette éventualité, une efficacité internationale à une clause de stabilisation incluse dans une législation. Autrement dit, une clause de stabilisation insérée dans un régime législatif ne resterait pas lettre morte si le régime en question faisait naître une relation quasi contractuelle entre l'Etat et l'investisseur.

Or, le régime de zones franches généralement, et au Burundi comme ailleurs, est accordé aux entreprises qui en font la demande et qui remplissent les conditions préétablies. Si, rappelons-nous, dans une précédente affaire du CIRDI (*Amco*, 1984), le tribunal a estimé que "*the relationship established between foreign enterprise and a State by an investment application on the one hand and the approval of the same on the second (...) should not be characterized as a contract as a such, but rather as a sui generis legal relationship, comparable to a contract*"³²³, dans l'affaire *Goetz*, le tribunal affirme que "rien ne permet d'avoir le moindre doute sur le caractère unilatéral de la relation juridique née tant de l'octroi à AFFIMET (l'entreprise demanderesse) du certificat d'entreprise franche que de sa révocation

³¹⁹ *In ibid.*, p. 306.

³²⁰ Expression du professeur WEIL, *in ibid.*, p. 305.

³²¹ Sentence arbitrale du CIRDI ARB/95/3, Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, §. 74, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 2000, vol. 15, n° 2, p. 491.

³²² §. 75, *in ibid.*

³²³ S.A CIRDI ARB/81/1, Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, 20 novembre 1984, §. 189, International Legal Materials, vol. XXIV, 1985, p. 1030.

(par l'Etat burundais)³²⁴. Une clause de stabilisation éventuellement contenue dans cet acte unilatéral n'annihile point l'aléa législatif ou administratif en question, sauf à considérer qu'elle crée des obligations internationales à la charge de l'Etat.

Cette perspective se fonderait sur l'opinion - qualifiée de "quelque peu aventureuse" à l'époque par le professeur Weil³²⁵ -, que "l'Etat qui a pris par voie législative, donc unilatéralement, l'engagement de ne pas faire usage de ses prérogatives de souveraineté a créé au profit des investisseurs une expectative qu'il lui est désormais interdit de décevoir, en vertu de la théorie de l'*estoppel*"³²⁶. C'est semble-t-il la position du professeur Juillard qui "perçoit mal pour quelle raison cet engagement pourrait être privé d'efficacité internationale"³²⁷. L'*estoppel* consiste, en effet, en une objection péremptoire fondée sur le principe de bonne foi qui s'oppose à ce qu'un Etat puisse contredire une position qu'il a prise antérieurement et dans laquelle d'autres Etats avaient placé leur légitime confiance³²⁸. Partant de la valeur, non récusée, de clauses de stabilisation incluses dans un acte international soit de portée générale comme un traité bilatéral d'investissement, soit de portée individuelle comme un contrat entre l'Etat hôte et l'investisseur, ce dernier auteur explique que dans les deux actes l'Etat "crée (dans le chef des investisseurs) des droits individuels que les tribunaux arbitraux doivent sauvegarder". Il saute alors allégrement le pas de la maîtrise par l'Etat de son droit interne et prétend que l'Etat en stipulant un engagement de stabilisation dans sa législation crée les

³²⁴ S.A. CIRDI *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, §. 75, p. 491.

³²⁵ Il est vrai que ce dernier formulait cet avis avant les deux décisions de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires* qui semblent donner une plus grande portée à l'acte unilatéral (C.I.J., *Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France*, 20 décembre 1974, *Rec.* 1974, pp. 260s).

³²⁶ WEIL Prosper, *eod. loc.*, p. 306. C'est le professeur qui souligne. Il cite en ce sens, Freedman, *AJIL*, 1956, p. 506.

³²⁷ JUILLARD Patrick, L'évolution des sources du droit des investissements, *R.C.A.D.I.*, 1994/VI, t. 250, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, p. 55, et les pages 55 à 58 (section ayant pour titre "*Cas où le code d'investissement contient un engagement de stabilisation*") pour les citations suivantes.

³²⁸ Tirant son origine du principe de bonne foi, l'*estoppel* naît de "la confiance suscitée chez les autres Etats par la déclaration unilatérale qui empêche son auteur d'une part d'en contester la valeur juridique, d'autre part de la retirer arbitrairement" (STERN Brigitte, "L'affaire des essais nucléaires français devant la CIJ", *AFDI*, 1974, p. 330). C'est donc un principe concernant les rapports entre Etats. Pour son extension controversée aux rapports entre Etat et personnes privées, cf. GAILLARD Emmanuel, "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (Le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes)", *Revue arbitrale*, 1985, pp. 241s. Notamment, la première décision arbitrale Amco du 25 septembre 1983 avait été l'occasion d'affirmer l'existence de l'*estoppel* parmi les principes de droit international applicables à des arbitrages mettant en cause des particuliers mais il s'agissait d'une dispute issue d'un "contrat de location et de gestion", cf. Gaillard, *JDI*, 1987, p. 145.

mêmes droits. La seule différence, reconnaît-il, n'est "autre que celle qui découle de la technique juridique". Il refuse cependant de donner effet à cette différence en affirmant "qu'une telle solution irait contre l'évolution du droit international, tant sur le plan formel, en raison de l'attention de plus en plus grande portée à l'acte unilatéral, que sur le plan matériel, en raison de la volonté d'assurer aux investisseurs une égale protection du droit".

Pour notre part, nous relativiserons l'effet de cette clause de limitation de souveraineté. Tellement il est vrai que l'Etat n'est pas engagé de la même manière dans l'ordre international que dans l'ordre interne. Par ailleurs, la souveraineté consistant aussi à la préservation de la souveraineté de la génération future, "une assemblée législative ne peut lier les assemblées suivantes"³²⁹. En l'occurrence, nous distinguerons l'effet d'une clause de stabilisation fiscale contenue dans un acte unilatéral comme un régime de zones franches vis-à-vis d'un investisseur étranger quelconque et l'effet de la même clause vis-à-vis d'un investisseur étranger protégé par un engagement international de l'Etat hôte contenu, par exemple, dans un traité bilatéral de protection des investissements³³⁰. Il ne faut pas en effet oublier que promulguée unilatéralement par l'Etat dans le cadre de son pouvoir normatif interne, cette clause peut être abrogée à tout moment par une nouvelle disposition située au même niveau ou à un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes³³¹. Le fait que "peu de réglementations juridiques incarnent autant l'*imperium* de l'Etat que la fiscalité"³³² renforce cette thèse. La responsabilité internationale de l'Etat ne peut être mise en cause que si l'atteinte aux droits de l'investisseur relève d'un rapport juridique internationalement protégé, *id est* si l'investisseur bénéficie d'un *umbrella agreement*.

Néanmoins, l'existence de telle clause de stabilisation fiscale dans un régime de zones franches n'est pas totalement dépourvue de conséquences. L'on peut estimer en effet que cette disposition et l'ensemble de la fiscalité spécifique du régime participent à la motivation des investisseurs à investir en zone franche. Si la présence de la clause ne peut empêcher l'Etat de modifier souverainement le régime fiscal, elle renforce l'obligation de trouver un autre

³²⁹ Tiré du mémoire iranien dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company* (CIJ, 22 juillet 1952), cité par WEIL Prosper, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 317.

³³⁰ Encore que l'obligation de traitement des investisseurs ressortissants de l'autre Etat partie selon un certain standard international ne s'applique pas toujours en matière fiscale. Tel est le cas dans la plupart des derniers traités bilatéraux conclus par la France. S. MANCIAUX cite l'exemple de l'art. 4 du Traité France – Afrique du sud (*JORF* du 9 juillet 1997, cité *in* "Changement de législation fiscale et arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 2001, n° 2, p. 338.

³³¹ WEIL Prosper, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 306.

³³² Expression de LE GALL Jean-Pierre, "Fiscalité et arbitrage", *Revue de l'arbitrage*, 1994, n° 3, p. 4.

équilibre économique entre les contributions de l'Etat et l'investisseur. L'efficacité de la disposition se révèle donc être seulement relative.

La défiscalisation n'en est pas pour autant bien réelle. A ces avantages fiscaux et aux facilités administratives s'ajoutent d'autres privilèges.

Section 3 : Déréglementation

Les pays en développement manquent généralement de ressources. C'est pour cela que la plupart des avantages offerts relèvent plutôt de l'élimination d'une contrainte que d'une attribution effective de ressources. La déréglementation est ainsi entendue ici comme une diminution des contraintes réglementaires. Dans un régime de zones franches, elle est manifeste en matières financière et sociale.

I/ En matière financière

En ce qui concerne les avantages financiers, si dans les pays développés existent des possibilités de subventions directes ou des prêts à taux d'intérêt modérés pour achever éventuellement un plan d'investissement ou encore des prix préférentiels pour les espaces industriels loués aux investisseurs, dans les pays en développement, les régimes de zones franches n'offrent que des facilités relatives lors de transferts de fonds ou de dividendes. Ces facilités doivent être comprises dans un contexte général de pénurie de devises qui handicape souvent les entreprises qui ne bénéficient pas du régime de faveur pour leurs opérations avec l'extérieur. En effet, si la plupart des pays en cause ont supprimé le contrôle des changes sur les paiements courants, objectif fixé par l'article VIII section 2 des statuts du FMI, le transfert effectif est subordonné à la disponibilité des devises en dépôts. La clause de libre transfert de fonds existant dans les régimes de zones franches pourrait être ainsi interprétée comme une sorte de priorité dans l'obtention des devises nécessaires aux entreprises franches.

Ainsi, tous les régimes assurent en cas de cessation d'activité, sous la condition de règlement intégral des dettes contractées sur le territoire national, la liberté de transfert de fonds. L'article 13, paragraphe 2, de la Loi tunisienne dispose même que "la garantie de transfert porte sur les produits réels nets de la cession ou de la liquidation même si ce montant est supérieur au capital initialement investi".

II/ En matière de gestion du personnel

Des dérogations en matière de réglementation du travail facilitent la gestion du personnel dans un régime de zones franches de manière à garantir une liberté relative aux investisseurs. Généralement, des facilités dérogeant à la réglementation relative à l'immigration sont prévues en matière d'embauche de personnel expatrié. D'autres dérogations aux règles sociales sont aussi possibles. Le risque de démembrement du pouvoir de régulation sociale est d'autant plus grand que le but est toujours de réduire les coûts des investissements.

Selon l'OIT, "les normes du travail et les relations professionnelles sont les aspects les plus critiques et controversés des zones franches d'exportation"³³³. Les dérogations aux règles sociales dans les régimes de zones franches vont généralement dans le sens d'une plus grande flexibilité. S'inscrivant dans une logique de recherche de diminution extrême des coûts du travail, la pratique sinon la règle précarise les conditions du travailleur. L'attractivité territoriale étant devenue un impératif majeur, les Etats ne raisonnent plus qu'en termes de coûts et d'efficacité économiques. Le coût salarial est en effet l'élément le plus déterminant des zones franches d'exportation car sont délocalisées en priorité dans les pays en développement les parties du processus de production qui ont la plus haute intensité de main d'œuvre. Toujours dans le but de séduire les investisseurs, un régime de zones franches peut ainsi offrir des conditions légales de travail moins contraignantes pour les entreprises, *id est* moins protectrices des travailleurs que dans les autres parties du territoire de l'Etat. Elles visent à garantir une liberté relative aux investisseurs dans les zones franches pour la gestion de leur personnel. Elles relèvent parfois d'un nouvel esclavagisme³³⁴. Selon un auteur, "les relations de travail dans les zones franches tendent à épouser des formes atypiques dont le développement s'inscrit plutôt dans une logique globale de déréglementation et de régulation par le marché"³³⁵. Le désengagement de l'Etat dans les rapports entre les employés et les employeurs qui s'ensuit confère à ces zones une sorte d'extraterritorialité sociale par rapport à l'application du droit commun du travail. Cela ne veut pas dire qu'aucune réglementation du travail ne s'y applique mais simplement qu'une réglementation spécifique y est établie. Elle n'est pas pour autant forcément négative du point de vue des travailleurs, même si les

³³³ Organisation Internationale du Travail, Service du droit du travail et des relations professionnelles : <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/govlab/legrel/tc/epz/reports> (p. 27).

³³⁴ Cf. MARTHOZ Jean-Paul & SZYMANSKY Marcela, *L'enfer des nouveaux paradis fiscaux*, Confédération internationale des syndicats libres, Bruxelles, 1996, 69 p., disponible aussi sur le site du syndicat (www.icftu.org).

³³⁵ BOUSLAH Ezzedine, "Les relations de travail dans les zones franches : une régulation atypique", in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 172.

dérogations aux règles sociales communes entraînent le plus souvent un relâchement de la protection de ces derniers. Ce relâchement peut prendre plusieurs formes : les zones peuvent délibérément être exclues, par la loi qui établit le régime, du domaine d'application des lois sociales de droit commun ; des dérogations peuvent être accordées, toujours de manière légale, pour certaines matières ; ou bien les lois sociales applicables, sans être différentes du droit commun, n'y sont point appliquées.

A/ L'extraterritorialité légale du point de vue social

La prolifération des zones franches d'exportation intensifie la concurrence pour attirer les investissements. Les marchés internationaux exigent en effet une réaction plus rapide aux commandes, des délais de fabrication réduits et une flexibilité accrue dans l'élaboration des produits. L'affaiblissement volontaire des règles protectrices des travailleurs a pour origine la conviction que réduire les coûts est nécessaire pour être le plus attractif. La logique devient la surenchère. M. Oman souligne que "plus d'un observateur y voit la manifestation d'une *course au bas de l'échelle* en matière de normes du travail"³³⁶. Ainsi, des dérogations aux règles sociales peuvent être générales comme au Zimbabwe, au Bangladesh, au Pakistan ou encore au Panama³³⁷.

L'article 56 de la Loi de 1994 sur les zones franches d'exportation zimbabwéennes indique que la Loi de 1985 sur les relations professionnelles ne s'applique pas à ces zones. Le service concerné de l'OIT dénonce en l'occurrence le fait que les travailleurs de ces zones soient "privés de droit de liberté syndicale et de négociation collective et (que) la loi supprime les mesures de protection contre la discrimination et les pratiques déloyales du travail". De même, le Pakistan, selon l'article 25 de l'Ordonnance de 1980 sur l'administration des zones franches d'exportation et le Règlement de 1982 sur l'emploi dans les zones franches d'exportation, a exclu ses zones franches du droit commun des relations professionnelles et y a interdit toute forme d'action revendicative.

Le même rapport de l'OIT relève qu'au Bangladesh, l'article 11A de La loi sur l'administration des zones franches d'exportation les exclut du champ d'application de la Loi de 1965 sur l'emploi, de l'Ordonnance de 1969 sur les relations professionnelles. Il exclut

³³⁶ OMAN Charles, Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ?- Une étude de la concurrence entre gouvernements, Centre de développement, O.C.D.E., Paris, 2000, p. 113.

³³⁷ OIT, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 30s. Les exemples fournis dans cette section sont tirés du même document sauf précision.

ainsi l'application du droit commun du travail dans les zones, notamment la création des syndicats. Cette exclusion établie par la loi amène le ministère du travail à considérer que les zones ne sont pas prioritaires par rapport à d'autres secteurs de l'économie plus problématiques et à laisser une grande autonomie à l'autorité administrant ces zones. Le *Bangladesh Export Processing Zone Authority* recueille ainsi dans un *Guide sur les investissements au Bangladesh* des normes spécifiques applicables ayant trait au classement du personnel, au salaire minimum, aux périodes de congé et aux jours fériés, à la cessation d'emploi, aux services sociaux (cliniques, réfectoires), aux cotisations à la caisse de prévoyance et aux centres médicaux des zones ainsi qu'aux procédures de réclamation. Ces normes, vu la non-implication du ministère du travail³³⁸, relèvent plus de codes de conduite d'application volontaire que de règles strictement contrôlées et sanctionnées. En ce sens, elles ont plutôt une logique économique. Il appert en effet que lorsque les entreprises sont sûres de pouvoir compenser par des gains de productivité les dépenses causées par l'amélioration des conditions matérielles des travailleurs, ces derniers profitent d'avantages spécifiques.

Ainsi, toujours selon l'étude de l'OIT précitée, quel que soit le niveau de qualification, le salaire minimum y est supérieur au niveau national (en 1996, il dépassait de 40% le salaire minimum national des travailleurs non qualifiés, de 15% celui des travailleurs semi-qualifiés et de 50% celui des travailleurs qualifiés). Par ailleurs, étant donné qu'il existe en 1998 plus de 2600 usines de vêtements en zone franche employant 1,3 million de personnes, dont 90% sont des jeunes femmes, des crèches et des garderies d'enfants sont mises en place dans les entreprises. Des services de transport peuvent aussi être offerts pour assurer la ponctualité des travailleurs.

Au contraire, les entreprises s'affranchissent de toutes normes minimales quand elles n'y trouvent pas leurs intérêts. Ainsi, les fonctionnaires du BIT ont relevé les dysfonctionnements suivants :

- l'employeur ne paie pas de cotisations d'assurance chômage et d'assurance accident ;
- il ne propose pas toujours de contrat aux travailleurs après la période d'essai ;
- il oblige les salariés à faire des heures supplémentaires, souvent non compensées ;
- il essaie de contourner les dispositions concernant le congé de maternité rémunéré ;
- les tentatives d'organisations des travailleurs font l'objet d'intimidation ou de représailles.

Au Panama, le chapitre VII, de la Loi n° 25 de novembre 1992 régissant les zones franches d'exportation, se substitue au Code du travail. Ce chapitre prévoit notamment une

³³⁸ Il n'y a pas de représentant du ministère du travail dans le *Board of Governors* de la BEPZA (*cf. supra*).

grande flexibilité dans les rapports employés et employeurs, permet le licenciement pour raisons économiques, limite le droit de grève et les négociations collectives. Cette législation faisant forcément l'objet de controverses fut modifiée à plusieurs reprises. La Loi n° 3 de janvier 1997 a ainsi prévu certaines normes minimales en faveur des travailleurs des zones, notamment un salaire minimum, un jour de repos par semaine et le paiement des heures supplémentaires.

Toutefois, cette extraterritorialité sociale intégrale est plutôt rare. La plupart des zones franches d'exportation sont couvertes par la législation du travail du pays concerné, avec des exceptions notables dans certaines matières.

B/ Les dérogations à la législation du travail dans les zones franches d'exportation

L'extraterritorialité sociale est le plus souvent partielle. Elle peut concerner l'embauche de personnel immigré, les conditions générales de travail et de rémunération ou encore est relative au droit d'organisation des travailleurs.

1/ Les dérogations relatives à l'embauche de personnels expatriés.

Généralement, des facilités dérogeant à la réglementation relative à l'immigration sont prévues en matière d'embauche de personnel d'encadrement expatrié. La faiblesse technologique d'un pays, notamment au niveau de la qualification de la main d'œuvre, peut en effet y réduire l'investissement. Le fait de pouvoir employer du personnel expatrié qualifié peut remédier à cet inconvénient pour un investisseur.

Si l'article 24 de la Loi tunisienne impose "une limite de quatre par entreprise" qui peuvent être soit des agents d'encadrement soit des agents de maîtrise, l'article 24 de la Loi malgache dispose que "l'entreprise bénéficiant du régime de zones franches est responsable de la détermination de l'effectif d'encadrement expatrié dont elle a besoin". Il en est de même à l'île Maurice où il apparaît de surcroît que les entreprises franches peuvent employer des travailleurs étrangers qui ne sont ni cadres ni agents de maîtrise. D'après un rapport de la Banque mondiale, ce serait "*in order to alleviate the labor shortage on the factory floor*"³³⁹ :

³³⁹ World Bank Country Study : *Mauritius, Expanding Horizons*, World Bank, Washington D.C., 1992, p. 17.

avec un total de 87.902 employés étrangers en septembre 1998, la force de travail étrangère représente 11,5% de la main d'œuvre des entreprises franches mauriciennes³⁴⁰.

2/ Les dérogations relatives aux conditions de travail

Les dérogations sont multiples et diffèrent selon les Etats. Elles visent toutes la flexibilité du travail et accordent une plus grande liberté aux employeurs. A Madagascar, l'article 23 de la Loi précitée de 1991 accorde "toute liberté à l'entreprise bénéficiant du régime de zones franches pour la gestion de son personnel (mais tout en restant) dans le cadre du Code de Travail et du Code de prévoyance sociale". Toutefois, outre la dérogation concernant le personnel expatrié, il existe des dispositions particulières relatives au règlement des différends collectifs entre une entreprise franche et son personnel, figurant dans la même Loi. Ainsi, en cas de différends collectifs, *id est* un conflit opposant l'employeur à l'ensemble de son personnel, non résolu par une conciliation ni par une médiation, une procédure d'arbitrage doit être envisagée. Alors que l'arbitrage est confié dans le droit commun à une commission tripartite (d'une part, le président du Tribunal de Première Instance et un inspecteur du travail du ressort de l'entreprise et d'autre part, un assesseur employeur et un assesseur employé du tribunal prud'homal), il est confié pour les entreprises franches à une commission paritaire qui, composée en nombre égal de représentants des employeurs et de représentants des travailleurs de ces entreprises, revêt un caractère moins juridictionnel.

Les dérogations les plus souvent rencontrées dans les zones franches d'exportation concernent les conditions de travail et de rémunération. La durée du travail pose souvent des problèmes pour ces entreprises particulières vouées à l'exportation. Fortement reliées à un marché extérieur très élastique, les entreprises franches fonctionnent à la commande et dans un esprit de rentabilité maximale qui leur impose un stock minimum. La flexibilité nécessaire à un meilleur rendement correspond malheureusement souvent à la précarisation sinon à l'intensification des conditions de travail, *id est* à la négation des règles protectrices de droit commun quand elles existent.

La précarisation peut être aussi manifeste dans les conditions générales de travail qui imposent le contrat à durée déterminée, comme forme unique et exclusive des relations de travail. L'article 23 de la Loi tunisienne dispose ainsi que : "Nonobstant tout autre texte contraire les contrats de travail entre les salariés et les entreprises implantées dans une zone

³⁴⁰ Central Statistical Office, *Economic Indicators*, n° 284, cité par Mauritius Export Processing Zone Association, *1998 Annual Report and Directory*, Port-Louis, 1998, p. 11.

franche économique sont librement réputés des contrats de travail à durée déterminée quelle que soit leur durée, durée ou modalités de leur exécution" (*sic*). A l'île Maurice, d'après la section 14 (9) de l'Export Processing Zone Act de 1970 reprise par la section 20 (8) de l'Industrial Expansion Act de 1993, la terminaison d'un contrat de travail n'est pas soumise à la partie VI du Labour Act. Cette dernière exige l'autorisation du Service Board (Minister of Labour) ainsi qu'un préavis et une indemnité en faveur de l'employé dans le cas d'une réduction des effectifs d'une entreprise de droit commun. Autrement dit, "neither notice nor severance allowance are required (to EPZ firms), for both individual terminations and work force reductions"³⁴¹. Cependant, la section 14 (8) de l'Export Processing Zone Act exige le paiement d'une indemnité équivalant à deux semaines par an pour les employés ayant une ancienneté de plus de trois ans. Ce qui est relativement rare à cause de la dureté des conditions de travail.

La durée hebdomadaire ou quotidienne du travail dans une zone franche peut aussi excéder celle habituelle dans le droit commun. Ainsi, à l'île Maurice, la durée hebdomadaire du travail dans le droit commun est de 45 heures avec un supplément maximum de 10 heures, tandis que dans le régime de zones franches, la section 20 (2) de l'Industrial Expansion Act de 1993, autorise les entreprises à dépasser ces heures "with the employee's consent". De fait, d'après le rapport de la Banque mondiale précité, "the number of obligatory hours worked in the EPZ can easily amount to 60 hours on a regular basis"³⁴².

3/ Les dérogations relatives à l'organisation des travailleurs

Des dérogations relatives au droit social commun, celles relatives à l'organisation du travail semblent être les plus graves du point de vue de la protection des travailleurs. Elles répondent au souci des investisseurs de garantir la "paix industrielle". Il n'est pas rare que les gouvernements vantent dans les brochures de promotion des investissements l'harmonie régnant dans ces zones industrielles ou encore le fait qu'ils disposent d'un *unionfree environment*. Ces dispositions peuvent correspondre dans la pratique à des terribles oppressions pour les employés³⁴³. L'absence de contre-pouvoir syndical permet, en effet, d'imposer plus facilement le point de vue unilatéral des investisseurs pour le contrôle des coûts relatifs aux salaires et aux conditions de travail. Ainsi, M. Pedro Ortega Méndez,

³⁴¹ World Bank Country Study, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 18.

³⁴² World Bank Country Study, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 19.

³⁴³ Voir les nombreux rapports du BIT, de la CISL, etc.

secrétaire général de la Fédération syndicale dans les zones franches au Nicaragua dénonce "la répression systématique, déployée en complicité avec les pouvoirs publics, dès lors que des syndicats risquent de voir le jour"³⁴⁴.

³⁴⁴ Texte en date du 4 mai 1997, reproduit par DIAL (globenet.org), "Nicaragua, l'esclavage moderne dans les zones franches".

Conclusion relative à la libéralisation du régime

L'acceptation généralisée de la loi du marché conduit à sacrifier les valeurs et les hommes. L'obsession de l'attractivité qui caractérise l'action de l'Etat dans ces régimes de zones franches d'exportation subvertit fortement sa fonction de protection et diminue sa compétence à exiger des moyens pour exercer celle-ci. Néanmoins, la promesse de libre gestion des investissements, corrélative à cette réduction des contraintes étatiques, ne suffit pas à les séduire. Il leur faut une garantie, pour le cas où l'Etat reviendrait sur ses décisions. Ils demandent aussi que l'Etat abandonne son privilège de juridiction. On peut se demander s'il s'agit toujours, pour l'Etat qui souscrit à cette demande, d'"emprunt" de la logique marchande. Car, comme le dit un auteur, "seule la pression des événements et les contraintes exprimées en termes de besoin de capitaux étrangers pesant sur l'Etat peuvent amener celui-ci à souscrire une clause de règlement des différends attribuant compétence à d'autres instances juridictionnelles que ses propres tribunaux"³⁴⁵.

³⁴⁵ BERLIN Dominique, "Les procédures de règlement des différends dans les contrats Nord-Sud", in CASSAN Hervé, dir., *Contrats internationaux et pays en développement - Perspectives économiques et juridiques*, Economica, Paris, 1989, p. 94.

Chapitre 2 : L'internationalisation de la protection des investissements dans le régime

Un régime de promotion des investissements directs étrangers ne peut avoir un plein effet s'il ne contient ou n'est associé à des mesures protégeant lesdits investissements. La protection transnationale des investissements est souvent inscrite dans le régime même. C'est un élément fort de séduction pour les investisseurs qui y voient, non sans raison, plus de sécurité juridique face aux prérogatives des pouvoirs publics. Les régimes de zones franches comportent ainsi généralement une clause d'arbitrage par un tiers impartial pour résoudre les différends entre l'Etat et l'investisseur étranger. Cette internationalisation ne se fait pas sans influencer en retour les conditions de traitement des investissements dans le régime.

Le problème de leur sécurité a fait l'objet de vastes débats internationaux au lendemain de l'accession à l'indépendance des anciens pays colonisés ou protégés. La problématique essentielle était la stabilité dans le temps des rapports entre Etat et investisseurs privés étrangers, de façon à protéger les droits acquis de ces derniers face au pouvoir de modification unilatérale de l'Etat. Le réflexe défensif était alors d'en appeler à la responsabilité internationale de ce dernier. "La souveraineté territoriale", effectivement, "doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source"³⁴⁶. L'enjeu à l'époque était cependant moins l'internationalisation de ces rapports que le contenu même des règles internationales.

Avant d'observer les développements spécifiques de la protection des investissements qu'accorde chaque Etat dans sa stratégie de promotion des investissements sur son territoire dans un régime de zones franches, nous allons rappeler l'évolution du droit international général en la matière.

Section 1 : L'évolution du droit international général de protection des investissements

Auparavant, comme l'analysait le professeur F. Demichel, "la souveraineté politique de l'Etat colonisateur masquait l'activité internationale des entreprises privées"³⁴⁷. La protection des investissements, essentiellement contre une expropriation décidée par un pouvoir politique, relevait d'un simple droit interne sinon des principes et des règles d'un droit international qu'avaient élaborés les seuls Etats anciennement souverains ayant généralement

³⁴⁶ *Dictum* de la sentence arbitrale dans l'affaire dite du *lac Lanoux*, France c. Espagne, du 16 novembre 1957, *R.S.A.*, t. XII, p. 301.

³⁴⁷ DEMICHEL Francine, Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines, in *Le pouvoir*, Mélanges en l'honneur de Georges Burdeau, L.G.D.J., Paris, 1977, p. 1066.

des conceptions communes quant au respect de la propriété privée. La doctrine et la jurisprudence s'accordaient pour dire que "le respect de la propriété privée et des droits acquis des étrangers fait sans conteste partie des principes généraux admis par le droit des gens"³⁴⁸. Les nouveaux Etats ont remis en cause cet ordre des choses car, selon les termes du professeur B. Stern, "les relations économiques néo-coloniales qui se nouèrent très vite, soit avec les anciennes métropoles, soit avec d'autres pays développés, créèrent un réseau de contraintes qui vidait de tout contenu leur jeune souveraineté"³⁴⁹. Il est ainsi paru vital à ces Etats d'extraire de leur souveraineté juridique de nouveaux moyens pour s'opposer aux intérêts extérieurs monopolisant leurs richesses sur leurs propres territoires. C'était l'époque où le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles devait, selon ces Etats, devenir un "impératif"³⁵⁰ : le pouvoir économique devait être subordonné au pouvoir politique. Si nécessaire, les intérêts privés étrangers devaient pouvoir être nationalisés pour les conformer aux intérêts nationaux, selon et grâce au droit national.

Ces idées ont été exprimées généralement dans les grandes Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le Nouvel ordre économique international ou sur la Charte des droits et devoirs économiques des Etats³⁵¹. Il est évident qu'elles n'ont pas reçu un grand soutien de la part des pays occidentaux et encore moins des milieux d'affaires. Dès la première Résolution de 1952 manifestant le droit inhérent des peuples à utiliser et exploiter leurs richesses et ressources naturelles, l'émotion fut à son comble. Selon un auteur, le délégué américain aux Nations Unies, M. Isidore Lubin a "prophétisé" que "*the resolution would be interpreted by investors as danger signal that they had better think twice before they placed their capital in under developed countries*"³⁵². Les positions politiques des pays en développement que les Résolutions successives véhiculaient en matière de protection des

³⁴⁸ Sentence arbitrale *Goldenberg et Fils c. Allemagne*, 27 septembre 1928, R.S.A., Publications des Nations Unies, vol. II, p. 909. De même, l'arrêt n° 8 de la C.P.J.I. *Usine de Chorzow*, 26 juillet 1927, *Rec. C.P.J.I.*, série A, vol. 2, p. 434, dispose que "Il n'y a aucun doute que l'expropriation ... déroge aux règles généralement appliquées concernant le traitement des étrangers et le principe de respect des droits acquis".

³⁴⁹ STERN Brigitte, *Un nouvel ordre économique international ?*, Economica, Paris, 1983, pp. LII-LIII.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Trois Résolutions peuvent souligner la radicalisation de ce processus : la Résolution 626 (VII) du 24 décembre 1952 (la première formulation du droit des Etats d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles), la Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 (la reconnaissance du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles) et la Résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 (marquant l'achèvement du processus par la Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Ces différents textes figurent dans B. STERN, *Un nouvel ordre économique international ?*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

investissements, et notamment pour ce qui concernait les principes relatifs à l'expropriation et à la nationalisation, ne se radicalisèrent pas moins. Dès 1970, le professeur M. Virally fait remarquer que cette évolution "conduit à la conclusion que le régime juridique de l'exploitation de ces ressources peut toujours être librement modifié par les autorités territoriales. L'affirmation (du) principe (de souveraineté permanente sur les ressources naturelles) entraîne donc une révision de certaines des règles de droit international traditionnel"³⁵³. Au fur et à mesure de cette radicalisation, cependant, la valeur juridique de ces Résolutions devenait toute relative à cause de la rupture flagrante entre pays développés et pays en développement. Ainsi que l'enseigne M. Jorge Castaneda, si "les Résolutions ne sont pas créatrices de droit ; elles ont un caractère déclaratif de constat"³⁵⁴. En fonction des conditions de leur votation, elles peuvent soit exprimer une *opinio juris communis*, soit la rupture de celle-ci. Le professeur René-Jean Dupuy a procédé, dans sa sentence arbitrale *Texaco*, à l'analyse des conditions d'adoption de ces Résolutions pour déterminer dans quelle mesure le nouvel ordre économique international est effectif. Il en a conclu que seule la Résolution 1803 (1962) lui paraît refléter l'état du droit coutumier existant, "à savoir en ce qui concerne les nationalisations et l'indemnisation, l'utilisation des règles en vigueur de l'Etat nationalisant, *mais cela en conformité avec le droit international*"³⁵⁵. D'autres arbitrages eurent lieu sur le même problème, les arbitres ont toujours retenu la formule de la Résolution 1803 excluant l'application du seul droit national. Les solutions diffèrent cependant quant à ce qui serait conforme au droit international. Ainsi, selon l'analyse comparative du professeur B. Stern des trois sentences *Texaco*, *BP* et *Liamco* relatives aux nationalisations libyennes : la sentence *Texaco* considère que la nationalisation - conforme au droit national mais ne respectant le droit international - est donc illégale, et reconnaît à la société étrangère un droit à la *restitutio in integrum* ; la sentence *British Petroleum* bien qu'ayant fait la même analyse que la précédente n'accorde qu'une simple indemnité tandis que la sentence *Liamco* reconnaît le caractère licite de la nationalisation, conformément au principe de droit international de

³⁵² Evoqué par HYDE James N., "Permanent Sovereignty Over Natural Wealth and Resources", *A.J.I.L.*, 1956, vol. 50, p. 854, cité par ROSENBERG Dominique, *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Bibliothèque de droit international, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 106.

³⁵³ VIRALLY Michel, Rapport introductif au Colloque de l'Institut universitaire des hautes études internationales (20 et 21 novembre 1970), in "Les Résolutions dans la formation du droit de développement", *Etudes et travaux de l'IUHEI*, n° 13, 1971, p. 63.

³⁵⁴ CASTANEDA Jorge, "La valeur juridique des Résolutions des Nations Unies", *RCADI*, 1970-I, t. 129, p. 315.

³⁵⁵ Sentence arbitrale *Texaco Overseas Petroleum Company c. Jamahirya arabe libyenne*, 19 janvier 1977, para. 87, *JDI*, 1977, n°2, p. 379 (aussi appelée *Topco*). Nous soulignons.

souveraineté sur les ressources naturelles, mais accorde néanmoins une "indemnité équitable" à l'entreprise nationalisée³⁵⁶.

Quant à la pratique, M. Samuel Asante montre que lors des grandes vagues de nationalisations des années 50-70, elle niait le principe d'indemnisation "prompte, adéquate et effective"³⁵⁷, réputé auparavant comme étant une condition de la légalité internationale des expropriations. Il conclut avec un autre auteur "qu'aucune norme ou formule internationale généralement reconnue quant au montant de l'indemnité ne peut être déduite de la pratique des Etats, au-delà de l'obligation de payer une indemnité de bonne foi"³⁵⁸.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'offensive du Nouvel ordre économique international a brisé autant le principe de Hull que l'équilibre atteint en 1962 par la Résolution 1803. La réaffirmation du droit de nationaliser et l'indemnisation "adéquate" par seule référence à la législation interne de l'Etat auteur de la nationalisation - posée par la Charte des droits et devoirs économiques des Etats (la Résolution 3281 de 1974) -, cependant, n'allaient pas du tout dans le sens de la promotion des investissements étrangers dans les pays en développement. L'acceptation de rapports internationalisés entre Etat et investisseurs privés étrangers devint alors une nécessité économique pour ces mêmes Etats les ayant combattus. Le professeur C. Leben remarque en l'occurrence "qu'une grande majorité des pays de la planète ont choisi ou ont été contraints de choisir de compléter leurs législations nationales avec des traités sur la promotion et la protection des investissements étrangers" et que "ce qui avait été répudié par les pays en développement dans les instances multilatérales, sera accordé dans le cadre de relations bilatérales"³⁵⁹. Même s'il existe un nombre impressionnant de traités

³⁵⁶ STERN Brigitte, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions", *Revue de l'arbitrage*, 1980, n° 1, pp. 3s.

³⁵⁷ Cette doctrine que le Secrétaire d'Etat américain Cordell Hull exposait lors de la nationalisation mexicaine du secteur pétrolier, tout en reconnaissant le droit pour chaque Etat de procéder à des nationalisations en l'absence d'engagements conventionnels contraires, affirmait que "*the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that, under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate and effective payment therefor*" (U.S. Foreign Relations, 1938, vol. 5, p. 685, cité par M. Sorensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, p. 486).

³⁵⁸ BRING O.E., "Impact of Developing States on International Customary Law Concerning Protection of Foreign Property", *Scandinavian Studies in Law*, 1980, p. 99, cité par ASANTE Samuel K.B., "Droit international et investissements", in BEDJAOUI Mohamed (éd.), *Droit international. Bilan et perspectives*, Unesco, Pedone, Paris, 1991, t. 2, p. 719.

³⁵⁹ LEBEN Charles, "L'évolution du droit international des investissements", in Journée d'études S.F.D.I., *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Pedone, Paris, 1999, pp. 9 et 15.

bilatéraux faisant référence à l'internationalisation de la protection des investissements (1513 TBI en fin 1997), l'on ne peut néanmoins soutenir, avec cet auteur, "qu'il existe bien, aujourd'hui et de nouveau, après la période d'incertitude des années 50/70, des règles coutumières en la matière"³⁶⁰. Car un engagement juridique relatif ne peut se transformer en obligation générale, sans justement un assentiment ou un sentiment général d'obligation juridique. Un tribunal arbitral avance même cette idée assez progressiste, il est vrai dans d'autres circonstances, que "le consentement juridique efficace portant sur la renonciation à un droit individuel spécifique, qui a néanmoins été donné sous l'effet de la contrainte économique, ne peut servir de précédent pour l'établissement d'une règle coutumière de portée générale"³⁶¹. Ce faisant, rappelle le professeur G. Burdeau, le tribunal précise "l'analyse traditionnelle de *l'opinio juris*, telle qu'elle apparaît par exemple dans l'arrêt (de la CIJ) sur le Plateau continental de la mer du Nord (1969), qui insistait sur le fait que les Etats «doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique»"³⁶². Ainsi, une majorité d'Etats ne peut imposer un nouvel ordre économique international et une nécessité économique ne peut pas non plus être admise comme une obligation juridique. De fait, l'on ne peut point assurer avec le professeur P. Juillard que le concept de souveraineté permanente économique se trouve "dévitalisé" : "inutilisable, inutilisé, inutile"³⁶³. Car les Etats se servent justement de cette souveraineté permanente sur leur économie pour déterminer d'une part les règles concernant l'exploitation de ces ressources économiques, par exemple dans un régime de zones franches, et d'autre part, pour choisir spécifiquement dans des relations bilatérales avec quels partenaires ils veulent assumer des relations d'investissement internationalisées. En attendant la conclusion d'un accord multilatéral général, un principe de droit international des plus classiques³⁶⁴ veut que les règles coutumières "répudiées" par le Nouvel ordre économique international ne puissent être "réanimées" qu'entre les Etats ayant accepté conventionnellement ou unilatéralement ce fait³⁶⁵. Car dit justement le professeur B. Stern, "les caractéristiques objectives de la règle coutumière étant moins nettement déterminées que celles de la règle conventionnelle, (le relativisme général du droit international) touche encore plus les règles coutumières"³⁶⁶. Autrement dit, les clauses de protection contenues dans des accords bilatéraux, malgré le nombre grandissant de ces derniers, ne traduisent pas *l'opinio*

³⁶⁰ *In ibid.*, p. 26. L'auteur ne se prononce d'ailleurs pas sur le fait de savoir quelles règles exactement relèveraient du droit international coutumier.

³⁶¹ S.A. *Aminoil c. Koweït*, 24 mars 1982, cité par Geneviève BURDEAU, "Droit international et contrats d'Etats", *A.F.D.I.*, 1982, p. 464.

³⁶² BURDEAU, *in ibid.*.

juris sive necessitatis des Etats qui les signent mais tout simplement la volonté de ces Etats de se soumettre à ces règles, précisément avec l'autre Etat signataire, choisi souverainement³⁶⁷. Si les Etats s'engagent par ces clauses de façon volontaire et préférentielle, ils s'y soumettent non point par nécessité mais à cause du principe *pacta sunt servanda*. Comme le dit un auteur, "*each Bilateral Investment Treaty is nothing but a lex specialis between parties designed to create a mutual regime of investment protection*"³⁶⁸. En ce sens, c'est un élément de la politique souveraine d'incitation aux investissements de chaque Etat.

³⁶³ JUILLARD Patrick, "L'évolution des sources du droit des investissements" (1994), *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 87. A l'encontre de cette opinion excessive, l'on peut évoquer, par exemple, la position du professeur J. VERHOEVEN qui, constatant à propos de la Charte des droits et devoirs des Etats que "substantiellement, l'accord des pays en développement paraît unanime", suggère que "les Résolutions pertinentes (pourraient) être analysées comme manifestant un accord ou exprimant une coutume régionale. Sans doute ne saurait-il être question d'exporter leur force obligatoire à des Etats tiers et notamment aux Etats industrialisés qui s'y sont formellement opposés ; cela n'implique pas toutefois qu'à tous autres sujets limités du droit international cette force obligatoire ne pourrait être opposée", in "Droit international des contrats et droit des gens", *RBDI*, 1978-79, I, p. 225. Par ailleurs, M. Juillard semble être revenu à une position plus ouverte car il a reconnu avec M. Carreau que la souveraineté permanente sur les ressources naturelles avait "une double utilité" : "D'une part, elle permettait un apurement du passé, en ce qu'elle justifiait l'intervention des mesures d'expropriation ou de nationalisation qui frappaient les investissements des ressortissants des puissances coloniales au mépris du principe indemnitaire (...). D'autre part, elle préservait, pour l'avenir, le libre choix des orientations économiques, en affirmant le droit de l'Etat territorial à asseoir un contrôle strict sur l'admission des investissements étrangers" (CARREAU et JUILLARD, 1998, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 421).

³⁶⁴ Enoncé, par exemple, dans l'affaire du *Lotus*, par la Cour permanente de justice internationale dans son arrêt du 7 septembre 1927, selon lequel "les règles de droit liant les Etats procèdent de la volonté de ceux-ci" (Arrêt n° 9, *Rec. C.P.J.I.*, 1929, série A, n° 10, p. 18).

³⁶⁵ Les termes sont empruntés au professeur Leben. Il affirme notamment que "les TBI vont constituer une opération de récupération (on pourrait dire réanimation) de ces règles (ou de règles voisines) par le biais des engagements bilatéraux conclu par les Etats d'accueil de l'investissement (et tout particulièrement par les pays en développement" (*eod. loc.*, p. 15). Les parenthèses sont de cet auteur.

³⁶⁶ STERN Brigitte, "La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions", *Mélanges Paul Reuter : Le droit international : Unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 491.

³⁶⁷ Dans ce sens, SCHACHTER Oscar ("Compensation for Expropriation", *AJIL*, 1984, n° 78, p.126) dit que "the repetition of common clauses in bilateral treaties does not create or support an inference that those clauses express customary law... To sustain such a claim of custom, one would have to show that apart from the treaty itself, the rules in the clauses are considered obligatory".

³⁶⁸ KISHOIYIAN Bernard, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *North-Western Journal of International Law and Business*, vol. 14, 1994, p. 329.

Il suffit pour s'en convaincre d'observer les tergiversations de la 7^{ème} Commission mixte franco-malgache de coopération de mai 2000, réunie après 11 années d'interruption pour cause notamment de non-indemnisation des sociétés françaises nationalisées par l'Etat malgache en 1975. Malgré les relatives bonnes relations des deux pays manifestées par l'aide publique de la France au développement et ses fréquents soutiens à la balance des paiements malgache, la France par la voix du ministre délégué à la Coopération et à la Francophonie, M. Charles Josselin, réclamait à cette occasion des garanties sérieuses pour ses investisseurs et notamment, la signature d'une convention sur la protection des investissements³⁶⁹. La France, justement, n'arrivant pas à imposer comme coutume internationale ce qu'elle considère comme telle, recourt au moyen conventionnel³⁷⁰. La compétence souveraine de chaque Etat, non seulement sur les ressources naturelles mais sur tout l'appareil économique national, reste donc intacte, sauf si l'Etat s'engage - conventionnellement ou unilatéralement -, à ne pas user de ses prérogatives, dans le but de promouvoir les investissements étrangers sur son territoire. L'apparent paradoxe du comportement des Etats importateurs d'investissements se justifie ainsi par une stratégie active dans la compétition pour attirer les investissements³⁷¹. Comme le rappelle le professeur P. Weil, "chacun sait en effet que tel Gouvernement d'accueil préférera traiter avec des sociétés de tel pays de préférence à celles de tel autre, et ce pour des raisons qui se rapportent autant à des considérations de politique extérieure qu'à des facteurs économiques"³⁷². Nous concluons ainsi à ce sujet avec un auteur que "Bilateral Investment Treaties, therefore, do not reflect a sense of legal obligation but are rather the result of

³⁶⁹ Rapporté par *Le journal de l'île de La Réunion*, 23 mai 2000, p. 64.

³⁷⁰ Nous faisons référence à la définition donnée par le professeur B. Stern, selon laquelle "est règle coutumière internationale celle qui est considérée comme telle par la volonté d'Etats pouvant imposer leur point de vue" (*op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 498).

³⁷¹ Plusieurs auteurs ont noté ce paradoxe. Ainsi, M. DOLZER parle de "this apparent contradiction (...) easily explained in light of special benefits that developing countries enjoy under (bilateral) treaties" ("New Foundations of The Law of Expropriation of Alien Property", *American Journal of International Law*, 1981, vol. 75, p. 567). M. SORNARAJAH, dans *The International Law of Foreign Investment*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994, p. 259, évoque une "duplicity (...) in the hope of attracting investment". GUZMAN Andrew T., dans son article "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them : Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, 1998, vol. 38, p.669, démontre que "developing countries have different interests when they behave as a group than they do when they behave individually".

³⁷² WEIL Prosper, "Droit international et contrat d'Etat", *Mélanges Reuter*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 578.

countries using the international tools at their disposal to pursue their economic interests"³⁷³. Ce qui renforce le caractère promotionnel de la protection des investissements figurant dans un acte unilatéral comme un régime de zones franches.

Section 2 : La protection internationale des investissements dans les régimes de zones franches

Etant donné l'inexistence de règles coutumières en la matière, un Etat mettant en place une zone franche pour attirer des capitaux doit veiller à rassurer les propriétaires de ces derniers. L'Etat étant souverain, il peut non seulement par des dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires modifier l'environnement juridique dans lequel les investissements sont placés, mais aussi user de ses prérogatives de puissance publique pour affecter les intérêts des investisseurs, ces derniers en eux-mêmes n'ayant pas de recours pour se protéger de ces risques politiques. Et ainsi que le soulignait le professeur M. Virally, paraphrasant Montesquieu, seule *la souveraineté limite la souveraineté*³⁷⁴, seul un engagement souverain de l'Etat peut annihiler les incertitudes de sa liberté juridique. L'Etat peut s'engager à ne rien faire qui puisse causer la réalisation du risque politique et adopter des mécanismes de protection de ces investissements. Ces mécanismes de garantie peuvent être soit directement intégrés au régime, soit associés dans la politique étrangère de promotion des investissements par l'Etat hôte à travers la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux. Ces procédés ne sont d'ailleurs pas exclusifs l'un de l'autre. Pour rassurer complètement les investisseurs et renforcer l'impact promotionnel, un contrôle extérieur peut effectivement consolider un engagement de droit interne. La possible mise en cause de la responsabilité internationale de l'Etat en cas de non conformité de ses actions à son engagement devient la base même d'une promotion efficace des investissements.

Etant donné la susceptibilité des Etats en matière d'investissements internationaux - malgré leur désir de séduction -, les projets globaux ont des difficultés à aboutir. L'enracinement dans le territoire d'un Etat de l'activité de production, et donc de l'investissement, favorise en effet les réflexes souverainistes et empêche l'adoption de conventions générales privant l'Etat de sa compétence de principe en la matière. Ainsi, un projet aussi ambitieux et franc que l'Accord multilatéral sur l'investissement ne pouvait

³⁷³ GUZMAN Andrew T., "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them : Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International law*, 1998, vol. 38, p.687.

dépasser le stade des négociations³⁷⁵. Ses prédécesseurs comme le projet de la Chambre de commerce internationale qui proposa en 1949 un "code international pour le traitement équitable des investissements étrangers", le projet *Abs* (1958) devenu *Abs-Shawcross* (1960) de l'OCDE sur la protection des biens étrangers ont subi semblable échec. Les projets, ainsi, pour être réalisés, doivent rester au stade de recommandations comme les *Guidelines for the treatment of foreign direct investment* de la Banque mondiale de 1992³⁷⁶, user des subtilités "floues" alliées à la stratégie de négociations globales de l'OMC³⁷⁷ ou limiter leur objet, comme l'a fait le CIRDI, au mode de règlement des différends relatifs aux investissements, et non aller jusqu'à établir un statut international les protégeant.

I/ Le consentement à l'arbitrage CIRDI figurant dans les régimes de zones franches

Toujours dans le but de séduire les investisseurs étrangers, l'Etat leur promet d'assurer, en cas de survenance d'un différend au sujet de leur investissement, un règlement approprié. L'arbitrage d'un tiers en qui les deux parties peuvent avoir confiance est ainsi requis. En matière d'investissement international, le règlement par arbitrage international est considéré comme une des garanties les plus précieuses que l'on puisse accorder au partenaire étranger privé. La Banque mondiale, dont l'un des objectifs est de "favoriser les investissements privés à l'étranger" (art. 1.2 de son statut), semblait avoir l'autorité nécessaire pour imposer un tel arbitrage. En raison son universalisme mais surtout, comme l'a dit un auteur, "le cas échéant, (par) son pouvoir économique (elle peut) contraindre les parties - notamment les Etats membres - à exécuter les sentences arbitrales rendues"³⁷⁸. D'ailleurs, en dehors de toute habilitation expresse, le Président de la Banque mondiale avait déjà été sollicité par des gouvernements membres et des investisseurs privés pour régler les différends qui les

³⁷⁴ VIRALLY Michel, "Cours général de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1983/V, t. 183, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, p. 78.

³⁷⁵ Cf. par ex., Journée d'études, Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?, S.F.D.I., Paris, Pedone, 1999.

³⁷⁶ *Guidelines for the treatment of foreign direct investment* de la Banque mondiale de 1992, texte traduit (et commenté dans les pages précédentes) par JUIILLARD Patrick, *A.F.D.I.*, 1992, pp. 802s.

³⁷⁷ Cf. *infra* le chapitre sur "la déterritorialisation inhérente du régime due au lien avec le commerce international".

³⁷⁸ MANCIAUX Sébastien, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : 25 années d'activités du CIRDI, thèse Univ. Dijon, 1998, p. 8.

opposaient³⁷⁹. Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) a ainsi été mis en place sur initiative de la Banque mondiale, par la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour régler des différends relatifs aux investissements entre Etats et investisseurs étrangers. Elle est entrée en vigueur le 14 octobre 1966 et est ouverte à la signature de tous les Etats³⁸⁰. Si l'attractivité de l'appartenance au système CIRDI a largement encouragé les adhésions, il est indéniable que, suivant les propos du professeur G. Burdeau, "le souhait d'accéder aux prêts de la Banque mondiale a largement contribué à ce développement"³⁸¹. Système original, l'organisme créé et la convention créatrice, comme le dit le professeur Paul Reuter, "se situent au départ dans un contexte de droit international public, cependant les mécanismes institués introduisent comme élément essentiel les ressortissants d'autres Etats"³⁸². Ces derniers se trouvent ainsi dépositaires de droits vis-à-vis des Etats devant le CIRDI et deviennent acteurs essentiels dans toutes les phases de la procédure. D'où la qualification de "transnational" de l'arbitrage CIRDI.

Pour rendre effectif l'arbitrage CIRDI, l'Etat doit non seulement adhérer à la convention CIRDI mais aussi consentir spécifiquement à ce que les différends concernant un investissement particulier soient réglés par arbitrage devant le CIRDI³⁸³. Si l'adhésion à la convention CIRDI relève d'un acte général et unilatéral de l'Etat, son consentement à l'arbitrage peut trouver sa source dans différents engagements de sa souveraineté :

- soit lorsque le différend se présente, dans un compromis d'arbitrage, l'Etat s'engage avec l'investisseur à soumettre leur litige devant un tribunal du CIRDI ;
- soit avant que le différend ait lieu, dans une clause compromissoire contenue dans un contrat qui lie l'Etat avec l'investisseur ;

³⁷⁹ Rapporté par MANCIAUX *précité*, p. 7.

³⁸⁰ Le texte de la Convention est publié au *JDI* 1966, pp. 25s. Une bibliographie relative et la liste des affaires se présentant devant le Centre peuvent être trouvées sur son site (www.worldbank.org/icsid).

³⁸¹ BURDEAU Geneviève, "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 1, p. 11.

³⁸² REUTER Paul, "Réflexion sur la compétence du Centre créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats", *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, CREDIMI, Pedone, Paris, 1969, p. 9.

³⁸³ L'article 25 (1) de la Convention dispose que : "la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement".

- soit dans un traité bilatéral ou multilatéral, l'Etat s'engage à soumettre tout litige concernant les investissements provenant de l'autre Etat partie devant un tribunal CIRDI ;
- ou encore, l'Etat s'engage dans un acte unilatéral général, comme un régime de zones franches ou un code d'investissements, à soumettre tout litige lié à l'application du régime, avec un investisseur étranger, devant l'arbitrage du CIRDI.

Si les deux premières hypothèses sont des classiques de l'arbitrage, les deux autres sont le fruit d'une extension jurisprudentielle controversée opérée par les arbitres du CIRDI. Ainsi, alors qu'aucun lien contractuel n'unissait les parties, qu'aucun compromis d'arbitrage n'avait été formé, la requête d'un investisseur de Hong Kong (à l'époque encore britannique) contre le gouvernement sri-lankais a permis la constitution d'un tribunal arbitral CIRDI du fait que l'investissement avait été agréé et qu'existait une clause d'arbitrage se référant au CIRDI dans un traité bilatéral d'encouragement et de protection des investissements entre le Sri-Lanka et le Royaume Uni³⁸⁴. La compétence du tribunal serait fondée dans ce cas sur la rencontre d'une part, de l'engagement postérieur de l'Etat hôte envers l'Etat national de l'investisseur et d'autre part de la saisine effectuée par l'investisseur. Ces modes d'expression des consentements sont, pour le moins, suivant les termes du professeur G. Burdeau, "quelque peu déséquilibrés" : en effet, "le déclenchement de la procédure est à la disposition d'une seule des parties (l'investisseur) et non pas des deux puisque seul l'Etat a accepté par le traité de se soumettre à l'arbitrage du CIRDI vis-à-vis de n'importe quel investisseur ressortissant de l'autre (Etat) qui en ferait la demande"³⁸⁵. Cette interprétation prétorienne - attribuant des droits exorbitant aux investisseurs - d'un traité interétatique fait suite à une autre extension aussi controversée.

Le consentement, essentiel à l'arbitrage, pourrait aussi résulter de dispositions incluses dans une législation de l'Etat destinée à promouvoir les investissements. Ainsi l'a décidé le tribunal arbitral du CIRDI dans l'affaire *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. c/ République Arabe d'Egypte*, par ses décisions sur la compétence en date du 27 novembre 1985 et du 14 avril 1988, dans lesquelles le consentement de l'Egypte à l'arbitrage découle de l'article 8 de la Loi égyptienne n°43 de 1974 relative aux investissements arabes et étrangers et les zones franches³⁸⁶.

³⁸⁴ Décision *AAPL c. Sri-Lanka* du 27 juin 1990, texte original in *ILM* 1990, pp. 580s., extraits traduits et commentés par E. GAILLARD, dans sa chronique au *JDI*, 1992, pp. 215s.

³⁸⁵ BURDEAU Geneviève, in "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", *Revue de l'arbitrage*, n° 1, p. 15. Au-delà, le professeur s'interroge sur "les dérives inattendues" pouvant en résulter.

³⁸⁶ Cf. le texte original in *International Legal Materials* 1993, pp. 933s. ; pour la traduction et commentaires, E. GAILLARD, *JDI* 1994, pp. 216s.

Aussi, la clause d'arbitrage CIRDI figurant dans un régime de zones franches pourrait être interprétée à la manière d'un acte-condition entraînant l'application de la Convention de Washington vis-à-vis des investisseurs admis au bénéfice du régime. Elle représente la condition préalable, le consentement de l'Etat quant à la soumission de ses différends avec un investisseur à la compétence du Centre, exigé à l'article 25(1) de la Convention.

Ainsi, l'Etat malgache qui fait référence à l'arbitrage CIRDI dans son régime de zones franches peut être attiré devant un tribunal arbitral par un investisseur admis au bénéfice du régime sans qu'il ait à exprimer autrement son consentement³⁸⁷.

Quant à l'île Maurice, si le régime législatif de zone franche ne fait pas référence au CIRDI, elle a adhéré à la Convention de Washington et l'a ratifiée d'une part, et elle a conclu avec nombre de pays exportateurs d'investissements des traités de protection mentionnant son consentement à l'arbitrage CIRDI en cas de différend d'autre part.

II/ La controverse sur le consentement à l'arbitrage CIRDI figurant dans un régime de zones franches

Les consentements à l'arbitrage donnés soit par le biais d'un traité bilatéral sur les investissements (TBI), soit par le biais d'une législation nationale, étendent considérablement la compétence du CIRDI. Lors de la journée d'études de la SFDI à propos de l'Accord multilatéral sur l'investissement, le professeur B. Stern rappelle opportunément que "la saisine unilatérale n'a pas été prévue à l'origine par le CIRDI : c'est une invention prétorienne dont aucun Etat ne voulait"³⁸⁸. M. S. Manciaux affirme que cette évolution "confère (au CIRDI) une place et un champ d'application pour le règlement des différends relatifs aux

³⁸⁷ L'article 54 de la Loi malgache établissant le Régime de zones franches précitée dispose que "tout litige entre une personne physique ou morale étrangère et la République malgache relatif à l'application de la présente loi, est réglé suivant l'une des procédures de conciliation et d'arbitrage découlant :

- a) soit des dispositions du Titre VI de la présente loi (arbitrage interne) ;
- b) soit de la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et ratifiée par la République malgache en vertu de la loi n° 66-011 de juillet 1966 ;
- c) soit, si la personne concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulées à l'article 24 de la Convention susvisée, conformément aux dispositions de règlements de mécanisme supplémentaire approuvé par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)".

³⁸⁸ STERN Brigitte, Intervention lors de la table ronde, Journée d'études, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, S.F.D.I., Paris, Pedone, 1999, p. 94. Elle le développera ultérieurement, cf. note Erreur : source de la référence non trouvée.

investissements que les rédacteurs de la Convention de Washington n'avaient peut-être ni espérés ni souhaités³⁸⁹. En cela, elle manifeste ce que l'école de Dijon appelle, qu'on la déplore ou qu'on s'en félicite (selon l'expression désormais consacrée), une "subversion de la souveraineté étatique par les opérateurs économiques"³⁹⁰. Cette évolution de la jurisprudence arbitrale (notamment issue des sentences précitées *AAPL* et *SPP*) inquiète légitimement les Etats. L'Egypte et la Tunisie ont précisé ainsi leur législation à propos de la compétence du Centre. Les deux Etats étaient en effet attirés l'un et l'autre devant le CIRDI sur le fondement de leur précédente législation³⁹¹. La Tunisie a ultérieurement éclairci sa référence à l'arbitrage CIRDI en exigeant un accord spécifique entre l'Etat et l'investisseur étranger pour fonder la compétence du Centre³⁹². De même, l'Egypte a modifié sa législation et, désormais, l'article 55 de la Loi du 20 juillet 1989 dispose que le recours à toute forme d'arbitrage à propos d'un investissement étranger suppose le consentement spécifique de l'Etat à y recourir³⁹³.

Toutefois, les tribunaux CIRDI ne semblent pas très perturbés face à la réaction suscitée par cette "marginalisation du consentement"³⁹⁴. Mme B. Stern mentionne que "sur vingt-huit affaires en cours fin 1999, cinq seulement sont fondées sur une clause compromissoire, deux sont fondées sur un compromis d'arbitrage, et le reste, c'est-à-dire vingt et une affaires sont fondées sur des traités multilatéraux ou bilatéraux"³⁹⁵.

³⁸⁹ MANCIAUX S., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 163.

³⁹⁰ *Mélanges Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, CREDIMI, Litec, 2000, Paris, Première partie, notamment la contribution de FOUCHARD Philippe, "Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international", pp. 96-115, ou encore, STERN Brigitte, "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?", pp. 223-244, spéc. p. 242.

³⁹¹ L'affaire CIRDI ARB/86/1, *Pharaon c. Tunisie*, pour cette dernière, et l'affaire *SPP* précitée pour l'Egypte.

³⁹² L'article 30 du régime de zones franches du 3 août 1992 dispose que "tout différend pouvant naître entre l'investisseur étranger et le gouvernement tunisien et ayant pour origine l'investisseur ou une mesure prise par le gouvernement à l'encontre de celui-ci est soumis aux juridictions tunisiennes compétentes, sauf accord spécifique stipulant une clause compromissoire ou permettant aux parties de convenir d'un compromis pour trancher le litige par voie d'arbitrage" ; suivent des références à des traités bilatéraux et multilatéraux, notamment la convention du CIRDI, *in* Texte de la Loi, en annexes *in* BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 190.

³⁹³ Cf. B.P. MARCHAIS, "The New Investment Law of The Arab Republic of Egypt", *ICSID Review – FILJ*, vol. 4, 1989, p. 297s.

³⁹⁴ Le professeur B. STERN dénonce, à propos d'une autre évolution ébauchée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} juin 1999, "la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international" (*cf.* article portant ce titre, *in* *Revue de l'arbitrage*, 2000, n° 3, pp. 403s.).

Par ailleurs, une autre forme de marginalisation du consentement étatique se fait jour dans les règlements des différends par le CIRDI. Si la plupart des régimes nationaux de zones franches contiennent une référence à l'arbitrage du CIRDI pour le règlement des différends, ils obligent aussi les investisseurs à se constituer en société de droit local. En l'occurrence, les investisseurs comme l'Etat jouant de l'ambiguïté des règles, chacun espère en tirer parti.

Ainsi, l'article 12 de la Loi malgache dispose que "sous peine d'annulation de l'agrément, l'entreprise agréée est tenue, dans les douze mois qui suivent l'acte d'agrément, de *se constituer en une société de droit malgache*". Cette disposition semble attester d'une souveraineté sourcilieuse face aux groupes de sociétés multinationales. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, si la distinction entre investisseur résident et non résident semble généralement source d'inégalité de traitement, notamment en matière de constitution de capital et de règlement des changes et de transfert, elle n'est plus opératoire apparemment après constitution de l'investissement puisque toute société désirant exercer une activité économique, commerciale ou industrielle à Madagascar, doit le faire dans le cadre d'une société de droit malgache dont le siège et les systèmes de gestion et de comptabilité sont établis à Madagascar.

Or, l'obligation de se constituer en une société de droit local réduit sensiblement la garantie que peut apporter la référence à l'arbitrage du CIRDI. En effet, il résulte de l'article 25 de la Convention du CIRDI que la compétence du centre se limite *ratione personae* aux différends concernant "un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant". L'alinéa (2) (b) *in fine* présente, toutefois, une exception, en vertu de laquelle toute personne morale ayant la nationalité de l'Etat partie au différend peut être partie aux procédures établies sous les auspices du Centre si l'Etat en question accepte de la "considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant *en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers*"³⁹⁶. Ainsi, lorsque les parties ont consenti, expressément ou implicitement, à traiter la filiale de droit local sous contrôle étranger comme étrangère pour les besoins de la procédure, celle-ci peut être directement partie à l'instance. Dans le cas contraire, à l'instar de ce qui est implicitement exigé par l'article 12 du régime malgache de zones franches, accepter que les

³⁹⁵ STERN B., "Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 225.

Voir, par exemple, *Manufactures Hanovre Trust Company v. Arab Republic of Egypt and General for Investment and Free Zones*, affaire CIRDI n° ARB/89/1, sentence du 31 juillet 1995 ; ou encore, *AMT c. République du Zaïre*, affaire CIRDI n° ARB/93/1, sentence du 21 février 1997, sur le site internet du CIRDI, <http://www.worldbank.org/icsid>

³⁹⁶ Nous soulignons.

personnes morales ou physiques actionnaires ressortissantes d'un autre Etat puissent tout de même se substituer à la filiale de droit local en cause devant le Centre, n'est-ce pas réduire le consentement de l'Etat en cause, exigé par l'article 25 (2) (b) *in fine*, à peu de chose ?

D'après le professeur Emmanuel Gaillard, "il est très fréquent que l'investissement soit réalisé par l'entremise d'une société de droit local, parfois détenue par l'investisseur étranger seul, parfois contrôlée en commun par l'investisseur étranger et son partenaire étatique"³⁹⁷. Refuser aux actionnaires étrangers l'accès au tribunal arbitral sans le consentement de l'Etat d'accueil reviendrait, d'après cet auteur, "à vider la convention (du CIRDI) d'une grande partie de sa portée"³⁹⁸. Et, il ajoute "il ne fait aucun doute que les auteurs de la Convention de Washington ont entendu inclure une telle situation dans le champ d'application de la Convention". C'est sûrement vrai de la part des promoteurs de l'accord. Certains signataires, notamment les Etats hôtes des investissements, peuvent cependant considérer comme fondamental leur consentement que d'autres estimeraient comme "marginal". La condition d'accord, exprès ou implicite, de l'Etat d'accueil est, à notre avis, inscrite pleinement dans l'article 25 et, par ailleurs, correspond à la nature même de l'arbitrage, *id est* nécessitant l'accord des parties. Interpréter la disposition finale de l'article 25 (2) (b) autrement, c'est agir au détriment du nécessaire respect de la souveraineté de l'Etat. C'est accepter, on ne peut plus clairement, "que la réalité économique l'emporte sur les structures juridiques"³⁹⁹.

En effet, pour contourner la fameuse "pierre angulaire de la compétence du Centre"⁴⁰⁰, constituée par le consentement de l'Etat à la participation au litige des actionnaires étrangers d'une société de droit local, les arbitres examinent le problème du point de vue de la qualité pour agir, en levant le voile juridique entre la société et ses actionnaires. Ils estiment alors que "la qualité pour agir (ne se limite pas) aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais s'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables

³⁹⁷ Il précise que "dans certains Etats, il s'agit même d'une exigence du droit des investissements étrangers". GAILLARD Emmanuel, Chronique des sentences arbitrales du CIRDI, *JDI*, n°1, 1998, p. 264. Nous soulignons. (Le professeur G. COHEN-JONATHAN dans sa thèse, "Les concessions en droit international public", Paris, 1966, multigraphiée, p. 198s, en a déjà fait la remarque).

³⁹⁸ In *ibid.*

³⁹⁹ Ces termes du professeur Brigitte STERN (*Cf.* "La protection diplomatique des investissements internationaux", *JDI*, n°4, 1990, pp. 897 s., spé. p. 933) soulignaient la fissure ouverte par l'arrêt d'une chambre *ad hoc* de la CIJ, *Elettronica Sicula* (ELSI, 1989), dans la jurisprudence de la Cour établie par l'arrêt *Barcelona Traction* (1970) relative à la nécessaire distinction entre les droits d'une société et ceux de ses actionnaires dans la protection des investissements qui, apparemment, n'est plus reconnue. Deux remarques s'imposent néanmoins. Elles devraient relativiser la prise en compte de la jurisprudence *ELSI* et plaider pour l'exigence du consentement formel de l'Etat à l'arbitrage.

investisseurs"⁴⁰¹. Ainsi, la sentence *AGIP c. République Populaire du Congo* (1979) s'est prononcée sur la requête de la société italienne AGIP qui se plaignait d'avoir été dépossédée de sa participation dans une société congolaise dont elle détenait 90% des actions⁴⁰². La sentence *AAPL c. Sri Lanka* (1990) s'est prononcée sur la requête d'une société de Hong Kong pour perte de son investissement dans une société sri-lankaise à la suite d'une action militaire contre les rebelles⁴⁰³. La sentence *AMT c. Zaïre* (1997) s'est prononcée sur la requête d'une société de droit américain relative à la destruction des installations d'une société de droit zaïrois dont la société requérante détenait 94% des actions⁴⁰⁴. Dans l'affaire *Goetz* (1999), le tribunal arbitral explique que "ce qui est vrai d'un investisseur étranger personne morale possédant le contrôle d'une société de droit local doit l'être d'un investisseur étranger physique possédant le contrôle d'une société de droit local"⁴⁰⁵. Il conclut que la requête de six

D'une part, comme le relève le professeur cité, l'articulation des deux décisions et, partant, la valeur à accorder aux principes qui s'en dégagent, pose problème. Si les deux affaires concernant la protection juridique des actionnaires étrangers opposent des Etats du Nord, *id est* "des Etats dont les concepts économiques et juridiques sont les mêmes" (Juge GROS, *opinion individuelle* dans l'affaire *Barcelona Traction Light and Power Cy Ltd, Belgique v. Espagne*, arrêt du 5 février 1970, CIJ, *Rec.* 1970, p. 274), la première jugée par la Cour en séance plénière - "assurant dans son ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde" (Statut de la CIJ) -, fut non seulement contredite mais complètement ignorée par le second arrêt rendu par une chambre réduite. C'était, selon les propos de Mme Stern, "comme s'il s'agissait de faire croire à un changement total dans l'analyse des rapports actionnaires/société, et comme s'il s'agissait de jeter un discrédit général sur l'arrêt de la *Barcelona Traction*" (p.931). Or, si ce dernier peut être la manifestation d'un certain universalisme - malgré l'autorité relative de la chose jugée dont jouissent les décisions de la Cour aux termes de l'article 59 de son Statut -, l'arrêt *Elettronica Sicula* réglant "un problème d'investissement Nord-Nord jugé par une Chambre composée de juges possédant, à l'exception du Président, la nationalité de pays du Nord" (JUILLARD Patrick, "L'affaire de l'Elettronica Sicula : procès sur un traité ou procès d'un traité ?", *AFDI*, 1989, p. 5) ne devrait pas valablement influencer l'évolution du droit international des investissements Nord-Sud. Paradoxalement, le droit de contrôle comme intérêt juridiquement protégé est issu de la jurisprudence ELSI.

D'autre part, cette décision de la CIJ impliquait deux Etats dont l'un, par la protection diplomatique, prenait fait et cause pour ses ressortissants nationaux actionnaires. Devant les tribunaux arbitraux du CIRDI, il ne s'agit pas de protection diplomatique. Ce sont les personnes étrangères privées qui ont acquis en elles-mêmes une capacité internationale d'attirer un Etat devant une juridiction internationale.

⁴⁰⁰ Rapport des administrateurs sur la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, 18 mars 1965, *Doc. CIRDI/2*, para. 23.

⁴⁰¹ Sentence arbitrale du CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI ARB/95/3, para. 98, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2000, vol. 15, n° 2, p. 496.

⁴⁰² Cf. *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXIV, 1981, pp. 863s.

⁴⁰³ Cf. *JDI*, n°1, 1992, p. 216 s., avec les observations E. Gaillard.

⁴⁰⁴ Cf. *JDI*, n°1, 1998, p. 243 s., avec les observations E. Gaillard.

⁴⁰⁵ Cf. *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 496-497.

actionnaires belges qui exercent le contrôle de la société de droit burundais AFFIMET - concernant "un différend né de la décision prise par le Gouvernement de la République de Burundi de retirer le certificat d'entreprise franche accordé à la société AFFIMET"⁴⁰⁶ -, était recevable.

La compétence du CIRDI fondée sur le critère du contrôle de la société locale correspond, d'après M. S. Manciaux, "à une orientation du droit des relations économiques qui hésite de moins en moins à dépasser l'apparence d'une situation pour appréhender le plus finement possible sa réalité, tenant compte de la sorte des subtilités des échanges économiques internationaux"⁴⁰⁷. Ce faisant, elle sape le fondement de l'arbitrage - le consentement des parties - et met en cause la souveraineté de l'Etat, entraînant ce dernier là où il ne veut pas s'engager. A notre avis, la souveraineté, si l'on veut lui conserver un sens, exige que l'on interprète de façon restrictive la renonciation partielle de l'Etat à son privilège de juridiction. La clause d'arbitrage incluse dans un régime de zones franches devrait être interprétée en tenant compte de cette considération : si aucun mode consensuel de règlement de différend ne peut être trouvé, l'Etat devrait garder pour ses tribunaux judiciaires ou arbitraux internes la compétence de principe ; ce qui ne devrait pas pour autant interdire les recours aux modes de règlement autres que nationaux mais seulement conserver la faculté pour l'Etat de déclencher l'intervention de tiers extérieurs ou, pour le moins, la maîtrise des conditions de cette intervention. Néanmoins, comme nous l'a fait remarquer le professeur Brigitte Stern, ce serait aller à l'encontre de l'évolution, qui semble irréversible, de la jurisprudence CIRDI. Il appert que l'engagement délibéré de l'Etat dans la protection internationale des investissements pour séduire les investisseurs l'entraîne plus profondément qu'il ne l'aurait voulu dans l'ordre international. Ainsi, si l'Etat veut conserver la maîtrise de son engagement, il devrait suivre l'exemple de la Tunisie et l'Egypte qui ont précisé dans leur législation respective, qui contenaient leur engagement à soumettre les différends relatifs aux investissements à la compétence du Centre, les conditions de leur soumission. Il est évident que si ces conditions sont par trop strictes, la capacité de séduction d'un régime de zones franches s'en ressentirait.

⁴⁰⁶ *In ibid.*, p. 458.

⁴⁰⁷ MANCIAUX Sébastien, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 128.

Conclusion relative au pari de l'Etat

Un régime de zones franches d'exportation est mis en place formellement par les Etats au moyen de sa législation et son administration dans un but d'intérêt général. Ce dernier est défini par l'Etat selon ses propres règles⁴⁰⁸. Il stabilise sur son territoire les investissements internationaux, de même que les emplois que ces derniers procurent, mais aussi il s'assure des recettes d'exportation, en contrepartie de privilèges exceptionnels accordés aux investisseurs. Ces derniers bénéficient, d'une part, de dérogations fiscales et sociales et, d'autre part, de facilités administratives et du privilège d'une juridiction relevant d'un ordre transnational, *i.e.* à la fois, privé et public, et transcendant les frontières. Le régime des investissements dans une zone franche relève, en l'occurrence, d'une intervention de l'Etat dans la vie économique où, pour parvenir à ses fins, l'Etat parie sur le marché global (à la fois, source des investissements et débouché de leur production).

Selon Hayek, lorsque le *taxis*, l'ordre construit et "organisé" par les hommes, l'Etat, se mêle du *kosmos*, l'ordre "spontané" du marché, un désordre plus grand en résulte⁴⁰⁹. L'auteur justifie l'idée libérale du retrait de l'Etat pour laisser faire le marché en démontrant qu'il se trouvera dans le marché de nombreux aspects sur lesquels l'Etat n'aura aucun pouvoir ; à tous le moins, il ne pourra "rien y changer sans contrarier - et dans la même mesure empêcher d'agir - les forces qui produisent l'ordre spontané"⁴¹⁰. Il renouvelle ainsi, par le développement de la notion d'ordre spontané - qui est "le résultat de l'action d'hommes nombreux mais n'est pas le résultat d'un dessein humain"⁴¹¹ -, la thèse fameuse de la "main invisible" d'Adam Smith⁴¹².

Quoi qu'il en soit, s'il existe une volonté évidente d'orienter le marché, dans la démarche des pays importateurs de capitaux établissant un régime de zones franches, la

⁴⁰⁸ Nonobstant des réalités criantes, surtout dans les pays en développement, nous avons crédité les responsables de ces Etats de bonne foi et de bonne volonté dans la protection de l'intérêt général. Nous n'oublions pas que Kelsen a démontré que l'intérêt général n'est qu'une fiction politique pour cacher les intérêts de groupes qui, d'une certaine manière, se servent pour eux-mêmes du pouvoir et de la volonté de l'Etat.

Cf. KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. franç. par Charles Eisenmann de la 2ème éd. de la *Reine Rechtslehre*, Dalloz, Paris, 1962, p. 44, particulièrement note 22.

⁴⁰⁹ HAYEK Friedrich A., *Droit, législation et liberté*, (1973), trad. R. Audouin, coll. Libre Echange, P.U.F., Paris, 1980-1986, (3t.), t. 1, pp. 59-60. Cf. plus généralement, le chap. 2 intitulé : "Kosmos" et "Taxis".

⁴¹⁰ *In ibid.*, t. 1, p.49.

⁴¹¹ *In ibid.*, t. 1, p. 43. La formule est empruntée à Adam Ferguson (*An Essay on the History of Civil Society*, 1767).

⁴¹² SMITH Adam, *La richesse des Nations*, 1776.

logique de souveraineté est "relayée" (alternée) par la logique de marché⁴¹³. Le mécanisme utilisé constitue en effet en l'utilisation de la loi du marché par l'Etat pour la réalisation de ses objectifs propres. Il s'agit d'attirer dans des domaines jugés prioritaires les investissements par des concessions d'avantages propres à améliorer la performance économique de ces derniers. Ce faisant, le pari de l'Etat sur le marché oblige l'Etat à soumettre l'intérêt général - dont il est le garant - à l'appréciation de l'offre et de la demande et manifeste ainsi un certain "contournement du politique" dans la détermination des règles sociales⁴¹⁴.

Cependant, en mesurant les rapports sociaux liés aux investissements dans les zones franches à l'aune du marché, il délégitime à la fois l'Etat, auteur du pari, et ses actions. Le professeur Jean-Arnaud Mazères souligne que "toute intervention publique à caractère économique ou, comme on le dit aujourd'hui, "sur le marché" se trouve immédiatement placée sous l'empire de la loi du marché"⁴¹⁵. Le pari entraînerait ainsi un risque de contamination de la logique de souveraineté par celle de marché⁴¹⁶.

⁴¹³ Nous empruntons ici les termes du professeur André-Jean ARNAUD évoquant la tendance (mouvement non définitif) du droit étatique à être "relayé" puis à s'effacer devant d'autres modes de régulation. Cf. "De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation", *Droit et société*, n° 35, 1997, pp. 14s.

⁴¹⁴ Termes empruntés au professeur Brigitte STERN, relevés dans "Remarques introductives sur la problématique Marché-Nation dans l'organisation des sociétés humaines", in B. STERN, sous la direction, *Marché et Nation : Regards croisés*, CEDIN Paris I, Monchrestien, 1995, p. 27.

⁴¹⁵ MAZERES Jean-Arnaud, "L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation", in B. STERN (dir.), *Marché et Nation*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 137.

⁴¹⁶ J.-P. BIZEAU a montré la "contamination de la puissance publique par la logique fonctionnelle du marché" (in "Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ?", *AJDA*, 1992, p. 179s.). Dans un autre ordre, R. MARTIN trouve exagérée l'idée que "le rapprochement des discours économiques et juridiques, allant jusqu'à la même appartenance, ne conduise à un affadissement du droit, par contamination de la règle de droit" (in "Loi économique et règle de droit", *Chron., Rec. Dalloz Sirey*, 1990, 34^{ème} Cahier, p. 261).

**Seconde partie : LE RESULTAT DU PARI OU LA
CONTAMINATION DU REGIME PAR LA LOGIQUE
EMPRUNTEE**

*"Le droit parle aux intelligences, le pouvoir commande à des volontés,
pourquoi voudrait-on que leur instrument privilégié, sinon exclusif,
fût la contrainte physique telle que chaque Etat l'exerce dans les limites de son
territoire ?"*

François RIGAUX

(Droit public et droit privé dans les relations internationales,
Publications de la RGDIP, Pedone, Paris, 1977, p. 442).

Le pari de l'Etat - l'intervention sur le marché en utilisant la logique de marché - est fondé sur l'idée que pour réussir dans le domaine économique, l'Etat ne doit pas imposer ses vues - censées relever de l'intérêt général - par l'usage "souverain" de ses prérogatives d'autorité publique mais plutôt instrumentaliser ces dernières de façon à favoriser l'adhésion des acteurs à cet intérêt général, en le rendant notamment économiquement attractif. Par un régime de zones franches d'exportation, l'Etat s'ouvre ainsi à une méthode - le droit fondé sur la logique de marché -, et à un domaine, le commerce international.

Les résultats de ce pari sont en train de s'écrire devant nos yeux. Ceci emporte des conséquences quant à l'exposé de ces résultats mais aussi quant à leur découverte. *Primo*, notre proposition doit se fonder sur des faits, certes parfois juste inscrits en germe dans la réalité mais ne dessinant pas moins les susdites évolutions. *Secundo*, elle doit permettre de démontrer que les virtualités juridiques mises en relief existent parce que le pari initial le permet. Leur découverte doit correspondre aux ouvertures du pari. Il n'en existe pas moins deux sortes de résultats du pari, à savoir d'une part, ceux qui peuvent en dériver - l'établissement du régime les dévoile sinon renforce leur ampleur -, mais qui ne lui sont pas pour autant particuliers et, d'autre part, ceux qui sont inscrits dans le régime même. Si, pour l'exposé de ces derniers, l'établissement du lien logique avec le pari initial ne pose pas de problème particulier, il exige épisodiquement un détour par les faits de marché pour les premiers types de résultats. Ces avertissements émis, l'on peut avancer l'idée principale de notre seconde partie.

Le résultat du pari de l'Etat, pour ce qui concerne la dynamique du régime de zones franches - à l'exclusion des résultats économiques, sociétaux ou autres⁴¹⁷ -, révèle l'ambivalence du concept. Il se présente au départ comme un outil au service de l'Etat initiateur afin d'orienter l'économie et s'avère être un instrument de contamination de la logique de souveraineté par la loi du marché.

Avant d'approfondir cette réflexion, nous devons cependant expliciter les notions dont nous nous servons, quelque peu inhabituelles en droit, tels que marché et loi du marché.

La notion de "marché", centrale pour les économistes, n'a pratiquement pas évolué depuis Adam Smith⁴¹⁸. Généralement, le marché est défini comme un lieu d'échanges libres, de rencontres entre l'offre et la demande d'un produit. Ainsi, pour Hayek, c'est "le seul moyen par lequel de si nombreuses activités, fondées sur des connaissances dispersées, puissent se

⁴¹⁷ François BOST relève que, parmi les onze pays de l'Afrique subsaharienne qu'il a étudiés, le bilan est plutôt "mitigé" : "Maurice est le seul pays africain qui ait fait de sa zone franche un véritable outil de développement", assure-t-il, "suivie de loin par Madagascar" (*Les zones franches en Afrique subsaharienne*, éd. du CFCE, 2000, p. 269). Pour Madagascar, des économistes de l'Institut de recherches pour le développement (ex-ORSTOM) affirment ce qui suit : "Du point de vue macro-économique, les simulations issues du modèle mettent en exergue l'ampleur de ses effets d'entraînement et réfutent l'idée d'une économie d'enclave. Si les trois quarts de leurs intrants sont importés limitant l'articulation à l'économie locale, l'importance des revenus distribués aux ménages et du recours aux services locaux compense largement ce point négatif. Ainsi, malgré le faible poids de la zone franche à l'échelle du pays (de l'ordre de 1% du PIB et de l'emploi total), elle a été à l'origine d'une contribution significative au PIB en 1995 (à hauteur de 4,9%) et à l'emploi (3%). Ce résultat découle des effets indirects induits par la demande générée par les revenus ré-injectés par les entreprises franches dans l'économie. Même l'idée d'un manque à gagner pour l'Etat est contredite par l'accroissement des recettes fiscales sur la consommation et les importations résultant des effets d'entraînement. A cela s'ajoute la part croissante des entreprises franches dans les exportations (dépassant 30% en 1997), remédiant à la hausse inévitable de l'importation. Elles répondent ainsi au double objectif d'accélération de la croissance et de réduction de la pauvreté par la création d'emplois, sans pour autant dégrader la balance commerciale, et les finances publiques. Cette expérience constitue jusqu'à présent le meilleur exemple de réussite de la transition de Madagascar vers l'économie de marché et l'insertion internationale. Il convient de favoriser l'extension de cette zone afin qu'elle puisse atteindre une taille conséquente lui permettant de répondre, à plus grande échelle, aux espoirs qu'elle suscite" (RAZAFINDRAKOTO Mireille et ROUBAUD François, "Madagascar à la croisée des chemins", in *Perspectives macroéconomiques et politiques publiques : la question fiscale*, Revue Economie de Madagascar, n° 3, Antananarivo, 1998, p. 16, encadré 2 : "La zone franche : un pôle de croissance"). Cf., aussi par exemple, ANDRIAMANAMPISOA Josvah, *Analyse dynamique de la zone franche de Madagascar*, Mémoire de DEA, Economie internationale, sous la dir. Laffargue Jean-Pierre, Univ. Paris 1, 2001.

⁴¹⁸ Pour des observations critiques, cf. Roger FRYDMAN, "Ambiguïté ou ambivalence de la notion de marché", in H. DEFALVARD et R. FRYDMAN, dir., *Formes et sciences du marché*, Cahiers d'économie politique, n° 20 et 21, 1992, CNRS, L'Harmattan, Paris, pp. 212-229 ; et, aussi, les autres études de l'ouvrage.

trouver intégrées effectivement dans un ordre unique"⁴¹⁹. Il est déterminé par une loi unique, "la loi de l'offre et de la demande" : grâce aux informations communiquées notamment par les prix, les actions des hommes, à la recherche de leur propre intérêt, seraient coordonnées de façon pacifique (de manière non coercitive) et efficiente sans être organisées par une autorité centrale, pour le plus grand bien de tous. Le même auteur précise que "l'ordre spontané est engendré par le fait que chaque élément opère l'équilibrage de tous les facteurs qui agissent sur lui, et qu'il ajuste entre elles toutes ces opérations ; un tel équilibre (dépendant des actions des hommes et non de leurs intentions) est détruit si certaines de ces opérations sont déterminées par quelque autre source de décision, sur la base d'autres données et au service d'objectifs différents"⁴²⁰. Ce qui tend à faire tenir comme nécessaires non seulement le retrait de l'Etat et de son droit public, mais plus précisément, le caractère libéral du droit.

D'une part, la perspective libérale (*i.e.*, où il n'y a pas de coercition) implique que l'Etat ne doive pas s'imposer au marché. Pour Hayek - dont la notion de droit doit idéalement ne contenir que ce qu'il appelle règles de juste conduite (ou aussi *nomos*, droit de la liberté), découvertes par les juges et dérivant des conditions d'un ordre spontané⁴²¹ -, seul ce type de règles permet la poursuite pacifique et efficiente de la coopération humaine propre au marché, la contrainte étatique ne pouvant avoir lieu que pour sanctionner l'obéissance à ces règles⁴²².

⁴¹⁹ HAYEK Friedrich A., *Droit, Législation et Liberté*, Collection Libre échange, PUF, Paris, 1980, vol. 1, p. 50. Nous nous référons ici à ce Prix Nobel d'économie (1974) parce qu'il est considéré comme celui qui a apporté les fondements modernes du libéralisme. Il présente aussi l'avantage, pour nous, d'avoir voulu déborder du champ de l'économie théorique pour verser dans la philosophie sociale. Il dit en effet en introduction de son œuvre majeure que : "bien que le problème d'un ordre social approprié soit de nos jours étudié sous les angles distincts de l'économie, de la jurisprudence, de la science politique, de la sociologie et de l'éthique, c'est un problème qui ne peut être embrassé efficacement que comme un tout" (*op. cit.*, vol. 1, p. 5). Et, il s'y est attelé ... certes, en étreignant, parfois, rudement le droit.

⁴²⁰ *In ibid.*, vol. 1, p.60.

⁴²¹ Ce type de règles, que l'on peut rattacher à la tradition anglo-saxonne du *common law*, préexisterait non seulement à la législation mais aussi à la société. Il recouvre globalement notre notion de droit privé et HAYEK (*cf. eod. loc.*, vol. 1, p. 87 et la note 3) le fonde sur les "trois lois fondamentales ... antérieures au gouvernement" exprimées par David HUME : "la stabilité de la possession, son transfert par consentement et l'accomplissement des promesses" (*in Traité de la nature humaine*, 1748, trad. A. Leroy, Aubier, 1950, pp. 662-663).

⁴²² Il affirme en effet que pour que "l'ordre spontané que nous nommons société puisse exister sans gouvernement : c'est à condition que le minimum de règles requis pour que se forme un tel ordre soit observé, sans qu'un appareil organisé ait à en assurer l'application". Toutefois, ajoute-t-il, "dans la plupart des circonstances, l'organisation que nous appelons gouvernement s'avère indispensable pour veiller à ce que les règles soient respectées" (*In ibid.*, vol. 1, p. 55).

Sauf à le considérer dans cette dernière fonction, le gouvernement ne doit agir que comme "une organisation parmi beaucoup d'autres et, comme elles, une part de l'ordre spontané d'ensemble"⁴²³. Si l'ordre spontané du marché est reconnu composé par les actions d'individus et d'organisations, ces éléments doivent nécessairement obéir aux règles de juste conduite. Il faut ainsi appliquer à l'Etat le principe de la séparation entre l'*imperium* et le *dominium*⁴²⁴, *i.e.* corrélérer l'intervention étatique sur le marché à sa soumission au droit privé. L'appréhension du "marché" par le droit ne devrait donc relever essentiellement que du régime de droit privé. Ce qui a pu amener le professeur Gérard Farjat à qualifier le "droit économique" - qu'il définit comme "droit organisateur des marchés" -, de "notion hérétique" ou encore d'"antithèse du modèle juridique libéral"⁴²⁵. Cette présentation ne pouvait cependant résister à la multiplication des interventions de l'Etat dans l'économie et à sa volonté de réglementation⁴²⁶. A la neutralisation des prérogatives de puissance publique du droit libéral répondait ainsi une conception instrumentale qui se sert du droit comme instrument de politique économique, tel l'établissement d'un régime de zones franches. L'abandon du principe de neutralité pour recourir aux règles d'organisation publique - appelées *thesis* par Hayek, lesquelles sont établies par le législateur dans un objectif délibérément construit⁴²⁷ - risquerait, d'après cet auteur, de rompre le jeu de la "catallaxie"⁴²⁸. En ce qui concerne le régime de zones franches, paradoxalement, il apparaît que ces mesures d'intervention publique sont "saisies" par le

⁴²³ Ainsi, "dans ses fonctions de service où il n'a qu'à gérer des ressources mises à sa disposition", HAYEK, *op. cit.*, vol. 1, p. 56.

⁴²⁴ Principe qui est, selon W. ROPKE ("Economic Order and International Law", *R.C.A.D.I.*, 1954, II, p. 217), nous le rappelons, "one of the main pillars of liberal world order".

⁴²⁵ FARJAT Gérard, *Droit économique*, 2^{ème} éd., PUF, Thémis, Paris, 1982, p. 701.

⁴²⁶ Dans son article - "La notion de droit économique", *Archives de philosophie du droit*, t. 37, "Droit et économie", 1992, pp. 27-62 -, G. FARJAT reconnaît que sa proposition antérieure reposait "sur une conception mythique ou au moins partielle des sociétés libérales" (p. 39).

⁴²⁷ HAYEK *précité*, vol. 1, pp. 158-160.

⁴²⁸ Néologisme hayekien pour désigner "l'ordre engendré par l'ajustement mutuel de nombreuses économies individuelles sur un marché" (vol. 2 de l'ouvrage précité, p. 131). Il professe, par ailleurs, (vol. 1, p. 159) que : "considérer que le droit public est le seul qui serve le bien commun, et que le droit privé protège seulement les intérêts égoïstes des individus serait exactement à l'inverse de la vérité : c'est une erreur de croire que seules les actions qui tendent délibérément à des objectifs collectifs sont utiles aux intérêts collectifs. Le fait est au contraire que l'ordre spontané de la société nous fournit ce qui est le plus important pour tout le monde, et donc pour le bien commun ; plus important que la plupart des services spéciaux que l'organisation de gouvernement peut fournir, à la seule exception de la sûreté garantie aux règles de juste conduite par l'appui de la force".

marché⁴²⁹. Cette saisie amorce, contre toute prévision hayekienne, non seulement une dynamisation du marché mais aussi une marchandisation du droit qui se manifeste plus particulièrement dans la mise en concurrence par les investisseurs des régimes nationaux de zones franches. La loi du marché empruntée par l'Etat dans l'établissement de zones franches affecte ainsi le moyen de son action, le droit.

D'autre part, si le marché peut s'avérer être un ordre, il s'éloigne d'un ordre juridique. Il n'est pas de nature juridique et ne fait pas l'objet d'une définition juridique. Comme le dit Max Weber, "l'ordre juridique idéal de la théorie du droit n'a rien de commun, du moins directement, avec le *cosmos* de l'activité économique réelle, parce qu'ils se trouvent l'un et l'autre sur des plans différents : l'un sur celui de la norme idéalement applicable, l'autre sur celui de l'événement réel"⁴³⁰. Il n'en existe pas moins une certaine dialectique entre les notions économiques et les institutions du droit. Le professeur J.-A. Mazères a ainsi démontré que lorsque le droit saisit la notion de marché, il opère à son égard "une véritable transmutation" : "appréhendé par le droit, le marché devient contrat"⁴³¹. Car, "fondée sur la logique de l'échange, l'économie de marché a une nature formellement contractuelle". Ce faisant, continue cet auteur, le droit en occulte des éléments - "ceux de collectivité et de pouvoir" - inassimilables par la logique générale du système juridique. Or, "traversée par les jeux et les stratégies des entreprises et par les conflits du capital et du travail, elle a la structure réelle d'un réseau collectif de pouvoir"⁴³². Nous soulignons ici la similitude entre d'une part, le droit - qui en opérant une "individualisation des phénomènes juridiques collectifs"⁴³³, occulte le phénomène de pouvoir dans le marché -, et, d'autre part, l'économie - du moins l'analyse libérale - qui considère ses acteurs comme des "individus libres et égaux"⁴³⁴. Cette commune

⁴²⁹ Le professeur G. Farjat relève que "c'est dans le monde du droit des affaires que s'observent les mutations les plus sensibles du système juridique et singulièrement *la saisie du droit lui-même par le marché*", in "La notion de droit économique", *Archives de philosophie du droit*, t. 37, "Droit et économie", 1992, p. 46. Nous soulignons.

⁴³⁰ WEBER Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, trad E. de Dampierre, Plon, Paris, 1971, t. 1, p. 321s, cité par Bruno OPPETIT, "Droit et économie", *Archives de philosophie de droit*, t. 37, Sirey, Paris, 1992, p. 18.

⁴³¹ MAZERES Jean-Arnaud, "L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation", in STERN Brigitte (sous la direction de), *Marché et Nation : Regards croisés*, CEDIN Paris I, Monchrestien, 1995, p. 85.

⁴³² In *ibid.*, p. 114. Cf. pour une autre analyse juridique du pouvoir dans le domaine économique, G. FARJAT, "Les pouvoirs privés économiques" in *Mélanges Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, CREDIMI, LITEC, Paris, 2000, pp. 613-661.

⁴³³ Expression de GASTAUD J.-P. (*Personnalité morale et droit subjectif*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, Paris, 1977, p. 5).

⁴³⁴ Cf. GUERRIEN, *L'économie néoclassique*, coll. Repères, La découverte, Paris, 1991, p. 5.

cécité envers les pouvoirs révèle cependant moins la dissémination d'un vice que "l'adéquation entre les principes généraux de l'individualisme libéral et ceux de l'économie"⁴³⁵. Car l'existence d'un système économique suppose telle norme juridique, et inversement⁴³⁶.

Evidemment, il existe des économistes qui ont une autre vision - plus réaliste, dirions-nous - du marché. Ainsi, l'économiste François Perroux, dans la lignée de Marx⁴³⁷, décèle sous le marché des situations de domination et d'exercice de pouvoir, et distingue du modèle simplifié de marché classique un modèle de "l'échange composite" : "un mixte de transferts libres et réciproques d'utilités (d'une part) et de relations de pouvoirs (d'autre part)" ; ce qui caractérise, souligne-t-il, "la relation économique qui est, essentiellement, un conflit/coopération, une lutte/concours"⁴³⁸. Le marché n'est donc pas naturel. Cependant, l'énonciation autoritaire (encore une question de pouvoir !) d'une analyse sociale, d'une idéologie, peut produire des effets réels et induire chez les acteurs des comportements comme si la représentation subjective était une réalité⁴³⁹. En l'occurrence, pour ce qui est du marché, les autres présentations sont évacuées par l'analyse libérale qui tend à délégitimer le pouvoir politique tout en escamotant la notion de pouvoir économique. Ainsi, le FMI et la Banque mondiale propagent sans vergogne, pour sortir du sous-développement, la solution "unique" du marché⁴⁴⁰, *i.e.* la retraite organisée de l'Etat du domaine économique⁴⁴¹. Nous sommes donc ici en présence d'un vice fondamental - l'occultation du pouvoir - de la notion dominante du marché qui se transmet au droit dans un régime de zones franches et affecte l'Etat. Ce dernier

⁴³⁵ B. OPPETIT, "Droit et économie", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 19. R. SEVE, quant à lui, évoque le caractère "indissociablement économique et juridique" de la doctrine libérale : cf. SEVE René, "L'avenir libéral du droit", *L'avenir du droit, Mélanges François TERRE*, Dalloz, PUF, éd. du juriste-classeur, Paris, 1999, p. 54.

⁴³⁶ Cf. MARTIN Raymond, "Loi économique et règle de droit", *Rec. Dalloz Sirey*, Paris, 1990, 34^{ème} cahier - chronique, pp. 259-262.

⁴³⁷ ENGELS et MARX disaient que "le capitalisme ne laisse subsister d'autres liens entre l'homme et l'homme que le froid intérêt qui substitue aux nombreuses libertés si chèrement conquises, l'unique et impitoyable liberté du commerce" (*Manifeste du Parti communiste*, 1948).

⁴³⁸ PERROUX François, *Pouvoir et économie*, Coll. Etudes économiques, Dunod, Paris, 1973, p. 45.

⁴³⁹ Cf. LEBEL Georges, "La mondialisation : une hypothèse galvaudée aux effets dramatiques", in CREPEAU François (sous dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, CEDIM, UQUAM, Québec, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 17-35. Il rapporte une métaphore selon laquelle "celui qui croit en Dieu bâtit des cathédrales où l'agnostique peut parfois se reposer" (pp. 27-28).

⁴⁴⁰ Cf., par exemple, BANQUE MONDIALE, *L'ajustement en Afrique : réformes, résultats et le chemin à parcourir*, Washington, Publications de la Banque Mondiale, 1994, qui tend à attribuer l'échec des politiques d'ajustement structurel aux distorsions internes créées par les interventions étatiques et suggère l'existence d'un fort consensus pour ce qui est de la place primordiale à accorder au marché.

devient ainsi un acteur parmi d'autres dans la confrontation marchande et perd la qualité de déterminant et de défenseur de l'intérêt général, au profit d'un ordre spontané des intérêts en présence, résultant du marché. L'utilisation de la logique marchande même pour mieux asseoir la souveraineté de l'Etat ne manque pas alors de rejaillir sur lui. L'attractivité territoriale devenue un impératif majeur, l'Etat ne raisonne plus qu'en termes de coûts et d'efficacité économiques. Nous avons vu l'Etat prêt à tout pour aiguiser ses avantages compétitifs, quitte à abandonner une partie du territoire qu'il doit "imposer" - *i.e.* abandonner l'*imperium* qui lui permet à la fois de régir le territoire et d'en tirer un revenu fiscal - et à réduire à un facteur travail une partie de la population qu'il doit protéger. L'Etat participe au marché tel que l'envisage l'idéologie libérale, à savoir comme "une organisation parmi beaucoup d'autres et, comme elles, une part de l'ordre spontané d'ensemble"⁴⁴².

Peut-on pour autant parler de "contamination" entre le système étatique et celui du marché ? D'une part, ce terme implique un contact entre deux corps ou deux ordres, ici le marché et l'Etat ; ce contact est certes voulu initialement par l'Etat, par l'instrumentalisation de son droit (le pari). D'autre part, il suppose la "contagiosité" du marché, *i.e.* la transmission potentielle d'un ou de plusieurs de ses caractères qui peuvent se révéler nocifs pour l'autre ordre, comme l'effet d'une impureté sinon d'un vice. Cette analogie biologique de la rencontre entre les deux systèmes - qui peut sembler exagérée - veut ici traduire le fait que l'Etat en intervenant dans l'ordre du marché est obligé de jouer avec les cartes du marché. Ce qui entraîne consécutivement deux sortes de transformations de l'action de l'Etat.

⁴⁴¹ Jean COUSSY dénonce ainsi "la diffusion d'un économisme libéral (à travers les programmes d'ajustement structurel) affirmant que les institutions politiques doivent respecter l'autonomie de l'économie par une séparation de l'Etat et du marché" ("Economie et politiques de développement", in COULON Christian & DENIS-CONSTANT Martin, dir., *Les Afriques politiques*, La découverte, Paris, 1991, p. 123). Cette "governance" imposée facilite, certainement, l'intégration dans l'économie mondialisée mais cause un désastre social considérable. Cf. les crises vénézuéliennes rapportées par SOREL J.-M. (in "Les aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I.", *EJIL*, vol. 7, 1996, p. 42-66.) ou encore les récentes crises argentines qui ont défrayé la chronique.

Une politologue du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (Université de Montréal, Québec) démontre même que la "governance" proposée par la Banque Mondiale "véhicule un projet non seulement de réformes institutionnelles mais aussi d'exercice du pouvoir" (CAMPBELL Bonnie, "Reconceptualisation de l'Etat au sud - Participation démocratique ou managéralisme populiste", in CREPEAU F., dir., *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 166).

⁴⁴² HAYEK, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, vol. 1, p. 56.

D'abord, l'Etat est conduit à agir comme n'importe quel acteur du marché, avec quelques prérogatives supplémentaires et exceptionnelles qui deviennent des actifs négociables comme tout élément dans un marché⁴⁴³. En empruntant la logique du marché, il délaisse certains de ses attributs. Ainsi a-t-il quelques fonctions qui ne peuvent être utilisées dans cet ordre : le marché n'a que faire d'une bombe atomique. "Le marché neutralise la violence" dit le professeur Marie Anne Frison-Roche⁴⁴⁴. Un marché non sécurisé ne peut exister, le marché peut cependant saisir le danger et le risque pour en faire des objets à échanger⁴⁴⁵. De la même façon, le marché ne peut pas se former si l'aléa de souveraineté se perçoit trop fortement derrière l'intervention étatique. Le cas échéant, cette dernière est aussi négociable. L'Etat, ainsi quelque peu diminué - non pas qu'il perde ses prérogatives mais plutôt parce qu'il consent à ne pas à s'en servir -, permet le jeu du marché. Par un régime de zones franches, il lance une demande sur le marché global des investissements en promettant l'usage restreint de certaines de ses compétences. La subversion de la souveraineté ne commence pas au moment où l'Etat déclenche le pari⁴⁴⁶. Elle est effective depuis le moment où le marché a dépassé le cadre de l'Etat, *i.e.* depuis que la libre circulation des capitaux a été aménagée⁴⁴⁷. Le pari révèle juste l'ordre du marché où l'Etat devient un acteur comme un autre et, son droit, une expression de volonté parmi d'autres, laquelle est d'ailleurs négociable. La surdétermination de ses actions par le marché peut alors le pousser à tenter un autre pari : la réanimation de ses fonctions inhibées par le libre-échange en se lançant dans la coopération et

⁴⁴³ Mme FRISON-ROCHE indique que "le marché est un procédé qui tire sa puissance de sa capacité à rendre échangeables des choses différentes, grâce à l'instrument monétaire. L'interchangeabilité technique obtenue par la monnaie neutralise la différence d'objets devenus substituables, ce qui permet de mettre en masse les offres et les demandes, pour obtenir un juste prix de marché qui régite par retour les conventions particulières. A ce jeu, la neutralisation des spécificités particulières joue pour les personnes comme pour les biens" (*in* "Le besoin d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés", *RIDE*, 2002/1, p. 69).

⁴⁴⁴ FRISON-ROCHE Marie-Anne, "La redécouverte des «piliers du droit» : le contrat et la responsabilité" (Introduction à la Troisième partie), *in* CLAM Jean et MARTIN Gilles, sous la direction, Les transformations de la régulation juridique, Droit et Société, LGDJ, Paris, 1998, p. 288. L'hypothèse du terrorisme ou du chantage à la violence relève sans doute du refus du marché, sinon de sa perversion.

⁴⁴⁵ Ainsi, le marché de la sécurité existe et est, de jour en jour, en progression.

Par ailleurs, se profile à nouveau ici face au marché la question essentielle de la souveraineté qui est fondée sur la "maîtrise de la violence" (*Cf.* pour cette formulation, CHEMILLIER-GENDREAU Monique, "Affaiblissement des Etats, confusion des normes", *in* M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG, dir., *Le droit dans la mondialisation*, Actuel Marx Confrontation, PUF, Paris, 2001, p. 171 ; mais plus généralement, le concept wéberien de monopole de la violence par l'Etat).

⁴⁴⁶ Sur ce point, v. Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, CREDIMI, LITEC, Paris, 2000.

la régionalisation. Dans cette perspective, le système juridique des zones franches semble résulter moins de la volonté de l'Etat hôte que de la pression du marché.

Ensuite, le domaine dans lequel intervient l'Etat va entraîner une liaison de ses compétences. Le pari de l'Etat vise à attirer les investissements, créer des emplois et gagner des devises par l'exportation des produits des zones franches. Cependant, en imposant l'exportation comme destination obligée des produits issus des zones franches, l'Etat oriente le régime vers l'extérieur. La loi du marché peut jouer en défaveur des Etats exportateurs si l'offre est pléthorique - c'est le cas des exportations réalisées par les zones franches. L'Etat va ainsi au devant d'une dépendance extérieure accrue. Quoiqu'il en soit de ses résultats économiques, le régime offre néanmoins une assise nouvelle à l'influence extérieure. Du point de vue juridique, le supplément de souveraineté escompté du contrôle des investissements s'évapore pour laisser place, au contraire, à un dessaisissement relatif de la réglementation de la matière. Le régime de zones franches d'exportation a pour effet objectif d'inscrire le domaine des investissements dans l'ordre juridique commercial international.

Le régime de zones franches représente un "champ" - au sens sociologique, "un lieu de changement permanent"⁴⁴⁸ -, entre le local et le global, ouvert formellement par l'Etat hôte des investissements, où se confrontent celui-ci et les autres acteurs économiques, les pouvoirs privés et les autres Etats. La contamination de l'Etat par la logique de marché résultant de l'établissement d'un régime de zones franches se fait ainsi à deux niveaux que nous approfondirons successivement dans nos deux titres.

D'une manière générale, l'intervention de l'Etat fait apparaître un marché des investissements dont le régime en lui-même constitue la demande (au sens du marché). L'ordre du marché étant cependant la confrontation d'acteurs multiples avec des volontés et des pouvoirs qui s'ajustent, cette demande est amenée à évoluer au gré des offres, mais aussi des autres demandes d'autres Etats. L'enjeu de la confrontation est le régime de zones franches en lui-même. C'est *la marchandisation du régime* que nous observerons dans un titre premier.

Plus particulièrement, ce marché ouvert étant spécifique aux investissements liés à l'exportation, il confronte forcément la volonté de l'Etat initiateur du régime à celle de l'Etat

⁴⁴⁷ Le professeur G. Burdeau justifie le rôle croissant du FMI dans la surveillance de l'espace financier international par le fait que cet espace "se trouve désormais très largement soustrait aux moyens d'intervention des Etats" (BURDEAU Geneviève, "Le FMI et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial", in E. LOQUIN & C. KESSEDIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, CREDIMI, LITEC, Paris, 2000, p. 262.

⁴⁴⁸ Cf. BOURDIEU Pierre et WACQUANT Loïc, *Réponses*, Seuil, Paris, 1992, p. 78s., cité par G. FARJAT, "La notion de droit économique", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 55.

importateur et, plus généralement, à l'ordre international du commerce. Cette confrontation peut faire glisser une partie de la matière hors du pouvoir de l'Etat initiateur. Elle subvertit la fonction de fondement de la compétence étatique que joue le territoire. L'enjeu de la confrontation est alors la réglementation territoriale des investissements dans les zones franches. C'est *la déterritorialisation potentielle du régime*, effet du lien du régime avec le commerce international, que nous présenterons dans un titre second.

Titre I : La marchandisation du régime ou l'effet de marché

Le marché, rappelle Hayek, "dans tous ses aspects importants, est entièrement analogue à un jeu"⁴⁴⁹. C'est un jeu plaisant d'après ses adeptes, puisque "tous gagnent, en valeur absolue, à jouer le jeu", *i.e.* il n'y a que "des gagnants et des perdants relatifs"⁴⁵⁰. Il repose sur les ajustements mutuels entre ce que les uns ont à offrir et ce que les autres demandent. La "loi" du marché réalise alors l'équilibre entre l'offre et la demande par le prix. Ce dernier doit être entendu, au sens de l'économie de marché, comme un "médium de communication"⁴⁵¹. Il transmet les informations auxquelles doivent s'ajuster les différents acteurs du marché, "précisément *sur l'urgence relative des différentes fins que poursuivent librement leurs partenaires*"⁴⁵².

Décryptons, sur ce *modus operandi*, l'intervention de l'Etat sur le marché des investissements par l'instrumentalisation du régime de zones franches et les réponses correspondantes. L'Etat en développement, de prime abord, manque relativement de tout, notamment de capital et de quoi le rentabiliser : de technologies, d'infrastructures appropriées mais aussi d'un marché solvable pour les produits. La demande d'investissements de ces pays ne peut rencontrer que des offres limitées. L'Etat doit ainsi payer un "prix" fort pour attirer ces opportunités financières qui lui manquent. Le régime de zones franches, notamment, nous l'avons vu, offre une large défiscalisation des investissements, une internationalisation de leur protection mais aussi une relative déréglementation sociale. A ce "prix" seulement, les pays en développement peuvent attirer des investisseurs.

Cependant, le moyen de l'intervention étatique, le régime de zones franches usant de cette logique est saisi par le marché. Il devient objet du marché et, en l'occurrence, négociable. D'une part, il est moins le fruit de l'imposition de l'intérêt général que celui d'un marchandage entre différents intérêts. Le régime est ainsi soustrait à la détermination unilatérale de l'Etat initiateur. D'autre part, plusieurs Etats se présentant en demandeurs d'investissements sur le même marché, chaque régime national se doit d'être le plus attractif possible. Les régimes sont ainsi en compétition les uns face aux autres.

Nous examinerons dans un premier chapitre l'émergence de l'arrangement privé au sein du régime avant d'aborder, dans un second, la mise en concurrence des différents régimes nationaux de zones franches par le marché.

⁴⁴⁹ HAYEK, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, vol. 2, p. 85.

⁴⁵⁰ NEMO, *La société de droit selon F.A. Hayek*, coll. Libre Echange, PUF, Paris, 1988, p. 190.

⁴⁵¹ HAYEK, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, vol. 2, p. 150. Dans le texte original, "*a medium of communicating knowledge*".

⁴⁵² NEMO, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 197. Il souligne.

Chapitre 1 : L'émergence de l'arrangement privé au sein du régime

Dans l'activité traditionnelle de production des règles, la loi est conçue comme un acte de souveraineté justifié en soi et s'imposant à tous. En ce sens, la loi et son application peuvent être considérées comme la quintessence du principe hiérarchique, organisant verticalement les rapports sociaux et permettant - par la simple situation des personnes - l'expression de "l'idée de droit"⁴⁵³ par les uns - ici, l'Etat -, et la soumission des autres, les sujets subordonnés. Même "la règle de droit qui définit des privilèges", comme le dit un auteur, "parce qu'elle le fait de manière générale et impersonnelle, s'applique également à chacun de ceux qui appartiennent à la catégorie privilégiée"⁴⁵⁴. Un régime de zones franches, établi de cette façon par l'Etat, reste, néanmoins, une demande adressée aux opérateurs privés aux fins de susciter leur participation. C'est un "appel d'offres" dont le prix correspond aux privilèges accordés. Or, le marché imposant une confrontation unidimensionnelle de l'offre et de la demande - réduisant dans le même temps, l'homme, l'Etat et leurs actions à une dimension unique, la dimension marchande⁴⁵⁵ -, peut anéantir la notion d'ordre public économique. Cet ordre, doté d'une "double nature, de protection et de direction"⁴⁵⁶, permet à l'Etat de circonscrire les rapports de dépendance entre deux personnes privées et d'imposer l'intérêt général. Il tend néanmoins à s'effacer devant la pression du marché. Le risque est alors de négocier aussi l'intérêt général et de laisser impudemment le marché définir les valeurs qui importent à la société. Ce qui pourrait aboutir à corroder *l'esprit des lois*⁴⁵⁷. Face à ce qu'un auteur appelle "le totalitarisme du marché"⁴⁵⁸, est révélée "l'impuissance publique", dans le sens décrit par le professeur J.-P. Henry où "non seulement les Etats ne semblent plus du tout en mesure d'exercer un réel pouvoir normatif, mais c'est leur comportement même qui

⁴⁵³ Terme de Georges BURDEAU, cf. *Le pouvoir politique et l'Etat*, LGDJ, Paris, 1942, où il dit notamment (p. 143) : "le pouvoir est une force au service d'une idée. C'est une force née de la volonté sociale, destinée à conduire le groupe dans la recherche du Bien commun et capable, le cas échéant, d'imposer aux membres l'attitude qu'elle commande".

⁴⁵⁴ CONSTANS Louis, "Le droit positif comme désordre", *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 36, spéc. note 3.

⁴⁵⁵ Cf. Herbert MARCUSE, *One Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, Beacon Press, Boston, 1964. Paru en traduction française de M. Wittig sous le titre *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, éd. de Minuit, Paris, 1968.

⁴⁵⁶ G. FARJAT, "La notion de droit économique", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 37.

⁴⁵⁷ Cf. CHEMILLIER-GENDREAU Monique, "Affaiblissement des Etats, confusion des normes", in M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG, dir., *Le droit dans la mondialisation*, Actuel Marx Confrontation, PUF, Paris, 2001, pp. 163-171.

⁴⁵⁸ REMICHE Bernard, "Droit économique, marché et intérêt général", in *Mélanges en l'honneur de FARJAT Gérard, Philosophie du droit et droit économique*, Editions Frison-Roche, Paris, 1999, p. 254.

est désormais essentiellement ou exclusivement déterminé par les exigences du marché"⁴⁵⁹. Ce recul du droit public - faisant référence à un intérêt général défini et imposé par l'Etat - marque la soustraction du régime au principe hiérarchique au bénéfice d'un "droit négocié", soit entre l'administration et les administrés, soit directement entre les administrés en excluant l'Etat⁴⁶⁰. Le professeur M.A. Frison-Roche, citant un économiste - Williamson -, souligne ainsi que la constitution d'un marché entraîne l'affaiblissement dudit principe et la tendance à la négociation du droit, et réciproquement⁴⁶¹. Au sein d'un régime en principe de droit public, émerge alors l'arrangement privé. Ce phénomène est particulièrement visible dans la pratique des codes de conduite privés régissant les relations sociales dans certaines zones franches et, plus généralement, dans l'émergence d'un pouvoir de négociation des investisseurs quant au régime qui leur sera appliqué. Nous observerons tout d'abord la négociation du régime, imposée par les investisseurs et ensuite, la substitution de la réglementation sociale publique amorcée par les codes de conduite privés.

Section 1 : La négociation du régime

Dans un régime de zones franches, si les investisseurs privés sont au départ sollicités pour collaborer à l'intérêt général, la compensation de leurs charges par des privilèges exorbitants subvertit leurs rapports avec l'Etat hôte. Ce phénomène est particulièrement manifeste dans le domaine fiscal. La conception de l'impôt, française notamment mais partagée par différents pays, dérive constitutionnellement du principe de solidarité. L'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dispose qu'"une contribution commune est indispensable ; elle doit être également répartie entre les citoyens en raison de leurs facultés".

⁴⁵⁹ HENRY J. P., La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'Etat, *R.D.P.*, 1991/4, p. 644. Cf. aussi "Puissance publique ou impuissance publique ?", Colloque organisé conjointement par le ministère de l'intérieur et l'université Paris I, *AJDA*, n° spécial, 20 juillet - 20 août 1999. M. Etienne PICARD (*in ibid.*, p. 12) souligne que "L'impuissance publique quant aux moyens peut se manifester par cela que des procédés normatifs ou coercitifs, qui existent bien en droit, ne peuvent pas être mis en œuvre pour des raisons extra-juridiques".

⁴⁶⁰ Cf. Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, dir., *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1997.

⁴⁶¹ FRISON-ROCHE Marie-Anne, "Introduction" à "La redécouverte des «piliers du droit» : le contrat et la responsabilité", in CLAM Jean et MARTIN Gilles, sous la direction, *Les transformations de la régulation juridique, Droit et Société*, LGDJ, Paris, 1998, p. 283. Ce phénomène ne concerne pas uniquement le régime de zones franches. Voir, par exemple, DOUSSAN Isabelle, "La production négociée du droit des pollutions agricoles", in CLAM Jean et MARTIN Gilles, *précité*, pp. 137-149.

Autrement dit, sans parler de principe distributif⁴⁶², la notion de *devoir social* est intrinsèque au droit fiscal. Ainsi Gaston Jèze définit l'impôt comme "une prestation pécuniaire, requise des particuliers, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques"⁴⁶³. Par les exonérations fiscales, dans un régime de zones franches devant séduire les investisseurs, le législateur renie ce principe en liant les charges et les avantages. Certes, les mêmes tractations existent de manière générale dans le domaine fiscal, notamment pour les agréments fiscaux⁴⁶⁴. Comme le dit un auteur, "la plupart des dispositions fiscales essentielles, introduites sous forme de lois, de conventions internationales, de décrets, d'arrêtés ou même de circulaires, ont été élaborés au moins après consultations des intéressés, et bien souvent par négociation avec eux"⁴⁶⁵. Néanmoins, dans un régime de zones franches, ce phénomène, d'une part, est accentué et induit des conséquences qui, nous l'observerons, dépassent le domaine fiscal, d'autre part, ne concerne pas uniquement ce domaine. De surcroît, une fois le pas franchi, un souci d'adéquation aux besoins de ces derniers anime l'Etat législateur : non seulement le régime doit évoluer selon leurs besoins mais, dans un souci d'efficacité, il doit être composé avec les investisseurs eux-mêmes. L'intérêt général se réduit alors à l'attraction de ces investisseurs⁴⁶⁶. Le droit ainsi "instrumentalisé"⁴⁶⁷ perd ses caractéristiques traditionnelles de stabilité et de transcendance par rapport à ses sujets. Ces

⁴⁶² En ce sens, par exemple, MM. ISAIA et SPINDLER soutient que "l'impôt produit un effet de répartition intrinsèque, c'est-à-dire en dehors même du processus budgétaire de réallocation des ressources. Il agit comme une sorte de «traceur» qui, appliqué au corps social, fixe une ligne de partage des biens" (*in* "Déréglementation et fiscalité", *Mélanges en l'honneur de FARJAT Gérard, Philosophie du droit et droit économique*, Editions Frison-Roche, Paris, 1999, p. 524).

⁴⁶³ Cité par GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Manuel de droit fiscal*, LGDJ, Paris, 1986. Nous soulignons.

⁴⁶⁴ Cf. M. FLEURIET, *La technique de l'économie concertée*, Sirey, Paris, 1974 ; ou encore, G. TOURNIE, *Les agréments fiscaux*, Pedone, Paris, 1970, cités par Valérie GOESEL, *Etude d'un agrément : L'agrément des ententes et groupements de programmation en matière cinématographique*, note d'étude, DEA de droit public, sous la direction du professeur M. LOMBARD, 1985/1986, p. 21.

⁴⁶⁵ MARTINEZ Jean-Claude, *Le statut du contribuable*, LGDJ, Paris, 1980, pp. 154.

⁴⁶⁶ J.-Y. CHEROT dit qu'il faut "protéger au nom de l'intérêt général le fonctionnement des marchés ... C'est au nom de l'intérêt général que la politique de déréglementation a été mise en place". L'auteur ajoute : "c'est au nom de l'intérêt général aussi que l'effectivité de la concurrence doit être assurée". Cf. "Le droit de la concurrence dans la politique de la déréglementation", *in Les déréglementations*, IFSA, Economica, Paris, 1988, pp. 186-187.

⁴⁶⁷ Mme FRISON-ROCHE garantit que "le droit devient un instrument concurrentiel majeur" (*in* "Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers", *Banque et Droit*, n° 41, mai-juin 1995, p. 48). Dans un autre article, elle évoque "une exigence nouvelle à laquelle le droit des affaires devait faire face : l'instrumentalité du juridique à l'économique" (*in* "Droit économique, concentration capitalistique et marché", *Mélanges Farjat, précité*, p. 398).

derniers arrivent ainsi souvent à obtenir une législation sinon une application de la législation qui leur sont plus favorables. Nous observerons les manifestations de cette négociation de la loi avant d'en aborder la traduction dans l'application du régime de zones franches.

I/ La négociation de l'établissement du régime

Un premier exemple permet de mesurer l'ampleur du phénomène. A Madagascar, la Loi rectificative de finances de 1998, en son article 19 a soumis les achats et importations des entreprises bénéficiant du régime de zones franches à la TVA⁴⁶⁸. Cette taxe supplémentaire, par ailleurs applicable à toutes les entreprises, est remboursable et donne droit à des crédits d'impôt pour les exportations⁴⁶⁹. L'application de la TVA permet de contrôler les opérations des entreprises franches et de détecter les fraudeurs qui importent plus qu'ils n'exportent. Une levée de boucliers des entreprises concernées pour le problème de trésorerie généré a entraîné un mouvement corporatiste institutionnalisé dans le Groupement des Entreprises Franches et Partenaires (ci-après GEFP)⁴⁷⁰. Après près de six mois de tergiversations, "malgré la concession du gouvernement, qui a accepté de réviser à la baisse le taux du droit d'accises (de 20% à 5%), le secteur privé, plus particulièrement les entreprises membres du Syndicat des industriels de Madagascar (SIM) et les entreprises franches du GEFP, a décidé de ne pas payer du tout le droit d'accises et de recourir à cette grève *en guise d'avertissement pour*

⁴⁶⁸ Cet article dispose :

"Dans l'article 40 de la Loi n°89-027 du 29 décembre 1989 relative au régime de zones franches à Madagascar, modifiée et complétée par la Loi n° 91-020 du 12 août 1991, supprimer les taxes ci-dessous dénommées dans l'énumération des droits et taxes dont sont exonérées les entreprises franches :

Taxe de consommation,

Taxe unique sur les transactions.

Les achats et les importations des biens définis dans l'article 40 précité sont soumis à la taxe sur la valeur ajoutée. Les entreprises concernées bénéficient du droit à remboursement du crédit de taxe dans les conditions prévues à l'article 06.01.24 du Code général des impôts.

Ces dispositions sont applicables à compter du 1^{er} novembre 1998 suivant les modalités à préciser par Arrêté du ministre chargé de la réglementation fiscale et douanière" (*in* Loi organique n° 98-013, *JORM* du 24 septembre 1998, p. 2947).

⁴⁶⁹ Pour une discussion sur l'effet de la clause de stabilisation figurant dans le régime de zones franches malgache, *cf. supra*.

⁴⁷⁰ Groupement des Entreprises Franches et Partenaires, né le 16 octobre 1998 à la suite des "Etats Généraux" des entreprises franches de Madagascar, peu après l'adoption parlementaire de la nouvelle TVA.

Cf. DMD n° 601, 5 novembre 1998, p. 17.

*l'Etat*⁴⁷¹. Le nouvel assujettissement ne fut appliqué qu'en juin 1999, après moult explications sur sa nécessité et négociations sur la célérité de son remboursement. Pour qu'elle n'accable pas la trésorerie des entreprises honnêtes, le Ministère du Budget a élaboré un guide du remboursement des crédits de TVA, et a diminué les délais de deux mois à quinze jours.

Somme toute, si l'on fait abstraction de l'ampleur de la concession, l'événement n'est pas exceptionnel dans le domaine fiscal et relève de ce qu'un auteur a appelé "le renouveau du consentement à l'impôt"⁴⁷². L'accumulation de plusieurs avantages gagnés au fil de négociations successives peut néanmoins, à la longue, corroder l'essence d'un ordre public. De surcroît, si la concertation avec les partenaires sociaux n'est pas forcément une mauvaise chose, elle peut être préjudiciable à l'intérêt général lorsqu'elle est systématiquement bilatérale et peut, à terme, mettre en péril la cohésion sociale⁴⁷³. Car la concertation se dévoie alors en *lobbying*⁴⁷⁴. Un aperçu de ce phénomène plus insidieux nous a été fourni lors d'un voyage d'études à Madagascar.

Du 25 au 28 janvier 2000, à l'Espace Dera à Antananarivo, s'est tenu un atelier sur l'application du régime de zones franches et son éventuelle refonte, organisé par le Ministère malgache de l'industrialisation et de l'artisanat avec la collaboration de la Fondation Friedrich Ebert, réunissant les différents départements ministériels concernés, les opérateurs privés (une cinquantaine) bénéficiant du régime de zones franches et leur groupement professionnel, le GEFP, ainsi que quelques représentants de la Confédération Malagasy des Travailleurs. Un rapport collectant les points de vue des différents opérateurs, rédigé par un consultant extérieur, M. Robin Rasolofo, à la demande dudit Ministère, servait de base de travail aux

⁴⁷¹ "Le SIM et les entreprises franches décrètent une grève", *Midi Madagascar* du 8 avril 1999. Nous soulignons. Les "accises", d'une manière générale se réfèrent à une taxe, quel que soit le nom qu'on lui donne, levée sur un bien ou un service particulier ; Le terme "droit d'accises" englobe ainsi la TVA. Cf. ANDRIANOMANANA et autres, "Les droits d'accise à Madagascar", in *Perspectives macroéconomiques et politiques publiques : la question fiscale*, *Revue Economie de Madagascar*, n° 3, Antananarivo, 1998, p. 217.

⁴⁷² MARTINEZ Jean-Claude, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 151s.

⁴⁷³ Un système juridique en liant de façon semblable des personnes sur le même territoire contribue en effet à leur socialisation . Cf. NGAOSYVATHN Pheuiphanh, qui avance l'idée d'une socialisation par l'impôt (in *Le rôle de l'impôt dans les pays en voie de développement*, vol. 2, LGDJ, Paris, 1980, p. 187).

⁴⁷⁴ "Le défaut majeur d'un système de représentation des intérêts reposant sur le *lobbying* est l'inégalité de représentation qu'il entraîne", reconnaît Laurent COHEN-TANUGI (in *Le droit sans l'Etat*, PUF, Paris, 1985, p. 146), qui plaide pour la dissociation du droit et de ce qu'il appelle "l'Etat administratif" dans lequel la démocratie se réduirait au principe majoritaire et le droit à l'application de ce principe (cf. aussi du même auteur, "A la recherche d'un équilibre", in "Le droit français s'américanise-t-il ?", *Revue des deux mondes*, juin 2000, pp. 74-77).

participants⁴⁷⁵. Après l'épisode de la TVA, le gouvernement malgache voulait manifester dans ses relations avec le secteur privé un nouvel esprit de concertation. "Osons faire un grand pas", a dit le Ministre Mamy Ratovomalala, au début de cette rencontre. Et il ouvrit le bal en affichant l'ambition de l'administration, une "institution de pouvoir", de devenir une "institution de service" (*sic*). L'appel au partenariat fut entendu.

Furent ainsi évoqués par les opérateurs différents obstacles liés à la réglementation mais aussi des idées de réforme pour améliorer le régime, notamment :

- relatives à la législation sociale, la limitation hebdomadaire des heures supplémentaires fut jugée trop contraignante par rapport aux rythmes de commandes des marchés extérieurs - plutôt par vagues avec des pics avant septembre et avant Noël : il fut donc proposé une limitation mensuelle sinon trimestrielle et, plus généralement, davantage de flexibilité dans l'application des lois sociales ;
- relatives à la fiscalité dérogatoire, des "craintes" furent exprimées par rapport à l'expiration des périodes d'exonération, qui, libérant la pression fiscale sur certaines entreprises, pourrait entraîner des effets anti-concurrentiels et donc, des difficultés financières ; le mot "délocalisation" ne fut cependant pas proféré ;
- relatives aux procédures d'investissements qui n'accordent pas entièrement le traitement national à tous les investisseurs ; particulièrement l'exigence, pour les non-nationaux, d'apport en devises de la totalité du coût des investissements fut considérée comme limitant les investissements.

Par ailleurs, le président du GEFP, M. Bruno de Foucault, proposa pour remédier à la "capacité insuffisante" de l'administration à affronter "la masse de demandes et la masse d'interrogations", reconnues par les différentes parties comme un des freins à l'efficacité optimale du régime, le concours des différentes commissions de son groupement professionnel. Les représentants de l'Etat s'engagèrent alors à étudier les différentes propositions et à poursuivre la discussion avec le secteur privé.

Au-delà de la représentation de rapport de force, ce dialogue caractérise le régime de zones franches et son application à Madagascar : il révèle les failles de l'administration, le renforcement du secteur privé et sa capacité actuelle à négocier son cahier des charges. De surcroît, il rend assourdissant le silence des deux seuls représentants présents des employés en zone franche.

⁴⁷⁵ RASOLOFO Robin, *L'application du régime de zones franches à Madagascar : Points de vue des différents intervenants*, Documents d'études, Ministère de l'industrialisation et de l'artisanat, Antananarivo, Octobre 1999, 45p.

Plus concrètement, un projet de loi "portant refonte de la loi relative au régime de zones franches" fut présenté l'année suivante à l'Assemblée nationale⁴⁷⁶. Il comporte des dispositions révélatrices d'une certaine perméabilité aux désirs des investisseurs, notamment l'autorisation des apports en monnaie malgache ou en nature pour couvrir les investissements initiaux des nationaux et/ou des étrangers résidents (article 9), la prorogation de la période d'exonération d'impôt sous réserve de réaliser en totalité les programmes d'investissement et d'embauche du personnel national prévus par le dossier agréé (article 34, *in fine*). Cependant, le projet n'a pas été adopté jusqu'à maintenant⁴⁷⁷. L'atermoïement fait-il partie d'une stratégie de résistance de l'administration malgache ? En tous cas, lors de la récente mission à Paris du ministre malgache *du développement du secteur privé, de l'industrialisation et de l'artisanat*⁴⁷⁸, M. Davida Rajaona, les 25 et 26 juillet dernier, celui-ci a rencontré des investisseurs potentiels, des représentants du patronat français et de la chambre de commerce et des investissements et a annoncé ... une prochaine amélioration du régime existant de zones franches⁴⁷⁹.

Le souci de répondre aux attentes des investisseurs est encore plus flagrant au Maroc⁴⁸⁰. Pour renouveler le système d'incitations à l'investissement, notamment relatif aux zones franches⁴⁸¹, le ministre des finances marocain, lors d'un symposium tenu à Agadir en mai 1990, a adressé aux opérateurs marocains et étrangers un document comportant des questions sur ce que ces derniers attendaient d'un régime de zones franches d'exportation. Cette enquête préalable aboutit à la promulgation d'une loi le 26 janvier 1995⁴⁸². Le projet de loi fut "voté à

⁴⁷⁶ Voir le texte du projet, daté du 23 mars 2001, sur le site internet du ministère de la justice (justice.gov.mg/actus/zonep.htm)

⁴⁷⁷ Au 1^{er} octobre 2002.

⁴⁷⁸ Nous soulignons le changement de nom du ministère.

⁴⁷⁹ Rapporté par l'Express de Madagascar du 6 août 2002.

⁴⁸⁰ Pour ce qui suit, cf. ACHARGUI Mohamed, "Zones franches : nouveaux créneaux de partenariat", Revue marocaine de droit et d'économie de développement, citée sans date par SAINT-GIRONS Bernard et CABANIS, "Zones franches d'exportation au Maghreb et en Afrique subsaharienne : comparaison des lois sénégalaise, togolaise et marocaine", in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (ss. dir.), Les zones franches, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998, pp. 53-94.

⁴⁸¹ Le régime de zones franches n'est pas inconnu au Maroc, Tanger bénéficiait ainsi d'un statut "de ville internationale et d'un régime de libre échange de 1923 à 1959" (CABANIS et SAINT GIRONS, *précité*, p. 92).

⁴⁸² Loi n° 19-94 promulguée par *Dahir* n° 1-95-1 du 26 janvier 1995, citée par ANDRIEUX J.-P., "Le dispositif marocain d'encouragement à l'investissement", *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* du CFCE, n° 5, 1996, pp. 916-926.

l'unanimité"⁴⁸³ par le parlement marocain et dut aussi recevoir un bon accueil des milieux d'affaires car, selon MM. Cabanis et Saint Girons, le régime fait "preuve de la plus grande bienveillance à l'égard des investisseurs potentiels"⁴⁸⁴. La loi marocaine sur les zones franches témoigne en effet de l'importance des faveurs accordées à l'initiative privée et au marché. Ainsi en est-il de la gestion de chaque zone qui est accordée à un organisme d'aménagement et de gestion, personne morale de droit public ou de droit privé, choisie "après appel à la concurrence" (article 4 de la Loi). Cet organisme est responsable non seulement de la promotion et de la sécurité de la zone mais aussi de l'accueil des investisseurs, notamment de l'instruction de leur dossier d'agrément, servant ainsi de relais avec les pouvoirs publics - auxquels il donne son avis - mais qui gardent tout de même la maîtrise de l'octroi de cet agrément. Cependant, cette compétence est étroitement encadrée : la non-réponse de l'administration au bout de deux mois vaut accord, d'une part, et l'éventuelle décision de rejet doit être "dûment motivée", d'autre part (article 12). Par ailleurs, en ce qui concerne les avantages fiscaux consentis, ils montrent une largesse telle que les auteurs précités y voient "la conséquence du fait que le texte applicable à l'empire chérifien est l'un des plus récents, donc cherchant à se lancer dans une sorte de processus de surenchère par rapport aux régimes consentis par les autres pays engagés plus tôt dans ce genre d'expérience"⁴⁸⁵. Ainsi nous discernons déjà que la concurrence entre les Etats pour attirer les investissements exige non seulement des concessions des pouvoirs publics envers le secteur privé mais aussi une collaboration entre les deux secteurs.

Par-delà les questions concrètes que l'on vient d'évoquer transparait l'ambivalence de l'instrumentalisation du droit. La culture de l'efficacité qui la caractérise conduit à nier l'autonomie du politique pour soumettre ce dernier aux impératifs économiques. Le droit est

⁴⁸³ Contrairement à la loi du 26 février 1992 sur les places financières *offshore* qui suscita beaucoup d'objection dans les partis d'opposition.

⁴⁸⁴ CABANIS et SAINT GIRONS, *précité*, p. 56.

⁴⁸⁵ CABANIS et SAINT GIRONS, *précité*, p. 77.

Après quinze ans de vacance, l'impôt sur les sociétés est fixé à 10%, l'impôt général sur le revenu bénéficie de 80% d'abattement (article 30). De même (après quinze ans de vacance), la taxe sur les produits des actions, des parts sociales est limitée à 7,5% lorsqu'ils sont versés à des résidents (article 32). L'impôt des patentes (article 28), la taxe urbaine sur les immeubles, sur les machines et sur les appareils affectés à l'exercice d'activités exportatrices (article 29) sont supprimés pour les quinze premières années. Sont définitivement supprimés les droits divers d'enregistrement et de timbre (article 27), la TVA pour les entrées de produits en zone franche (article 33), et aussi la taxe sur les produits des actions, des parts sociales lorsqu'ils sont versés à des non-résidents (article 32).

révélé comme n'étant que l'habillage du rapport de forces économiques⁴⁸⁶. Cette délégitimation du juridique ne peut qu'être ressentie dans l'application du régime.

II/ La négociation de l'application du régime

Selon Mme Frison-Roche, lorsque le droit est lui-même "un instrument d'action et d'organisation économique", il devient "fait construisant d'autres faits de nature différente"⁴⁸⁷. Alors, continue-t-elle, "il est difficile de désigner le degré de normativité des uns et des autres dans leur interaction". L'intérêt général se diluant, comme nous l'avons vu, dans *l'intérêt de négocier l'attraction des investisseurs privés*, l'on peut désespérer de l'Etat et de son droit. En effet, lorsque le droit se négocie comme une marchandise, le risque est grand de voir se réaliser *l'hypothèse logique* que les agents de l'Etat s'approprient le privilège de vendre le droit⁴⁸⁸. Tant il est vrai que "la loi dont on change à chaque saison, la loi «jetable» n'est pas respectable : pourquoi ne pas frauder si l'on peut supposer que de changement en changement, ce qui est illicite aujourd'hui sera licite demain ?"⁴⁸⁹.

De fait, cette atmosphère de tractations sur l'intérêt général n'est pas sans rappeler l'économie de rentes qui faisait exister, sur le plan des relations internationales, les Etats pré-coloniaux des pays en développement. La construction de l'Etat - déjà en développement - exigeait davantage de ressources et, selon la théorie économique en vogue à l'époque - le mercantilisme -, nécessitait de faire davantage de commerce. Pour participer aux échanges, ces derniers n'avaient à offrir contre les produits industriels (tissus, bimboloterie, fusils, poudre, etc.) que des produits naturels (bananes, zébus, minerais, etc.). Quand les hommes

⁴⁸⁶ Cf. PELLET Alain, "Le «bon droit» et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie", in Mélanges C. Chaumont, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, Méthodes d'analyse de droit international*, Pedone, Paris, 1984, spéc. p. 481.

⁴⁸⁷ FRISON-ROCHE, "Droit économique, concentration capitalistique et marché", *Mélanges Farjat, op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 399.

⁴⁸⁸ Nous prenons le contre-pied de ce qu'Emmanuel Lévinas appela "l'extravagante hypothèse" qu'il situe à l'origine de l'Etat, à savoir, d'après Mme Frison-Roche, "le souci de l'homme pour autrui auquel l'Etat apporte la mesure afin de le préserver et de le reprendre en charge, pour que persiste l'intimité de la personne de l'Etat et de l'intérêt général, son objet consubstantiel" (FRISON-ROCHE, "Droit économique, concentration capitalistique et marché", *précité*, p. 401 ; elle cite, en ce sens, M. ABENSOUR, "L'extravagante hypothèse", in *Emmanuel Lévinas*, Rue Descartes, n° 19, Collège international de philosophie, PUF, Paris, 1998, pp. 55s.

⁴⁸⁹ CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 1991*, Etudes et documents, n° 43, La Documentation française, 1992, p. 17.

furent aussi demandés, il a fallu échanger des hommes pour se procurer des fusils⁴⁹⁰. Le même esprit de rente mercantiliste semble toujours en œuvre dans la négociation d'un régime de zones franches. Pour gagner en termes d'avantages compétitifs dans l'attraction des investisseurs, l'Etat leur offre ce qui lui semble - dans une courte vue - lui coûter le moins : la diminution des contraintes qui s'exercent sur ces derniers ; ce faisant, l'Etat désapprend le fait que ces contraintes étaient imposées en considération de l'intérêt général. Sa décision subséquentement prise se fonde sur la logique de marché qui n'offrirait aucune alternative non seulement aux pays en développement mais au monde entier. Dans un rapport d'un groupe d'experts présidé par le professeur Alain Supiot à la Commission européenne, cette invasion est ainsi dénoncée : "La globalisation de l'économie conduit à prêter à ces lois du marché une valeur universelle et à fonder sur elles un "imperium des affaires" qui s'impose aux Etats nations, lesquels expriment seulement des solidarités locales, qui ne sont tolérées que dans la mesure où elles ne feraient pas obstacle à la liberté de circulation des marchandises et des capitaux. Dans cette perspective, le véritable intérêt général réside dans le respect universel des lois du marché et les Etats incarnent seulement des intérêts particuliers des nations ; ils doivent donc plier ceux-ci aux exigences supérieures du libre-échange"⁴⁹¹.

En matière sociale, dans une zone franche, cette corruption de l'intérêt général a comme effet l'inapplication des règles existantes. Si la vaste majorité des zones franches d'exportation sont couvertes par la législation du travail du pays concerné, l'application de cette législation laisse souvent à désirer. Ainsi à Madagascar, le droit commun du travail qui régit aussi les entreprises en zone franche ne permet le dépassement des 40 heures par semaine que sur autorisation de l'Inspection du travail et avec une majoration de la rémunération. D'après une étude de M. Eden Ratombozafy, "les horaires élastiques de travail dans les entreprises franches dépassent souvent les 40 heures par semaine sans que cela soit compensé par des rémunérations d'heures supplémentaires"⁴⁹². Certes, une tolérance administrative est admise pour les industries du vêtement et de textiles composant la majorité

⁴⁹⁰ A Madagascar, lorsque l'on évoque les esclaves déportés au-delà des mers, l'on parle de "*Ceux que l'on a échangé contre des fusils*" (*Andevo natakalobasy*). La traite constituait une ressource importante du Royaume de Madagascar, par les droits qu'elle rapportait mais aussi par l'activité directe des commis royaux, jusqu'à son abolition par l'effet d'un Traité entre le Roi Radama 1^{er} et le Gouverneur de l'île Maurice, Sir Farquar, le 23 octobre 1817 (cf. R.P. CALLET, *Histoire des Rois*, tr. fr. par G.S CHAPUS et E. RATSIMBA de *Tantaran'ny Andriana*, t. V, Académie malgache, Université de Nice, 1978, § 1074 et 1103).

⁴⁹¹ Rapport d'experts, "Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe", Commission européenne, juin 1998, p. 74, cité par MAUPIN Francis, "OIT, justice sociale et mondialisation", *R.C.A.D.I.*, vol. 278, 1999, p. 215-216.

des entreprises franches : selon l'Inspection générale du travail, "en cas d'urgence, une simple notification suffit"⁴⁹³. Face à la faiblesse généralisée des moyens de l'administration et à la surcharge de travail consécutive, tout semble relever de l'urgence. Souvent, en effet, selon les entreprises franches, les demandes d'autorisation adressées au service de l'Inspection du travail demeurent sans réponse⁴⁹⁴. Il n'empêche que l'exploitation abusive de la main d'œuvre est un scandale permanent régulièrement dénoncé dans la presse locale. Ainsi, "dans le milieu hospitalier malgache, on parle du syndrome «zone franche» pour désigner l'état de faiblesse générale des femmes malades venant de ces entreprises et l'impossibilité de soins adéquats à leurs états"⁴⁹⁵. C'est le résultat de ce que M. Oman de l'OCDE appelle "l'intensification" : "certaines entreprises tentent d'affronter la concurrence en "faisant suer le burnous", c'est-à-dire en faisant travailler leurs salariés plus dur et plus longtemps jusqu'à ce qu'ils soient usés et qu'ils s'en aillent. La durée des postes est de plus en plus longue, le lieu de travail devient opprimant (des vigiles effectuent souvent des rondes dans les ateliers, et toutes les entrées et sorties, y compris les sorties de secours, sont généralement fermées)"⁴⁹⁶.

Une autre façon d'augmenter la productivité du travail dans une entreprise sans enfreindre ouvertement la réglementation sur la durée du travail est la rémunération du travail à la tâche ou aux pièces. Ce procédé de rémunération doit être calculé de manière à procurer au travailleur de capacité moyenne et travaillant normalement un salaire au moins égal à celui du travailleur rémunéré au temps effectuant un travail analogue. A Madagascar, selon l'article 65, alinéa 2, de l'Ordonnance du 17 mai 1975, cette détermination doit être faite par une commission locale composée de deux employeurs et de deux travailleurs de la profession, sous l'arbitrage de l'inspecteur du travail. Du fait toujours de la surcharge de travail de ce dernier⁴⁹⁷, le calcul de la rémunération aux pièces se fait souvent sans lui et gonfle

⁴⁹² RATOMBOZAFY Eden, *Les problèmes sociaux dans les entreprises franches de Madagascar*, mémoire de maîtrise en droit, Université d'Antananarivo, 1993, manuscrit, p. 30.

⁴⁹³ Inspection générale du travail, *Arrêtés* n° 1951 du 23 septembre 1953 et n° 1127 du 1er juin 1954, cités par CITE, *Le régime social des salariés du secteur privé à Madagascar*, éd. Tsipika, Antananarivo, 1999, p. 48.

⁴⁹⁴ Déclaration du Groupement des entreprises franches et partenaires lors de l'atelier tenu à l'Espace Dera (Antananarivo) sur l'application du régime de zones franches, organisé par le Ministère malgache de l'Industrialisation, du 20 au 25 janvier 2000.

⁴⁹⁵ "Les illusions des zones franches", *Lettre mensuelle du Jureco*, oct. 1996, Antananarivo, p. 14.

⁴⁹⁶ OMAN Charles, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ?- Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de développement, O.C.D.E., Paris, 2000., pp. 113-114.

⁴⁹⁷ Lors de nos enquêtes sur le terrain en janvier 1999 et janvier 2000, le prétexte de "surcharge de travail des services de l'inspection du travail", quoique fondé dans la réalité, revenait trop souvent et semble mettre un voile pudique sur la corruption de ces agents de l'Etat.

généralement l'horaire de travail sans majoration de salaire en contrepartie. Les employés, compte tenu du marché du travail, se rangent probablement aux côtés des employeurs de peur de perdre leur emploi.

Les difficultés d'application des lois sociales existantes ne sont pas particulières à Madagascar. Dans son Programme d'action sur les questions relatives au travail dans les zones franches d'exportation, l'OIT écrit que "nombre de gouvernements n'ont tout simplement pas les ressources nécessaires pour appliquer les dispositions légales, et la tendance internationale au rétrécissement des pouvoirs publics rend peu vraisemblable à l'avenir une expansion des services de l'administration du travail"⁴⁹⁸.

Nous pensons néanmoins qu'à la longue, même les investisseurs pourraient être indisposés par cette situation. L'existence de règles stables, transparentes et transcendant ce qu'elles régissent, adjointe à une administration pouvant effectivement les mettre en œuvre peut favoriser davantage la rentabilité des investissements mais surtout permet à l'Etat d'accueil de profiter pleinement de ces investissements. D'un côté, comme le dit Mme Frison-Roche, "l'entreprise emploie sa rationalité à mesurer les coûts respectifs de soumission aux règles, qu'elles soient de nature marchande ou de nature juridique"⁴⁹⁹. De l'autre, la corruption, définie comme un comportement consistant en l'abus d'une position publique en vue d'un intérêt privé, peut se généraliser en un contrôle extra-juridique et discriminatoire des rapports sociaux. La surdétermination du régime par la loi du marché le pervertit en un système de licences que l'on peut acheter - dont le prix varie en fonction de la gravité du comportement normalement prohibé, de la capacité de paiement du sujet, de l'humeur de l'agent corrompu, etc -, et reviendrait beaucoup plus cher aux usagers. Bref, la marchandisation des règles est anti-économique. Un système juridique, même s'il est d'abord une contrainte, est préférable car il assure avant tout la prévisibilité. La relative sécurité garantie par le droit permet, en effet, selon le professeur Jacques Ellul, l'éclosion d'un "monde social devenu prévisible par convention, (où) tout finalement repose sur l'engagement de chacun de maintenir tel type de comportement, même si les circonstances changent"⁵⁰⁰. Entre la fonction instrumentale et l'action paralysante, il y a une place pour une mission d'encadrement à vocation correctrice du

⁴⁹⁸ OIT, Programme d'action sur les questions relatives au travail et les questions sociales dans les zones franches d'exportation, 1998, sur le site net www.ilo.org.

⁴⁹⁹ FRISON-ROCHE, "Droit économique, concentration capitaliste et marché", *précité*, p. 402. Elle se réfère à la théorie des coûts de transactions de Ronald H. COASE ("The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, n° 3, pp. 1-44), à l'origine de l'analyse économique des droits de propriété.

⁵⁰⁰ ELLUL Jacques, "Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception", *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 29.

droit⁵⁰¹. Une étude a, en effet, montré que dans la compétition internationale pour attirer les investissements, un Etat pourvu de conditions politiques et légales correctes comme la stabilité politique, un gouvernement comptable et transparent, et un régime de prévention de la corruption, aura l'avantage absolu sur un Etat dépourvu de telles conditions, pour attirer les investisseurs sensibles à cette caractéristique⁵⁰². Et la plupart de ces derniers le sont car le marché est "toujours friand de transparence"⁵⁰³. *A contrario*, un Etat où règne la corruption peut certes attirer des investisseurs douteux. Néanmoins, en matière sociale, l'intensification du travail entraînant une rotation élevée de la main d'œuvre, des retards et de l'absentéisme, elle devient contre-productive. Outre les risques de troubles sociaux, cela nuit évidemment au rendement des entreprises et peut entraîner une chute de leur compétitivité.

Pour que les investissements profitent réellement aux investisseurs mais aussi au pays d'accueil, il vaut donc mieux que les règles soient transparentes et appliquées⁵⁰⁴. Ainsi, Hayek reconnaît qu'il faut "favoriser les services qui, tout en présentant de grands avantages pour une collectivité importante, sont toutefois d'une nature telle que le profit ne saurait en rembourser

⁵⁰¹ Cf. PIROVANO Antoine, " Justice étatique, support de l'activité économique", in "Justice et économie", *Justices*, n° 1, janvier - juin 1995, pp. 16 s.

⁵⁰² PERRY Amanda, "Effective Legal Systems and Foreign Direct Investment : In Search of Evidence", *International Comparative Law Quarterly*, vol. 49, octobre 2000, pp. 779-799.

⁵⁰³ M.-A. FRISON-ROCHE, "La redécouverte des «piliers du droit» : le contrat et la responsabilité" (Introduction à la Troisième partie), in CLAM Jean et MARTIN Gilles, sous la direction, *Les transformations de la régulation juridique, Droit et Société*, LGDJ, Paris, 1998, p. 280. Par ailleurs, la transparence est un critère essentiel pour adhérer au concert des Nations et pour participer aux échanges internationaux, moteur aujourd'hui encensé du développement. Un moyen de lutte contre la corruption est ainsi communément exigé pour bénéficier des systèmes généralisés de préférences (SGP). L'accord de partenariat entre l'Union européenne et les pays du groupe ACP, signé à Cotonou le 23 juin 2000, convient ainsi de la nécessité de la prévention et de la lutte contre la corruption, et prévoit dans son article 97, "une procédure de consultation et mesures appropriées concernant la corruption" pouvant aboutir en dernier recours à la suspension de la coopération (Accord de Cotonou, *Le Courrier ACP - UE*, édition spéciale, septembre 2000, p. 56). Quant à l'*African Growth and Opportunity Act* américain du 18 mai 2000, il est encore plus strict sur ce point puisque non seulement il exige des pays candidats pour être éligibles un système de lutte contre la corruption mais prévoit un examen annuel par l'exécutif américain des mesures mises en œuvre par l'Etat partenaire, ainsi que la possibilité de radiation unilatérale de la liste des pays admissibles en cas de régression dans ce domaine [Section 104 a de l'AGOA. Le texte de cette loi figure sur le site internet auquel il est consacré (agoa.gov)]. Pour un développement sur les SGP, cf. *infra* : Titre II, Chapitre I.

⁵⁰⁴ Paul Roubier place la sécurité juridique avant même la justice , et avant le progrès : "c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres" (cité par Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, dans sa 3^{ème} éd. 1976, LGDJ, Paris, p. 127).

le coût à un individu ou petit groupe d'individus"⁵⁰⁵. C'est ce que les économistes désignent par le terme de "bien collectif", nécessaire au fonctionnement du marché mais que le marché ne peut fournir spontanément⁵⁰⁶.

Par ailleurs, les produits de l'exploitation abusive éventuelle des travailleurs, souvent dénoncée par des ONG ou des syndicats occidentaux, sont destinés principalement à l'exportation, *id est* aux marchés du Nord. Les campagnes de dénigrement ou de menace de boycott de ces produits par les consommateurs occidentaux imposent parfois des changements quant aux conditions des travailleurs dans les zones franches des pays en développement.

Section 2 : L'alternative d'une discipline sociale issue du marché : les codes de conduite privés

Le type de code de conduite étudié ici instaure pour les entreprises qui l'élaborent et leurs sous-traitants, une discipline notamment dans le domaine des conditions de production et du traitement des travailleurs, pour répondre aux exigences des consommateurs et plus généralement du marché de leurs produits. Certaines entreprises en zone franche mettent en effet en place ce mode d'organisation, certes en ayant en vue l'intérêt d'un relatif bien-être des travailleurs pour leur rendement, mais surtout en considération de l'impact présumé des informations concernant les conditions de production, dans la commercialisation de leurs produits. Si un code de conduite s'oppose ainsi à la réglementation sociale publique dans son principe, il la complète parfois dans ses effets.

Nous examinerons les effets d'un code de conduite privé dans un régime de zones franches après avoir développé le principe. Auparavant, revenons un instant sur le vocabulaire utilisé. Nous avons toujours réservé l'usage du terme "réglementation" pour désigner généralement les normes juridiques d'origine étatique, qu'elles soient issues des pouvoirs législatif, exécutif ou judiciaire d'un Etat, qu'elles soient issues d'actes des Etats agissant d'un commun accord. Le terme évoque ainsi l'existence d'un pouvoir normatif unilatéral opposable aux sujets d'un ordre juridique. Il existe certes des réglementations d'origine autre que

⁵⁰⁵ HAYEK Friedrich August, *La route de la servitude*, Coll. Quadrige, PUF, Paris, 1993, trad. de *In The Road to Serfdom*, George Routledge, London, 1944.

⁵⁰⁶ Cf. F. LEVEQUE, *Economie de la réglementation*, La découverte, "Repères", Paris, 1998, p. 8 ; ou encore, Ch. MARCHAND, *Economie des interventions de l'Etat*, PUF, "Que sais-je ?", Paris, 1999, p. 17. Un bien dit collectif est un bien pour lequel il est impossible de limiter la jouissance à une personne déterminée et ainsi d'en affecter le coût. Outre un système juridique fiable, sont considérés comme des biens publics la défense nationale et de l'ordre public, ou encore l'éducation.

publique. Vient immédiatement à l'esprit dans le domaine qui nous concerne, le pouvoir réglementaire de l'employeur⁵⁰⁷. Ce dernier permet l'organisation et la gestion des ressources humaines dans l'entreprise. Un code de conduite est un peu cela et n'est pas que cela. Il régit aussi les rapports de la société-mère et de ses filiales ou ceux de l'entreprise commanditaire et de ses sous-traitants. De surcroît, il peut s'y exercer un contrôle ou du moins une influence assez marquée de la société civile (les consommateurs). On est alors tenté d'user du terme "régulation". Jusque-là, on a désigné avec ce dernier, envisageant son sens le plus large, tout ce qui concourt à ordonner une réalité (le droit est ainsi un mode de régulation). Or, l'utiliser spécifiquement pour évoquer un code de conduite dans le cadre d'un régime de zones franches n'est pas exempt d'enjeu. La régulation suppose en effet non seulement un ordre mais aussi un équilibre⁵⁰⁸. Un code de conduite étant issu de la pression du marché, il révélerait alors un équilibre par le marché. Ce dont nous contestons la possibilité, du moins dans le domaine de la protection des travailleurs comme ci-après développé. Pour enlever toute équivoque, nous préférons alors parler de "discipline" : tout simplement un ensemble de règles qui lient une entreprise et ses filiales ou ses sous-traitants envers eux-mêmes, mis en place sous la pression de leurs clients consommateurs.

I/ Le principe des codes de conduite privés

Les codes de conduite ont longtemps posé question quant à leur nature et à leur efficacité. Le professeur G. Farjat en note "la diversité des auteurs, des domaines d'activité ou

⁵⁰⁷ Yves Saint-Jours remarque que l'entreprise est "fondamentalement organisée de manière féodale, le patron, l'employeur ou le chef d'entreprise, selon la terminologie idéologique utilisée, concentre dans ses mains tous les pouvoirs législatif, exécutif et disciplinaire" (*in* "L'entreprise et la démocratie", *D.* 1993, chron. P. 12.). Plus généralement, G. FARJAT n'hésite pas à parler des "sujets de l'entreprise" (*in* mélanges C. CHAMPAUD, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20^{ème} siècle*, Dalloz, Paris, 1997, pp. 317-333).

Cf. aussi HECQUARD-THERON Maryvonne, *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, Paris, 1977.

⁵⁰⁸ *Cf.* entre autres auteurs, CHEVALLIER Jacques, "De quelques usages du concept de régulation", *in* MIAILLE Michel, sous la direction, *La régulation entre droit et politique*, Col. Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 1995, pp. 71-93 ; ARNAUD André-Jean, "De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation", *Droit et société*, n° 35, 1997, pp. 14-37 ; ou, encore Antoine JEAMMAUD, "Introduction à la sémantique de la régulation", *in* CLAM Jean & MARTIN Gilles, sous dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et société, LGDJ, Paris, 1998, pp. 75-84 ; plus spécifiquement, FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Le droit de la régulation*, *le Dalloz*, 2001, n° 7, pp. 610-616 et autres articles de cet auteur ; pour un récapitulatif sur le sujet et sa bibliographie, CHAMPAUD Claude, *Régulation et droit économique*, *RIDE*, 2002/1, pp. 23-66.

des espaces concernés⁵⁰⁹. La notion essentielle est celle d'autocontrôle. Le professeur M. Virally affirmait déjà que "la seule caractéristique qui puisse être retenue pour définir ce qu'est un code de conduite tient aux modalités de sa mise en œuvre qui fait appel de façon particulièrement marquée à une coopération de ceux qui y sont soumis"⁵¹⁰. M. Pieter Sanders affirme aussi ce caractère qu'ont en commun les codes de conduite de "legally non-binding"⁵¹¹. Ces auteurs se réfèrent nonobstant à des codes dont l'origine est liée à l'Etat ; ainsi du code des Nations Unies ou de l'OCDE relatifs aux entreprises multinationales. En ce qui nous concerne, la personnalité privée de l'auteur des codes de conduite peut poser question quant à leur qualité de norme dans un ordre juridique⁵¹². M. Farjat note ainsi que "les codes privés ne sont qu'une manifestation des phénomènes de normalisation non étatique qui ne sont sans doute pas nouveaux, mais qui ont longtemps été «occultés» par la doctrine dominante parce qu'ils sont *contraires au droit positif des sources* et plus encore à l'idéologie officielle"⁵¹³.

⁵⁰⁹ FARJAT Gérard, "Réflexions sur les codes de conduite privés", *Le droit des relations économiques internationales. Etudes B. Goldman*, 2^{ème} éd., LITEC Droit (1982), Paris, 1987, p. 48. Il leur applique les traits proposés pour les codes relatifs aux sociétés transnationales et aux transferts de technologie par le "Groupe de personnalités de l'ONU" : "Un code de conduite peut être un ensemble global de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient ; bien que de telles recommandations n'aient pas de caractère obligatoire, elles jouent le rôle d'un instrument de persuasion morale, renforcées qu'elles sont par l'autorité des organisations internationales et par la force de l'opinion publique" (Doc. ONU E/5 500, p. 62 cité in B. GOLDMAN & Ph. FRANCESKAKIS, dir., *L'entreprise multinationale face au droit*, LITEC, Paris, 1977, p. 417).

⁵¹⁰ VIRALLY Michel, "Les codes de conduite, pour quoi faire ?", in TOUSCOZ Jean, *Transferts de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre international*, PUF, Paris, 1978, p. 218.

⁵¹¹ SANDERS Pieter, "Codes of Conduct and Sources of Law", in *Etudes B. Goldman*, 2^{ème} éd., LITEC Droit (1982), Paris, 1987, p. 281.

⁵¹² Cf. LOQUIN Eric et RAVILLON Laurence, "La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé", in E. LOQUIN & C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), LITEC, Paris, 2000, pp. 91-132.

⁵¹³ FARJAT, *ibid.* note Erreur : source de la référence non trouvée. Nous soulignons pour marquer que déjà il assimile les codes de conduite à des sources de droit des relations économiques internationales. M. Farjat rejoint ainsi la théorie libérale du droit international qui place les codes de conduite parmi les sources de droit de premier niveau : "The Voluntary Law of Individuals and Groups in Transnational Society" que l'on pourrait appeler les *bottom up made rules* (Cf. A.-M. Slaughter, "International Law in a World of Liberal States, *European Journal of International Law*, 1995, vol. 6, pp. 503s, not. p. 504).

Filali OSMAN étudie les codes de conduite privés parmi les sources privées du droit ("Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit", *RTD Civ.*, 1995, n° 3, pp. 509s.).

Ces codes de conduite privés concernent les conditions de fabrication d'articles vendus dans les pays développés. Elaborés par des entreprises de pays développés, souvent des entreprises de conception et de commercialisation des produits, ils s'appliquent au stade de production - souvent délocalisée dans des pays en développement, en particulier dans des zones franches d'exportation. En vue d'améliorer leur image, les premières - que l'on désignera comme "entreprises-sources" - les font connaître à leurs partenaires commerciaux : distributeurs, consommateurs, investisseurs et médias. Ces codes sont mis en place, en effet, après des pressions d'organisations non-gouvernementales (ONG) soucieuses du respect des droits élémentaires du travail mais aussi de la compétitivité jugée "immorale" de certains lieux de délocalisation industrielle. Ce phénomène relève sans doute de ce que le professeur Marie-Claude Smouts appelle "le rêve de la perfection du marché" qui accompagne celui de la mondialisation⁵¹⁴. Le rêve participe de la manifestation de l'individu pour percer l'écran étatique du droit des relations internationales où "tout s'échangerait dans la vérité des prix grâce à l'accès de tous à la totalité des informations" (*sic*). "Le phénomène de solidarité", évoqué par Georges Scelle, aurait franchi ainsi les frontières des Etats pour ouvrir réellement avec les codes de conduite un domaine à "l'interpénétration des peuples par le commerce international"⁵¹⁵.

Plutôt que d'évoquer un idéal de droit international, le mythique *jus gentium*, il serait plus pertinent de le rapprocher de la *stakeholder theory* américaine où l'on cherche à instaurer une forme privée de justice sociale en vue d'un avantage privé. Cette "théorie des parties prenantes" se fonde sur un principe de "responsabilité sociale" des entreprises (corporate accountability). Elle insiste sur la nécessité, pour les entreprises, de regarder la collectivité comme partie prenante, *i. e.* concernée, dans leur gestion générale. Il faut entendre par

Contra : Philippe JESTAZ, dans ses "Remarques en cascade sur les sources du droit" (*RTD Civ.*, 1993, p. 73) ne mentionne pas les codes de conduite.

M. Farjat, quinze ans après ses premières réflexions sur les codes de conduite, dira que ces derniers constituent une source "sauvage" du droit ou du moins, un nouveau "mode de production du droit" ("Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés" in CLAM Jean & MARTIN Gilles, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et société, LGDJ, Paris, 1998, p. 153). Par ailleurs, l'auteur escamote l'étude de la qualité de "source" des codes de conduite par le fait que "le droit français a longtemps fait semblant d'ignorer la jurisprudence comme source du droit, *a fortiori* ..." (*in ibid.*)

⁵¹⁴ SMOUTS Marie-Claude, "Le soi, le nous et l'autre dans les brumes de la mondialisation", in BADIE B. & SADOUM M., sous dir., *L'Autre. Etudes réunies pour A. Grosser*, Presses de la fondation nationale de sciences politiques, Paris, 1996, p. 282.

⁵¹⁵ SCELLE Georges, *Manuel de droit international public*, Domat Montchrestien, 1948, p. 18, cité par LEFEBVRE Maxime, *Le jeu du droit et de la puissance*, PUF, Paris, 1997, p. 24.

"parties prenantes", les personnes ou les groupes qui peuvent influencer sur les objectifs, la politique, les décisions ou l'action des entreprises ou en subir les effets : actionnaires, salariés, clients, fournisseurs, collectivités⁵¹⁶. Dans les codes de conduite privés, des entreprises s'engagent unilatéralement, donc volontairement, envers les consommateurs, à maintenir des pratiques sociales "éthiquement correctes" tout au long de leurs filières de production ou de distribution, renforçant le cas échéant l'exigence des lois locales. Il s'agirait de garantir une attitude responsable des professionnels envers les consommateurs en combattant des méthodes contraires à la morale et à une concurrence loyale, permettant ainsi une harmonisation des pratiques de production⁵¹⁷. De surcroît, il est admis en économie que "les méthodes de production, même lorsqu'elles ne caractérisent pas le produit final, entrent dans la fonction d'utilité des agents économiques ; ainsi, le respect des normes éthiques équivaut à un niveau de qualité supérieur qui justifie des prix plus élevés"⁵¹⁸. Autrement dit, la mise en place de codes de conduite et l'accession des consommateurs à l'information justifient les prix élevés. Dans ce sens, cette pratique s'inscrit dans une sorte de compétition déontologique entre les grandes marques pour se procurer un avantage concurrentiel en termes d'image auprès de l'ensemble des consommateurs⁵¹⁹.

Ainsi, après une pression sans relâche d'ONG⁵²⁰, Nike a élaboré, fin 1992, un code de conduite sous la forme d'un document appelé "Memorandum of understanding"⁵²¹. Jusque là, Nike, comme beaucoup d'autres entreprises, rapportent MM Verna et Bertrand, "niait toute

⁵¹⁶ Cf. CARROL Archie B., *Business and Society : Ethics and Stakeholder Management*, 3rd ed., South-Western College Publishing, Cincinnati (Ohio), 1996.

⁵¹⁷ Ici, "la normativité permet de réaliser entre capitalistes cette «égalité dans l'exploitation de la force du travail» qui est le premier droit du travail" (Karl MARX, cité par A. JEAMMAUD, *Le droit capitaliste du travail*, P.U.G., Grenoble, Maspéro, Paris, 1980, p. 213.

⁵¹⁸ SIROEN Jean-Marc, "Commerce international et normes de travail", in Conseil d'Analyse Economique, *Le cycle du millénaire*, Documentation française, Paris, 1999, pp. 100-101.

⁵¹⁹ Il arrive que des entreprises s'unissent pour créer un label sur la base de normes sociales communes. Apposé sur les produits, ce "moyen de certification sociale" est le côté publicisé d'une pratique qui relève de principes et de mécanismes similaires à un code de conduite, notamment lorsqu'elle est mise en œuvre dans une zone franche. Nous n'en distinguerons donc pas l'étude. Pour approfondissement, Cf. entre autres, DILLER Janelle, "Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ?", *Revue internationale du travail*, vol. 138, 1999, n°2, pp. 107-139.

⁵²⁰ Global Exchange, Christian Aid, Transnational Resource and Action Center notamment se sont coalisées pour organiser la campagne intense de boycott des produits Nike "*Press for change*" (de 1989 à 1992, puis à nouveau de 1996 à 1999). Nous prendrons souvent cette entreprise en illustration de nos propos, non qu'elle soit la seule à agir de la sorte, mais parce qu'ayant défrayé la chronique sur le thème de l'éthique de la délocalisation, elle a suscité beaucoup de commentaires aisément accessibles.

responsabilité envers les personnes qui faisaient ses produits, puisqu'il ne s'agissait pas formellement de ses employés"⁵²². En effet, l'entreprise américaine Nike délocalise à partir des années 70 une partie de sa production dans des zones franches du Costa Rica, de Corée du sud et de Taïwan. Cependant, rapporte l'ONG Global Exchange, "when workers there gained new freedom to organize and wages began to rise, Nike looked for «greener pastures»"⁵²³. Nike délocalise à nouveau et investit dans les zones franches du Bangladesh, de l'Indonésie, de Thaïlande, du Vietnam, et aussi en Chine. Depuis 1992, Nike n'a plus de site de production aux Etats-Unis. En 2001, d'après le journal *Le Monde*, Nike a quelques 420 sous-traitants dans des zones franches asiatiques et sud-américaines, totalisant 54.000 employés⁵²⁴. Changeant alors complètement d'attitude, M. Philip Knight, président de la compagnie, justifie lui-même l'adoption d'un code de conduite : "The Nike product has become synonymous with slave wages, forced overtime and arbitrary abuse. I truly believe that the American consumer does not want to buy products made in abusive conditions"⁵²⁵.

L'effectivité de ces codes à la fois hors de l'entreprise, source de l'engagement éthique, et hors de son pays d'origine n'est cependant pas aussi évidente.

II/ Les effets des codes de conduite dans un régime de zones franches

La destination obligée, essentiellement l'exportation, des produits des investissements en zone franche, fait du régime le dispositif adéquat pour accueillir les délocalisations industrielles des investisseurs des pays développés. Ce dernier phénomène opère en effet un transfert de la production des pays développés vers les pays en développement, tout en gardant le système de commercialisation - principalement le même marché (ici, au sens de débouchés pour les produits) - et le plus souvent aussi celui de conception dans le pays

⁵²¹ Reproduit en annexe par VERNA Gérard & BERTRAND Jacques, "Ethique de la production en sous-traitance : le cas de l'industrie du vêtement", in BORGHI Marco et MEYER-BISCH Patrice (sous la direction de), *Ethique économique et droits de l'homme*, Editions universitaires, Fribourg Suisse, 1998, pp. 125-127.

⁵²² VERNA Gérard & BERTRAND Jacques, *précité*, p. 110.

⁵²³ Cf., globalexchange.org, le site internet de l'ONG.

⁵²⁴ BELOT Laure, "Harcèlement sexuel et violences chez les fournisseurs indonésiens de Nike", *Le Monde* du 23 février 2001. Le journal évoque sûrement les sous-traitants commandités directement par Nike. A Madagascar et à Maurice, nous avons vu sortir d'usines franches des vêtements marqués du célèbre logo représentant une virgule inversée ("There is no finish line", in *Memorandum of Understanding*). Ces entreprises malgaches et mauriciennes ont pour commanditaires des centrales de grande distribution qui n'ont pas pour la plupart de codes de conduite s'appliquant à la phase de production.

⁵²⁵ Rapporté par John H. CUSHMAN Jr., "Nike Pledges to End Child Labor and Apply U.S. Rules Abroad", *The New York Times*, 13 mai 1998.

d'origine. La stratégie de délocalisation consiste, rappelons-le, à "fabriquer là où c'est moins cher et vendre là où il y a du pouvoir d'achat"⁵²⁶. Un régime de zones franches offre de fait un lieu privilégié de localisation aux investisseurs animés par cette motivation. Un code de conduite fait souvent partie de cette stratégie pour garder la clientèle qui, à défaut de consommer "national", exige du "propre"⁵²⁷. Au-delà de l'adoption du code de conduite par l'entreprise de production, son caractère normatif peut poser question.

A/ L'adoption du code de conduite

Les codes de conduite doivent être adoptés par la filière de production de "l'entreprise-source". Si leur premier souci reste "de préserver ou de justifier la réputation dont l'entreprise jouit dans l'opinion ou dont jouit une marque"⁵²⁸, les codes de conduite peuvent créer substantiellement de nouvelles pratiques, auxquelles s'engagent donneurs d'ordres et sous-traitants. Ils influent ainsi sur le régime du travail des producteurs sous-traitants. Cette influence est cependant limitée par une "approche sélective" et ne peut évidemment dépasser les préoccupations, filtrées par l'entreprise-source, des mouvements d'opinion dont procèdent ces codes de conduite. Mme Janelle Diller, du BIT, a procédé à l'analyse de 215 codes de conduite et de 12 programmes de labels sociaux. Selon cette étude, "la santé et la sécurité au travail est la question la plus fréquemment traitée - dans environ trois quarts des codes analysés. Vient ensuite la discrimination à l'embauche ou dans l'emploi, qui fait l'objet de dispositions diverses dans environ deux tiers des codes. La question du travail des enfants (l'élimination du travail des enfants, l'engagement de ne pas y recourir ou de ne pas traiter avec des entreprises qui y recourent) apparaît dans 45% des codes, et celle du niveau des salaires dans 40%. Le problème du travail forcé n'est abordé que dans un quart des codes. On ne trouve de dispositions sur la liberté syndicale et la négociation collective que dans 15% des codes analysés. Les douze programmes de labels sociaux témoignent de la même approche sélective"⁵²⁹. Ainsi, le "Memorandum of understanding" de la compagnie Nike "oblige" ses sous-traitants à respecter les lois du travail en vigueur sur le territoire, à respecter les règles concernant le salaire minimum et les heures supplémentaires, à éviter toute discrimination en raison du sexe, de la race ou de toute autre différence, et à ne pas recourir aux travaux forcés,

⁵²⁶ Cf. LEMESLE Raymond-Marin, *La délocalisation off-shore*, PUF, Que-sais-je ?, Paris, 1995.

⁵²⁷ Voir, par exemple, le film documentaire symptomatique de Michael Moore, "The Big One".

⁵²⁸ DILLER Janelle, "Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ?", *Revue internationale du travail*, vol. 138, 1999, n°2, p. 108.

⁵²⁹ DILLER, *op. cit.*, p. 123.

ni au travail des enfants⁵³⁰, mais ne contient pas un mot sur le droit syndical. Relevant de la liberté contractuelle, la substance d'un code de conduite ne peut évidemment pas être imposée. Tout au plus, elle peut être limitée par un ordre public. Un problème demeure cependant lorsque l'Etat ne sanctionne pas les manquements à son ordre public, de peur - comme le déplorent plusieurs rapports du BIT - d'effaroucher les investisseurs⁵³¹. C'est, pour emprunter les termes du professeur M. Chemillier-Gendreau, "le désastre d'un monde contractualisé sans les tempéraments de la loi"⁵³². Ainsi, par exemple, le code de conduite de Sara Lee Knit Products dispose que "l'entreprise juge préférable qu'il n'y ait pas de présence syndicale, sauf si la loi ou la tradition l'exigent [...] elle estime que les salariés sont les mieux placés pour parler directement de leurs problèmes à la direction"⁵³³. Cette entreprise a une usine dans la zone franche d'Antananarivo et il n'y existe pas de syndicat⁵³⁴. Il faut dire

⁵³⁰ Points 1, 4 et 6 du document précité, in VERNA Gérard & BERTRAND Jacques, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 125.

⁵³¹ OIT, *Programme des activités sectorielles*, Partie 9 : "Zone franche d'exportation : un autre type de flexibilité", 1999, (disponible sur le site internet de l'organisation). Ou encore, BIT, *Programme d'action sur les questions relatives au travail et les questions sociales dans les zones franches d'exportation*, Genève, 1998.

⁵³² CHEMILLIER-GENDREAU Monique, "Peut-on faire face au capitalisme ?", in M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG, dir., *Le droit dans la mondialisation*, Actuel Marx Confrontation, PUF, Paris, 2001, p. 15.

⁵³³ Sara Lee Knit Products, *International Operating Principles*, cité par J. DILLER, *op. cit.*, p. 125, spéc. note 38. Elle cite aussi le code de conduite de Caterpillar qui souhaite "faire en sorte que les salariés ne ressentent pas le besoin d'être représentés par un syndicat ou une autre tierce partie. Si les salariés choisissent néanmoins de se faire représenter par un syndicat ou si la loi le veut, Caterpillar s'attachera à établir de bonnes relations entre la direction et le syndicat" (*Caterpillar's Code of Worldwide Business Conduct and Operating Principles*).

⁵³⁴ La liberté syndicale a toujours été garantie par les Constitutions malgaches successives. La loi n° 56/416 du 27 avril 1956 (cité par CITE, *Le régime social des salariés du secteur privé à Madagascar*, éd. Tsipika, Antananarivo, 1999, pp. 55-56) prévoit avec l'élection de délégués du personnel, au sein des établissements de plus de 10 travailleurs, l'élection des délégués syndicaux pour les entreprises qui ont des travailleurs syndiqués. Les employeurs qui entravent la liberté syndicale sont passible d'une amende de 75.000 à 200.000 FMG, *i.e.* approximativement de 3/4 à 2 fois la valeur du salaire minimum. Selon la Confédération internationale des syndicats libres, à Madagascar, "les violations de la législation de travail sont flagrantes dans les zones franches d'exportation. Le gouvernement est soit incapable, en raison de ressources insuffisantes, soit peu disposé à inspecter les lieux de travail et à enquêter sur les discriminations anti-syndicales signalées. Par conséquent, les travailleurs n'ont pas été en mesure d'exercer leur droit de former ou d'adhérer à des syndicats. Le Fivondronanmben'ny Mpiasa Malagasy (la confédération locale) a dénoncé les conditions déplorables de ces zones, où les salaires sont souvent inférieurs au minimum légal, où le temps de travail est excessivement long et où sévit le harcèlement sexuel" (in CISL, *Rapport sur les violations des droits syndicaux commises en 2001*, Bruxelles, 2002, p. 32).

néanmoins que la subversion de la souveraineté de l'Etat a lieu en amont. Ce ne sont pas les codes de conduite privés qui affectent le principe de la permanence de l'Etat, ni celle de son système juridique. C'est le manque de moyens de l'Etat en développement et/ou la marchandisation de sa réglementation, aboutissant à une déréglementation, qui conduisent à l'élaboration de ces modes de contrôle privés. Ce qui illustre les propos du professeur Mireille Delmas-Marty selon lesquels "la déréglementation marque l'apparition d'un nouveau processus d'engendrement des normes fondé sur l'affaiblissement du principe hiérarchique. C'est cet affaiblissement qui entraîne le recul de l'Etat au profit d'un marché sans frontière, dont il semble que le véritable pilier soit le contrat"⁵³⁵. Un code de conduite avant d'être affiché dans les halls d'accueil des entreprises franches constitue en effet l'objet d'un contrat. Et, "un contrat se forme par l'échange des consentements"⁵³⁶.

Remarquons déjà avec Mme J. Diller l'ambiguïté d'"un engagement pris *volontairement* en réponse aux pressions du marché, en dehors de toute obligation juridique"⁵³⁷. Cet auteur se demande en effet si "l'on peut vraiment parler de mesures *volontaires*", étant donné que, "notamment dans les pays en développement, la pression du marché les rend en fait obligatoires"⁵³⁸. Les fabricants sous-traitants doivent en effet souscrire à ces mesures sous peine de perdre leurs commanditaires. Des contrôles internes à la filière de conception-production-commercialisation peuvent être, par la suite, mis en place. Ainsi, le mémorandum précité dispose que "Nike's business partner are aware that Nike may request an independent audit of any factory at any time. If a Nike expatriate or an auditor discovers that a subcontractor is not adhering to the signed Memorandum, Nike will demand that the subcontractor address the situation. If no improvement is made, Nike may terminate the business relationship"⁵³⁹. Les engagements "volontaires" des commanditaires se transforment ainsi en "clause sociale" obligatoire pour les entreprises sous-traitantes, *i.e.* en des conditions minimales obligatoires de traitement des travailleurs fabriquant les objets à commercialiser sous la marque en question, sous peine de résiliation du contrat de sous-traitance.

Néanmoins, l'on peut avancer l'idée que l'entreprise à l'origine du code s'est engagée dans cette démarche éthique elle aussi de peur de perdre son "public" de consommateurs. De surcroît, si l'engagement est unilatéral dans cette première phase, il est régi, dans la phase du

⁵³⁵ DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil Essais, Paris, 1998, p. 83.

⁵³⁶ Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, "Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats", *RTDC*, 1995, n° 3, p. 573s.

⁵³⁷ J. DILLER, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 108. Nous soulignons.

⁵³⁸ DILLER, *op. cit.*, p. 110. C'est elle qui souligne.

⁵³⁹ "Memorandum", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 127.

rapport entre l'entreprise-source et le sous-traitant, par le contrat de commande. L'accord des volontés est donc aussi formel que la pression du marché est réelle. L'entreprise-source a proposé et le sous-traitant a consenti à appliquer le code de conduite⁵⁴⁰. Certainement, cette explication résout, du point de vue formel, l'adoption d'un code de conduite d'une grande marque par une entreprise sous-traitante. Il n'en reste pas moins que le code vise à obtenir un comportement souhaité. Il s'agit donc aussi de normes, de normes adoptées par contrat et ainsi, *a priori* non opposables aux tiers. La difficulté survient parce que non seulement, un code de conduite appréhende des situations de personnes qui ne sont pas parties au contrat mais semble être sanctionné de manière unilatérale et discrétionnaire. Ce qui caractérise un phénomène de pouvoir faisant douter d'abord de la qualification contractuelle. A moins qu'il n'existe des contrats de "vassalité"⁵⁴¹ !

De fait, la détermination des conditions des travailleurs dans l'ensemble d'une zone franche peut avoir comme source des entreprises privées étrangères. Ainsi, MM. Verna et Bertrand rapportent que souvent "Reebok, Nike, Adidas et les autres ont des codes de conduite similaires et font appel aux mêmes sous-traitants"⁵⁴². Ils évoquent une enquête concernant des sous-traitants fabriquant des chaussures de sport sur cinq sites de production en Thaïlande employant 10.000 personnes au total⁵⁴³. Ces entreprises assurent ainsi l'égalité de la concurrence. Comme l'a indiqué l'économiste Destanne de Bernis, les codes de conduite visent à "étendre à l'ensemble du Tiers-Monde des règles normalement en vigueur dans les

⁵⁴⁰ Consentir est entendu "au sens de défaite que suggère aussi ce mot" (M.-A. FRISON-ROCHE, "Introduction" à "La redécouverte des «piliers du droit» : le contrat et la responsabilité", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 287). Elle souligne que cette inégalité de l'expression des volontés est propre à ce qu'elle appelle les "contrats de marché" par opposition au "contrats aristocratiques dominés par l'autonomie des volontés" (*in ibid.*, p. 290s). La distinction qui peut paraître assez spécieuse pour celui qui ne veut reconnaître que l'égalité liberté contractuelle des parties, révèle clairement l'existence de pouvoirs que l'on veut souligner ici. Elle renouvelle ainsi l'analyse "avec laquelle le marxisme nous a rendus familiers" du contrat comme un rapport de forces économiques (*cf.* Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, Paris, dans sa 3^{ème} éd, 1976, p.221).

⁵⁴¹ C'est ce que laisse entendre Mme FRISON-ROCHE, quand elle a proposé pour la première fois la distinction décrite ci-dessus et qu'elle ajoute qu'"on comprend que le consentement puisse être un signe de faiblesse, de vassalité, là où la volonté est signe de puissance et d'autonomie" (*in* "Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats", *RTDC*. 1995, n°3, p. 573).

⁵⁴² VERNA & BERTRAND, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 112.

⁵⁴³ The Oreltal Sport Company Ltd, Sumat Prakan (Adidas, Nike, Reebok) - The Asian Footwear Company Ltd, Pathumthani (Nike) - Privayat Rubber Industry Company Ltd, Bangkok (Adidas, Converse, Reebok) - Wongpaitoon Footwear Public Company, Bangkok (Reebok) - Siam Unizone Company Ltd, Samut Sakorn (Reebok).

pays développés"⁵⁴⁴. L'application d'un code de conduite évite et supplée la détermination souveraine des règles par l'Etat hôte. Le caractère privé résout, sinon évacue, le problème d'extraterritorialité de la norme. A partir du moment où les codes de conduite - même formés unilatéralement par une entreprise privée dans un Etat autre que l'Etat où ils s'appliquent - ne transgressent pas l'ordre public, l'on ne saurait contester la légitimité de ces clauses contenues dans un contrat privé. En cela, la méthode est plus efficace que la recherche de l'imposition d'une "clause sociale" par une organisation internationale comme l'OMC.

Or, si - dans l'instrumentalisation qui en est faite pour promouvoir des produits ou une marque - la raison économique seule conduit à l'autodiscipline, les codes de conduite ne sont pas exempts de conséquences juridiques. "Il s'agit bien de créer du droit", souligne le professeur G. Farjat⁵⁴⁵. De même, indique le professeur Anne-Marie Slaughter, "these codes and norms may not seem like law at all. Yet scholars and practitioners seeking to predict actual behavior must take them into account as empirical facts that guide action"⁵⁴⁶. L'on ne peut exclure, en tous cas, ni une effectivité ni une certaine efficacité.

B/ De la normativité des codes de conduite privés

Comme nous l'avons vu dans la Première partie, la plupart des zones franches sont régies en principe par la législation du travail du pays concerné. Bien que parfois les investisseurs soient exemptés de certaines obligations essentielles du droit du travail - concernant exceptionnellement les droits syndicaux, plus souvent les possibilités de recours à des heures supplémentaires (plus flexibles) -, les exemptions ne portent pas sur les normes

⁵⁴⁴ Contribution au colloque sur les Transferts de technologies, *cité par* Farjat, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 65.

⁵⁴⁵ FARJAT, précité, p. 51 et p. 53. Même si quelques pages plus loin, il considère les codes de conduite comme des "autorités de fait" (p. 61), dans le sens donné par le doyen Carbonnier qu'il cite, à savoir "des éléments d'appréciation pour interpréter les règles de droit ou pour construire, dans le silence ou l'insuffisance de ces règles, la solution d'une difficulté ... autorités *de facto* et non *de jure*, morales et non juridiques" (*Droit civil*, 1, n° 31).

⁵⁴⁶ SLAUGHTER Anne-Marie, *A Liberal Theory of International Law*, Séminaire à l'Académie de droit international de La Haye, document interne, juillet 2000.

De même, si le professeur D. Berra estime que les rapports entre, d'une part, les codes et autres chartes éthiques et, d'autre part, le droit restent, pour l'heure, "des rapports d'ignorance et d'indifférence réciproques", il n'exclut pas que les premiers puissent "revêtir une certaine valeur juridique" (BERRA Daniel, "La portée juridique des chartes éthiques en droit du travail", in BORGHI Marco et MEYER-BISCH Patrice (sous la direction de), *Ethique économique et droits de l'homme*, Editions universitaires, Fribourg Suisse, 1998, p. 289).

minimales en matière de salaire, de sécurité ou de santé. Toutefois, dans la plupart des pays dotés de ces régimes, l'administration du travail ne dispose pas des ressources matérielles nécessaires pour contrôler comme il se doit les entreprises en question. Le rapport déjà cité du BIT mentionne même que "les autorités des ZFE hésitent souvent à s'opposer aux investisseurs de peur de les décourager"⁵⁴⁷. Là encore remarquons que nous sommes face au fameux "prix" à payer par l'Etat dans ce jeu (de dupes). A cela s'ajoute le fait que dans la majorité de ces zones, il n'existe pas de syndicat, encore moins de convention collective. En l'occurrence, les entreprises des zones franches d'exportation jouissent d'une grande liberté quant à la manière de recruter, de licencier, de payer les employés ou d'organiser leur travail. Pratiquement, ces employés ont plus de chance de voir un inspecteur du BIT, un enquêteur d'une ONG ou un auditeur privé chargé de vérifier l'application du code de conduite de la maison commanditaire qu'un inspecteur du travail de l'administration locale⁵⁴⁸. Le plus efficace des quatre, pour sanctionner l'application des normes sociales, est sans aucun doute l'auditeur privé. Ainsi, depuis 1993, "les 420 sites sous-traitant les produits Nike ont été socialement audités par le cabinet Pricewaterhouse Coopers"⁵⁴⁹. D'après l'article précité du journal *Le Monde*, Nike a même amélioré son système. Ces audits, jugés efficaces pour vérifier les niveaux de salaires et les dépassements d'heures, le sont moins pour contrôler les conditions sociales de travail. A la suite d'une deuxième vague de campagne de boycott par des ONG, Nike a créé en 1999, avec une entreprise de ligne de vêtements Gap et en partenariat avec la Banque Mondiale (*sic*), une organisation indépendante, la Global Alliance. Celle-ci a en 2000 un budget de 14 millions de dollars et réalise des enquêtes sur le respect des codes privés. Dans ce cadre, 4.000 - sur les 54.000 employés de Nike - ont été entendus sur leurs conditions de travail et un rapport a été publié⁵⁵⁰. D'après Nike, quatre sous-traitants indonésiens n'ont pas eu leur contrat avec le groupe renouvelé, pour ne pas avoir respecté le code de conduite. Global Exchange conteste cependant cette dernière information, à savoir que "sources in Indonesia said the factories were closed for budgetary reasons and not for

⁵⁴⁷ OIT, *Programme des activités sectorielles*, Partie 9 : "Zone franche d'exportation : un autre type de flexibilité" (disponible sur le site internet de l'organisation).

⁵⁴⁸ Ce dernier n'aurait même pas généralement les moyens de transport nécessaires pour se rendre sur les lieux, d'après le rapport précité.

⁵⁴⁹ BELOT Laure, "Harcèlement sexuel et violences chez les fournisseurs indonésiens de Nike", *Le Monde*, 23 février 2001.

⁵⁵⁰ Informations rapportées par L. BELOT *précité*. A titre de comparaison, le chiffre d'affaires de Nike en 2000 était de 9 milliards de dollars, avec un bénéfice net de 580 millions (*cf.* site de l'entreprise).

reasons of misconduct"⁵⁵¹. Par ailleurs, la Confédération internationale des syndicats libres rapporte que "dans la zone de Dhaka (une des cinq zones franches d'exportation du Bangladesh), les sociétés Nike et Tommy Hilfiger ont affiché des codes de conduite, proclamant le soutien des entreprises au droit des travailleurs (...). Or, de nombreux employeurs tirent parti de l'absence de syndicats pour commettre des infractions aux normes du travail : harcèlement sexuel, violence physique, heures supplémentaires non rémunérées, recours au travail des enfants, non-respect des réglementations en matière de salaire minimum, conditions de sécurité déplorables, etc."⁵⁵². Malgré tout⁵⁵³, nous sommes en présence d'un contrôle social privé, issu d'une mode consumériste en faveur d'une éthique responsable. Est-ce que l'on peut toutefois parler à leur sujet de mode de normalisation juridique des conditions de travail dans une filière donnée ?

L'alternative de régulation par un code de conduite que semble vouloir proposer ses promoteurs ne peut se réaliser que si les règles issues de ces codes sont objectivées. Il est vrai que cette "régulation" par le marché n'est en aucune façon relayée par une réglementation relevant de l'Etat. Ne faisant l'objet d'aucune consultation des employés, un code n'est pas non plus assimilable à une convention collective. Le problème de sa nature incertaine ne facilite pas l'attribution d'une force contraignante. La question peut se décomposer alors en deux alternatives : d'une part, un code de conduite peut-il dépasser le domaine subjectif du contrat ? d'autre part, peut-on lui attribuer de façon externe une force contraignante ? La réponse positive à l'une de ces questions peut signaler un germe de régulation juridique. Nous observerons que dans les deux cas, cela revient à donner à un tiers la possibilité de se réclamer du code de conduite.

D'une part, un code de conduite lie commanditaire et sous-traitant et les engage à établir des conditions de travail précises dans la production de l'objet de la commande. Au-delà d'une obligation de résultat, il existe ainsi une obligation de moyen à la charge du sous-traitant. Cette dernière obligation se confond en une norme juridique objective si un tiers au contrat où elle est incluse, un employé par exemple peut en extraire des droits propres. L'épineux problème de "la légitimité de ces sources privées" de droit, a été évoquée par M. G. Farjat⁵⁵⁴. Il y voit une "contradiction" à laquelle "aucun système juridique n'échappe". L'auteur

⁵⁵¹ Cf. site de l'ONG.

⁵⁵² CISL, *Rapport sur les violations des droits syndicaux commises en 2001*, Bruxelles, 2002, p. 138. Disponible sur le site net de la Confédération (ictftu.org).

⁵⁵³ Même les réglementations étatiques sont sujettes à infraction.

⁵⁵⁴ FARJAT, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 55s.

relève un passage de l'œuvre de Santi Romano - qu'il cite par ailleurs souvent -, constatant cette contradiction en ces termes : "le droit de l'Etat moderne a entendu éliminer tout rapport impliquant une dépendance entre deux personnes privées, la vie sociale, plus impérieuse et plus forte que le droit étatique, s'est vengée en édifiant, parallèlement et en opposition avec lui, une série d'ordres partiels au sein desquels ces rapports, nécessaires, peuvent s'établir dans des conditions plus convenables"⁵⁵⁵. Un code de conduite est issu de ces ordres partiels. Il est de nature privée et a comme domaine les relations de travail dans la filière de production de l'entreprise-source. Néanmoins, aucun des codes de conduite, dont on a eu connaissance, n'attribue un droit directement à un employé, ni ne lui permet de se plaindre auprès de l'entreprise-source d'une maltraitance contraire à un code de conduite. Le cas échéant, l'on imagine toutefois difficilement un employé demander à un commanditaire de rompre le contrat qui lie ce dernier avec son employeur, le commandité, et ainsi dans la même foulée, le priver de son emploi. Un code de conduite est ainsi inefficace du point de vue des employés, à moins de postuler que le code instaure pour ces derniers et l'employeur sous-traitant des "risques communs"⁵⁵⁶ ; ce serait aller au-delà des faits⁵⁵⁷ !

D'autre part, étant donné la publicité qui leur est faite, dans un but commercial, bien que ces codes de conduite soient adoptés de façon contractuelle, ils pourraient entraîner quelques obligations juridiques relatives à la confiance légitime qu'ils inspirent, ne serait-ce qu'aux consommateurs. Ils devraient être sources de responsabilités qui soient directement sanctionnées par le marché et indirectement obligatoires d'un point de vue juridique, soit par le biais de la faute, soit par celui de la bonne foi⁵⁵⁸. Selon Mme A.-M. Slaughter, "the State is never far away" : "the State can underpin these private regimes with the assured exercise of public authority to enforce private arrangements"⁵⁵⁹. Est-ce que cela veut dire que des groupements de consommateurs ou des entreprises rivales peuvent porter plainte contre une

⁵⁵⁵ SANTI ROMANO, *L'ordre juridique* (1918), Dalloz, Paris, 1975, p. 148.

⁵⁵⁶ Cf. M.-A. FRISON-ROCHE, "Le besoin d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés", *RIDE*, 2002/1, pp. 67-81, spéc. p. 71.

⁵⁵⁷ Cf. N. et A.-J. ARNAUD, "Une doctrine tranquillisante : le solidarisme juridique", *Archive de philosophie du droit*, t. 21, 1976, pp. 127s.

⁵⁵⁸ J. B. RACINE, "La valeur des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement", *Rev. Ju. Env.*, 1996, n° 4. L'auteur se réfère à la théorie de l'*estoppel*.

⁵⁵⁹ SLAUGHTER, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

Contra : en France, la Cour de cassation rappelle que la méconnaissance de la règle déontologique n'entraîne pas à elle seule la nullité du contrat conclu par le professionnel du moins, lorsque les règles en cause, ont seulement pour but de fixer les devoirs des membres d'une profession (Civ. 1^{re}, 5 nov. 1991, obs. J. Mestre, *RTD Civ.*, 1992, p. 383.

entreprise et, éventuellement, ses sous-traitants pour non respect de leur propre code de conduite ? Plus concrètement encore, est-ce qu'un employé bengali maltraité ou son représentant peut venir devant un tribunal des Etats-Unis, accuser Nike et son sous-traitant d'avoir violé un code de conduite privé et demander réparation⁵⁶⁰ ?

Si l'on pouvait répondre positivement à cette question, l'on se trouverait réellement devant une norme juridique objective. Aussi bien le *common law* avec l'adage *Remedies precede rights* que le droit continental avec l'adage *Tu patere legem quam fecisti*⁵⁶¹ reconnaissent qu'une norme soit juridique en ce qu'elle est attributive d'obligations pour certains et de droits pour d'autres. Nike et son sous-traitant se lient eux-mêmes dans leur code de conduite, instituent un droit - comme le droit au salaire minimum tiré de l'obligation de "compliance with all applicable local government regulations regarding minimum wages" établie à l'article 1 du *Memorum of Understanding* précité -, si cette clause est susceptible de fonder une revendication devant le tribunal du domicile d'un des obligés. Or, nous n'avons pu trouver de tel précédent dans notre recherche. Tout au plus, peut-on mentionner les procès

La plupart du temps, du moins en France, comme le rappelle M. Farjat, "les relations concernées - «économiques» - évitent le contentieux, soit en raison de relations d'affaires et de bonne compagnie soit en raison de rapports de force" ("Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés" in CLAM Jean & MARTIN Gilles, sous dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et société, LGDJ, Paris, 1998, p. 152). Il faut préciser que l'auteur évoque surtout les rapports entre professionnels (donneurs d'ordres et sous-traitants, par exemple). La réflexion sur l'évitement du contentieux demeure cependant intéressante, quand il compare le mouvement des codes de conduite à l'égard des normes au «doublage» discret de l'arbitrage par les modes alternatifs de règlement des litiges (*Cf. ibid.*).

⁵⁶⁰ Par hypothèse, l'on présume que les tribunaux du Bangladesh ne lui sont pas accessibles. La Confédération internationale des syndicats libres rapporte en effet, outre les violations précitées, qu'au Bangladesh, "introduire une plainte auprès du tribunal du travail ne sert pas à grand chose, vu la corruption qui sous-tend un certain nombre de ses décisions et le retard dans le traitement des dossiers, qui est, dans certains cas, de plus de dix ans" [CISL, *Rapport sur les violations des droits syndicaux commises en 2001*, Bruxelles, 2002, p. 139. Disponible sur le site net de la Confédération (ictftu.org)].

⁵⁶¹ "Subis les conséquences de ta propre loi", cité par Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Les voies du droit, PUF, Paris, 1994, p. 242. L'auteur évoquant le "droit patronal", souligne que "ces normes ne constituent des règles de droit que si elles lient l'employeur lui-même". Il cite (*in ibid.*, p. 243) un arrêt de la Cour d'appel de Paris selon lequel : "si les circulaires internes invoquées par les salariés ne constituent pas un accord d'entreprise, il n'en demeure pas moins que *l'employeur est lié par les règles qu'il s'est lui-même fixées*, sauf à les modifier dans la mesure où elles ne sont pas créatrices de droit et que, s'agissant d'un engagement unilatéral, les salariés qui en sont bénéficiaires sont bien fondés à s'en prévaloir" (C.A. Paris, 24 nov. 1989, *Droit ouvrier*, 1991, p. 21). L'auteur cité souligne.

intentés aux Etats-Unis à Unocal⁵⁶² et en France à Total⁵⁶³, accusés d'avoir eu recours, à travers leur consortium commun, au travail forcé pour la construction d'un oléoduc au Myanmar, et un procès à Adidas à Hong Kong, pour avoir recours au travail de dissidents chinois emprisonnés⁵⁶⁴. Dans tous ces cas, cependant, les affaires sont examinées du point de vue d'une violation du droit pénal⁵⁶⁵ ou d'une norme fondamentale⁵⁶⁶ et non de celle d'un code de conduite.

La mise en œuvre d'un code de conduite demeure du domaine contractuel. Il ne peut donc réguler ni les relations sociales ni les conditions de travail dans une entreprise. L'on ne peut que regretter avec le professeur Berra que "ces sources soient congénitalement infirmes du strict point de vue de la force obligatoire contraignante"⁵⁶⁷. Encore un effort est nécessaire aux promoteurs des codes de conduite pour les faire sortir de la condition de discipline féodale où les grands se donnent des devoirs dont ils sanctionnent eux-mêmes le manquement. Pour leur attribuer la qualité de source de droit dans le domaine social, il leur faut aussi concéder aux personnes, objet de leur "protection", la qualité de sujet. Et la notion

⁵⁶² DILLER, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 111, spéc. note 5.

⁵⁶³ FOLLOROU Jacques, "Deux ouvriers birmans portent plainte contre TotalElfina pour séquestration", *Le Monde*, 29 août 2002.

⁵⁶⁴ "Adidas Said To Use Slave Labor", *Washington Post*, 19 août 1998.

⁵⁶⁵ Ainsi, en France, il est reproché par les plaignants aux dirigeants de Total et de sa filiale birmane d'avoir recruté et payé des bataillons de l'armée birmane, d'avoir favorisé une situation de travail forcé sur le chantier du gazoduc en parfaite connaissance de cause. L'avocat des plaignants (Me William BOURDON) fonde sa plainte, devant le tribunal de Nanterre, avec constitution de partie civile, sur un texte de 1944 qui assimile le travail obligatoire imposé par les Allemands aux Français au crime de "séquestration" qui implique la participation au fait que les gens soient déplacés de force, puis privés d'aller et venir (Cf. J. FOLLOROU, *Le Monde*, précité). Sollicité par *le Monde*, Michel HOURCARD, directeur de la communication du groupe pétrolier, a indiqué que ces accusations étaient "totalement infondées" : "Nous respectons un code de conduite et nous avons toujours agi dans la transparence. Nous pensons par ailleurs, que le boycott des pays mis au ban de la communauté internationale dessert les populations locales et freine toute ouverture faute de développement économique" (*in ibid.*).

Quant à la plainte contre Unocal devant la Cour fédérale de Los Angeles, elle allègue des faits de viols, de tortures et de violences diverses. Le procès aura lieu le 4 février 2003.

⁵⁶⁶ Selon ECHO, quotidien économique belge, du 8 mai 2002, TotalElfina serait aussi poursuivi à Bruxelles pour les mêmes faits mais caractérisés comme crimes contre l'humanité, en vertu de la loi belge dite de "compétence universelle". Elle permet d'engager des poursuites devant les juges belges pour crimes de guerre, génocide ou crimes contre l'humanité, commis hors du territoire belge.

⁵⁶⁷ BERRA Daniel, "La portée juridique des chartes éthiques en droit du travail", in BORGHI Marco et MEYER-BISCH Patrice (sous la direction de), *Ethique économique et droits de l'homme*, Editions universitaires, Fribourg Suisse, 1998, p. 297.

de sujet de droit implique un minimum de possibilité de "volition" et de "capacité sociale d'action"⁵⁶⁸. Ce qui est loin d'être le cas.

Si un code de conduite privé peut être parfois considéré comme un "instrument de transition dans l'élaboration d'un nouvel ordre juridico-économique", plus précisément, comme "autorégulation nécessaire [...] aux marchés"⁵⁶⁹, il n'est pour l'instant qu'un relais aléatoire du droit étatique défailant dans un domaine restreint. Sa nature de règles "d'autorégulation" sinon contractuelle constitue aussi la limite de son application. Par ailleurs, il n'existe que pour les entreprises dont l'image importe. La majorité des entreprises productrices et exportatrices situées dans les zones franches, cependant, reçoivent leurs commandes de centrales de grande distribution. Ces dernières, se battant surtout pour être compétitives au niveau des coûts, se soucient rarement d'une éthique de production⁵⁷⁰. Elles tirent ainsi grand profit de la déréglementation sociale ou de l'inapplication des règles sociales existantes dans un régime de zones franches. Ainsi, un code de conduite reste une discipline issue du marché, *i.e.* en fonction de l'offre et de la demande. Le marché ne fonctionnant que sous l'aiguillon de l'intérêt, il ne répond qu'aux demandes solvables ou aux offres profitables. Il ne peut donc pas répondre aux besoins fondamentaux des travailleurs, encore moins veiller à leur bien-être, l'intérêt du personnel ne pouvant être considéré qu'à travers le prisme de celui des actionnaires.

⁵⁶⁸ Cf. TEUBNER Gunther, *Droit et réflexivité, l'autoréférence en droit et dans l'organisation*, "Story Scientia", Kluwer, La Haye, 1994, p. 220, cité par G. FARJAT, "les sujets de l'entreprise" in mélanges C. CHAMPAUD, *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du 20^{ème} siècle*, Dalloz, Paris, 1997, p. 324.

⁵⁶⁹ FARJAT, "Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés" in CLAM Jean & MARTIN Gilles, sous dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et société, LGDJ, Paris, 1998, p. 164.

⁵⁷⁰ La chaîne de magasins de détail C&A a un code de conduite que sont tenues d'appliquer des usines de vêtements au Bangladesh, relève néanmoins un rapport du BIT (*Les pratiques de travail dans les industries de la chaussure, du cuir, des textiles et de l'habillement - Rapport soumis aux fins de discussion à la Réunion tripartite sur ces pratiques (Genève, 16-22 octobre 2000)*), Genève, 2000, disponible sur le site net de l'OIT).

Conclusion relative à l'émergence de l'arrangement privé au sein du régime

Notre développement s'inscrit en faux contre l'opinion du professeur M.-A. Frison-Roche selon laquelle, "la rationalité économique mais aussi la rationalité éthique des consommateurs, dont le cas Nike donne un exemple concret, peuvent *suffire* à produire une certaine régulation des rapports de force sur les marchés et dans les relations sociales"⁵⁷¹. "Le déplacement de la production normative vers les pouvoirs privés économiques"⁵⁷² ne supplée pas, loin s'en faut, à la renonciation ou l'incapacité de l'Etat de régir les rapports sociaux de production. Pour parer à l'exploitation abusive des travailleurs, une réglementation publique munie de sanctions adéquates reste nécessaire. L'Etat doit ainsi redevenir le "pilier des droits économiques et sociaux"⁵⁷³.

Or, ce dernier subit, lui aussi, l'effet d'une idéologie prônant la déréglementation compétitive des systèmes juridiques. L'instrumentalisation du droit, initiée individuellement par les Etats afin d'inscrire leur économie dans "l'économie-monde"⁵⁷⁴, et l'adaptation du régime de zones franches au gré des besoins des opérateurs économiques tendent certainement à satisfaire les investisseurs. Si les Etats participent de la sorte à la répartition des ressources en capitaux - c'est une percée de la souveraineté dans la logique de marché -, ils se prêtent par la même occasion aux jeux de la concurrence.

⁵⁷¹ M.-A. FRISON-ROCHE, "Le besoin d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés", *RIDE*, 2002/1, p. 78 (nous soulignons). Certes, devant la défaillance étatique, l'on doit rechercher des limites à la toute-puissance du marché. Pour autant, l'on ne doit pas cesser de s'interroger sur les conditions de possibilité effective de l'ordre de substitution.

⁵⁷² ARNAUD André-Jean, "les transformations de la régulation juridique et la production du droit" (Introduction à la Première partie), in CLAM Jean et MARTIN Gilles, sous la direction, *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et Société, LGDJ, Paris, 1998, p. 77.

⁵⁷³ HAMDOUNI Saïd, "La protection des droits économiques et sociaux à l'épreuve du phénomène de la mondialisation", *Revue africaine de droit international et comparé*, t. 12, n° 2, juin 2000, p. 309.

⁵⁷⁴ BRAUDEL Fernand, *La dynamique du capitalisme*, Arthaud, Paris, 1985.

Chapitre 2 : La mise en concurrence des régimes nationaux

Depuis la libéralisation des mouvements des capitaux, l'ensemble des territoires des Etats se trouve, au regard des investisseurs, amalgamé en un marché unique des "systèmes juridiques nationaux"⁵⁷⁵. Le marché en question est ouvert par les différentes offres constituées par l'ensemble d'avantages procurés et de contraintes imposées par un Etat qui influe sur la rentabilité d'un investissement. Les avantages, outre les incitations - qui correspondent, en matière fiscale, à des impôts négatifs -, comprennent les "biens collectifs" ou encore "l'environnement public"⁵⁷⁶ comme les divers services publics de l'Etat, du maintien de l'ordre public à l'éducation de la population. Quant aux contraintes, elles relèvent essentiellement de la législation à respecter, en matières sociale, fiscale, ou financière. L'ensemble, dont l'Etat territorial maîtrise les ressorts - englobant le régime de zones franches -, est examiné et comparé librement avec les offres d'autres Etats par les investisseurs. Certes, généralement, comme le souligne le professeur Philippe Didier, la nature de l'environnement public - un "bien de club" dont la particularité est que "toute personne présente sur le territoire de l'Etat en bénéficie" et que "toute personne située à l'extérieur ne le peut qu'après avoir été admise sur le territoire" -, fait que "l'Etat dispose du moyen de monnayer l'accès à l'environnement public qu'il offre"⁵⁷⁷. Poursuivant "l'analyse économique du droit" de la concurrence fiscale développée par l'auteur précité⁵⁷⁸, on peut néanmoins affirmer que la rareté des investissements exige qu'à niveau d'environnement public équivalent, les Etats enchérissent sur les avantages offerts ou diminuent les contraintes imposées. La compétition,

⁵⁷⁵ Cf. MOHAMED SALAH M. M., "La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux", *RIDE*, 2001/3, pp. 251-302. Dans le domaine financier, il en résulte que "tout écart de réglementation entre deux places internationales engendre immédiatement des mouvements de capitaux à la recherche de la meilleure rémunération combinée au risque minimum. Un Etat qui arrêterait isolément des règles contraignantes se retrouverait rapidement privé du flux nourricier" (RACHLINE F., "La France et le marché", *Le Monde*, 15 septembre 1997). Ainsi, MM. H. ISAIA et J. SPINDLER rapportent que "l'Allemagne, en 1993, afin de respecter un arrêt de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, a été contrainte d'instituer une retenue à la source de 30% sur les revenus de l'épargne. Il s'en est suivi une fuite de plus de 46 milliards de marks vers le Luxembourg au cours des trois premiers trimestres de cette même année" (in "Déréglementation et fiscalité", *Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, Philosophie du droit et droit économique*, Editions Frison-Roche, Paris, 1999, p. 529).

⁵⁷⁶ Cf. DIDIER Philippe, "La notion de concurrence fiscale", *Archives de philosophie du droit*, "Impôt", t. 46, 2002, pp. 103-115, spéc. pp. 107-108.

⁵⁷⁷ DIDIER Philippe, *précité*.

⁵⁷⁸ Si M. Ph. DIDIER commence par emprunter l'analyse des "coûts de transaction" de R. Coase (cf. note Erreur : source de la référence non trouvée), dans sa recherche de la réalité de la concurrence fiscale, il conclut néanmoins que "le mécanisme du marché (qui) est un mécanisme de commutation et de sélection, présente autant de traits inadaptés à l'impôt" (DIDIER, *précité*, p. 113).

particulièrement entre les régimes de zones franches, est d'autant plus renforcée que les industries qui s'installent dans ces zones ne nécessitent pas de technologies lourdes et semblent prêtes à se délocaliser rapidement.

Ainsi le Mozambique et Madagascar, deux pays africains riverains du Canal de Mozambique et ayant établi un régime similaire de zones franches, semblent être substituables aux yeux des investisseurs, notamment dans les domaines nécessitant surtout de la main d'œuvre sans grande qualification. Madagascar détenait une légère avance en étant admis à bénéficier des avantages de l'*African Growth and Opportunity Act* (AGOA) pour pénétrer sans droit ni contingentement le marché américain depuis mars 2001, mais lors de la crise politique qu'a traversée le pays de décembre 2001 à juin 2002, laquelle a failli dégénérer en guerre civile⁵⁷⁹, Madagascar a été déclassé par la COFACE (organisme français d'assurance des paiements extérieurs) de la note B à la note D, la plus mauvaise en matière de risque pour les investisseurs⁵⁸⁰. Dès lors, le Mozambique - agréé aussi au bénéfice de l'AGOA depuis le 8 février 2002⁵⁸¹ - était en position de profiter de l'incertitude de la situation à Madagascar. M. Usman, directeur adjoint du Centre mozambicain de promotion des investissements, ne manqua pas de proposer deux domaines intéressants - "le textile et l'agriculture, dont les produits peuvent bénéficier de l'AGOA pour pénétrer le marché américain" - pour les "entreprises installées à Madagascar qui souhaiteraient se délocaliser"⁵⁸². D'ailleurs, les investisseurs ne l'avaient pas attendu pour en saisir l'opportunité. Mme N. Tempez, directrice adjointe du service économique de l'Ambassade de France à Maputo, répondant à l'AFP, confirme ainsi que depuis le mois de février, "une douzaine d'entreprises françaises installées dans des zones franches à Madagascar (les) ont approché pour obtenir des informations sur les possibilités d'investissements au Mozambique"⁵⁸³. Depuis la normalisation de la situation à Madagascar néanmoins, 15 entreprises franches parmi les 19 ayant suspendu leurs activités sont revenues⁵⁸⁴. Les autres ont préféré s'installer dans des lieux plus sûrs, à savoir l'île Maurice et l'Afrique du sud, même si les coûts de production y sont plus élevés.

⁵⁷⁹ Pour une présentation de cette crise, cf. la partie consacrée à Madagascar in "Droit et pouvoir dans l'Océan indien", *Revue juridique de l'Océan Indien*, n° 2, 2002, pp. 33-70.

⁵⁸⁰ Cf. "Madagascar déclassé de la note B à D", *Midi Madagasikara*, 30 avril 2002. La notation émane certes d'un seul organisme mais elle sert de référence aux investisseurs internationaux pour les estimations relatives aux anciennes colonies françaises.

⁵⁸¹ Cf. "GEFP : «qu'advient-il de l'AGOA ?»", *Express de Madagascar*, 9 février 2002.

⁵⁸² "Le Mozambique fait de l'œil aux investisseurs de Madagascar", *Express de Madagascar*, 20 juillet 2002.

⁵⁸³ In *ibid.*

⁵⁸⁴ "Les entreprises mauriciennes sont disposées à reprendre leurs activités à Madagascar", *Le Mauricien*, 9 août 2002.

La volatilité des investissements induit ainsi une pression à la baisse des contraintes étatiques⁵⁸⁵. A niveau de développement égal et, dans la mesure où deux Etats offrent les mêmes potentialités de production et d'accession à un marché, si le régime de zones franches établi dans un Etat est moins favorable que dans l'autre Etat, l'investisseur délaissera le premier pour s'installer dans le second. Les entreprises se délocalisant vers les Etats offrant les meilleurs avantages comparatifs du point de vue juridique, est désormais accomplie l'idée d'une "mise en concurrence des systèmes de droit"⁵⁸⁶. Cette forme de concurrence étant fondée sur l'usage de la souveraineté des Etats - maîtrisant en principe chacun leur système juridique, à l'exclusion de tout autre Etat -, seule leur action commune peut pondérer les excès de concurrence.

Nous observerons dans une première section les manifestations et les effets de cette compétition entre les régimes nationaux de zones franches pour attirer les investissements avant d'aborder, dans une section seconde, les tentatives faites pour éviter les concurrences dommageables.

Section 1 : La concurrence dommageable

Se servir du droit, en ce qui nous concerne d'un régime de zones franches, en tant qu'instrument concurrentiel, crée un marché des lois qui présente deux aspects corrélatifs. D'une part, un investisseur peut désormais choisir l'Etat qui émet les règles de droit les plus favorables à ses intérêts. C'est le phénomène de délocalisation juridique ou *jus shopping*. D'autre part, se produit un alignement des régimes sur celui qui laisse le plus de liberté aux investisseurs, *i.e.* celui qui se préoccupe le moins des intérêts autres que la rentabilité des investissements. C'est ce que l'on dénonce souvent sous le nom de "course vers le bas de l'échelle". Ces deux phénomènes qui sont les deux versants de la même montagne, celle du marché des lois, seront développés successivement.

I/ La course vers le bas de l'échelle

Pour affronter la concurrence des autres Etats dans l'attraction des investissements, les Etats sont conduits à réduire les contraintes appliquées aux investisseurs. La dynamique de la

⁵⁸⁵ Cf. R. AVI-YONAH, *Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, Harvard Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2000, n° 4, pp. 5s.

⁵⁸⁶ DEZALAY Yves, "Des justices du marché au marché international de la justice, *Justices*, n°1, 1995, p. 121.

concurrence place en effet les Etats devant une double contrainte, un "dilemme de prisonnier"⁵⁸⁷. D'après M. Oman, ce conflit se pose aux Etats car "si les pays ont collectivement intérêt à ne pas s'engager dans une guerre de surenchère (pour attirer les investissements), chaque pays s'engage quand même dans ce processus car il craint que, s'il ne le fait pas, les investissements se détournent vers les pays qui offrent davantage d'incitations aux investisseurs"⁵⁸⁸. Il existe ainsi "un champ réellement mondialisé"⁵⁸⁹ des lieux de délocalisation, entraînant un alignement vers le bas des contraintes imposées par les Etats. Les libéralités le plus souvent accordées concernent la fiscalité et les règles sociales. Nous observerons les unes puis les autres.

A/ En matière fiscale

Quand les économies étaient relativement fermées, il y avait très peu d'interactions au niveau des systèmes fiscaux. La politique fiscale était presque entièrement déterminée par des considérations intérieures. Mais au fur et à mesure de l'extension de la globalisation, les systèmes sont devenus de plus en plus interdépendants : les décisions prises par un Etat dans la définition et la mise en œuvre de sa politique fiscale peuvent avoir désormais des répercussions sur d'autres Etats. Ainsi, le professeur Ph. Didier désigne le phénomène de "concurrence fiscale" comme "une sorte d'effet secondaire de la mondialisation"⁵⁹⁰. La majorité des entreprises situées en zones franches d'exportation, de technologies légères et mobiles, nécessitant surtout de la main-d'œuvre non qualifiée, sont très sensibles aux différences d'imposition et sont susceptibles de réagir rapidement aux différentiels fiscaux existant entre les Etats. D'où un alignement sur le "moins disant" fiscal des Etats qui établissent ces régimes. Voici par exemple le mode d'imposition existant dans sept régimes de zones franches de pays africains : l'île Maurice (1970)⁵⁹¹, le Sénégal (1974, puis 1995)⁵⁹²,

⁵⁸⁷ Cf. OMAN Charles, Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ?- Une étude de la concurrence entre gouvernements, Centre de développement, O.C.D.E., Paris, 2000.

⁵⁸⁸ *In ibid.*, p. 19.

⁵⁸⁹ MOREAU-DESFARGES Philippe, "Droit et mondialisation", in Thierry de MONTBRIAL et Pierre JACQUET, dir., *L'entrée dans le 21^{ème} siècle*, Dunod, Paris, 1999, p. 36. L'auteur évoquait le secteur financier.

⁵⁹⁰ DIDIER Philippe, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 103.

⁵⁹¹ Cf. *Export Processing Zone Act* du 3 novembre 1970 modifiée et complétée par l'*Industrial Expansion Act* du 28 avril 1993, Government Printer, Port-Louis, mai 1993, 27p.

⁵⁹² Cf. Loi sénégalaise n° 74-06 du 22 avril 1974 portant statut de la zone franche industrielle de Dakar, cité par SAINT-GIRONS Bernard et CABANIS André, *précité*. Le statut défini pour 25 ans a expiré en avril 1999. Une nouvelle loi datée du 28 décembre 1995 a succédé à la première (cf. site internet izf.net).

Madagascar (1989)⁵⁹³, le Cameroun (1990)⁵⁹⁴, le Kenya (1990)⁵⁹⁵, Djibouti (1994)⁵⁹⁶, ainsi que le Maroc (1995)⁵⁹⁷.

Ce qui caractérise évidemment un régime de zones franches est l'absence de tous droits et taxes aussi bien à l'importation qu'à l'exportation⁵⁹⁸. Pour ces différents régimes, il n'est réclamé globalement que l'impôt sur les bénéfices, après une période plus ou moins longue de vacance :

- pour l'île Maurice, il est à un taux de 15% après 10 ans de vacance ;
- pour le Sénégal, il existe deux statuts : les entreprises ayant été agréées au bénéfice de la loi de 1974 ne sont pas du tout imposées (le statut peut être conservé jusqu'en 2016), les entreprises agréées au bénéfice de la loi de 1995 sont imposées au taux de 15% sans période de vacance ;
- pour Madagascar, le taux est fixé à 10% ; la période d'exonération est fonction de la catégorie de l'entreprise : pour les entreprises industrielles et de service, elle est de 5 ans ; pour les entreprises de production intensive de base (agriculture, élevage, etc.), elle est de 2 ans ; par ailleurs, il est réclamé aussi un impôt sur les revenus des capitaux mobiliers de 10%, sans période de vacance ;
- pour le Kenya, le taux est de 25%, après une période de vacance de 10 ans ;
- pour le Cameroun, le taux est de 15%, après 10 ans ;
- pour Djibouti, le taux est de 10% après 10 ans ;

⁵⁹³ Cf. Loi n° 89-027 du 29 décembre 1989 relative au régime de zones franches industrielles à Madagascar modifiée et complétée par la Loi n° 91-020 du 12 août 1991, in Ministère de l'industrie et de l'artisanat, *Régime de zones franches*, Antananarivo, décembre 1992, 65 p.

⁵⁹⁴ Cf. Ordonnance n° 90/001 du 29 janvier 1990 créant le régime de la zone franche industrielle et du point franc industriel et Arrêté n° 51/MINDIC/IGI du 28 décembre 1990 fixant les modalités d'application, cités par WEISSBERG K. et autres, "L'incitation à l'investissement au Cameroun", *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* du CFCE, n° 4, 1996, pp. 685-697.

⁵⁹⁵ Cf. *Export Processing Zone Act*, novembre 1990, *Kenya Official Gazette Supplement* n° 86, 1990, citée par AMOUSSOU-GUENOU Roland, "les investissements étrangers au Kenya", *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* du CFCE, n° 5, 1996, pp. 1077-1085.

⁵⁹⁶ Cf. Loi n° 65/AN/94/3L du 7 décembre 1994 citée par site internet (mefpp.org).

⁵⁹⁷ Cf. Loi n° 19-94 promulguée par *Dahir* n° 1-95-1 du 26 janvier 1995, citée par ANDRIEUX J.-P., "Le dispositif marocain d'encouragement à l'investissement", *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* du CFCE, n° 5, 1996, pp. 916-926.

⁵⁹⁸ La TVA malgache déjà évoquée ne faisant pas réellement exception, vu qu'elle n'existe qu'à titre de contrôle et est remboursée au bout de 40 jours (Cf. *supra* note Erreur : source de la référence non trouvée).

- pour le Maroc, le taux est de 10%, après 15 ans ; l'impôt sur les revenus des parts sociales n'est réclamé qu'après la même période de vacance, à un taux de 7,5%, et uniquement pour les investisseurs résidents.

Les différences entre ces incitations sont sans doute dues à l'estimation faite par les Etats de leur capacité d'attraction, sans tenir compte des incitations contenues dans le régime juridique, *i. e.* relativement aux autres biens collectifs comme les infrastructures, la qualité du travail et de la vie, l'accessibilité des marchés extérieurs, etc., d'une part, et quant à leur confiance en l'implantation durable de ces entreprises d'autre part. Pour ces dernières, en effet, la perspective de payer un impôt sur les bénéfices de 25% après 10 ans de vacance peut être considérée comme plus avantageuse que celle de le payer à un taux de 10% après cinq ans d'exemption, notamment si l'investissement a lieu dans un secteur de rentabilité rapide. La crainte de désinvestissement peut, par ailleurs, entraîner les Etats à proroger les périodes d'exemption⁵⁹⁹.

Si la concurrence fiscale entre les Etats se manifeste surtout dans la pression à la baisse des taux d'imposition des investissements, *i.e.* des matières les plus mobiles, elle se répercute, en vertu du principe des vases communicants, sur les bases fiscales les moins mobiles, *i.e.* elle tend forcément à renforcer l'imposition du travail⁶⁰⁰. Si ce phénomène dans un pays développé peut être circonscrit au domaine fiscal⁶⁰¹, il en déborde en revanche, dans un pays en développement, notamment quand il s'agit d'un régime de zones franches. En effet, ce n'est pas sur le taux d'imposition du travail ni sur celui du salarié - dont le rendement ne peut guère être rehaussé - que se reporte l'Etat en développement pour compenser le manque à gagner ; il cherchera à - ou sera plutôt obligé de - diminuer les services offerts au monde du travail. De la même façon que la diminution des contraintes fiscales pour les investisseurs - réduites parfois à l'élargissement de leur période d'exemption - correspond à une augmentation de leurs ressources, la dégradation des services publics offerts aux travailleurs - principalement la diminution de leur protection législative et administrative ainsi que de la protection sociale

⁵⁹⁹ Ainsi, l'Etat malgache a prévu la prorogation des périodes de vacance dans le projet de réforme évoqué plus haut. *Cf. supra* note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁶⁰⁰ *Cf.* R. AVI-YONAH, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 38 ; ou encore GUTMAN Olivier et LEFEBVRE Eric, "Le rééquilibrage de la fiscalité du travail et du capital", *Regards sur l'actualité*, février 1999, pp. 3-16.

⁶⁰¹ MM. GUTMAN et LEFEBRE observent par exemple qu'en France, "les réformes mises en œuvre jusqu'en début des années 1990 pour diminuer de plus de huit points le taux de taxation du capital ont été rééquilibrées par la contribution sociale généralisée (CSG) créée en 1991, élargie ou augmentée à trois reprises depuis" (*précité*, p. 3).

- équivaut à une augmentation de leur imposition. Ainsi, l'Etat en développement engagé dans la concurrence pour attirer les investissements, comme le souligne le professeur Ph. Didier, "améliore les termes de son offre en en faisant supporter le coût par un tiers qu'il domine"⁶⁰². Il compare le phénomène au "mécanisme du prix prédateur que connaît le droit de la concurrence"⁶⁰³. Il trouve néanmoins "discutable" le fait que le phénomène de compensation des impositions entre capital et travail soit "inévitabile". Si lien il y a, il l'attribue plutôt à la "défaillance de l'Etat". Cette défaillance, continue le professeur, est passible de "sanction électorale". Or, aujourd'hui, constate-t-il, "le vote n'exerce pas une pression aussi forte que celle qu'exerce la mobilité des capitaux car *les Etats ont plus peur des détenteurs des capitaux que des électeurs*"⁶⁰⁴. Ce triste phénomène est encore plus flagrant dans les pays en développement ayant établi un régime de zones franches. Ce qui implique que l'Etat compense, non seulement le manque à gagner, mais le surplus offert aux investisseurs par la sous-protection des travailleurs. La concurrence fiscale renforce ainsi "la course vers le bas de l'échelle" en matière sociale.

B/ En matière sociale

Lorsque les investisseurs sont libres de leur mouvement, les travailleurs et leurs syndicats se trouvent face à une double contrainte. Plus ils obtiennent du succès, que ce soit dans leurs négociations directes avec les employeurs, ou que ce soit par l'adoption de législations protectrices, plus il y a des risques que le capital se délocalise⁶⁰⁵. Et, en ce sens, pour les investisseurs, les zones franches d'exportation semblent l'endroit idéal pour se relocaliser. La caractéristique la plus souvent dénoncée des zones franches est, nous le rappelons, le relâchement de la protection des travailleurs ; que ce soit parce que les zones sont délibérément exclues du domaine d'application du droit social commun, pour tout ou en partie, ou que ce soit parce que les lois sociales n'y sont point appliquées⁶⁰⁶. Il s'agit surtout, pour plaire aux investisseurs, de diminuer les contraintes d'ordre public et de laisser la plus

⁶⁰² DIDIER Philippe, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 112.

⁶⁰³ Cf. OCDE, *Predatory Pricing*, Paris, 1989.

⁶⁰⁴ Ph. DIDIER, *in ibid.*, nous soulignons.

⁶⁰⁵ Or, comme le dit un auteur, "the group that stand to benefit the most from regulation is also the group that has the most to lose from any resultant business flight caused by regulation" (Katherine Van WESEL STONE, "Labor and the Global Economy : Four approaches to Transnational Labor Regulation", *Michigan Journal of International Law*, 1995 (été), vol. 16, p. 994).

⁶⁰⁶ Cf. *supra* la section sur la déréglementation sociale.

grande place à la liberté contractuelle. Les réglementations apparaissent en effet souvent comme un facteur de rigidité et limitant l'espace ouvert à la négociation. Sans vouloir être forcément dirigistes, elles peuvent aller à l'encontre des besoins du marché. Ainsi, selon une présentation de M. Ezzedine Bouslah, la loi tunisienne créant les zones franches "s'inscrivant dans une logique de recherche de maximum de «flexibilité» en vue d'attirer les investisseurs, impose le contrat à durée déterminée comme forme unique et exclusive des relations de travail"⁶⁰⁷. L'auteur précité estime cependant que ce régime, cédant "à l'air du temps", assure "une précarisation certaine" des conditions de travail sans pour autant offrir des avantages déterminants aux entreprises⁶⁰⁸. Notamment, cette réglementation ne permettrait pas de garantir une main d'œuvre qualifiée et stable et rendrait difficile tout transfert technologique réel. Ce qui correspond aux besoins de certaines entreprises franches, surtout dans le domaine de la fabrication et de l'assemblage d'appareils électroniques. Comme les technologies employées sont capitalistiques, elles demandent une main-d'œuvre plus compétente et contraignent les entreprises à investir davantage dans la mise en valeur des ressources humaines. Cette formation ne serait pas rentabilisée si les employés n'étaient pas stables. Ainsi, par exemple, un fabricant d'équipements de télécommunication a déclaré à des représentants du BIT que son entreprise avait quitté le Mexique pour le Costa Rica par suite d'une rotation de personnel insupportablement élevée au Mexique (4,5% par mois). L'entreprise offrant 120 heures de formation par an à ses salariés, la stabilité de la main-d'œuvre lui est donc indispensable ; la délocalisation de l'usine au Costa Rica a permis un

⁶⁰⁷ BOUSLAH Ezzedine, "Les relations du travail dans les zones franches : une régulation atypique", in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), Les zones franches, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998, p. 172.

L'article 23 de la loi n° 92-81 du 3 août 1992, portant création des zones franches économiques, stipule que "nonobstant tout autre texte contraire, les contrats de travail entre les salariés et les entreprises installées dans une zone franche économique sont réputés des contrats de travail à durée déterminée quelle que soit leur forme, durée ou modalité de leur exécution" (La loi est *in extenso* en annexe de l'ouvrage précité, pp. 187-194)

⁶⁰⁸ L'ancien article 6 du code de travail tunisien, que le même auteur cite, disposait que "le louage de services ou contrat de travail est une convention par laquelle l'une des parties appelée salarié s'engage, soit pour un temps déterminé ou indéterminé, soit pour un travail déterminé, à fournir à l'autre partie, appelée employeur, ses services personnels sous la direction et le contrôle de celle-ci, moyennant une rémunération". Il permettait déjà ainsi le recours sans condition au contrat à durée déterminée. Une réforme a bien eu lieu en 1996 (Loi n° 96-62 du 15 juillet 1996) pour prévenir certains abus mais sa portée est "sérieusement limitée par la possibilité (prévue dans la Loi précitée) de conclure des contrats de travail à durée déterminée «sur accord entre l'employeur et le travailleur»". Pour développement, cf. l'article précité.

rattrapage conséquent. En effet, la rotation du personnel n'y dépassait pas 0,5% par mois⁶⁰⁹. Le même rapport affirme que "de nombreuses entreprises électroniques de Malaisie offrent à leurs employés, de manière implicite ou explicite, un poste de travail à vie". *A contrario*, au Sri Lanka où l'offre de main-d'œuvre est abondante, "des usines situées dans des zones franches d'exportation remplacent au jour le jour les absents par des travailleurs en surnombre"⁶¹⁰. Quoi qu'il en soit, le système juridique plébiscité par le marché est celui qui permet "d'accueillir les normes générées ou voulues par les opérateurs"⁶¹¹. Flexibilité et accord de volontés sont les maîtres mots. Ils permettent de se réclamer d'une certaine éthique quand le marché en demande - et, ainsi la rémunère -, et de s'en passer le reste du temps. S'éclaircit subséquemment une observation, à première vue paradoxale, selon laquelle "ceux qui jugent l'ancrage aux conventions de l'OIT trop contraignant sont, néanmoins, souvent disposés à se rallier à des normes internationales «privées» plus rigoureuses"⁶¹². L'élasticité du marché - *i.e.* la "liberté" du consommateur de payer ou non le surcoût social - correspond effectivement davantage à l'autonomie de la volonté fondant les normes privées qu'à l'impérativité d'un ordre public.

Néanmoins, l'on veut souligner ici la facilité de propagation de cette exigence de flexibilité en dehors des zones franches mais aussi en dehors des pays en développement. La spirale de déréglementation fiscale ou sociale ne s'arrête pas en effet aux régimes de zones franches établis par les pays en développement mais peut s'observer également dans les systèmes juridiques de pays de niveaux de développement différents⁶¹³.

II/ Le jus shopping des investisseurs

⁶⁰⁹ Cf. OIT, Incidence des mesures assurant la flexibilité du marché du travail sur la construction mécanique, la construction électronique et l'industrie électronique, Partie 9 : "Zones franches d'exportation : un autre type de flexibilité".

⁶¹⁰ In *ibid.*

⁶¹¹ LOQUIN Eric et RAVILLON Laurence, "La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé", in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, LITEC, Paris, 2000, p. 98.

⁶¹² SIROEN Jean-Marc, "Commerce international et normes de travail", in Conseil d'Analyse Economique, *Le cycle du millénaire*, Documentation française, p. 101. L'auteur fait référence au label "Social Accountability 8000" (SA 8000) qui est administré par le Council of Economic Priorities Accreditation Agency créé en 1987 et regroupant 25 participants venant d'ONG, de syndicats et d'entreprises. Le label intègre les conventions fondamentales de l'OIT et des normes relatives à la santé, la sécurité, la rémunération et la durée du travail. Le CEPAA administre aussi d'autres labels comme ISO 9000 (relatif à la qualité des produits) ou ISO 14000 (relatif à leur respect de l'environnement).

Terme issu du droit international privé, le *jus shopping* évoque la faculté de choisir la loi applicable à un contrat international entre deux personnes privées. Par extension, il désigne la possibilité pour un opérateur privé de choisir le système juridique qui va régir une opération déterminée en modifiant les indications factuelles qui pourraient le rattacher *de jure* à un autre système. Il comprend ainsi la délocalisation industrielle des pays développés vers les pays en développement pour échapper aux contraintes fiscales ou sociales. D'après un professeur d'économie, M. Wladimir Andreff, les industries qui se délocalisent sont, principalement, et dans l'ordre, celles de l'habillement, de la chaussure, des articles de sports, du jouet, de l'électronique et puis de l'automobile⁶¹⁴. On retrouve ces industries pour la plupart dans des zones franches d'exportation.

Le phénomène n'est pas nouveau. Déjà au début des années 60, des économistes et fiscalistes dénonçaient la fuite des investisseurs devant les agents d'un fisc trop tatillon⁶¹⁵. Ce n'est plus cependant au niveau du seul domaine fiscal que se réalise le choix des investisseurs mais par rapport à l'entier système juridique de l'Etat. Ainsi, un conseiller juridique du BIT note, par exemple, que les "pressions immédiates résultant de l'ouverture des frontières se manifestent notamment sous la forme des délocalisations"⁶¹⁶. En ce qui nous concerne, les pays développés subissent la compétitivité des salaires des pays du sud mais aussi des préjudices issus de déréglementations fiscale et sociale. Si le différentiel de salaires entre pays développés et pays en développement ne peut être résolu que par la hausse du niveau de vie

⁶¹³ Le professeur SUPIOT note ainsi que "les politiques de flexibilisation conduites par exemple au Royaume-Uni dans les années 1980 ont favorisé un regain de l'exploitation du travail des enfants". Il cite une enquête de C. Pond et A. Searle, *The Hidden Army. Children at Work in the 1990s*, Londres, Low Pay Unit Pamphlet, n° 55, 29p. (Cf. SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, PUF, Les voies du droit, Paris, 1994, p. 64, spéc. note 4). Nous soulignons.

⁶¹⁴ ANDREFF Wladimir, La déterritorialisation des multi-nationales : firmes globales et firmes-réseaux, in B. BADIE & M.C. SMOUTS, *L'international sans territoire*, l'Harmattan, 1996, pp. 373-396. Il souligne que "si une firme multinationale délocalise, d'autres firmes multinationales sont contraintes à le faire aussi pour rester compétitives dans un cadre de concurrence oligopolistique" (*in ibid.* , p. 380).

⁶¹⁵ Cf. N. KALDOR, "Le rôle de la fiscalité dans le développement économique", in Association internationale des sciences économiques, *Le développement économique*, Congrès de 1962, Cujas, 1968, p. 166 ; ou encore, NGAOSYVATHN Pheuiphanh, Le rôle de l'impôt dans les pays en voie de développement, vol. 1, LGDJ, Paris, 1978, p. 263.

⁶¹⁶ MAUPAIN Francis, "La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial : un lien ou un frein ?", *RGDIP*, 1996 - 1, p. 53. Il cite notamment un article du *Financial Times* "The West embarks on Long March to a Low-Wage World", 21 septembre 1995, qui donne des exemples très concrets de délocalisations dictées par des considérations de bas salaires.

dans ces derniers pays - *i.e.* leur développement économique -, les différentiels fiscal et social relèvent de la réglementation. D'après M. W. Andreff, l'effet sur l'emploi de la délocalisation est assez variable suivant le cas d'espèce⁶¹⁷, mais la menace de délocalisation, "utilisée par les multinationales comme une sorte de «chantage» à l'emploi, a assurément un effet disciplinaire sur la main-d'œuvre, syndiquée ou non, résidant sur un territoire donné"⁶¹⁸. Un rapport du BIT montre clairement que la décision de délocaliser dans une zone franche d'exportation n'est pas sans conséquence pour l'entreprise d'origine. Il présente le cas d'un fabricant d'appareils ménagers australien de moyenne taille qui, en s'inspirant des résultats de ses investissements en Chine, a remis en question les méthodes et la performance de l'usine mère. L'énorme différence sur le plan du coût du travail (le salaire mensuel d'embauche dans l'usine australienne est de 1580 dollars australiens alors que dans l'usine chinoise, il s'élève à 34) et sur le plan de conditions de travail (38 heures en Australie contre 60 heures hebdomadaires de travail en Chine, droit de négociation collective d'un côté, contrat négociable individuellement de l'autre, procédures strictes en cas de licenciement d'un côté, système de permis de travail susceptible d'être retiré de l'autre), ont pesé fortement sur l'avenir de l'usine de Sydney. Ses effectifs furent réduits de 50% et sa chaîne de montage accélérée. L'augmentation substantielle de la productivité et la renégociation d'une convention collective ont permis de conserver l'usine australienne⁶¹⁹.

Par-delà les accords d'entreprise ou encore les accords individuels, les conventions collectives dans une branche d'activité contribuent à ce processus d'assouplissement. La situation du secteur textile en Allemagne illustre ce propos⁶²⁰. En raison du poids des coûts salariaux, les effectifs de la branche sont passés, entre 1970 et 1993, de 500.000 à 160.000 personnes. Depuis 1990, le volume de la production locale a baissé d'un cinquième pour être délocalisé dans les zones franches asiatiques et africaines. La délocalisation a permis de

⁶¹⁷ L'auteur cite "les syndicats américains", selon lesquels, "quand les multinationales ont commencé à délocaliser en Asie vers la fin des années 60, les délocalisations auraient supprimé près d'un million d'emplois aux Etats-Unis. Des études postérieures ont montré que, si l'on tient compte aussi des effets indirects des délocalisations, elles ont procuré une création nette d'emplois aux Etats-Unis" (ANDREFF, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 380).

⁶¹⁸ In *ibid.*

⁶¹⁹ BIT, *Le travail dans le monde : Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale*, Genève, 1997, p. 100.

⁶²⁰ Les faits sont tirés de BRAND Dina & HOFFMANN Ralf, "«Sozial-Dumping» oder Protektionsmus ? - Zur Kontroverse über eine Sozialklausel im Internationan Handelssystem", *IFO-Schnelldienst*, n° 25/26, août 1994, reproduit par *Problèmes économiques*, n° 2.400, 30 novembre 1994, p. 7.

réduire de 10 à 40% les coûts salariaux, soit, compte tenu des différences de productivité, une réduction totale des charges de production de 5 à 20%⁶²¹. Alors, "afin de permettre le maintien en Allemagne d'un outil de production textile", le président de l'organisation patronale de la branche, M. Dieter Kruse, a annoncé la suppression, à partir de 1993, des prestations sociales non obligatoires, des avantages extra-conventionnels et des régimes de retraites d'entreprises.

Au-delà des effets de concurrence des régimes de zones franches, les professeurs Moreau et Trudeau soulignent que "les conséquences de la mondialisation dans le domaine des relations professionnelles et sociales apparaissent *sérieuses, variées et permanentes*"⁶²². Ils rapportent que plusieurs auteurs participant au 12^{ème} congrès de l'Association internationale de relations professionnelles, ayant eu lieu à Tokyo, en mai 2000, ont largement développé ces interactions. Très généralement, elles se manifestent par "des pertes massives d'emplois dans plusieurs secteurs de production, un accroissement sans précédent du secteur informel dans les pays les plus pauvres, des changements profonds dans l'organisation du travail liés aux nouvelles technologies, une augmentation des méthodes d'organisation en réseau mises en place tant au plan national qu'international, un accroissement des techniques de flexibilité dans la production et la gestion des ressources humaines, une augmentation des statuts précaires dans la main-d'œuvre, une crise existentielle du syndicalisme, une réduction du champ de négociation collective et un mouvement de décentralisation de celle-ci, même dans les pays qui traditionnellement privilégiaient la négociation au niveau du secteur professionnel ou de la branche professionnelle, une modification des stratégies des employeurs et un effacement de l'Etat en tant qu'acteur régulateur des relations sociales"⁶²³.

⁶²¹ L'article cite H. WIRTZ, "Leute machen Kleider", *Entwicklung-spolitische Korrespondenz*, 3/1993.

⁶²² MOREAU Marie-Ange et TRUDEAU Gilles, "Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional", *JDI*, n° 4, 2000, p. 917. Nous soulignons.

⁶²³ *In ibid.* Les auteurs citent *Congress Proceedings of the International Industrial Relations Association, 12th World Congress*, Tokyo, mai 2000, 2 vol. notamment, R. BLANPAIN ("The Impact of the Information Society on the World of Work in Developed Countries", vol. 1, pp. 50-62), W. BROWN ("Protecting labour standards in a Global economy", *Rapporteur's Reports and Invited Paper Abstracts*, pp. 48-60), T. HAMANI ("Universal Wisdom through Globalization", *IIRA Presidential Address*, pp. 5-25), S. KURUVILLA et C. ERICKSON ("The Impact of Globalization on Industrial Relations in Asia", vol. 2, pp. 182-194), J. PASTORE (Labor Standards and International Trade : The Case of Child Labour in Brazil", vol. 2, pp. 47-56), V. RATNAM ("Impact of Globalization on National and Regional Systems of Industrial Relations and Employment Relations", vol. 2, pp. 85-99), P. TEAGUE ("The Social Dimension to Regional Trading Blocs : Lessons from the EU and NAFTA", *Invited Paper*), S. ZAGELMEYER ("Bargaining and Employment in Europe : The Example of European Car Industry", vol. 2, pp. 111-126), ainsi que MOREAU et TRUDEAU ("Globalization and Labour Law", vol. 2, pp. 72-84).

La déréglementation pour assurer davantage de flexibilité est partout de mise. Un rapport déjà cité du BIT sur la flexibilité dénonce ainsi que même dans la législation des pays développés, des "amendements" à des acquis anciens visent "à lever l'interdiction du travail de nuit pour les femmes, à allonger la journée de travail, à autoriser le travail en fin de semaine, à permettre l'établissement de contrats d'emploi moins sûrs, à réduire les prestations de sécurité sociale, etc."⁶²⁴. C'est un phénomène parallèle à la "modélisation des instruments juridiques" due à la pression du marché que décrit le professeur Arlette Martin-Serf⁶²⁵. Il existe, dit-elle, "une tendance naturelle et irrésistible des instruments juridiques à s'aligner sur les modèles dominants imposés ou réclamés par les opérateurs économiques des principaux pays industrialisés parce qu'ils répondent le mieux aux besoins spécifiques de ces opérateurs économiques. Les modèles dominants se répandent par le jeu de la loi de l'offre et de la demande qui traite l'instrument juridique comme un produit de consommation courante, détaché de toute référence dogmatique ou idéologique"⁶²⁶.

Des modèles de règles sont ainsi empruntés et utilisés, sélectivement ou de façon à les grouper dans un régime particulier comme celui des zones franches, tant par les pays développés que par ceux en développement. Il apparaît alors que la mise en place d'un régime de zones franches n'attire plus les investissements : elle fait juste entrer la zone ou l'Etat qui l'établit dans le champ des choix possibles comme lieu de délocalisation. La mise en concurrence des régimes nationaux de zones franches et, plus généralement, des systèmes juridiques nationaux manifeste certainement l'échec du pari de l'Etat. Chaque zone et chaque système étant pratiquement substituables, la liberté accrue des investisseurs paraît de manière plus flagrante. La nécessité d'un régime concurrentiel paraît de fait si impérieuse que l'Etat territorial ne semble détenir ni la volonté, ni l'autorité requise pour s'opposer à un nivellement par le bas⁶²⁷. C'est dire que les mesures spécifiques contenues dans un régime de zones franches - un droit spécial sinon dérogatoire - se répandent pour devenir de moins en moins exceptionnelles. En cela, l'évolution du régime semble suivre le mouvement - décrit par

⁶²⁴ Cf. OIT, Incidence des mesures assurant la flexibilité du marché du travail sur la construction mécanique, la construction électronique et l'industrie électronique, Partie 10.

L'interdiction de travail de nuit des femmes fut, par exemple, condamnée par la Cour de Justice des Communautés Européennes, dans l'arrêt *Stoekel* (25 juillet 1991, aff. 345-89) pour incompatibilité avec le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes (cf. obs. M.-A. MOREAU, *Droit social*, 1992, pp. 183s.).

⁶²⁵ Cf. MARTIN-SERF Arlette, "La modélisation des instruments juridiques", in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, LITEC, Paris, 2000, pp. 179-205.

⁶²⁶ In *ibid.*, p. 180.

Raymond Gassin - de toute loi spéciale ou dérogatoire qui soit disparaît, soit est à l'origine d'un nouveau droit commun⁶²⁸. Néanmoins, nous estimons que les phénomènes décrits sont concomitants et qu'ils ont juste une source commune : la prééminence de la logique de marché issue de la libéralisation du capital⁶²⁹.

Le marché étant désormais global, sa force ne peut être contenue que par la solidarité des Etats. Ainsi, par exemple, l'Union européenne garantit la liberté d'établissement sur son territoire. Elle permet ainsi le *jus shopping* des entreprises à la recherche du coût de production minimum. La CJCE considère certes qu'il n'y pas de fraude à rechercher le lieu du siège social qui accorde le plus d'avantages y compris sur le plan fiscal. Néanmoins, il existe toute une série de réglementations européennes en vue d'harmoniser la situation fiscale des entreprises comme les conditions sociales des travailleurs⁶³⁰. De surcroît, l'utilisation de la liberté d'établissement pour profiter du reliquat différentiel entre les systèmes juridiques nationaux est limitée par une exigence de réalité des activités⁶³¹. A l'instar de l'Union européenne, il faut adopter et adapter la loi de dédoublement fonctionnel définie par Georges Scelle, selon laquelle, "lorsqu'une société politique ne possède pas tous les organes nécessaires à réaliser l'effectivité de son ordre juridique particulier, (...) elle emprunte à un

⁶²⁷ M. Oman, en conclusion de l'étude de l'OCDE déjà citée, souligne que "le dilemme du prisonnier inhérent à la concurrence pour attirer les investissements directs crée un risque permanent de guerres de surenchères régies par la politique de chacun pour soi et de révision à la baisse des normes d'emploi, risque que les gouvernements nationaux seraient incapables de maîtriser totalement en l'absence d'une coordination internationale des politiques" (*in* OMAN Charles, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ?- Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de développement, O.C.D.E., Paris, 2000, p. 143).

⁶²⁸ *cf.* "Lois spéciales et droit commun", *Rec. Dalloz*, chron. XVIII, 1961, pp. 91-98.

⁶²⁹ Par ailleurs, si le phénomène d'altération des normes de travail est bien réel et général, il n'a que partiellement des rapports avec les délocalisations dans les zones franches. Le cas échéant, cette dernière ne concerne que les secteurs bien déterminés cités par M. Andreff (note Erreur : source de la référence non trouvée). En effet, en ce qui concerne les délocalisations issues de la Communauté européenne par exemple, "plus de 80% des investissements à l'étranger sont dirigés vers d'autres pays membres de l'OCDE. Moins de 10% sont destinés aux nouveaux pays industrialisés d'Asie et d'Amérique latine" (Commission européenne, *Croissance, compétitivité, emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le 21^{ème} siècle*, livre blanc, *Bulletin des Communautés européennes* (Luxembourg, 1993), cité par "Perspectives - L'OMC et la clause sociale", *Revue internationale du travail*, vol. 133, n° 3, 1994, pp. 452-453).

⁶³⁰ CJCE, 9 mars 1999, *arrêt Centros, D.*, 1999, p. 292, note Menjuc.

⁶³¹ *Cf.* L'arrêt de la CJCE, 10 février 2000, *Fitzwilliam*, aff. C-202/97 (cité par Moreau & Trudeau, *JDI*, 4-2000, précité note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 944, note 85) qui exige, pour faire jouer le bénéfice de la liberté de prestation de services sur le coût de la protection sociale, que les activités dans le pays d'établissement soient "significatives".

autre ordre juridique plus parfaitement évolué le secours de ses propres organes pour l'accompagnement des fonctions du sien propre"⁶³².

Section 2 : Les remparts contre la concurrence dommageable

L'intégration verticale des ordres juridiques, dans une organisation internationale, régionale ou universelle, contribuerait au contrôle du marché devenu global. Pour préserver la dynamique du droit (la force du *taxis*) et ne pas sombrer sous l'emprise de ce marché (l'inertie du *kosmos*), il faut se référer à un ordre juridique aussi large. Une réaction collective des Etats peut en effet limiter le nivellement par le bas imposé par la compétition entre systèmes juridiques nationaux. Cette collectivité d'Etats peut alors interdire certaines pratiques et en tolérer d'autres sur la base de valeurs communes : un environnement préservé, des hommes protégés, une concurrence fiscale loyale. C'est le "rêve" des internationalistes "métropolitains" évoqué par le professeur Paul Kennedy, de rattraper "le retard du projet réglementaire international par rapport aux avancées naturelles du marché international"⁶³³. Un principe de subsidiarité serait amené à être appliqué par les Etats pour donner compétence à un organe supra-étatique pouvant transcender le marché sans frontière des investissements. Or, s'il s'avère avantageux qu'une réglementation extérieure se mette en place, il faut encore que les Etats y consentent, *i.e.* que l'abandon de souveraineté en ces matières soit accepté. Les difficultés rencontrées sur le plan international pour élaborer ces réglementations et surtout pour les appliquer semblent imposer des langueurs et des longueurs telles que des Etats s'impatientent et cherchent des moyens pour contourner les souverainetés. Les régimes de zones franches d'exportation - identifiés comme dérogeant au droit fiscal et au droit social et ainsi source, d'une part, de délocalisations compétitives et, d'autre part, d'une réduction des contraintes fiscales et sociales - deviennent des cibles évidentes. De surcroît, le lien avec le commerce international entretenu par ces régimes offre une possibilité d'actions aux Etats sur les marchés desquels sont exportés les biens produits dans les zones franches. En effet, ce lien confère à ces Etats un critère de rattachement ténu mais susceptible de fonder une action influant sur ces régimes, sinon à l'encontre des exportations qui bénéficient desdits régimes⁶³⁴. Ainsi apparaissent la "clause sociale" et la lutte contre la concurrence fiscale dommageable.

⁶³² SCELLE Georges, *Le droit public et la théorie de l'Etat*, éd. Rousseau & Cie, Paris, 1951, p. 36.

⁶³³ KENNEDY Paul, "Les clichés revisités, le droit international et la politique", in *Droit international 4*, Cours et travaux, I.H.E.I., Paris, 1999/2000, p. 49.

⁶³⁴ Pour une discussion sur le transfert de souveraineté comme effet du lien avec le commerce international, *cf. infra*, le Titre II sur la déterritorialisation.

I/ La question controversée de la clause sociale et le régime de zones franches

Du fait de la liaison au commerce extérieur d'un régime de zones franches, la "clause sociale" qui vise à lier l'ouverture d'un marché au respect des normes sociales, semble adaptée pour remédier à la détérioration évoquée des conditions de travail dans ces zones. Nous examinerons cette proposition en revenant tout d'abord sur la controverse suscitée par la tentative d'introduction de la clause sociale dans l'OMC, puis nous analyserons sa conformité avec le droit social, dont la clause sociale veut apparemment étendre l'emprise.

A/ La controverse

Le concept de "clause sociale" consiste en l'idée "d'intégrer les droits fondamentaux du travail à l'intérieur d'un traité commercial, le traité de l'OMC par exemple, et de faire de leur violation une infraction au traité, infraction passible des sanctions commerciales prévues aussi au traité"⁶³⁵. L'idée n'est pas nouvelle mais n'a jamais été pleinement acceptée dans les forums d'échanges commerciaux⁶³⁶, sauf à l'échelle régionale et dans certains accords commerciaux conclus, par exemple, pour mettre en œuvre un système généralisé de préférences⁶³⁷. Sa réactualisation sur le plan global est des plus controversées. La tentative des pays développés de l'imposer à l'ordre du jour en dernier stade de négociations du GATT lors du cycle

⁶³⁵ M.-A. MOREAU & G. TRUDEAU, "Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional", *JDI*, n° 4, 2000, p. 941.

⁶³⁶ La Charte de la Havane de 1948 qui devait instituer l'Organisation internationale du commerce contenait un article 7 intitulé "normes de travail équitables" disposant que :

"1. Les Etats Membres reconnaissent que les mesures relatives à l'emploi doivent pleinement tenir compte des droits qui sont reconnus aux travailleurs par des déclarations, conventions et accords gouvernementaux. Ils reconnaissent que tous les pays ont un intérêt commun à la réalisation et au maintien de normes équitables de travail en rapport avec la productivité de la main-d'œuvre et, de ce fait, aux conditions de rémunération et de travail meilleures que cette productivité rend possible. Les Etats Membres reconnaissent que l'existence de conditions de travail non-équitables, particulièrement dans les secteurs de production travaillant pour l'exportation, crée des difficultés aux échanges internationaux. En conséquence, chaque Etat membre prendra toutes les mesures appropriées et pratiquement réalisables en vue de faire disparaître ces conditions sur son territoire.

2. Les Etats Membres qui font également partie de l'Organisation internationale du Travail collaboreront avec cette Organisation, afin de mettre cet engagement à exécution.

d'Uruguay n'a pas abouti⁶³⁸. La traduction de certaines valeurs en intérêts communs, même dans notre monde contemporain caractérisé davantage par la coopération que par la coexistence des souverainetés⁶³⁹, notamment lorsqu'elle est liée au commerce international, reste en effet doublement ambiguë.

Primo, elle peut susciter le reproche de constituer une ingérence économique. Rappelons ce qui sous-tend toute tentative de partage de valeurs entre des Etats, ainsi que le dévoilait déjà un auteur du début du 20^{ème} siècle, M. Rougier, selon lequel : "Toutes les fois qu'une puissance interviendrait dans la sphère de compétence d'une puissance, elle ne fera jamais qu'opposer sa conception du juste et du bien social à la conception de cette dernière. En le sanctionnant au besoin par la force, son action tendra en définitive à englober un Etat dans sa sphère d'influence morale et sociale, en attendant de l'englober dans sa sphère d'influence politique. Elle le contrôlera pour se préparer à le dominer. Ainsi l'intervention d'humanité apparaît comme un moyen ingénieux d'entamer peu à peu l'indépendance d'un Etat pour l'incliner progressivement vers la mi-souveraineté"⁶⁴⁰.

L'universel qualifie souvent les valeurs de celui qui peut les exprimer à la face du monde. Dans le cas de l'objet de la controverse étudiée ici, les Etats-Unis ont voulu imposer, au dernier stade de négociations du cycle d'Uruguay, les "internationally recognized workers'rights" définis dans leur propre législation englobant la liberté syndicale, le droit de négociation, l'interdiction du travail forcé et de l'exploitation du travail des enfants, des conditions acceptables de travail en ce qui concerne d'une part les salaires *minima*, les heures

3. Pour toutes les questions relatives aux normes de travail qui pourraient lui être soumises conformément aux dispositions de l'article 94 ou de l'article 95, l'Organisation consultera l'Organisation internationale du Travail et collaborera avec elle". (Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, La Havane, 21 novembre 1947 - 24 mars 1948, cité par Eric ROBERT, "Enjeux et ambiguïtés du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international" RBDI, 1996/1, p. 156). On sait ce qu'il est advenu de l'Organisation après la non ratification par le Sénat américain de son traité constitutif.

⁶³⁷ Ainsi, la Convention de Lomé IV du 15 décembre 1989, entre la Communauté européenne et des pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (reproduite dans *Le Courrier*, mars - avril 1990, n° 120) comporte une référence générale aux droits fondamentaux de l'homme et aux droits égaux des hommes et des femmes. Cf. *infra* le chapitre sur les systèmes généralisés de préférences.

⁶³⁸ Cf. par exemple, DUFOUR Sophie, "La libéralisation des échanges mondiaux et le respect des règles fondamentales en matière sociale", *Revue Etudes internationales*, vol. XXVI, n° 2, juin 1995, pp. 275-289.

⁶³⁹ Cf. FRIEDMANN Wolfgang, "Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international", *Revue belge de droit international*, 1970/1, pp 1-9.

⁶⁴⁰ ROUGIER, *R.G.D.I.P.*, 1910, p. 52, cité par Philippe BRETTON, "Ingérence humanitaire et souveraineté", in *La Souveraineté*, Revue Pouvoir, n°67, 1993, p. 60.

de travail, et d'autre part la sécurité et la santé des travailleurs⁶⁴¹. La Communauté européenne, pour sa part, disposait bien d'une résolution du Parlement européen de 1983 qui se réfère à l'idée d'une clause sociale et de normes minimales à respecter. Son article 12 stipule que "tous les pays membres du GATT devraient être tenus de respecter les conventions de l'OIT sur la liberté d'association et les conventions collectives, sur les discriminations en matière d'emploi et sur le travail forcé"⁶⁴². Néanmoins, la Communauté ne définissait jusque-là comme vraiment inacceptable et justifiant le retrait d'un schéma de préférences généralisées que la pratique de toute forme d'esclavage ou l'exportation de produits fabriqués en prison⁶⁴³. Quant aux autres Etats, s'ils reconnaissaient l'importance de normes protectrices des travailleurs, ils étaient (sont) opposés à la liaison du respect de ces normes avec le commerce international ⁶⁴⁴. Lorsque la clause sociale réapparaît sur l'agenda officiel des négociations commerciales de l'Uruguay Round le 24 mars 1994, suite à la proposition américaine, soutenue par la France et la Belgique, elle provoque "un véritable tollé" dans les rangs des pays en développement. Ils

⁶⁴¹ Cf. AMATO T., "Labour Rights Conditionality, US Trade Legislation and the Inteh International Trade Order", *New York University Law Review*, vol. 65, avril 1990, spéc. p. 84 ; ou encore, KELLEHER J. P., "The World Labour Deterrence Act : American Unilateralism and the GATT", *Minesota Journal of Global Trade*, vol. 3, 1994, pp. 161-194. La section 301 de la Loi américaine sur le commerce extérieur autorise le Représentant au commerce (le ministre du commerce, USTR) à prendre des dispositions contre tout acte ou pratique déraisonnable et discriminatoire qui affecte ou restreint le commerce des Etats-Unis. Dans l'alinéa d), de cette section, relatif aux "définitions et règles particulières", l'on peut lire au point 3B que "les actions, politiques et pratiques déraisonnables comprennent entre autres celles qui, prises individuellement ou dans une combinaison quelconque, créent des habitudes de comportement ayant pour effet :

de refuser aux travailleurs le droit d'association,

de refuser aux travailleurs la liberté syndicale et le droit de négocier une convention collective,

de permettre le travail forcé ou obligatoire sous quelque forme que ce soit,

de ne pas fixer un âge minimum pour le travail des enfants, ou

de ne pas établir de normes concernant les salaires minima, la durée du travail, la sécurité et la santé des travailleurs". (*Reproduit en français Annexe I in OMC, Groupe spécial, Communauté européenne c/ Etats-Unis, Sections 301-310 du Trade Act de 1974*, 22 décembre 1999, Doc. WT/DS152).

⁶⁴² Parlement européen, résolution du 28 octobre 1983, *JOCE*, série C, 322, p. 284, cité par ROBERT E., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 169-170.

⁶⁴³ Article 9 du Règlement CE n° 3291/94 du Conseil du 19 décembre 1994 portant application d'un schéma pluriannuel de préférences tarifaires généralisées, *in JOCE* L 348, p. 1, cité par MAUPAIN F., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 61, spéc. note 36.

⁶⁴⁴ Cf. par exemple, la déclaration finale du Sommet des ministres des Affaires étrangères des pays de l'ASEAN du 24 juillet 1994, cité par *Problèmes économiques* du 30 novembre 1994, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 7.

répondent par une fin de non recevoir unanime⁶⁴⁵. Aucune référence expresse aux droits des travailleurs n'est insérée dans les accords de l'OMC⁶⁴⁶. Certes l'alinéa e) - "se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons" - de l'Article XX, consacré aux exceptions de caractère général, est conservé⁶⁴⁷. Son caractère trop ciblé ne permet manifestement pas d'étendre son champ d'application. Il n'existe pas d'autre faille permettant l'inclusion d'une clause sociale dans le GATT⁶⁴⁸. Ainsi, l'idée de valeurs communes minimales susceptibles d'être regroupées en "un socle de normes fondamentales du travail" n'existait guère avant que le directeur général du BIT, reprenant le flambeau, ne relance le débat, par le truchement de son rapport

Par ailleurs, depuis 1987, les Etats-Unis ont proposé de constituer un Groupe spécial, au sein du GATT, chargé d'examiner "l'éventuelle relation entre les standards de travail reconnus internationalement et le commerce international" en précisant que ces standards étaient "la liberté d'association, la liberté de s'organiser et de négocier collectivement, la liberté de refuser les travaux forcés ou obligatoires, un âge minimum pour employer les enfants, et des conditions *minima* de travail" (GATT, *Relationship of Internationally Recognized Labour Standards to International Trade*, Communication from the United States, 28 octobre 1987, cité par WAER Paul, "Social Clauses in International Trade : The Debate in the European Union", *Journal of World Trade*, 1996, vol. 30, n° 4, p. 27). Devant l'absence de consensus, ils réitèrent l'initiative en 1990, mais seulement en se basant sur trois types de normes : la liberté d'association, le droit de se syndiquer et de négocier collectivement, et le droit de ne pas être soumis à un travail forcé ou obligatoire. Bien que soutenue par les pays industrialisés (la CE, les pays nordiques, la Suisse, le Canada, la Tchécoslovaquie, la Pologne, la Hongrie et le Japon), la question fut remise à une réunion ultérieure en raison de l'opposition marquée des pays en développement (GATT, *Focus*, n° 75, octobre 1990, p. 3, cité par ROBERT E., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 170-171.).

⁶⁴⁵ L'ambassadeur brésilien Gilberto Vergne SABOIA développe ainsi que "the proposal to link social and labour questions with the multilateral trade regime (...) has an essentially protectionist motivation. It is not a coincidence that pressure around this issue increased when some developing countries, after the undergoing trade liberalisation and economic reform adjustment, have become commercially more competitive. Economic theory and recent studies promoted, among others, by the IMF and the OECD prove that lack of adequate structural adjustment rather than competition from developing countries stand at the root of unemployment in developed countries. To use the «social dumping» argument is therefore a politically expedient way of avoiding painful domestic option" (Statement of the Representative of the Government of Brazil, 14 novembre 1994).

⁶⁴⁶ Les Accords de l'O.M.C, signés le 15 avril 1994 à Marrakech par 81 Etats, concluent le cycle d'Uruguay. Cf. notamment, OMC, *Résultats des négociations multilatérales du cycle d'Uruguay : Textes juridiques*, Genève, 1994, 591p. Par ailleurs, tous les textes et documents officiels cités de l'OMC ou du GATT peuvent être trouvés sur le site internet de l'Organisation (wto.org).

⁶⁴⁷ Le "GATT de 1994" n'est rien d'autre que l'ancien Accord général de 1947 avec ses amendements subséquents, auquel ont été ajoutés sept Mémoires d'accord relatifs à l'interprétation de certains Articles, et un nouveau Protocole sur les tarifs douaniers et autres engagements, issu des négociations de l'Uruguay Round.

pour la 81^{ème} Conférence internationale du travail de 1994⁶⁴⁹. Tout en faisant part de ses craintes sur la perversion qu'entraînerait l'usage de sanctions des normes sociales à des fins commerciales, M. Michel Hansenne suggérait l'existence *de valeurs à défendre, des changements à entreprendre*. Relativement aux changements, le directeur du BIT entendait faire évoluer quelque peu le système consensuel à la base du fonctionnement de l'OIT⁶⁵⁰. Quant aux valeurs, elles sont exprimées dans cinq normes déjà contenues principalement dans sept conventions de l'OIT : la liberté syndicale⁶⁵¹, le droit de négociation collective⁶⁵², l'absence de discrimination et l'égalité de rémunération dans l'emploi⁶⁵³, l'interdiction du travail forcé⁶⁵⁴, ainsi que l'interdiction de l'exploitation économique du travail des enfants⁶⁵⁵. L'idée va faire son chemin.

Secundo, l'ambiguïté de la clause sociale relevée par M. Hansenne est fortement ressentie par les pays en développement. Le lien ainsi établi entre les normes internationales

⁶⁴⁸ Cf. l'analyse très poussée de ROBERT Eric, in "Enjeux et ambiguïté du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international", *RBDI*, 1996/1, pp. 145-190. Cf., pour un point de vue rare, SIROEN Jean-Marc, "Commerce international et normes de travail", in Conseil d'Analyse Economique, *Le cycle du millénaire*, *op.cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 97-110. Cet auteur soutient notamment que "même sans renégociation des textes fondamentaux de l'OMC, sans doute difficile, voire impossible, à engager, les pays industriels disposent d'un certain nombre de moyens pour faire avancer la jurisprudence sur ces questions" (*op. cit.*, p. 98). Visiblement, il appelle ainsi à une application *contra legem* !

⁶⁴⁹ BIT, Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre - La justice sociale dans une économie qui se mondialise : un projet pour l'OIT, Rapport du directeur général, Genève, Juin 1994. M. F. MAUPAIN souligne que ce rapport était "rédigé en novembre 1993, c'est-à-dire avant la finalisation du cycle d'Uruguay" (in MAUPAIN Francis, "OIT, justice sociale et mondialisation", R.C.A.D.I., vol. 278, 1999, p. 264).

⁶⁵⁰ Se fondant sur une généralisation de la procédure relative à la liberté syndicale contenue dans la Constitution de l'Organisation. La norme fondamentale relative à la liberté syndicale a en effet une place à part parmi les autres normes de l'OIT du fait que les États membres, sans avoir ratifié la convention relative à ce droit, parce qu'ils sont membres de l'Organisation, détiennent des obligations d'information relativement à ce droit, envers le BIT et envers sa population, sous contrôle du BIT.

⁶⁵¹ Cf. Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 4 juillet 1950.

⁶⁵² Cf. Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, 18 juillet 1951.

⁶⁵³ Cf. Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, 23 mai 1953 et Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession.

⁶⁵⁴ Cf. Convention n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire, 1^{er} mai 1932, modifiée par Convention n° 105 concernant l'abolition du travail forcé, 17 janvier 1959.

⁶⁵⁵ Cf. Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 19 juin 1976.

de travail et le commerce international est en effet soupçonné de n'être qu'une forme de protectionnisme déguisé qui imposerait l'abolition de certains de leurs principaux avantages comparatifs : main d'œuvre à bas prix et à basse protection juridique et sociale. Cet argument maintenait très fermement le "front du refus" à la première Conférence ministérielle de l'OMC à Singapour (9-13 décembre 1996)⁶⁵⁶. Si le coût du travail devait en effet augmenter et sa progression excéder celle de la productivité, la compétitivité des pays concernés diminuerait et, avec elle, le rythme même du développement : le dilemme reste entier. Selon les Etats en développement, beaucoup moins que des préoccupations éthiques, c'est la crainte de nouvelles pertes d'emploi dans les branches soumises à la compétition internationale qui pousserait les pays plus anciennement industrialisés à exiger des autres le relèvement de leurs normes sociales⁶⁵⁷. Dénonciation que certains commentateurs occidentaux trouvent "à bon droit"⁶⁵⁸. M. Eric Robert trouve ainsi "normal" qu'un Etat ayant des coûts de production différents cherche à valoriser ou à obtenir de tels avantages comparatifs⁶⁵⁹. Ce sont ces avantages, continue-t-il, "qui, dans la théorie de Ricardo et Smith, et la philosophie du GATT - OMC, constituent le moteur principal du commerce"⁶⁶⁰. Bien qu'il reconnaisse qu'il existe des distorsions de concurrence et des pratiques déloyales, il appelle à "la plus grande prudence" dans le

⁶⁵⁶ Par exemple, l'ambassadeur malgache Jaona RAVALOSON, lors de la conférence ministérielle affirme clairement : "We must avoid anything that in any way resembles protectionism, and include on the WTO agenda everything that could further liberalize trade and open up markets. (...) Any action by the WTO in the labour domain should be taken only in close association and coordination with and under the leadership of the International Labour Organization, so as to avoid placing further constraints on developing countries and hampering their emergence" (Statement by the Permanent Representative of Madagascar, 12 décembre 1996). Voir site internet de l'OMC(wto.org).

⁶⁵⁷ Ainsi, au même moment que le président de l'organisation patronale allemande des secteurs textile et habillement, M. Dieter Kruse annonçait la suppression d'avantages sociaux, il réclamait "un engagement obligatoire de tous les pays en vue de l'introduction et de la sauvegarde de standards sociaux minimaux, notamment sur la base des accords de l'OIT, concernant les salariés du textile-habillement, avec abolition immédiate des pratiques esclavagistes, du travail des enfants et des prisonniers, ainsi que des conditions de travail inhumaines" (Rapporté par BRAND Dina & HOFFMANN Ralf, "«Sozial-Dumping» oder Protektionsmus ? ...", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée).

⁶⁵⁸ HERZOG Philippe, "Commentaires" in JACQUET Pierre, MESSERLIN Patrick, TUBIANA Laurence, Conseil d'Analyse Economique, *Le cycle du millénaire*, La Documentation française, Paris, 1999, p. 90.

⁶⁵⁹ ROBERT Eric, "Enjeux et ambiguïté du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international", *RBDI*, 1996/1, p.148.

⁶⁶⁰ *In ibid.* L'auteur rappelle que "la théorie libérale du libre-échange permet aux acteurs économiques de jouer sur les coûts sociaux et s'oppose à toute manipulation du commerce international en ce domaine visant à rééquilibrer de façon artificielle les conditions de concurrence en matière sociale".

manièrement d'une conditionnalité relative au respect des normes sociales dans le commerce international⁶⁶¹.

B/ La clause sociale et le droit social

La considération "économique" des règles sociales est souvent dénoncée par des auteurs. Le professeur Antoine Lyon-Caen notamment estime que c'est une "source de corrosion du droit du travail"⁶⁶². En effet, le droit du travail vise fondamentalement à détacher les rapports de travail des rapports marchands (comme dans l'esclavage ou encore l'ancien contrat de louage) pour restituer la personnalité entière du travailleur⁶⁶³. La confusion ordinaire entre la personne du travailleur⁶⁶⁴ et l'homme qui existe par et en dehors de son travail, oblige à spécifier la relation issue d'un contrat de travail qui ne peut être réduite à une simple relation d'échange : en cela réside l'essence du droit du travail. Comme le fait remarquer le professeur Alain Supiot, "le droit du travail s'est d'abord cristallisé sur cette antinomie première entre patrimonialité du travail et suprapatrimonialité du corps humain"⁶⁶⁵. Il comprend ainsi, outre des obligations contractuelles, des statuts protecteurs issus de lois, de conventions collectives, de jurisprudence ou encore d'usages⁶⁶⁶. Il ne peut certes ignorer les différentes rationalités matérielles - économiques, sociologiques, physiques, psychologiques même⁶⁶⁷ - qui le traversent. Néanmoins, au lieu que ces rationalités surdéterminent la règle de

⁶⁶¹ *In ibid.*, p. 155. Par ailleurs (p. 151), l'auteur - citant Gijsbert VAN LIEMT ("Normes du travail et commerce international : une clause sociale serait-elle inopérante ?", *Revue internationale du travail*, vol. 128, n° 4, 1989, p. 491) - se demande, ingénument, pourquoi l'on ne songe pas à "insérer des clauses sociales dans des instruments de coopération militaire, financière ou politique".

⁶⁶² LYON-CAEN Antoine, "Droit social et droit de la concurrence : Observations sur une rencontre", *in Mélanges Jean Savatier*, P.U.F., Paris, 1992, p. 331s.

⁶⁶³ N. POULANTZAS soutient que "le droit du travail est né de la protestation ouvrière contre la réification de la force du travail" (*in Nature des choses et du droit - Essai sur la dialectique du droit et de la valeur*, LGDJ, PARIS, 1969, p. 283, cité par Mohamed SALAH M. M., "La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux", *RIDE*, 2001/3, p. 256). Nous nous fondons pour développement sur les auteurs précités mais aussi sur la leçon de droit d'Alain SUPIOT *in Critique du droit du travail*, les voies du droit, PUF, Paris, 1994, 280p.

⁶⁶⁴ "Ressource humaine" disent les économistes, un "masque du contractant" répond le juriste

⁶⁶⁵ SUPIOT, *précité*, p. 67.

⁶⁶⁶ Selon l'auteur précité, "la clé de voûte du droit français demeure par exemple la notion d'ordre public social, qui implique d'une part une hiérarchie des normes du travail, et d'autre part un principe de faveur pour les salariés, exclusif de toute dérogation contractuelle *in pejus* aux règles légales (ordre public social) ou aux dispositions des conventions collectives (hiérarchie des sources conventionnelles)" (SUPIOT, *précité*, p. 30).

⁶⁶⁷ Déjà notons que la rationalité économique ne doit pas être la seule à informer le droit.

droit, elles doivent être jaugées à l'aune du droit selon la rationalité propre de ce dernier - qui, sans aller en quête du juste, d'une part se soumet à la contradiction, à la référence, et surtout à la limite constituée par le sujet du droit, et d'autre part est générale et permanente. Car, souligne l'auteur précité, "la règle de droit ne tire pas sa légitimité d'un savoir sur les faits, mais des valeurs auxquelles elle vise à soumettre ces faits"⁶⁶⁸.

A contrario, en jouant avec le lien entre compétitivité et réglementation, même d'une manière qui paraît positive, la clause sociale contribue à fragmenter le droit social et à le rendre contingent. Le cas échéant, une clause sociale ne peut que remédier aux effets dans le commerce international (la concurrence "immorale") de pratiques contraires aux droits fondamentaux des travailleurs et non pas annihiler ces pratiques. De surcroît, les violations de droits sociaux existent aussi ailleurs que dans les secteurs de production voués à l'exportation.

Paradoxalement, c'est sur ces mêmes arguments que se basent les partisans de la clause sociale. Ils y voient même une source de développement du droit social parce que, du fait d'être liée au commerce international, elle le pourvoirait de sanctions efficaces⁶⁶⁹. Si, là où existe un droit social, le raisonnement - fondé sur l'autonomie du droit social - évoqué ci-dessus est valable, là où il n'est que proclamé, la clause sociale permettrait un début de réalisation. Le droit du travail est en effet un droit *existentialiste*. Son essence ne peut valablement être perçue que dans sa pratique⁶⁷⁰. Il faut donc le faire exister coûte que coûte. Ainsi, M. Francis Maupain considère que "cette façon de voir n'est pas dépourvue de logique : la seule manière d'imposer (le droit social) est de le lier aux avantages que procure le système international"⁶⁷¹.

Une zone franche d'exportation ne pouvant par définition fonctionner sans marché extérieur, la clause sociale obligerait l'Etat qui l'établit à faire respecter au moins dans la zone les normes fondamentales du travail. Un rapport du BIT sur les pratiques de travail dans les

⁶⁶⁸ SUPIOT, *précité*, p. 236.

⁶⁶⁹ Cf. entre autres, CAPPUYNS Elisabeth, "Linking Labor Standards and Trade Sanctions : An Analysis of Their Current Relationship", In Columbia Journal of Transnational Law, vol. 36, n° 659, 1998, pp. 661-686 ; MAUPAIN Francis, "La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial : un lien ou un frein ?", *RGDIP*, 1996 - 1, pp. 45-100 ; MOREAU Marie-Ange et TRUDEAU Gilles, "L'opportunité du recours à une sanction économique en matière sociale (ou la nouvelle histoire de la carotte et du bâton)", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1996, pp. 41-56.

⁶⁷⁰ C'est ce qui ressort de la lecture de l'ouvrage précité d'Alain SUPIOT (note Erreur : source de la référence non trouvée) où il déclare notamment que le droit social résulte "de la révolte des faits contre l'ignorance où les tenait le droit civil" (p. 190) et, qu'il est "perçu davantage comme un enjeu que comme une règle du jeu" (p. 198).

⁶⁷¹ MAUPAIN F., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 54.

industries de la chaussure, du cuir, des textiles et de l'habillement relève qu'au Bangladesh, par exemple, les zones franches d'exportation ne sont pas couvertes par les lois sociales du pays, lesquelles consacrent les droits d'organisation et de négociation collective⁶⁷². Ce qui est incompatible avec la convention n° 87 que le Bangladesh a ratifiée. Le gouvernement a fait valoir, selon le même rapport, qu'il s'agit d'une "mesure provisoire qui est destinée à encourager les investissements et qui sera levée dès que le mouvement syndical et les investisseurs étrangers seront prêts à engager des négociations sur des bases solides". En 1991, le gouvernement avait approuvé un calendrier pour l'introduction en 2000 de la liberté syndicale et de la négociation collective dans les zones franches d'exportation "afin de bénéficier des avantages du système généralisé de préférences américain"(sic). Ce système contient en effet une clause sociale liant l'ouverture du marché américain au respect des normes fondamentales⁶⁷³. Or, à la date du rapport de l'OIT (2000), le calendrier n'a pas été respecté. La Confédération internationale des syndicats libres rapporte même qu'à nouveau, en 2001, "face au risque de perdre les conditions commerciales préférentielles pour ses exportations vers les marchés des Etats-Unis et du Canada, le gouvernement a annoncé que les syndicats seront autorisés dans les zones franches, à partir du 1^{er} janvier 2004"⁶⁷⁴. Les autorités bengalies craignent certainement que les investisseurs - par suite d'implantation d'organisations de travailleurs "qui devrait se traduire par une amélioration spectaculaire des salaires et des conditions de travail"⁶⁷⁵ -, ne délocalisent au Pakistan. Car "au Pakistan aussi, les zones franches d'exportation sont exclues du champ d'application de l'ordonnance sur les relations professionnelles et toute forme d'action revendicative y est interdite"⁶⁷⁶. De fait, la clause sociale ne résout pas la question de la double contrainte évoquée plus haut, à moins d'espérer un effet de contagion inversé. Et c'est là où le bât blesse car le droit social dans son application nécessite rigueur et sécurité juridiques - i.e. une prévisibilité et une

⁶⁷² BIT, Les pratiques de travail dans les industries de la chaussure, du cuir, des textiles et de l'habillement - Rapport soumis aux fins de discussion à la réunion tripartite sur ces pratiques (Genève, 16-22 octobre 2000), Genève 2000, disponible sur le site net de l'OIT.

⁶⁷³ Cf. *infra* : le Chapitre I du Titre II.

⁶⁷⁴ Confédération internationale des syndicats libres, *Rapport sur les violations des droits syndicaux commises en 2001*, Bruxelles, 2002, pp. 138-139. Disponible sur le site net de la Confédération (ictfu.org).

⁶⁷⁵ *Dixit* le rapport de l'OIT *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁶⁷⁶ Article 25 de l'Ordonnance de 1980 sur l'administration des ZFE et Règlement de 1982 sur l'emploi dans les ZFE, *cités par* le même rapport. Faut-il préciser que le Pakistan du Général Musharaf ne risque pas de sanctions économiques, lutte anti-terroriste oblige. Pour la même raison, il a été réintégré sur la liste des bénéficiaires du schéma de préférences tarifaires européennes, fin 2001, au titre du régime spécial de lutte contre la production et le trafic de drogue. Cf. *infra*.

proportionnalité entre les manquements et leurs sanctions - que ne peut connaître une clause sociale oblitérée par la relativité générale de l'ordre commercial international. L'Etat importateur peut s'abstenir d'intervenir pour ne pas pénaliser ses propres investisseurs ayant délocalisé dans une zone franche d'exportation⁶⁷⁷ ou pour une autre cause⁶⁷⁸. M. G. Farjat attire ainsi l'attention sur le fait que "l'on assiste souvent à une élévation des normes dans le but d'éliminer les concurrents"⁶⁷⁹. Dans son intervention, l'auteur évoque "le salariat qui a succédé à l'esclavage"⁶⁸⁰. Il fait sans doute référence aux petits planteurs dépendant de la main-d'œuvre servile qui, malgré leur indemnisation lors de l'abolition de l'esclavage, ont fait faillite. En résultèrent deux conséquences : d'une part, le remembrement du foncier et, d'autre part, la mise à disposition au profit d'une industrie encore dépourvue de réglementation sociale des "anciens" esclaves - quant à eux, non-indemnisés. La clause sociale a certainement des conséquences non moins ambiguës : la sanction commerciale de l'exploitation du travail des enfants, par exemple, entraînera la faillite de certaines entreprises de fabrication de ballons de football et favorisera l'implantation de technologies remplaçant les petites mains ; dans un monde éthiquement responsable, l'on aurait sans doute aussi des fonds spéciaux du FMI et de la Banque mondiale pour scolariser les enfants ainsi libérés⁶⁸¹ ! L'exemple dépasse à peine la réalité et veut rendre présent à l'esprit ce qui tend à se figer en discours abstraits politiquement corrects. La prise en compte de la dimension sociale dans le commerce international ne suffit pas à résoudre le problème complexe de l'exploitation des plus faibles inhérente au système de marché. La méthode et le lieu de régulation choisis ne sont pas adéquats pour le faire.

⁶⁷⁷ Par exemple, la politique des Etats-Unis vis-à-vis de la Chine montre comment une puissance commerciale peut faire passer l'engagement social ou éthique après ses intérêts économiques. Peu après son entrée à la Maison-Blanche, le Président Clinton avait arrêté que l'application de la clause de la nation la plus favorisée ne serait prolongée en faveur de la Chine qu'à la condition expresse que, sous un délai d'un an, "des progrès globaux significatifs" y aient été accomplis dans le domaine des droits de l'Homme et des droits fondamentaux du travail. Bien qu'à l'expiration du délai, aucune amélioration n'ait pu être observée, la Chine a continué de bénéficier de la clause, l'administration américaine s'étant jugée incapable de prendre le risque politique de s'aliéner les entreprises exportatrices américaines (9 milliards de dollars de chiffre d'affaire) installées dans les zones économiques spéciales chinoises (rapporté in "Economie internationale", *Problèmes économiques*, n° 2.400, 30 novembre 1994, p. 8).

⁶⁷⁸ L'instrumentalisation de la clause sociale peut être au service de causes multiples, *cf. infra* le chapitre sur la déterritorialisation contingente du régime.

⁶⁷⁹ FARJAT Gérard, Discussion, in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, LITEC, Paris, 2000, p. 495.

⁶⁸⁰ *In ibid.* L'auteur n'apporte pas davantage de précisions sur ce point.

D'une part, l'OMC est une organisation à vocation multilatérale dont le fonctionnement correspond à ce que l'on appelle un système "réactif"⁶⁸². S'appuyant sur la distinction élaborée par M. Damaska entre système juridique "réactif" et système juridique "activiste"⁶⁸³, M. Abbott présentait le GATT comme un cadre de résolution de conflit privé⁶⁸⁴. Le GATT n'initie pas les procédures et n'y intervient que sollicité par une Partie contractante. Le Groupe spécial, mis en place alors, ne considère que les points soulevés dans la plainte ; sa mission se limite à l'éclairage des droits et obligations des Parties. Trait saillant de ce système "réactif", le Rapport du Groupe spécial ne pouvait être adopté que par consensus des Parties contractantes. Si le GATT de 1994 a mis fin à cette pratique de consensus⁶⁸⁵, l'autre trait persiste, *id est* l'initiation des plaintes uniquement par les Membres, à titre individuel. De la même façon, les sanctions sont appliquées par les Etats membres qui se sentent lésés dans leurs droits issus des accords. Certes, leur application se fait sous contrôle multilatéral - en cela, cette réactivité introduit davantage qu'"un peu d'objectivité" dans le système international, décrit par le professeur Jean Combacau, comme "par nature intersubjectif"⁶⁸⁶ -,

⁶⁸¹ A la décharge de l'Etat américain souvent décrié pour ses actions unilatérales, il faut relever ce passage concernant les ZFE du Bangladesh, du rapport du BIT (*précité* note Erreur : source de la référence non trouvée) : "Le visage des ZFE a changé depuis les initiatives prises par le BIT, l'UNICEF et l'ambassade des Etats-Unis à Dhaka pour mettre un terme au travail des enfants. Une enquête a été menée pour recenser les enfants de moins de 14 ans qui travaillent dans les usines de vêtements. Ils ont été placés dans des écoles construites et gérées par l'UNICEF, avec l'aide financière du gouvernement des Etats-Unis. Les enfants ainsi soustraits au travail ont été remplacés par d'autres travailleurs, souvent de la même famille. Une centaine d'écoles accueillent désormais ces enfants, et le BIT gère un programme d'inspection des usines visant à vérifier qu'aucun enfant n'y travaille". En l'absence de telles aides, néanmoins, et c'est ce qui se passe le plus souvent, les activités de ces enfants sont détournées vers le secteur informel ou pire vers la prostitution (éventualité relevée par G. FARJAT, *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 496).

⁶⁸² Cf. BENITAH Marc, *Fondements juridiques des subventions dans les systèmes GATT & OMC*, Librairie Droz, Genève, Paris, 1998., pp. 298-306.

⁶⁸³ M. DAMASKA, *The faces of Justice and State Authority : A Comparative Approach to The Legal Process*, Yale University Press, 1986, cité par BENITAH ci-dessus.

⁶⁸⁴ K.W. ABBOTT, "GATT as Public Institution : The Uruguay Round and Beyond", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. XVIII : 1, 1992, pp. 31s, cité par BENITAH, *in ibid*.

⁶⁸⁵ Plus précisément, comme nous l'a fait remarquer le professeur Brigitte STERN, le GATT de 1994 a instauré une règle de consensus inversé ou négatif selon laquelle l'Organe de règlement des différends ne peut *refuser* un rapport que par consensus.

⁶⁸⁶ COMBACAU Jean, "Le droit international : bric-à-brac ou système", *Archives de philosophie de droit*, t. 31, "Le système juridique", Sirey, 1986, pp. 104 et 105.

mais leur initiation procède de la seule volonté des Etats objectants⁶⁸⁷. Des auteurs comme les professeurs Marie-Ange Moreau et Gilles Trudeau, bien qu'ils reconnaissent que "les pratiques unilatérales sont fortement critiquables", ne démordent pas du fait que ces pratiques "ont prouvé tout comme le système généralisé de préférences que l'instauration d'un lien entre le commerce international et le respect des normes fondamentales était un moteur puissant dans les choix politiques faits par les Etats"⁶⁸⁸. La question du lieu rejoint ici la méthode.

D'autre part, si "la carotte et le bâton", pour reprendre les termes des mêmes auteurs, peuvent être opportuns pour diriger le pas des ânes⁶⁸⁹, encore faut-il qu'il y ait une personne vigilante pour les manier. Néanmoins, dans les rapports en société humaine et/ou inter-étatique, le droit est préférable. Et quand il s'agit de la protection des travailleurs, une certaine forme de droit est nécessaire. Si le droit de l'OMC correspond aux exigences des échanges marchands - permettant le cas échéant de négocier faveurs et concessions -, il permet tout aussi bien de tolérer un contrevenant à *n'importe lesquelles des obligations issues des accords* à partir du moment où aucune partie contractante ne réagit. Les sanctions parce qu'elles ont un

⁶⁸⁷ En effet, d'une part, l'article XXIII du GATT dispose que :

"1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est compromise du fait

qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord ;

ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord ;

ou qu'il existe une autre situation,

ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. (...)

2. (...) Si (les PARTIES CONTRACTANTES) considèrent que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier une telle mesure, elles pourront autoriser une ou plusieurs parties contractantes à suspendre, à l'égard de telle autre ou telles autres parties contractantes, l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général dont elles estimeront la suspension justifiée, compte tenu des circonstances".

⁶⁸⁸ MOREAU M.-A. & TRUDEAU G., "Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional", *JDI*, n° 4, 2000, p. 942.

⁶⁸⁹ MOREAU Marie-Ange et TRUDEAU Gilles, "L'opportunité du recours à une sanction économique en matière sociale (ou la nouvelle histoire de la carotte et du bâton)", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1996, pp. 41-56. Nous comprenons certes la métaphore mais elle nous renvoie outrageusement à des propos, d'une autre époque, prêtés au président James Monroe qui, pour imposer la volonté des Etats-Unis sur le sud du continent américain, aurait recommandé : "speak softly and carry a big stick".

caractère "comminatoire"⁶⁹⁰ et parce qu'elles sont infligées, le cas échéant, à un Etat, ne nous semblent pas appropriées pour faire respecter les normes de travail dans les zones franches dont les usines sont pour la plupart des installations précaires et ainsi, prêtes à se délocaliser. Mettant en jeu des ressources financières, l'existence de la règle ne fait qu'exacerber la compétition entre systèmes juridiques et favorise la corruption. L'ordre commercial international ne permet donc pas de garantir le respect d'un droit du travail qui doit être permanent et général.

Le droit du travail exige un certain formalisme pour exister. La clause sociale étant inscrite dans un système de droit qui ne respecte pas ce formalisme, elle ne peut pas être prise sérieusement pour du droit social, *i.e.* protégeant les travailleurs, même juste ceux des zones franches d'exportation dont la dépendance aux marchés extérieurs est avérée. La crédibilité d'une prise en compte de la dimension sociale des échanges nécessite décidément "une action collective de la communauté internationale conforme à la nature collective de l'enjeu"⁶⁹¹. Cette option est certes dépendante de la volonté des Etats qui, comme on l'a développé plus haut, ont du mal à s'extirper des pressions du marché⁶⁹². Néanmoins, la voie de l'OIT est la seule qui non seulement respecte la souveraineté de tous les Etats mais aussi défend autant les droits des travailleurs pour l'exportation que ceux des autres travailleurs, ceux des pays développés autant que ceux des pays en développement.

Dans la déclaration finale de l'Organisation mondiale du commerce lors de la conférence de Singapour (13 décembre 1996), si les "normes fondamentales du travail" établies par l'Organisation internationale du travail ont été reconnues, leur usage pour justifier des mesures restrictives à l'importation a été rejeté⁶⁹³. L'OIT, qui a été créée dans le but d'éviter qu'une nation puisse tirer avantage de "l'aviilissement du travail"⁶⁹⁴, est à nouveau pleinement en charge de la promotion du respect des droits des travailleurs. Le principe de souveraineté étatique à la base des organisations internationales ne permet cependant pas d'imposer "l'adoption de règles uniformes ou de mesures équivalentes assurant une condition égale et autant que possible meilleure pour tous les travailleurs du monde"⁶⁹⁵. L'on est obligé d'avancer à petits pas d'homme. Ainsi, en juin 1998, un autre petit pas (équivalent néanmoins

⁶⁹⁰ Jean CARBONNIER entend ainsi "une sanction destinée à exercer une pression psychologique par l'incertitude même de son application" (*in Flexible droit*, 5^{ème} éd., 1983, p. 136, note 19).

⁶⁹¹ MAUPAIN Francis, "OIT, justice sociale et mondialisation", *R.C.A.D.I.*, vol. 278, 1999, p. 297.

⁶⁹² Au sein de l'OIT, les représentants des employeurs des pays industrialisés partagent la position des pays en développement et s'opposent à établir tout lien entre la dimension sociale et la libéralisation des échanges. Cf. "L'organisation mondiale du commerce et la clause sociale", *Revue internationale du travail*, 1994, vol. 133, n° 3, p. 454.

à un tour de force diplomatique) est accompli⁶⁹⁶. En effet, par une Déclaration, tous les membres de l'OIT ont reconnu que, "même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ils ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter de bonne foi et conformément à la Constitution (de l'Organisation), les principes concernant les droits fondamentaux qui font l'objet desdites conventions, à savoir :

- la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective,
- l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire,
- l'abolition effective du travail des enfants,
- l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession"⁶⁹⁷.

Certes, l'adoption de la Déclaration n'engage guère au respect des obligations détaillées inscrites dans les conventions ratifiées⁶⁹⁸. Elle oblige cependant à fournir des rapports annuels et permet un contrôle multilatéral mais aussi une substantielle assistance du BIT dans les domaines considérés⁶⁹⁹. Elle établit en fait une procédure comparable à celle qui existe en matière de liberté syndicale pour les autres matières mentionnées. La liberté syndicale avait en effet déjà une place à part dans la Constitution de l'OIT. A partir de l'article 10.1 donnant

⁶⁹³ "Nous renouvelons notre engagement d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues. L'Organisation internationale du travail est l'organe compétent pour établir ces normes et s'en occuper, et nous affirmons soutenir les activités qu'elle mène pour les promouvoir. Nous estimons que la croissance économique et le développement, favorisés par une augmentation des échanges commerciaux et une libéralisation plus poussée du commerce, contribuent à la promotion de ces normes. Nous rejetons l'usage des normes de travail à des fins protectionnistes et convenons que l'avantage comparatif des pays, en particulier des pays à bas salaires, ne doit en aucune façon être remis en question". (OMC, Déclaration ministérielle de Singapour du 13 décembre 1996, Doc. WT/MIN(96)/DEC/W). Voir Site internet (wto.org).

⁶⁹⁴ Il est dit notamment dans le préambule de la constitution de l'organisation (partie XIII du Traité de Versailles, 1919) que "la non-adoption par une Nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres Nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs de leurs propres pays".

⁶⁹⁵ Le premier président du Bureau international du travail (1920-1932), Albert THOMAS justifiait la création de l'OIT "par un souci d'humanité et par la crainte d'une concurrence mutuelle déloyale, à assurer par l'adoption de règles uniformes (projet de convention) ou de mesures équivalentes une condition meilleure et autant que possible égale pour tous les travailleurs du monde" (*in* "L'organisation internationale du travail. Origine-Développement-Avenir.", *Revue internationale du travail*, 1921, n° 1, reproduit dans la même revue, 1996, n° 3-4, p. 283).

⁶⁹⁶ Cf. pour l'historique, BIT, Examen d'une éventuelle déclaration de principes de l'OIT relative aux droits fondamentaux et de son mécanisme de suivi, Rapport VII à la Conférence internationale du travail, 86^{ème} session, Genève, 1998.

⁶⁹⁷ OIT, Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux du travail et son suivi, 18 juin 1998 (voir site de l'organisation : ilo.org).

pouvoir au Bureau de faire des enquêtes spéciales prescrites par la Conférence ou le Conseil d'administration, a été mise en place la procédure de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale. Sans créer des obligations allant au-delà de celles auxquelles les Etats ont déjà souscrit en qualité de Membres, elle a permis de conduire une action de promotion relativement efficace⁷⁰⁰. C'est le premier avantage issu de l'approche OIT par rapport à la clause sociale. La ratification d'une convention de l'OIT n'est en effet pas toujours synonyme d'application des normes ; à plus forte raison, l'adoption de la Déclaration non plus. Dans les deux cas, toutefois, l'Etat en question est obligé à une collaboration étroite avec le BIT. Lorsque l'on sait que le manque de moyens d'application est une des raisons de la non ratification des conventions⁷⁰¹, la Déclaration est une bonne voie vers le respect des normes fondamentales. Le second avantage que l'on peut attribuer à cette approche est qu'elle répond à la question de la double contrainte (ou dilemme du prisonnier). Le caractère collectif de la Déclaration, *i.e.* le fait qu'elle engage tous les membres sans exception de l'OIT, éloigne la crainte d'une concurrence par l'abaissement des normes du travail qu'auraient pu avoir des

⁶⁹⁸ L'article 33 de la Constitution de l'OIT donne au Conseil d'administration le pouvoir de recommander à la Conférence internationale (donc sur une base multilatérale et tripartite) "telle mesure qui lui paraîtra opportune" lorsqu'un Etat - dont il a été établi, au terme d'une plainte soumise conformément à l'article 26, qu'il n'assurait pas d'une façon satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle il est partie - ne se conforme pas dans les délais prescrits aux conclusions et recommandations, formulées par l'organe concerné, c'est-à-dire soit la commission d'enquête, soit, en cas "d'appel", la Cour internationale de justice. *Cf.* pour développement, MAUPAIN Francis, "OIT, justice sociale et mondialisation", *R.C.A.D.I.*, vol. 278, 1999, pp. 205-396, spéc. p. 297.

⁶⁹⁹ En vertu de l'article 19 de la Constitution de l'OIT, auquel se réfère explicitement la Déclaration, qui oblige les Etats d'une part à soumettre les conventions adoptées par la Conférence internationale du travail à l'autorité nationale compétente et à informer le Directeur général du résultat et, d'autre part, à faire des rapports sur l'état de leur législation et de leur pratique. A cet égard, le Bureau est chargé, par l'article 10, de fonctions très diverses de collecte et de diffusion de l'information, d'assistance aux gouvernements en matière d'élaboration mais aussi en matière d'application des normes et de contrôle. Le Directeur général, annuellement, fait un rapport à la Conférence internationale du travail sur la progression de chaque Etat membre. *Cf.* pour développement, MAUPAIN F., *précité*, spéc. pp. 219-221.

⁷⁰⁰ *Cf.* HANSENNE Michel, Des valeurs à défendre, des changements à entreprendre, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁷⁰¹ *Cf.* CHARNOVITZ Steve, "Trade, Employment and Labour Standards : the OECD Study and Recent Developments in the Trade and Labour Standards Debate", 11 *Temp. International and Comparative Law Journal* 131 (1997), at 142, *cité par* C. O'NEAL TAYLOR, "Linkage and Rule -Making : Observations on Trade and investment, and Trade and Labour", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, n° 2, 1998, p. 661, spéc. note 88.

Etats liés dans le cas de normes conventionnelles. De ce fait, cette voie est la seule pouvant réellement casser la double contrainte qui empêche l'amélioration des conditions des travailleurs par la menace d'une fuite des investissements, et donc des emplois. Evidemment, la déclaration de 1998 ne résout pas tout mais elle résout de façon progressive et moins discriminatoire, au profit réel des travailleurs, les problèmes auxquels la clause sociale était appelée à remédier.

Le même problème de double contrainte marque le régime fiscal des investissements dans les zones franches. Les solutions doivent de la même façon être recherchées sur une base collective pour avoir prise sur le marché global et laisser aux Etats une marge de manœuvre suffisante afin de ne pas susciter leur irritation.

II/ La lutte contre la concurrence fiscale dommageable

L'instrument fiscal relève par excellence du domaine de la souveraineté. Son utilisation pour stimuler les industries ou encore le commerce ne regarde en principe que l'Etat qui le manie. On ne peut pas invoquer ici une "compétence universelle" relative, par exemple, à la protection des droits de l'homme. Néanmoins, par leurs effets et ampleurs, les régimes fiscaux préférentiels suscitent des réactions au niveau international. D'une part, l'effet sur le commerce international d'une incitation fiscale dans le prix d'une marchandise exportée a conduit à l'émergence d'une réglementation en matière de subvention qui remonte à l'Accord général de 1947. D'autre part, depuis quelques années, avec le rétrécissement du monde dû aux nouvelles technologies rapprochant les marchés et favorisant la recherche par les entreprises du moindre coût pour leur implantation, la concurrence fiscale dommageable est à l'ordre du jour des instances internationales. Ainsi, illustrent cette évolution l'apparition du code de conduite européen pour l'imposition des entreprises du 1er décembre 1997, adopté par une résolution conjointe du Conseil de l'Union européenne et des représentants des Etats membres⁷⁰² ou encore, celle de la recommandation de l'OCDE d'avril 1998 sur la lutte contre la concurrence fiscale dommageable⁷⁰³.

⁷⁰² Cette résolution est, selon l'exposé des motifs, "un engagement politique et n'affecte pas les droits et obligations des Etats membres ou les sphères de compétences respectives des Etats membres et de la Communauté résultant du traité". Citée par DAVID Cyrille, "Comparaison entre le code de conduite communautaire et la recommandation de l'OCDE sur la concurrence fiscale déloyale", in Colloque de l'Association Internationale de Droit Economique : *La concurrence fiscale déloyale*, *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999/3, pp. 309 s.

Un régime de zones franches d'exportation est concerné par les deux niveaux d'action. Parce que liées au commerce international, les incitations fiscales qu'il consent peuvent être saisies par les Accords du GATT / OMC⁷⁰⁴ ; et, parce qu'il les met en place pour attirer des investissements, il peut causer des dommages et aux pays d'origine qui se sentent dépossédés et aux pays qui n'ont pas établi le même type de régime.

Par ailleurs, l'effet pervers, déjà relevé, l'alignement vers le bas de l'imposition fiscale - et, ainsi des recettes et des dépenses de l'Etat en matière d'actions publiques - incite à envisager une éventuelle harmonisation, ou du moins l'instauration concertée de règles du jeu entre pays ayant établi un régime de zones franches. Comme le souligne le rapport de l'OCDE précité, "un pays qui offre un régime fiscal préférentiel dommageable n'est guère incité à le supprimer, puisque cela pourrait simplement amener l'activité à se déplacer vers un autre pays continuant d'offrir un traitement préférentiel"⁷⁰⁵. Dans une telle situation, il est d'autant plus difficile d'accorder les intérêts individuels de chaque Etat sans une action collective ou une autre surdétermination qui s'imposerait à tous.

Deux modèles semblent ainsi possibles pour limiter cette concurrence dommageable entre les régimes nationaux de zones franches. D'une part, un modèle hégémonique de régulation qui, initiée par des grands Etats, se propagerait par "effet de club"⁷⁰⁶. D'autre part, un modèle de coopération du droit international où les Etats pourraient collaborer et mettre en place une réglementation commune sinon harmoniser leurs législations. Aussi, nous étudierons le code de conduite et les diverses réglementations de l'Union européenne qui peuvent servir d'exemple d'une harmonisation de la politique fiscale entre des Etats concurrents. Auparavant, nous examinerons la tentative de régulation internationale de la concurrence fiscale dommageable due aux régimes fiscaux préférentiels relatifs aux services et activités financières, ne serait-ce que parce qu'elle est susceptible d'être reproduite pour les régimes de zones franches industrielles d'exportation.

⁷⁰³ Adoptée par le Conseil des ministres de l'OCDE le 9 avril 1998, par 27 voix sur 29, le Luxembourg et la Suisse s'étant abstenus. Cf. O.C.D.E., *Concurrence fiscale dommageable*, Comité des Affaires Fiscales, Paris, 1998.

⁷⁰⁴ Cf. *infra* pour développement : le Chapitre II du Titre II.

⁷⁰⁵ Cf. OCDE, *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 42.

⁷⁰⁶ Pour profiter des avantages d'un club, ceux qui aspirent à devenir membres se soumettent aux conditions de celui-ci.

A/ Un modèle hégémonique de régulation : la régulation internationale des régimes fiscaux préférentiels relatifs aux services et activités financières

La régulation est ici envisagée dans le sens d'action visant le contrôle de pratiques fiscales dommageables. L'usage du terme de réglementation internationale est, en effet, ici exclu à cause de l'absence, en général, de participation et de consentement des Etats auxquels vont s'appliquer les mesures. Avant de les développer, nous examinerons d'abord l'objet éventuel de ces actions internationales..

1) Les régimes fiscaux préférentiels relatifs aux services et activités financières

Equivalent et support du régime de zones franches d'exportation du secteur manufacturier, ces régimes que l'on peut appeler régimes de zone franche d'exportation de services s'adressent à toutes activités de propositions de services à l'étranger. Plusieurs domaines peuvent être concernés : secteur bancaire, expertise comptable, conseil, marketing, contrôle de qualité et même recrutement de main-d'œuvre internationale. En ce début du XXIème siècle, les secteurs générateurs des plus importantes activités sont ceux liés à l'informatique. Internet en effet a affranchi les opérateurs des difficultés liées à la distance et a favorisé la délocalisation des services informatisés vers les pays à bas salaire. Ainsi, des travaux de saisie et de mise en page de texte comme les annuaires téléphoniques des pays développés se font souvent dans des zones franches de services du Tiers-monde. On assiste aussi au développement du *e-commerce* et autres services en ligne ou encore des services traditionnels pour lesquels Internet facilite la transmission des données et des résultats. Ainsi par exemple, Swissair a transféré sa comptabilité en 1993 à sa filiale Airline Financial Support Services India, à Bombay, dans une zone franche de services. Quant aux transactions (achats réciproques de billets) entre Swissair et d'autres compagnies aériennes alliées, elles sont compensées par une unité localisée à Londres. Un logiciel (californien) connecte Bombay, Londres et le siège à Zurich⁷⁰⁷. Un autre avantage, en sus des faveurs fiscales indiennes que la compagnie retire de cette délocalisation, est représenté par le coût salarial :

⁷⁰⁷ Exemple cité par ANDREFF Wladimir, "La déterritorialisation des multi-nationales : firmes globales et firmes-réseaux, in BADIE Bertrand et SMOUTS Marie-Claude (sous la direction de), *L'international sans territoire*, L'Harmattan, Paris, 1996, p. 389.

un comptable suisse coûte 70.000 dollars américains par an alors qu'un comptable indien coûte à peine 3000 \$⁷⁰⁸.

Cependant, l'activité créée par les régimes de zones franches de services la plus développée reste celle du secteur financier.

Une zone franche bancaire, un centre financier extraterritorial ou plus couramment une place *offshore* est une aire géographique où les banques et services financiers de toutes origines exercent leurs activités librement à condition de travailler avec des devises étrangères et des personnes morales ou physiques non-résidentes. Là encore, la vocation extérieure du service offert en est une condition *sine qua non*. Les activités qui peuvent être menées dans ce secteur sont l'assurance, la gestion de fonds, de portefeuilles et autres fonds de pension, l'établissement des sièges sociaux, les services de conseils internationaux, le transport maritime et la gestion des armements, le financement et le crédit-bail pour les aéronefs, l'émission de licences et de franchises au niveau international.

Afin d'attirer les activités financières internationales, les zones franches financières proposent de nombreux avantages dont les principaux sont les suivants :

- au niveau fiscal, il n'y a généralement pas de TVA. L'impôt sur les bénéfices est souvent inexistant ou tout au moins inférieur à celui prévalant dans les pays d'origine. La fiscalité sur les intérêts des placements financiers est également très favorable.
- d'un point de vue structurel, une banque délocalisant une partie de ses activités dans une zone franche bancaire y trouvera une atténuation des réglementations de tous ordres, notamment en ce qui concerne les contrôles de la monnaie et du crédit. Ainsi, le contrôle de changes y est absent, les systèmes de réserves ne sont pas obligatoires, il n'y a pas de normes d'encadrement du crédit et la dotation en capital est réduite au minimum.

Leur prospérité tient à la fois au secret bancaire et au régime fiscal favorable qui leur est accordé. Ainsi, les sociétés implantées dans l'*International Financial Services Centre*, situé dans les docks de Dublin en Irlande, sont imposées sur les bénéfices réalisés au taux très attractif de 10%. Ces entreprises exportent leurs services hors d'Irlande et se livrent à des opérations bancaires, d'assurances ou de prêts à des sociétés commerciales ou industrielles. Ce

⁷⁰⁸ KORTEN David, *When Corporations Rule the World*, Kumarian Press & Berret-Koehler, 1995, cité par VERNE Gérard et BERTRAND Jacques, "Ethique de production en sous-traitance : le cas de l'industrie du vêtement", in BORGHI Marco et MEYER-BISCH Patrice (sous la direction de), *Ethique économique et droits de l'homme*, Editions universitaires, Fribourg Suisse, 1998, p. 101.

régime de faveur est applicable jusqu'en 2005 et a reçu l'agrément préalable de la Commission européenne⁷⁰⁹.

Par ailleurs, si les Etats disposant de paradis fiscaux répugnent (et sûrement ont des difficultés) à conclure des traités de non-double imposition avec d'autres Etats à cause des clauses d'échanges d'informations insérées dans ces traités, ceux établissant des centres financiers extraterritoriaux veulent compter parmi leurs avantages comparatifs un réseau de traités de non-double imposition avec le maximum d'Etats, généralement exportateurs et importateurs de capitaux. Car si l'intérêt le plus apparent de ces zones est l'évitement du fisc du pays d'origine, un intérêt stratégique consistant à leur utilisation comme base d'investissement justifie une relative tolérance. Ainsi, l'île Maurice qui a conclu des traités de non-double imposition avec des pays européens comme la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne et des pays de l'Océan indien comme l'Inde, Madagascar, l'Afrique du sud ou encore plus loin, la Chine, peut se prétendre être un "*critical platform for foreign investment, acting as a hub to enter the European market, African, South East Asian and Indian Ocean regions*"⁷¹⁰. L'investisseur européen peut en effet faire un détour par le *Mauritius Offshore Business Centre* pour gagner l'Inde ou un autre pays et ainsi éviter partiellement le fisc du pays d'origine, celui du pays cible, s'il investit dans une zone franche, et évidemment celui de l'île Maurice. L'investisseur devra seulement s'enregistrer comme une *Mauritian Offshore Company* et avoir un siège social structuré sur l'île. Cette dernière condition étant, d'après les officiers de la *Mauritius Offshore Business Activities Authority* (MOBAA), l'exigence essentielle différenciant un paradis fiscal, qui nécessite juste une "boîte à lettres", d'un centre financier extraterritorial.

Cependant, le régime de place financière extraterritoriale n'est pas sans créer des inquiétudes dans la communauté internationale. "Dans cet espace supposé international", remarque en effet le professeur G. Burdeau, "surgissent de nombreuses zones d'ombre liées soit à une déliquescence de la souveraineté, soit au contraire à son usage abusif"⁷¹¹. Les facilités considérables que le régime *offshore* offre aux capitaux afin d'échapper au cadre réglementaire (notamment du point de vue fiscal) de leur pays d'origine favorisent l'évasion

⁷⁰⁹ LAMBERT Thierry, "Paradis fiscaux, la filière européenne", *Le Monde Diplomatique*, octobre 1994, p.8-9.

⁷¹⁰ NARSINGHEN Hambyrajen, *Legal/Institutionnal Framework of Investment/Business in Mauritius*, Consultancy for Milton Parker Associates Co. Ltd., Quatre-Bornes, Mauritius, 1998, p. 1.

⁷¹¹ BURDEAU Geneviève, "Le FMI et la surveillance de l'espace monétaire et financier mondial", in E. LOQUIN & C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), LITEC, Paris, 2000, p. 270.

fiscale (dommageable pour le pays d'origine) mais surtout le risque d'instabilité financière (à un niveau plus global) ; et en cela, la préoccupation des instances financières internationales dépasse largement la concurrence fiscale dommageable. L'assurance de confidentialité renforcée de ces opérations attire, par ailleurs, les flux financiers liés au trafic de la drogue. D'après une récente étude du FMI, 5000 milliards de dollars transitent par ces centres financiers particuliers, soit la moitié des actifs financiers transfrontaliers⁷¹². Face au volume de ces flux et à l'ampleur des risques, émerge alors de la part des grands pays industriels une volonté de coopération internationale.

2) La réaction de la collectivité financière internationale

Nous allons décrire l'action générale de la collectivité financière internationale avant d'examiner, en particulier, la recommandation de l'OCDE d'avril 1998 sur la lutte contre la concurrence fiscale dommageable déjà citée.

a) La réaction de la collectivité internationale à l'égard des places *offshores* est motivée par le risque qu'elles recouvrent, d'une part, un trafic maffieux et, d'autre part, des flux instables et incontrôlés menaçant l'économie mondiale.

D'une part, en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sale, le G7 a créé en 1989 le Groupe d'action financière internationale contre le blanchiment des capitaux (GAFI), dans le cadre de l'OCDE tout d'abord. Il regroupe, en 2002, 29 pays et deux organisations internationales : l'Union européenne et le Conseil de coopération du Golfe (persique). Il étudie les moyens, notamment le cadre législatif nécessaire, pour limiter la possibilité des délits et fait des recommandations pour assurer la transparence et la coopération judiciaire entre les Etats. Il s'efforce de "susciter la volonté politique nécessaire pour réformer au plan national les lois et réglementations afin de lutter contre le blanchiment"⁷¹³. Pour ce faire, il publie des listes de "pays ou territoires non-coopératifs" (*sic*), fait des rapports d'étape sur l'évolution de leurs comportements, notamment quant à l'introduction d'un régime anti-blanchiment (recommandé par le GAFI) dans leur législation ainsi que sur son application. Eventuellement, il sort des listes les pays les plus coopératifs. Etre sur ces "*blacklists*" est en soi préjudiciable pour les zones franches bancaires. Comme l'a bien compris un responsable de la *Mauritius Offshore Business Activities Authority*, M. Soudesh Jowaheer : "*Dirty money*

⁷¹² Citée par *Le Monde* du 28-29 mai 2000, pp. 1,2 et 13.

⁷¹³ Informations disponibles sur le site de l'OCDE (www.ocde.org/fatf).

makes the most of investments, concerned with confidentiality, run away"⁷¹⁴. Ainsi, la publication imminente de la liste du GAFI en juin 2000 a pu accélérer l'introduction d'une loi sur la criminalité économique et la lutte contre le blanchiment dans le régime mauricien⁷¹⁵.

Quinze "juridictions" étaient identifiées par la liste du GAFI comme étant " non-coopératives " dans la lutte mondiale contre le blanchiment de l'argent sale : les Bahamas, les îles Caïmans, les îles Cook, la Dominique, Israël, le Liban, le Liechtenstein, les îles Marshall, Nauru, Niue, Panama, les Philippines, la Russie, St. Christophe et Niévès, et St. Vincent et les Grenadines.

D'autre part, au vu du rôle important des centres *offshores* dans les récentes crises financières, dans l'accélération de la crise asiatique en 1997 et, un an plus tard, dans la transmission du mouvement de panique créé par la défaillance russe pour assumer certaines de ses obligations⁷¹⁶, "l'on a réclamé une réforme du système (financier international) et même la création d'une nouvelle architecture mondiale"⁷¹⁷. Le 3 octobre 1998, les ministres des finances et les gouverneurs des banques centrales du G7 ont chargé le président de la Deutsche Bundesbank, M. Hans Tietmeyer, de mener des consultations avec les instances de régulation et de supervision financières nationales et internationales en vue de la création d'une structure réfléchissant autour de deux axes : le renforcement de la surveillance du secteur financier et l'amélioration de la coordination des actions des différents organismes. A la suite de ses propositions, le G7 a décidé, le 20 février 1999, la création du Forum de stabilité financière (FSF). Le Forum est composé de représentants des ministres des finances, des banques centrales, des instances nationales de supervision du G7 et de quatre autres pays qui comptent, selon le FSF, des secteurs financiers importants à l'échelle internationale, à savoir l'Australie, les Pays-Bas, Hong Kong et Singapour. On note également, outre l'absence de la Suisse, la présence au sein du Forum des représentants d'institutions financières internationales (FMI, Banque mondiale, Banque des règlements internationaux) et des instances internationales de régulation (Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Organisation internationale des commissions de valeurs, Association internationale des contrôleurs d'assurances, Comité sur les systèmes de paiements et de règlement, OCDE). En avril de la

⁷¹⁴ JOWAHEER Soudesh, MOBAA Manager, entretien individuel avec l'auteur, Port-Louis, Mai 2000.

⁷¹⁵ Economic Crimes and Anti-Money Laundering Bill, adopté le 13 juin 2000.

⁷¹⁶ Le professeur G. Burdeau note justement "qu'à la différence des crises des années 80, les crises financières des années 90 se sont caractérisées par le rôle prédominant joué par les créanciers et les débiteurs privés", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 270.

⁷¹⁷ PALMER John, " Evolution du Forum sur la stabilité financière ", Conférence bancaire de Londres, 22 novembre 1999, disponible sur le site des instances financières canadiennes (www.ofsi-bsif.gc.ca).

même année, le Forum demande à un groupe de travail en son sein, présidé par le Surintendant des institutions financières du Canada, M. John Palmer, de "déterminer si les places extraterritoriales représentent une menace pour la stabilité financière mondiale et, dans l'affirmative, de recommander les mesures qui s'imposent"⁷¹⁸. Le groupe de travail rend en mars 2000 son rapport sur les centres financiers extraterritoriaux qui est publié par le FSF le 5 avril. Le rapport distingue les différentes zones franches financières et ne les considère pas toutes comme des paradis fiscaux : "*Offshore financial activities are not inimical to global financial stability provided they are well supervised and supervisory authorities co-operate. (...) Offshore financial centres that are unable or unwilling to adhere to internationally accepted standards for supervision, co-operation, and information sharing create a potential systemic threat to global financial stability*"⁷¹⁹. Outre la coopération des différents centres, le rapport recommande des règles prudentielles communes pour améliorer la traçabilité des flux financiers et réduire leur volatilité. Le 26 mai 2000, le FSF publie la liste de 42 centres financiers francs répartis en trois groupes, classés selon leur degré de réglementation et de sérieux, *id est* leur degré de coopération avec ce que M. J. Palmer appelle "la collectivité financière internationale"*(sic)*. Le premier groupe, dont le niveau de coopération est jugé satisfaisant et disposant d'un système de réglementation "*largely of a good quality*" *(sic)*, est notamment composé de Hong Kong, Luxembourg, Singapour, la Suisse, Dublin et les îles Anglo-Normandes. Le deuxième groupe, avec Andorre, Bahreïn, les Barbades, Gibraltar, Labuan (Malaisie), Macao, Malte et Monaco, présente une qualité de réglementation inférieure à celle du précédent. Enfin, un troisième groupe offre peu de garantie en matière de réglementation et de surveillance financières. On y trouve surtout des îles paradisiaques des Caraïbes, du Pacifique, mais aussi Chypre, Maurice ou encore le Liechtenstein, le Liban et Panama. Il est clair que la publication de cette liste a semé le trouble dans le milieu. En effet, la sanction y est vue "plus proche de la sanction de l'Eglise"⁷²⁰ que de celle d'un ordre juridique classique, dans le sens où, dans le monde des affaires, la crainte de la perte de confiance avec toutes ses conséquences l'emporte sur les autres considérations. Etre sur cette liste est considéré comme une excommunication financière au point que tous redoutent et réfutent leur classement par le FSF. Ainsi, la Suisse, figurant pourtant dans le groupe de tête, refuse

⁷¹⁸ PALMER John, *ibid.*

⁷¹⁹ *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres*, Avril 2000, disponible sur le site du FSF (www.fsforum.org).

⁷²⁰ Termes empruntés à Paul REUTER, Cours à l'IHEI, 1952-1953, Paris, p.26, cité par Prosper WEIL, "Le droit international économique" in Colloque SFDI, Orléans, *Aspects du droit international économique. Elaboration, contrôle, sanction*, Pedone, Paris, 1972, p. 9.

d'être qualifiée de place financière extraterritoriale. Le Département fédéral des finances rappelle qu'il n'y a pas de traitement préférentiel réservé aux non-résidents dans le domaine bancaire helvétique et qu'en matière de surveillance et de réglementation, la Suisse dispose de "normes qui correspondent à celles de toutes les autres grandes places financières"⁷²¹. Il rappelle aussi, afin de lever toute ambiguïté sur la probité des banques suisses, que la Confédération helvétique est membre du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et est membre fondateur du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux.

De la même façon, l'île Maurice, par exemple, récuse son classement parmi les paradis fiscaux. "Although many financial centres have flourished without tax treaties (id est, these are tax haven), Mauritius being a tax planning jurisdiction has focused on the development of its offshore centres on the use of its growing network of double taxation agreements"⁷²². Les officiers de la Mauritius Offshore Business Activities Authority (MOBAA) - qui prêtent le même serment que les juges à la Cour Suprême - assurent la transparence de leurs actions et, selon leur dire, coopèrent volontiers avec les instances de supervision internationales et nationales des autres pays. Ils mettent en avant les obligations d'information contenues dans les traités de non-double imposition signés par l'Etat mauricien, dont la plupart sont fondés sur le modèle de traité OCDE.

A partir des recommandations des deux instances de supervision financière internationale, l'on peut tracer une ligne de démarcation entre les paradis fiscaux (jugés plus nocifs du point de vue du blanchiment d'argent sale et de la concurrence fiscale) et les autres places financières extraterritoriales⁷²³ : Outre le critère évoqué plus haut d'exigence d'un siège social structuré pour les *offshore companies*, d'autres critères peuvent distinguer les autres places financières extraterritoriales des paradis fiscaux, notamment donc, l'existence même minimale d'une fiscalité mais surtout, l'acceptation de la coopération internationale tant administrative que judiciaire et, d'autre part, la densité des réglementations de contrôle concernant :

- la surveillance des institutions financières ;

⁷²¹ Propos du Ministre helvétique des Finances Kaspar Viliger, recueillis par Associated Press, publiés sur le site *news de yahoo*, 30 mai 2000.

⁷²² MOBAA, Mauritius, The International Financial Services Centre, Port-Louis, 1999, p.24.

⁷²³ Du point de vue économique, la part non-prépondérante dans le produit national des produits *offshore* peut être considérée comme critère de différenciation. Par exemple, d'après M. Jowaheer, MOBAA Manager, 3% du produit intérieur brut mauricien vient du secteur *offshore* alors que cette part peut atteindre 80% pour les îles Caïmans.

- la délivrance d'agréments et l'établissement de ces institutions, y compris l'évaluation des antécédents des directeurs et propriétaires bénéficiaires ;
- l'identification des clients et des transactions.

b) Parallèlement à cet activisme de la "collectivité financière internationale", l'OCDE a aussi mené des travaux qui couvrent les régimes fiscaux préférentiels dommageables dans les rapports entre ses membres mais aussi entre ses membres et les autres Etats. Elle a ainsi élaboré la recommandation précitée d'avril 1998⁷²⁴. Elle ne distingue pas les paradis fiscaux des autres régimes fiscaux préférentiels. Elle met plutôt l'accent sur la concurrence déloyale qui peut venir des deux types de régime, et énumère des critères, dans une liste non limitative, pour reconnaître les mesures potentiellement dommageables. Ainsi, il faut tenir compte, entre autres, des facteurs qui suivent⁷²⁵ :

- le "cantonnement" du régime, *i.e.* les avantages fiscaux sont réservés à des non résidents ou à des transactions réalisées par eux ;
- le refus explicite ou implicite d'accès aux marchés nationaux pour les investisseurs qui bénéficient du régime fiscal de faveur, *i.e.* les avantages sont cloisonnés afin de ne pas affecter le marché domestique ;
- ces avantages sont accordés même à défaut de toute activité économique ou présence substantielle dans l'Etat en cause ;
- le non-respect des principes internationaux applicables au prix de transfert, et spécialement les règles admises dans les pays membres de l'OCDE ;
- la non-transparence dans l'application des règles (manque de transparence résultant des règles elles-mêmes, mais aussi pouvant découler de ce que les règles légales en vigueur font l'objet de tolérances non transparentes au niveau administratif) ;
- l'absence de véritable échange de renseignements, spécialement en matière bancaire, avec des institutions extérieures ;
- la possibilité de négocier le taux ou l'assiette de l'imposition ;
- l'existence de dispositions relatives au secret ;
- une définition artificielle de la base d'imposition ;
- l'accès de l'Etat à un vaste réseau de conventions fiscales internationales

⁷²⁴ Cf. note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁷²⁵ Cf. OCDE, Concurrence fiscale dommageable, 1998, pp. 21-40.

- et la promotion de régimes préférentiels en tant qu'instruments de minimisation de l'impôt.

Par ailleurs, il y est aussi supposé que si le régime fiscal préférentiel constitue la motivation première de la décision d'investir dans un endroit donné, cela peut indiquer que ce régime est potentiellement dommageable.

Contre les pratiques fiscales dommageables, les pays de l'OCDE ont adopté, joints à la recommandation précitée, des *Principes directeurs pour le traitement des régimes fiscaux préférentiels dommageables*⁷²⁶. Ces principes directeurs sont à appliquer sur une base volontaire et dans un esprit de coopération internationale. Ils comprennent dix-neuf recommandations à appliquer aux niveaux national, bilatéral et multilatéral.

Au niveau national, les pays de l'OCDE sont encouragés à adopter des réglementations transparentes, notamment concernant le contrôle des sociétés étrangères, qui permettraient au pays d'origine de la société-mère d'exercer ses prérogatives fiscales à l'égard des filiales étrangères faiblement imposées, et concernant l'application des Principes directeurs de l'OCDE de 1995 en matière de prix de transfert à l'intérieur d'un même groupe de sociétés. En ce qui concerne les caractéristiques des régimes fiscaux préférentiels considérés comme dommageables, les pays membres doivent les éliminer de leur législation au 31 décembre 2005 au plus tard.

Au niveau bilatéral, les pays membres sont encouragés à intensifier les échanges de renseignements sur les paradis fiscaux et les régimes fiscaux préférentiels. Les entités opérant dans le cadre d'un régime fiscal dommageable devraient être exclues partiellement ou totalement du bénéfice des conventions fiscales de non-double imposition. Il est en outre demandé de dénoncer les conventions fiscales conclues avec des paradis fiscaux.

Sur le plan multilatéral, il est créé un Forum sur les pratiques fiscales dommageables chargé d'examiner la mise en œuvre des 19 recommandations et d'établir une liste des paradis fiscaux et régimes préférentiels dommageables.

La complexité des 19 recommandations, d'une part, et une certaine impudence vis-à-vis des souverainetés, d'autre part, font croire qu'elles auront du mal à être toutes appliquées. Que l'on en juge par la réaction, marquée par un humour très britannique, de M. Philip Baker, OBE, Barrister et professeur au Queen's Mary and Westfield College, lors du colloque de l'Association française de droit économique, qui s'est tenu le 15 juin 1999 à l'Université Paris IX - Dauphine :

⁷²⁶ Cf. OCDE, précité, pp. 75-80.

"(...) Traditionnellement, le Royaume-Uni a été un chaud partisan du comité sur les questions fiscales (de l'OCDE). Il n'est pas certain que la Grande-Bretagne adhère à 100% aux travaux relatifs à la concurrence fiscale déloyale. Je considérerai d'abord la politique fiscale intérieure de la Grande-Bretagne, puis la question des territoires d'outre-mer.

En tant que membre de l'OCDE, le Royaume-Uni est dans l'obligation de procéder à une sorte d'introspection et vous savez que tous les membres de l'OCDE doivent ainsi se demander s'ils ne sont pas des paradis fiscaux et s'ils n'ont pas dans leur système fiscal des dispositions qui pourraient constituer des pratiques relevant de la concurrence fiscale. Par exemple, imaginez la Suisse disant : "Oh ! oui, nous reconnaissons que nous sommes un paradis fiscal" ; ce serait très amusant ! Je ne suis pas un parieur mais je veux bien parier qu'aucun membre de l'OCDE ne va dire qu'il est un paradis fiscal. Quelques-uns voudront bien reconnaître qu'ils ont des mesures fiscales préférentielles qui pourraient faire l'objet d'une étude dans la perspective de la lutte contre la concurrence fiscale déloyale, mais on aboutira à une distinction clairement soulignée entre les paradis fiscaux et les pays comportant simplement des pratiques fiscales préférentielles déloyales. On posera ainsi délibérément une ligne de clivage entre "eux" et "nous", car les Etats membres de l'OCDE ne sont pas des paradis fiscaux ... dans la terminologie de l'OCDE. (...)

Ce qui est beaucoup plus délicat, c'est la prise en considération par les travaux de l'OCDE des territoires d'outre-mer britanniques. Car il est absolument clair que ces territoires d'outre-mer sont concernés par ce que l'OCDE appelle les "paradis fiscaux" et l'OCDE est en train de leur faire un procès pour décider s'ils sont oui ou non des paradis fiscaux. Les territoires d'outre-mer sont malheureux de voir que la Grande-Bretagne ne fait aucun effort pour les protéger des soupçons de l'OCDE. On perçoit cela à certains changements qu'on peut observer dans les territoires en direction de l'indépendance. Il y a eu des articles dans ce sens par exemple aux Bermudes et aussi dans les îles Caïmans. J'avais envie de donner comme sous-titre à cette partie de mon exposé : "L'empire britannique et le rôle de l'OCDE dans son démantèlement". (...)

L'approche traditionnelle de la Grande-Bretagne à l'égard de ces territoires - paradis fiscaux a été de les tolérer. Le gouvernement britannique a accepté que les paradis fiscaux continuent d'exister. En effet, l'idée était qu'il valait mieux maintenir ces paradis sous le contrôle de la Grande-Bretagne, ce qui permettait un plus haut niveau de régulation des services financiers que celui des paradis qui sont inaccessibles et qui, par conséquent, ne font pas l'objet d'une supervision aussi rigoureuse. Le gouvernement vient ainsi d'achever une étude pour améliorer la régulation financière pour des places comme Jersey, Guernesey ou l'île de Man. Or, ces centres qui connaissent un niveau de contrôle assez bon, sont sur le point d'être qualifiés de "paradis fiscaux". C'est pourquoi, cela m'étonnerait que le Royaume-Uni soit pleinement enthousiaste. (...)

Au terme de la recommandation n° 12, les Etats membres qui ont des traités en matière fiscale avec n'importe quel paradis fiscal doivent mettre fin à ces traités. Or nous avons de tels traités avec, par exemple, Jersey, Guernesey, l'île de Man et un certain nombre d'autres places *offshore*. Ces traités

permettent des échanges d'informations tout à fait importants avec ces territoires. Concernant cette recommandation particulière, il me semble que l'OCDE s'est tiré une balle dans le pied !"⁷²⁷

La recommandation de l'OCDE se borne pour le moment à ne viser de façon expresse que les pratiques fiscales dommageables qui prennent la forme de paradis fiscaux et de régimes fiscaux préférentiels relatifs aux services les plus mobiles et aux activités financières. Or, la désignation générale de régimes préférentiels centrés sur des activités de localisation indifférente fait planer un doute car elle peut recouvrir un régime de zones franches, dont les activités sont le plus souvent constituées par des industries légères. D'après le chef de la division des affaires fiscales de l'OCDE, la susdite recommandation remédierait à "la concurrence anarchique qui ne manquerait d'aviver les tensions entre les pays qui profiteraient de régimes fiscaux préférentiels et ceux dont le système fiscal en pâtirait"⁷²⁸. Si la recommandation reconnaît que "le pouvoir d'aménager sa structure fiscale comme bon lui semble est un attribut essentiel de la souveraineté des Etats", elle veut sanctionner le "système dont la seule finalité est d'attirer les investissements étrangers"⁷²⁹. De surcroît, "des actions défensives coordonnées (pourront être) menées par les pays de l'OCDE, éventuellement par des pays non-membres, contre ceux qui persisteraient à avoir des pratiques dommageables au sens du rapport"⁷³⁰. Au-delà des difficultés politiques d'une régulation hégémonique, parler de concurrence faite aux pays membres de l'OCDE, dans le cas des régimes de zones franches d'exportation, serait absurde puisque les incitations fiscales des pays en développement visent à compenser les charges supplémentaires des entreprises dues aux services publics et infrastructures limités, et plus généralement, au sous-développement de l'économie de ces pays. Si, comme le souligne le professeur Philippe Didier, "la concurrence fiscale ne joue qu'à niveau d'environnement public équivalent"⁷³¹, elle ne devrait créer d'effet dommageable qu'entre Etats de même niveau de développement. En cela l'harmonisation de la politique fiscale effectuée dans le cadre de la Communauté européenne est davantage le modèle à suivre.

⁷²⁷ Philip BAKER, "La perception de la concurrence fiscale déloyale par les autorités anglaises", in Colloque de l'Association Internationale de Droit Economique : La concurrence fiscale déloyale, *Revue Internationale de Droit Economique*, De Boeck Université, 1999/3, extraits de pp. 338-340.

⁷²⁸ OWENS Jeffrey, "Combattre les pratiques fiscales dommageables", *L'Observateur de l'OCDE*, n° 215, janvier 1999.

⁷²⁹ Hugh AULT, "Le travail accompli par l'OCDE et son esprit", in Colloque *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée, p.330. Conseiller spécial auprès de l'OCDE pour la préparation de ladite recommandation, M. Ault est également professeur au Boston College.

⁷³⁰ Hugh AULT, *idem*, p. 332.

⁷³¹ Ph. DIDIER, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 109.

B/ Un modèle d'harmonisation des législations : la réglementation européenne de la concurrence fiscale

D'une manière générale, les règles de concurrence contenues dans les articles 84 à 89 du Traité CE sont pleinement applicables aux régimes fiscaux préférentiels. Les avantages fiscaux en découlant sont en effet considérés par le droit communautaire comme des aides d'Etat. Dans ce sens, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes qualifie d'aide d'Etat toute mesure d'allègement de charges sociales et fiscales qui ne se justifie pas par la nature et l'économie du système dans lequel elle s'inscrit⁷³². Ainsi, la Cour a qualifié expressément d'aide d'Etat "une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises une exonération fiscale qui, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'Etat, place les bénéficiaires dans une situation plus favorable que les autres entreprises"⁷³³. Cette jurisprudence est confirmée par de récentes décisions de la Cour⁷³⁴ aussi bien que par le Tribunal de première instance⁷³⁵.

Or, le principe, clairement posé par l'article 87 du Traité CE (ex-article 92 du Traité de Rome), en son alinéa 1, est la prohibition des aides d'Etat : "... *sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*". Toutefois, l'article 87, dans ses alinéas 2 et 3, tolère les aides d'Etat, généralement à titre compensatoire au profit de zones ou d'activités sinistrées. Cette tolérance est soumise à la procédure qui exige des Etats membres d'une part qu'ils informent la Commission de leurs projets d'aide, d'autre part qu'ils aient obtenu l'autorisation préalable de la Commission avant d'introduire dans leur législation les mesures projetées⁷³⁶.

⁷³² CJCE 23 février 1961, *De Gesamenlijke Steenkolenmijen in Limburg c/ Haute Autorité*, 30/59, Rec. p. 3, point 39 ; CJCE 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, 173/73, Rec., p. 709.

⁷³³ CJCE 15 mars 1994, *Banco do Credito Industrial SA*, C-387/92, Rec. p. I-902, point 14.

⁷³⁴ CJCE 25 mars 1998, *FFSA c/ Commission*, Rec. p. I-1303 ; CJCE 1^{er} décembre 1998, *Ecotrader*, Rec. p. I-7907 ; CJCE, 19 mai 1999, *Italy c/ Commission*, p. I-2981 et CJCE 19 septembre 2000, *RFA c/ Commission*, 156/98 : *Décisions citées par KUBE Hanno E, National Tax Law and the Transnational Control of State Aid*, LAW n° 2001/9, European University Institute Working Papers, Florence, p. 14.

⁷³⁵ TPI, 27 février 1997, *FFSA c/ Commission*, Rec. p. II-229 ; TPI, 27 janvier 1998, *Landbroke Racing Ltd. / Commission*, Rec. p. II-1 : *Décisions citées in ibid.*

⁷³⁶ Cf. Commission européenne, Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, 98/ C 384/03, JOCE, n° C 384, 10 décembre 1998, p.3-9.

Aussi, tous les textes nationaux européens mettant en œuvre des mesures d'exception fiscale ont été soumis, avant leur adoption, à la Commission de la Communauté européenne. Ainsi, cette dernière a fait preuve d'ouverture et de bienveillance à l'égard d'aides françaises à l'emploi notamment pour les catégories les plus défavorisées des chômeurs ou pour les zones urbaines difficiles. A la suite de la notification par la France de son pacte de relance pour la ville, la Commission a exprimé une position de principe favorable dans sa décision du 27 mars 1996⁷³⁷. La connexion des charges (l'installation dans des quartiers difficiles) et des avantages (les exonérations d'impôts et de charges sociales) dans les zones d'exception fiscale devait prémunir les dispositifs français de l'aménagement du territoire des foudres de la Commission européenne⁷³⁸. Ces types de zones existent un peu partout en Europe et sont relativement tolérés : ainsi, les *enterprises zones* britanniques, les *zonas* espagnoles ou encore "les préférences berlinoises"⁷³⁹. La déconnexion des avantages fiscaux et des charges (la création d'emplois pour les habitants des zones en difficulté ou l'aménagement du territoire), *i.e.* leur disproportionnalité, pourra néanmoins être sanctionnée par la Commission, dans la mesure où elle entraînerait une distorsion de la concurrence.

Plus spécifiquement, des Etats européens, à savoir l'Irlande et le Portugal, ont adopté des régimes de zones franches d'exportation avant leur adhésion à la Communauté européenne. Rappelons en effet que la zone franche industrielle d'exportation de Shannon datant de 1959 était la première du genre⁷⁴⁰. Quant au Portugal, il a mis en place la zone franche d'exportation de Madère en 1980⁷⁴¹. Ces zones offraient aux entreprises engagées dans la production pour l'exportation, des avantages fiscaux substantiels, notamment, outre l'exemption des droits de douane, l'exemption d'impôts sur les sociétés et d'impôts sur les revenus ainsi que des contributions indirectes, et le libre rapatriement des bénéficiaires pour les investisseurs étrangers. L'ampleur des mesures ne pouvait qu'éveiller la vigilance de la

⁷³⁷ Décision du 27 mars 1996, n° 159/96, *France*, JOCE C 215 du 25 juillet 1996.

⁷³⁸ Ces avantages fiscaux sont d'ampleur moindre et de durée beaucoup moins longue que dans les zones franches d'exportation qui nous occupent. Ils sont attribués sur un critère de localisation et non d'activités. Cf. pour développement sur ces zones, notre article "Les zones d'exception fiscale comme instrument de l'aménagement du territoire", (Contribution à la journée d'études sur le thème de l'aménagement du territoire, Laboratoire de droit public, Université de La Réunion, 14 avril 2000), *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, vol. XVI, 1999-2000, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 255-274.

⁷³⁹ Cf. GOMBAC Boris, *Les zones franches en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1991, 310p.

⁷⁴⁰ Cf. LOROT Pascal, *Les zones franches*, Editions de l'Institut économique de Paris, 1984, pp. 10s

⁷⁴¹ Le décret-loi n° 500/80 du 20 octobre 1980 complété par le décret-loi n° 165/86 du 26 juin 1986, cité par CATTAN Geneviève, Aspects juridiques et fiscaux de la zone franche de Madère, *Revue fiscalité européenne et droit international des affaires*, 1998/2, pp. 25-32.

Commission. Le projet européen d'achèvement du marché intérieur prévu pour 1993 a, par ailleurs, incité la Commission à renforcer son contrôle de l'abaissement des "frontières fiscales"⁷⁴². Néanmoins, eu égard au niveau de développement économique et social de ces régions et au rôle historique et conséquent pour l'emploi local de ces régimes de zones franches d'exportation, ils peuvent être tolérés sous réserve d'aménagements visant à les rapprocher progressivement des niveaux des dispositifs d'incitations existant dans les autres Etats. La Communauté a en effet toujours tenu compte des pratiques de ses Etats membres consistant à faire jouer à la fiscalité un rôle économique ou social. Dans le code de conduite pour l'imposition des entreprises, adopté par une résolution conjointe du Conseil de l'Union européenne et des représentants des Etats membres en décembre 1997, il est précisé (§ G) que "dans la mesure où les mesures fiscales en cause servent au développement économique de régions particulières, une évaluation doit être faite quant à savoir si les mesures sont *proportionnées* et destinées aux buts poursuivis"⁷⁴³.

Ainsi, le régime irlandais comprend depuis 1993 un impôt sur les sociétés de 10%. Ce taux s'applique jusqu'au 31 décembre 2010 aux sociétés créées avant juin 1998. Pour celles créées après cette date, le taux n'est accordé que jusqu'au 31 décembre 2002 pour passer ensuite à 12,5%⁷⁴⁴. Le régime de zones franches d'exportation irlandais menacé par la politique d'harmonisation européenne s'est adapté, en s'étendant pour ainsi dire sur tout le territoire. En effet, le code de conduite précité considère comme "potentiellement dommageables les mesures fiscales qui entraînent un niveau de taxation significativement inférieur aux niveaux généralement appliqués dans l'Etat membre en cause"⁷⁴⁵. L'Etat irlandais, plutôt que de démanteler le régime caractérisé initialement par son absence de taxation, a résolu d'alléger notablement l'impôt sur les sociétés pour toutes les entreprises, quelles que soient leur activité ou leur localisation. Le taux normal d'imposition des bénéfices commerciaux est fixé, depuis le 1^{er} janvier 2000, à 24%. Il est prévu de le réduire de 4% chaque année, afin d'aboutir à 12,5% à partir du 1^{er} janvier 2003⁷⁴⁶. L'ensemble des sociétés

⁷⁴² Cf. Commission européenne, *L'achèvement du marché intérieur*, livre blanc à l'intention du Conseil européen, OPOCE, 1985, p. 15.

⁷⁴³ Cité par DAVID Cyrille, "Comparaison entre le code de conduite communautaire et la recommandation de l'OCDE sur la concurrence fiscale déloyale", in Colloque de l'Association Internationale de Droit Economique : *La concurrence fiscale déloyale*, *Revue Internationale de Droit Economique*, 1999/3, p. 318. Nous soulignons.

⁷⁴⁴ Cf. SOUSTRE Eric, "Aides fiscales à l'implantations en République d'Irlande", *Actualités du commerce extérieur*, n° 38, mars - avril 2001, pp. 51s.

⁷⁴⁵ Cité par DAVID Cyrille, in *ibid.*, p. 314. Le code de conduite, par ailleurs, énonce globalement les mêmes critères que la recommandation de l'OCDE déjà évoquée.

⁷⁴⁶ Informations fournies par le site de l'Industrial Development Authority irlandaise.

commerciales implantées en Irlande bénéficieront donc d'un taux particulièrement avantageux d'impôt sur les bénéfices, *i.e.* le plus bas de l'Union européenne sans que le régime soit "préférentiel".

Quant au régime portugais de Madère, il bénéficie - outre de la dérogation générale de l'article 87, alinéa 3, consentie au titre de contribution au développement régional -, d'une dérogation spécifique permettant les aides d'Etat au fonctionnement ; ces dernières, octroyées dans des régions ultrapériphériques, sont destinées à réduire les coûts additionnels de l'exercice de l'activité économique inhérents aux handicaps identifiés à l'article 299.2 (ex-article 227) du traité CE, à savoir pour Madère, l'insularité. Le régime d'aides financières et fiscales de la zone franche de Madère a été examiné et autorisé pour la première fois en 1987⁷⁴⁷. La prolongation de ce régime a depuis lors été autorisée par la Commission à deux reprises, et ceci pour des périodes additionnelles de, respectivement, trois et six ans⁷⁴⁸. Dans les termes de la dernière décision de la Commission (2000), des exonérations totales d'impôts directs peuvent être accordées aux entreprises industrielles, financières et de services qui se sont installées dans la zone franche avant le 1^{er} janvier 2001, jusqu'en 2011⁷⁴⁹. Néanmoins, la portée actuelle du régime d'aides financières et fiscales de la zone franche de Madère est considérable. D'après le Commissaire Carlo Monti, le montant de ces dernières aurait atteint plus de 1000 millions d'euros en 1997, et semble s'être concentré dans les centres de services financiers et de services internationaux. 4000 entreprises sont incorporées dans ce secteur sans pour autant employer directement plus de 1000 personnes. La zone franche de Madère en totalité emploie en 2001, 2700 personnes. La Commission a été amenée en juillet 2000 à engager officiellement une procédure d'enquête en raison des doutes quant à la contribution des aides au développement régional et quant à la compatibilité du régime de la zone franche de Madère avec le droit communautaire⁷⁵⁰.

La réalisation d'un espace douanier est au centre du traité instituant la Communauté. L'établissement d'un marché commun, puis unique, demeure un objectif principal (art 2 CEE). Il n'est donc pas étonnant que le dialogue entre la Commission et les Etats membres vise fondamentalement sinon l'élimination progressive des régimes préférentiels, donc des zones

⁷⁴⁷ L'adhésion du Portugal à la Communauté européenne remonte au 1^{er} janvier 1986.

⁷⁴⁸ Cf. Règlement (CE) n° 122/96 du Conseil du 22 janvier 1996, portant établissement d'un traitement tarifaire favorable à l'importation de certaines marchandises dans les zones franches de Madère et des Açores, en raison de leur destination particulière, *in JOCE*, n° L 020 du 26 janvier 1996, pp. 4-6.

⁷⁴⁹ Cf. MONTI, Réponse de la Commission à la question du député européen Sérgio Marques, 5 mars 2001, *in JOCE* n° C 235E du 21 août 2001, pp. 168-169.

⁷⁵⁰ *In ibid.*

d'exception fiscale, du moins l'application uniforme dans chaque Etat membre des régimes dérogatoires admis par la Communauté. Malgré l'idée de grand marché de l'Union européenne, la souveraineté fiscale demeure aux Etats membres. Si le sommet de Luxembourg (20-21 novembre 1997), ayant abouti à l'adoption du code de conduite précité pour l'imposition des entreprises, confirme le rôle de la politique de concurrence dans le contrôle de proportionnalité des aides d'Etat aux objectifs poursuivis, il recommande une interprétation souple du traité en matière d'abolition des "frontières fiscales". Le paragraphe 27 des lignes directrices définies par le Conseil européen affirme en effet qu'il convient de "s'orienter vers des régimes d'aides qui favorisent l'efficacité économique et l'emploi sans pour autant entraîner des distorsions de concurrence". M. Eric Cuziet de la Commission de la concurrence peut ainsi souligner que "contrairement à une idée reçue, la mise en œuvre d'une politique de concurrence est compatible avec une action en faveur de l'emploi"⁷⁵¹.

La mission de surveillance de la concurrence de la Commission est rendue possible dans la Communauté européenne parce que, précisément, cette dernière et les Etats qui la composent veulent créer un marché commun et ont institué la Commission pour en être l'arbitre. La thèse de la Cour de justice de la communauté européenne émise dans l'affaire *Costa c/ Enel* de 1964, selon laquelle la Communauté est "dotée d'attributions propres ... et plus précisément de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté" est réelle en matière de concurrence fiscale⁷⁵². Que cette dotation se fasse par limitation de la souveraineté des Etats membres ou par transfert d'une partie de la souveraineté n'affecte pas la compétence en soi de la Commission⁷⁵³. De surcroît, l'ensemble de la "législation" communautaire autorise le fait que la Commission puisse adjoindre une tonalité sociale à sa mission. Le modèle européen suppose ainsi une intégration poussée des Etats. Nous sommes bien loin de la condition générale des Etats ayant établi un régime de zones franches qui, dans un ordre de marché global, confrontent leur souveraineté et, dans leur ordre interne, la négocient face au marché. Il n'y a que des acteurs publics et privés, égaux dans leur liberté d'action et inégaux dans leur capacité.

⁷⁵¹ CUZIET Eric, "La politique de concurrence, une politique en faveur de l'emploi" in Competition Policy Newsletter de juin 1998.

⁷⁵² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, aff. 6/64, *Rec.* 1964, pp. 114s.

⁷⁵³ Dans le premier cas, la compétence peut néanmoins être retirée à la Commission puisque la limitation de souveraineté, notamment en faveur d'une organisation internationale, n'est jamais définitive. Dans le second cas, selon la décision précitée, "le transfert opéré par les Etats, dans leur ordre juridique au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux objectifs du Traité, entraîne ... une limitation définitive de leurs droits souverains"

Des deux modèles proposés pour juguler la concurrence fiscale dommageable, le premier modèle quoiqu'il s'adapterait aux régimes de zones franches industrielles d'exportation, n'est pas du tout souhaitable parce que non seulement il est imposé aux petits pays par les grands pays mais que, de ce fait, il ne résoudra qu'aléatoirement la concurrence entre les petits Etats et laissera de côté les problèmes liés au développement. Le modèle européen paraît le plus souhaitable dans notre optique parce qu'il respecte la souveraineté des Etats et envisage le problème de façon plus globale, *i.e.* il se soucie aussi des conséquences sociales. Il exige néanmoins un effort de la part des pays concernés pour dépasser leur rivalité, tant il est vrai que la concurrence fiscale est surtout dommageable entre Etats de même niveau et qu'elle profite surtout à ceux qui peuvent jouer de leur dissension.

Conclusion relative à la marchandisation du régime

La marchandisation du régime de zones franches résulte de son instrumentalisation en vue d'orienter le marché. La saisie consécutive du régime par le marché neutralise sinon tempère les velléités d'imposition d'un intérêt général unilatéralement défini par un Etat. Les effets dommageables que cette marchandisation du régime entraîne, ont focalisé notre attention sur les éventuels palliatifs. L'on ne peut cependant conclure cette partie sans examiner la "légitimité" du marché pour régir les investissements⁷⁵⁴.

Selon Ronald H. Coase - dont les écrits sont à l'origine du courant de pensée tendant à l'évaluation des conséquences économiques des actes juridiques⁷⁵⁵ -, un mécanisme de marché constitue un meilleur régulateur que la réglementation. Est-ce exact en l'occurrence ? En d'autres termes, le marché est-il à la fois adapté et efficace dès lors qu'il s'agit d'attirer des investissements ? D'une part, le mécanisme du marché correspond au régime examiné puisque ce dernier est établi sur le modèle même de l'échange, à savoir les privilèges offerts aux investisseurs contre la fourniture d'emplois et de devises, fruits des exportations. Il existe bien ainsi un "système de *property rights* échangeables", condition de la possibilité de régulation par le marché. Ce marché est construit en toute connaissance de cause. D'autre part, un marché est considéré comme efficace s'il ne fonctionne pas au détriment d'un tiers⁷⁵⁶. Cette idée est formalisée par "le concept d'externalité"⁷⁵⁷. Une externalité est définie comme "une charge que l'activité de certaines personnes crée au détriment d'autres sans qu'il y ait eu de transaction volontaire entre elles"⁷⁵⁸. Certes, les travailleurs, nous l'avons observé, subissent le contrecoup des avantages offerts par l'Etat aux investisseurs : ils sont sous-protégés. Pourtant, ils ont un emploi. Ils peuvent ainsi être considérés comme privilégiés par rapport à d'autres⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ Nous suivons les sillons tracés par M. Ph. DIDIER lorsqu'il examinait "la légitimité de la concurrence fiscale", in "La notion de concurrence fiscale", *Archives de philosophie du droit*, "Impôt", t. 46, 2002, pp. 103-115, spéc. pp. 110s.

⁷⁵⁵ COASE Ronald H., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 1960, n° 3, pp. 1-44

⁷⁵⁶ Selon Wilfrid Pareto (1916), un état est optimal s'il est impossible d'augmenter la satisfaction de certains individus sans détériorer simultanément celle d'autres individus, si on ne peut modifier cet état optimal à l'unanimité et s'il n'existe aucun autre état qui soit meilleur (cf. Claude GAMEL, *Libre-échange et politique commerciale des Etats*, Cours de DEA de relations juridiques et économiques internationales, Université de La Réunion, 1996).

⁷⁵⁷ D. CARLTON et J. PERLOFF, *Economie industrielle*, De Boeck, 1998, p. 129, cité par Ph. DIDIER, p. 110.

⁷⁵⁸ Ph. DIDIER, in *ibid.*

⁷⁵⁹ Nous avons déjà signalé les longues files d'attente des sans-emplois à la porte des entreprises franches malgaches en période d'embauche.

Les vrais tiers, victimes du marchandage entre Etat et investisseurs, seraient plutôt "les autres", largement définis : ceux qui n'ont pas d'emploi, ceux qui ne bénéficient pas du statut de régime de zones franches, ceux dont la relation avec l'Etat va se trouver modifiée parce que l'Etat va augmenter le prélèvement fiscal qu'ils subissent ou diminuer l'offre de service public à leur égard⁷⁶⁰. Or, les économistes disent que les investissements dans les zones franches entraînent des effets induits positifs dans l'économie nationale⁷⁶¹. Ainsi, les "autres", comme les employés, perçoivent aussi bien les effets d'externalités négatives que positives. Imaginons⁷⁶², cependant, que ces derniers s'estiment victimes de la création et du fonctionnement d'une telle zone et veuillent changer de politique, taxer les investisseurs, avoir assez de ressources, pourvoir les postes manquants de l'inspection du travail et appliquer les règles du travail. Le peuvent-ils⁷⁶³ ? La réponse est négative. Nous retombons en effet dans le dilemme du prisonnier dû à la volatilité des capitaux. Le marché fait ainsi des victimes. Nous sommes loin de la théorie des jeux à somme positive où tout le monde gagne.

Ainsi que le souligne le professeur Didier, "une fois ouverte la boîte de Pandore du marché, il devient très difficile de vouloir maîtriser les forces que l'on a libérées"⁷⁶⁴. Le marché global fait apparaître ainsi "l'impuissance publique" et, plus particulièrement, en ce qui nous concerne, l'échec du pari de l'Etat en développement exprimé par un régime de zones franches. Au lieu que le régime contribue à régir le marché des investissements, c'est le marché qui en détermine le contenu. L'Etat doit composer avec les investisseurs mais aussi avec les autres Etats. Ce qui nous renvoie à la pensée d'Hannah Arendt selon laquelle, "les conditions du pouvoir moderne font de la souveraineté nationale une dérision, sauf pour les Etats géants"⁷⁶⁵. Par ailleurs, nous avons déjà pu observer quelque peu l'effet du fait du lien qu'entretient le régime avec le commerce international. Il sera mis pleinement sous la lumière dans le Titre qui suit. Ce qui sera en jeu alors n'est pas seulement le contenu de la réglementation mais la réglementation en soi des investissements dans les zones franches d'exportation.

⁷⁶⁰ Certes, KALDOR et HICKS, des économistes contemporains ayant poursuivi les travaux de Pareto, définissent un autre optimum acceptant l'amélioration de la situation d'un individu mais détériorant celle d'un autre, si le gain du premier peut compenser la perte du second (*cf.* C. GAMEL, *précité*).

⁷⁶¹ *Cf.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁷⁶² Mme Frison-Roche dit que l'ignorance est un "bon gage d'hostilité" !

⁷⁶³ La question permet de caractériser l'externalité qui n'existe que si ceux qui la subissent ne peuvent pas réagir.

⁷⁶⁴ DIDIER Philippe, *précité*, p. 114.

⁷⁶⁵ ARENDT Hannah, *L'impérialisme*, Seuil, Paris, 1984, p. 243.

***Titre II : La déterritorialisation du régime ou l'effet du lien
avec le commerce international***

En raison du lien qu'il entretient avec le commerce international, le régime des zones franches subit un glissement hors de l'ordre juridique interne. L'obligation d'exportation contenue dans ce régime en déplace en effet le centre de gravité - la compétence territoriale, fondement juridique qui autorise l'Etat à l'établir - vers l'extérieur. La destination obligée des produits des zones franches, le marché extérieur, tempère alors la volonté souveraine des Etats. Cette dernière forme d'internationalisation est une conséquence obligée de la nature extravertie du régime de zones franches. Il s'agit d'une "extranéité naturelle"⁷⁶⁶. En l'occurrence, c'est plutôt son domaine d'intervention qui relève, en lui-même, de la sphère internationale.

Que l'on nous comprenne bien, il ne s'agit pas de l'hypothèse d'internationalisation, dénoncée par le juge Mohamed Bedjaoui, attribuée à ces "théories nébuleuses sur une souveraineté limitée par nature" qui, pour battre en brèche le concept de souveraineté sur les ressources naturelles, assimilaient ces biens aux biens communs de l'humanité⁷⁶⁷. Il s'agit plutôt du domaine ouvert à "l'interpénétration des peuples par le commerce international", source de développement du droit international, et donc de limitation des souverainetés, relevé par Georges Scelle⁷⁶⁸. L'activité commerciale est en effet reconnue globalement par la doctrine comme une des premières à s'être internationalisée et à avoir requis une réglementation extra-nationale⁷⁶⁹.

Les mesures adoptées par les gouvernements dans les régimes de zones franches d'exportation pour contrôler et attirer l'investissement étranger direct sont, rappelons-le, de deux sortes. Les premières sont une série d'incitations à l'investissement, comme des subventions fiscales, des facilités administratives et autres conditions préférentielles. Les secondes sont une série de conditions et d'exigences, visant à encourager un usage de l'investissement conforme aux priorités nationales. Elles prennent notamment la forme d'une

⁷⁶⁶ Evoquée par Hélène RUIZ FABRI, "La contribution de l'OMC à la gestion de l'espace juridique mondial", in E. LOQUIN & C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), LITEC, Paris, 2000, p. 348, la note 3.

⁷⁶⁷ BEDJAOUI Mohamed, Avant-propos à ROSENBERG Dominique, *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Bibliothèque de droit international, LGDJ, Paris, 1983, p.23.

⁷⁶⁸ SCELLE Georges, *Manuel de droit international public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1948, p. 18, cité par LEFEBVRE Maxime, *Le jeu du droit et de la puissance*, PUF, Paris, 1997, p. 24.

⁷⁶⁹ PILLET allait jusqu'à affirmer que "le commerce international est un pur fait, mais un fait qui a donné naissance au droit international tout entier" (*R.G.D.I.P.*, 1898, p. 72, cité par CARREAU & JUILLARD, *Droit économique international*, 4^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1998,, p. 6).

exigence d'exportation. La destination obligée des produits des investissements en zone franche, en principe exclusivement l'exportation, ne peut qu'induire des répercussions chez l'Etat importateur. Cette destination attribue un chef de compétence à ce dernier qui peut limiter ou annihiler les effets de l'intervention de l'Etat initiateur du régime. La confrontation de leurs actions se fait alors au sein d'un droit international des échanges ; ce qui internationalise le régime, *id est* en fait glisser la détermination hors de l'ordre national. Ce dernier est d'abord altéré par l'ordre bilatéral exportateur-importateur mais la multilatéralisation organisée a vocation à équilibrer ces rapports. Cette situation internationalise ainsi obligatoirement un régime de zones franches et soumet généralement l'ensemble des règles qui le composent aux accords de l'Organisation mondiale du commerce⁷⁷⁰. Ce phénomène d'internationalisation particulière, - que l'on a commencé à percevoir comme fondamental sous le nom de *trade linkage phenomenon*⁷⁷¹ -, attire, comme la gravitation universelle, toutes les matières ayant quelque lien avec le commerce international dans le giron du nouvel ordre commercial mondial et encadre la compétence originelle des Etats : "clearly, if rules have the capacity of liberalizing or distorting trade, they would be trade-related"⁷⁷².

Le fait de lier les avantages du régime de zones franches à une obligation d'exportation conduit nécessairement à tenir compte des conditions d'accès aux marchés extérieurs. Ces conditions sont déterminées soit par des lois unilatérales des Etats importateurs, soit par des accords commerciaux entre les Etats qui peuvent comprendre des clauses tarifaires et des systèmes de quotas, soit plus généralement par les accords GATT/OMC. Ce faisant, d'une

⁷⁷⁰ Les Accords de l'O.M.C., signés le 15 avril 1994 à Marrakech par 81 Etats, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1995, regroupent un nombre toujours plus important d'Etats, 100 membres en 1995, 132 en 1997, 140 en 2000 et au 1^{er} janvier 2002, 144 membres dont la Chine depuis le 11 décembre 2001. Il y a, par ailleurs, 32 Etats qui ont le statut d'observateur et ont sollicité leur admission dans l'organisation (Cf. <http://www.wto.org>).

La bibliographie relative à l'OMC est extrêmement abondante. Cf. notamment OMC, *Résultats des négociations multilatérales du cycle d'Uruguay : Textes juridiques*, Genève, 1994, 591p.

KHAVAND F.A., *Le nouvel ordre commercial mondial, du GATT à l'OMC*, Nathan, Paris, 1995, 192p. ; MESSERLIN P., *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, Dunod, Paris, 1995, 368p., et aussi S.F.D.I., *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Pedone, Paris, 1996, 383p.

⁷⁷¹ Cf. Symposium de l'American Society of International Law, « Linkage as Phenomenom : An Interdisciplinary Approach » (December 5-7, 1997), *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, n° 2, 1998, pp. 201-708 ; et, plus récemment, Symposium : "The Boundaries of the WTO", *AJIL*, vol. 96, n° 1, janvier 2002, pp. 1-158.

⁷⁷² C. O'NEAL TAYLOR, "Linkage and Rule-Making : Observations on Trade and Investment, and Trade and Labor", in *1997 ASIL Symposim, op. cit.*, p. 671.

part, le droit international pénètre dans des replis qui lui avaient échappé jusqu'alors et, d'autre part, d'autres droits s'imposent dans des domaines qui relèvent normalement et à titre exclusif du droit de l'Etat territorial. Nous examinerons l'influence sur le régime de zones franches des rapports entretenus entre l'Etat initiateur du régime, ainsi exportateur, et l'Etat importateur des produits de ces zones ; ensuite, nous aborderons l'effet inéluctable des accords OMC sur ce régime.

Auparavant, il nous faut souligner que si ces régimes "internationaux" sont parfois formellement le produit de l'action collective des Etats, ils ne correspondent pas toujours à leurs intérêts communs. Les divergences sont en effet profondes et souvent radicales, surtout dans les relations économiques. M. Bedjaoui rappelle ainsi que "l'opposition d'intérêts semble comme devoir faire inévitablement partie de l'essence même de l'économie (...). Sur cette toile de fond permanente, chaque époque a secrété ses motivations, ses mythes, ses alibis ou ses instruments de camouflage, pour légitimer, voire sacraliser, ce combat économique où le plus faible doit succomber inexorablement. A cette fin, on sollicite la morale et le droit qui ne sont, en fait, que la morale et le droit d'une époque, on pourrait même dire d'une force dominante d'une époque déterminée"⁷⁷³. Le droit international économique, ou plus précisément s'agissant du régime de zones franches, le droit du commerce international se présente ainsi, sinon telle la guerre comme l'entendait Clausewitz, "une continuation de la politique", assurément du moins comme une véritable limite aux politiques interventionnistes des Etats en développement. Il peut alors aboutir à un transfert de leur pouvoir normatif.

C'est ce glissement du pouvoir normatif de l'Etat ayant établi un régime de zones franches vers l'Etat importateur et, plus généralement, vers l'OMC que nous appelons "déterritorialisation". Le professeur P. Weil, dans son cours sur les contrats d'Etat, usait sans les distinguer des termes "délocalisation" et "dénationalisation" pour désigner, dans l'internationalisation, "l'aspect négatif" qui consiste dans le fait d'"arracher les relations contractuelles elles-mêmes pour les attirer vers l'ordre international"⁷⁷⁴. Les deux termes caractérisent certes la soustraction des investissements à la compétence de l'Etat de territorialité que nous voulons évoquer. L'utilisation du premier de ces termes à propos d'un autre phénomène déjà présenté dissuade d'y recourir. A moins de dire qu'à la délocalisation

⁷⁷³ BEDJAOUI Mohamed, Avant-propos à ROSENBERG Dominique, *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Bibliothèque de droit international, LGDJ, Paris, 1983, p. 21. Guy L. De LACHARRIERE affirme de même que "le droit international est ce que les politiques, *du moins les politiques dominantes*, ont voulu qu'il soit", in *La politique juridique extérieure*, IFRI, Paris, 1983, p. 219 (Nous soulignons).

⁷⁷⁴ WEIL Prosper, "Contrats entre Etats et particuliers", *R.C.A.D.I.*, 1969/III, pp. 148-158.

économique répond une délocalisation du juridique ; la "compétence" de l'Etat d'origine des investissements ainsi "suivrait le fond" dans le nouvel Etat d'établissement. Néanmoins, le phénomène dont on veut rendre compte ne concerne pas seulement l'investissement d'origine étrangère mais tous les investissements dans un régime de zones franches, *i.e.* liés au commerce international. Le second terme, que l'auteur précité décompose en "dénationalisation procédurale" et en "dénationalisation matérielle", désigne pour lui le processus tendant à faire échapper les rapports en cause à "l'emprise de l'ordre juridique national" - il faut entendre l'ordre juridique de territorialité de l'investissement - , que ce soit par l'évitement de ses juridictions, que ce soit par la soustraction à l'application de son droit⁷⁷⁵. En ce qui nous concerne, la dénationalisation procédurale a déjà été examinée. Mais, le processus - l'arbitrage international - ne concernait que les investissements étrangers. Quant à la dénationalisation matérielle, elle ne recouvre pas exactement ce dont il s'agit ici. En effet, l'application du droit local n'est pas en soi ici évitée, le droit local est plutôt surdéterminé de l'extérieur. Quant au terme "internationalisation", notamment dans la définition de l'auteur précité - qui comprend l'"aspect négatif" déjà évoqué, complété par un aspect positif pouvant déboucher sur l'élaboration d'un droit international sectoriel⁷⁷⁶ -, il dépasse et, en même temps, élude ce dont nous voulons parler. Tant il est vrai que le qualificatif d'international suppose à la fois le consentement des souverainetés et la négation de l'unilatéralisme. Ce qui, on le verra, est loin d'être le cas.

Le terme de "déterritorialisation", de façon plus évidente que celui d'internationalisation, rend compte des implications de l'adoption d'un régime de zones franches, marquées par l'effacement relatif de la volonté de l'Etat territorial face à la prépondérance de fait des rapports du commerce international⁷⁷⁷. Pour le professeur M. Chemillier-Gendreau, la "déterritorialisation" correspond, "soit à un déplacement des compétences par adhésion à une organisation internationale qui remplira alors les fonctions jusque-là assumées par l'Etat, soit à un déplacement de compétences, subi et non voulu par l'Etat, du fait que des acteurs sociaux et transnationaux ont atteint une telle capacité qu'ils sont en mesure d'imposer leurs décisions aux Etats ou d'agir dans une parfaite indifférence aux appareils étatiques alors réduits à l'impuissance"⁷⁷⁸. Ici, il s'agit bien de déplacement de

⁷⁷⁵ *In ibid*, p. 156.

⁷⁷⁶ *In ibid*. pp. 189s.

⁷⁷⁷ D'autres évoqueraient peut-être un "impérialisme symbolique" (Cf. DEZALAY Yves, "Multinationales de l'expertise et «dépérissement de l'Etat»", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 96-97, 1993).

⁷⁷⁸ *In* "Affaiblissement des Etats, confusion des normes", M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG, dir., *Le droit dans la mondialisation*, Actuel Marx Confrontation, PUF, Paris, 2001, p. 163.

compétences, de l'Etat de territorialité de l'investissement à l'ordre juridique commercial, voire à l'Etat de destination des produits de l'investissement. Plus précisément, nous voulons souligner par "déterritorialisation", la subversion de la fonction de fondement de compétence étatique du territoire que réalise le lien entretenu par un régime de zones franches avec le commerce international. Le régime est ainsi saisi par un fait plus grand qu'il veut embrasser⁷⁷⁹.

Le premier chapitre analyse l'influence des Etats importateurs sur le régime de zones franches qui peut en opérer une déterritorialisation contingente ; le second chapitre abordera l'effet - inscrit dans ce régime - des accords OMC qui en réalisent la prévisible déterritorialisation.

⁷⁷⁹ Anne PETITPIERRE-SAUVAIN rend compte d'un phénomène similaire en parlant de droit de l'environnement, notamment dans une partie intitulée "La territorialité du droit et la nécessité de «déterritorialiser» la protection de l'environnement". Elle ne définit cependant pas le terme. Cf. "Impact de la mondialisation sur les droits nationaux : le droit de l'environnement", in MORAND Charles-Albert, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, éd. de l'Université de Bruxelles, Helbing & Liechtenhahn, Bruxelles, 2001, pp. 407-418, spéc. p. 412.

**Chapitre 1 : La déterritorialisation contingente du régime
due à la prépondérance des Etats importateurs**

Le régime de zones franches en intervenant dans un domaine international permet une intrusion de règles de sources extérieures à l'Etat territorial. Si ce dernier détient en principe la maîtrise de la réglementation de la production sur son territoire, il perd l'exclusivité de cette fonction en liant la production au commerce international. L'obligation d'exportation contenue dans le régime induit un jeu entre l'offre de produits issus des zones franches et la demande extérieure. Ce jeu accentue l'effet des conditions d'accès au marché définies par l'Etat importateur. L'offre étant pléthorique et les débouchés se limitant généralement aux Etats-Unis et à l'Union européenne (aussi sources des délocalisations), la loi du marché accorde aux importateurs un pouvoir certain de déterminer le "prix". Ce prix peut incorporer des informations sur les conditions exigées de production. La loi du marché peut ainsi attribuer aux importateurs - peu nombreux et maîtrisant l'accès à leur marché -, un vrai pouvoir pour fixer certaines normes. Ce pouvoir se manifeste par l'imposition de "clauses sociales" ou, plus généralement, de conditionnalités extra économiques contenues dans les systèmes généralisés de préférences (ci-après, SGP). Un SGP offre des conditions favorables d'accès à un marché sous condition de respecter certaines exigences. Il est vrai que ces tentatives d'influence sur les conditions de production de marchandises exportées ne concernent pas uniquement un régime de zones franches. Cependant, dans un régime de zones franches, la déréglementation manifeste en matière sociale, et la généralité de l'obligation d'exportation, permettent de banaliser ces influences extérieures et d'en parler, en l'occurrence, comme d'une normalisation globale. En effet, la question de l'accès à un marché y est tellement importante que l'on cherche nécessairement à se conformer à ses pré-requis. Cette déterritorialisation reste toutefois contingente puisque dans l'absolu, l'Etat exportateur n'est pas obligé de profiter des préférences tarifaires offertes par l'Etat importateur.

Généralement, le pouvoir des pays importateurs est d'autant plus important que pour un investisseur, le marché auquel il peut accéder à partir d'une zone franche d'exportation est un des facteurs majeurs qui l'incite à s'y installer. Un régime de zones franches d'exportation implique des investisseurs dont la présence est surtout justifiée par l'attractivité relative de l'Etat hôte. Etant donné la relative équivalence des différents régimes nationaux, les investissements sont moins rattachés à leur localisation territoriale qu'aux destinations qui sont ouvertes à leurs produits à partir de l'endroit de production. Ainsi, les industriels du textile de la République de Corée du Sud et du Japon étant limités dans leurs exportations sur les grands marchés (Etats-Unis, Europe) par des contingentements de l'Arrangement multifibres⁷⁸⁰, ont fortement délocalisé leur production, depuis les années 70, notamment au

⁷⁸⁰ Pour cet Accord, cf. *infra* : la partie sur "Pourquoi un SGP veut contourner le système GATT / OMC".

Bangladesh. Depuis, la production et l'exportation de l'industrie du vêtement du Bangladesh ont progressé de 20% par an pour atteindre 3,4 milliard de dollars en 1997 (soit près de 70% des exportations totales du pays), grâce aux ouvertures de marché dont le Bangladesh bénéficie pour approvisionner les Etats-Unis (50% de ses exportations) et l'Europe (40%)⁷⁸¹. Fatalement, l'existence d'un régime de zones franches engage l'Etat hôte à rechercher des marchés pour ses exportations, notamment en se faisant admettre à des systèmes généralisés de préférences. Ainsi qu'en est convaincu M. Mike Moore, directeur général de l'OMC, "initiatives such as the post Lomé convention partnership Agreement between the EU and the ACP, as well as improved African access to the US market through the African Growth and Opportunity Act (AGOA) should boost regional export expansion"⁷⁸². Aussi, par exemple, l'île Maurice souligne-t-elle dans ses brochures pour la promotion de son régime de zones franches le fait qu'elle soit partie aux accords ACP-UE. Ses produits bénéficient ainsi de préférences tarifaires pour pénétrer le marché européen. Par ailleurs, la *Mauritius Export Processing Zone Association* (MEPZA) était partie prenante de l'action de lobbying auprès de l'administration Clinton pour que cette dernière accorde un schéma de préférences plus large aux produits africains⁷⁸³. Ce fut chose faite le 18 mai 2000, lorsque le Président Clinton signa l'*African Growth and Opportunity Act* qui ouvre la porte du marché américain aux Africains⁷⁸⁴. L'île Maurice en était la première bénéficiaire. Ces ouvertures de marché sont cependant liées à des conditionnalités qui peuvent être aussi bien économiques (origine des matières premières, conditions de production, respect des droits de propriété intellectuelle) que non-économiques (respect d'un Etat de droit, de la démocratie et des droits

⁷⁸¹ Cf. BIT, Les pratiques de travail dans les industries de la chaussure, du cuir, des textiles et de l'habillement - Rapport soumis aux fins de discussion à la réunion tripartite sur ces pratiques (Genève, 16-22 octobre 2000), Genève 2000, disponible sur le site net de l'OIT.

⁷⁸² MOORE M., *Allocution devant la Conférence des ministres africains du commerce*, 4^{ème} session ordinaire de l'OUA/OMC, Abuja, 22 septembre 2001. Cf. le site de l'OMC.

⁷⁸³ Cette action de lobbying a été menée notamment par M. Maurice Vigier de Latour, ancien président de la MEPZA (1998-1999), aujourd'hui (2002) "Chief Executive Officer" du port franc mauricien et Président de la Chambre de commerce américaine à l'île Maurice.

⁷⁸⁴ Cf. le site du ministère du commerce américain consacré à ce régime (agoa.gov). Selon EAGER Report (Equity and Growth through Economic Research, revue de recherche de l'USAID), au moment de la présentation au Sénat du projet, "la Loi sur la croissance et les opportunités en Afrique (AGOA) votée par la Chambre des Représentants le 11 mars 1998 affirme l'intention du Gouvernement américain d'établir une zone franche avec l'Afrique subsaharienne" (SALINGER B. Lynn & als, "Adoption du projet de loi AGOA", EAGER Report, n° 5, Printemps 1998, p. 1).

fondamentaux)⁷⁸⁵. Cette politique de *liaison* est d'autant plus efficace que le marché offert est primordial pour les Etats exportateurs et que les droits et contingentements pour l'accès à ce marché sont normalement - *i.e.* en l'absence de SGP - élevés. Elle est, par ailleurs, renforcée par la pression exercée par les bénéficiaires directs de ces SGP : les entreprises exportatrices. La crainte de leur départ pour des cieux plus compatibles avec les conditions d'ouverture des marchés d'exportation peut alors susciter chez l'Etat hôte des réformes "commercialement correctes". Le poids des investisseurs dans l'économie du pays d'accueil (emplois, recettes en devises) leur attribue ainsi une influence quant à la détermination de la politique nationale. Nous voulons souligner particulièrement ici le jeu explicite de vecteur d'un "modèle de croissance tirée par les exportations"⁷⁸⁶ que constitue le régime de zones franches. Il agit comme le prion qui, pénétrant dans un tissu organique, l'altère en induisant un phénomène de mimétisme et oblige ainsi les protéines tissulaires à adopter, à son contact, sa propre conformation⁷⁸⁷. En ce qui concerne notre objet, il s'agit de propager un caractère unique : l'orientation vers le marché extérieur. Une fois adopté, un régime de zones franches d'exportation fait admettre comme essentiel le marché extérieur, et ainsi les pré-requis de ce dernier. Il dévitalise, par intérêt pour le commerce international, toute idée d'autodétermination et incite à se conformer aux conditionnalités extérieures. Aussi chaque Etat africain admis au bénéfice de l'AGOA accueille-t-il comme une "récompense" la décision

⁷⁸⁵ La politique de *linkage* consistant à accorder l'objet désiré à un partenaire en échange d'un comportement souhaité est une pratique diplomatique courante. M. David W. LEEBRON définit le *linkage* comme "a claim that issues should be linked ultimately rests on the view that the resolution of one issue or group of related issues will or should affect, or be affected by, the resolution of the others issues or group of issues" (*in* "Linkage", *AJIL*, vol. 96, n°1, 2002, p.6). Le secrétaire d'Etat américain Henry Kissinger l'a prôné dans ses négociations avec l'ex-URSS, notamment pour imposer une certaine ouverture aux droits de l'homme en contrepartie de la fourniture de blé (*Cf.* Pierre MILZA, *Cours d'histoire des relations internationales*, Institut d'Etudes Politiques, Paris, 1985). M. NGAOSYVATHN n'hésite pas à la qualifier de "chantage". Il évoque l'exemple de la "Foreign Assistance Act" américaine de 1961, amendée en 1962, qui autorise le président des Etats-Unis à suspendre l'aide économique américaine à tout gouvernement qui nationaliserait, exproprierait ou imposerait des mesures aboutissant à nationaliser ou exproprier des intérêts de ressortissants américains (NGAOSYVATHN Pheuiphanh, *Le rôle de l'impôt dans les pays en voie de développement*, LGDJ, Paris, 1978, p. 264).

Voir aussi, CHARNOVITZ Steve, "Linking Topics in Treaties", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, n° 2, 1998, pp. 329-345.

⁷⁸⁶ Comme disent les économistes. *Cf.* par exemple, RAZAFINDRAKOTO Mireille et ROUBAUD François, "Perspectives de l'économie malgache à l'horizon 2001", *in Perspectives macroéconomiques et politiques publiques : la question fiscale*, *Revue Economie de Madagascar*, n° 3, Antananarivo, 1998, p. 33, encadré 6 : "La nécessaire montée en puissance du secteur privé : perspectives et contraintes".

⁷⁸⁷ Le prion est l'agent pathogène présumé de la maladie de Creutzfeldt-Jakob.

américaine et, inversement, redoute-t-il le retrait de l'agrément⁷⁸⁸. Les Etats importateurs peuvent ainsi influencer sur la détermination des rapports sociaux dans une zone franche mais aussi sur le reste du territoire d'un Etat ayant établi une zone franche. Comme le souligne le professeur Frieder Roessler, "The GSP permits donor countries to unilaterally determine the beneficiaries and to withdraw the preferences at any time, which led developed countries to impose numerous conditions on the grant of the preferences"⁷⁸⁹. La question de la licéité de ces conditionnalités se pose néanmoins au regard de la souveraineté de l'Etat hôte, qu'elles peuvent contourner, mais aussi au regard du régime international des échanges, que ces conditionnalités peuvent restreindre. Nous observerons d'abord le transfert potentiel du pouvoir normatif que ces conditionnalités permettent, avant d'aborder la question de leur conformité au droit.

Section 1 : L'emprise des conditionnalités contenues dans les systèmes généralisés de préférences (SGP) sur le régime de zones franches

Des conditions de respectabilité sont de plus en plus exigées des Etats pour être reconnus comme partenaires étatiques et participer au commerce international sinon à la coopération pour le développement. Le respect des droits fondamentaux - comprenant ceux définis dans le cadre de l'OIT, dans le respect bien compris de la concurrence sociale - est communément mis en exergue dans les systèmes généralisés de préférences (SGP). Ainsi, le nouveau schéma de préférences tarifaires européen contient dans son titre III, section 1, "un régime spécial d'encouragement à la protection des droits des travailleurs"⁷⁹⁰. C'est dans cette

⁷⁸⁸ Mme A. M. Fall de l'Agence sénégalaise de promotion des investissements (APIX), lors de la délivrance du visa AGOA au Sénégal, le 23 avril 2002, souligne ainsi que c'est "un agrément qui récompense les pays qui font preuve de démocratie et de bonne gouvernance" (rapporté par J. MBENGUE, *Wal Fadjri*, Actualités de Dakar, 26 avril 2002, publié sur le web allAfrica.com).

⁷⁸⁹ ROESSLER Frieder, "Domestic Policy Objectives and the Multilateral Trade Order : Lessons from the Past", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, n° 2, 1998, p. 520.

⁷⁹⁰ L'article 14.2 dispose que "le régime d'encouragement à la protection des droits des travailleurs peut être accordé à un pays dont la législation nationale incorpore le contenu matériel des normes fixées dans les conventions de l'OIT numéros 29 et 105 sur l'élimination du travail forcé ou obligatoire, numéros 87 et 98 sur la liberté d'association et le droit de négociation collective, numéros 100 et 111 sur l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession, numéros 138 et 182 sur l'abolition effective du travail des enfants, et qui applique effectivement cette législation" (*in* Règlement (CE) n° 2501/2001 du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2004, *in* JOCE L346, 31 décembre 2001, pp. 1-60, spéc. p. 6.).

perspective que les SGP nous intéressent ici. Ces derniers contribuent indirectement mais effectivement à établir un régime social relativement convenable dans les zones franches, dans la mesure où l'inobservation des droits fondamentaux du travail dans les lieux de production peut être un motif de fermeture, ou du moins de restriction sévère, des marchés convoités du Nord. Ce "lien promotionnel" serait, d'après le directeur du service juridique du BIT, une forme d'action des plus "concevables" pour contourner le piétinement des discussions multilatérales⁷⁹¹.

Depuis les années 70, les pays développés membres du GATT accordent aux pays membres en voie de développement des préférences tarifaires, *i.e.* des privilèges d'accès aux marchés développés, faisant exception ainsi à la clause de la nation la plus favorisée et, de surcroît, sans exigence de réciprocité. Les PARTIES CONTRACTANTES du GATT décident en effet, le 25 juin 1971, d'autoriser "les dérogations pour une période de dix ans aux dispositions de l'Article I (clause de la nation la plus favorisée) dans la mesure nécessaire pour permettre aux parties contractantes développées d'accorder [...] un traitement tarifaire préférentiel à des produits originaires de pays et territoires en voie de développement, à l'effet d'étendre à ces pays et territoires en général le traitement tarifaire préférentiel [...] sans accorder le dit traitement aux produits similaires originaires d'autres parties contractantes"⁷⁹². Une "Clause d'habilitation" a été adoptée en 1979 et généralise le traitement dérogatoire pour lesdits pays⁷⁹³. Selon les professeurs Carreau et Juillard, "sont désormais pleinement *validés* le traitement tarifaire préférentiel accordé par les parties contractantes développées au profit de

⁷⁹¹ MAUPAIN Francis, "La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial : un lien ou un frein ?", *RGDIP*, 1996 - 1, p. 68. L'auteur dit aussi que cette forme d'action est "très connue" et que, de ce fait, l'article ne souligne que son "efficacité" et sa "crédibilité" sans évoquer aucunement sa conformité au droit. Sans mettre en cause l'idéal de justice sociale qui anime cette présentation, l'on ne peut s'en contenter sans discréditer l'autonomie du droit du travail, et partant sa rationalité et sa légitimité (*Cf.* SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, spéc. la 3^{ème} partie "Le légal et le normal", pp. 183s.).

⁷⁹² *Cf.* GATT, *Instruments de Base et Documents Divers*, 1971, n° 18. Les termes "PARTIES CONTRACTANTES" en majuscules désignent l'ensemble des parties "agissant collectivement" (Article XXV. 1 du GATT) ; Aux "PARTIES CONTRACTANTES" se substitueront la Conférence ministérielle (représentants de tous les Membres, réunis une fois tous les deux ans) et le Conseil général (composé de représentants de tous les Membres, dans l'intervalle entre les réunions de la Conférence ministérielle) dans le système OMC (Article 4 de l'Accord instituant l'OMC).

⁷⁹³ "Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement", Décision des PARTIES CONTRACTANTES du 28 novembre 1979, Doc. L/4903, *sur le site de l'OMC*.

celles en voie de développement au titre du *système généralisé de préférences* ainsi que le traitement "différencié le plus favorable" au titre *des mesures non tarifaires* négociées sous les auspices du GATT⁷⁹⁴. Cependant, la perversité - au sens de l'apparition d'un caractère non prévu ou non explicite - du système apparaît très vite dans l'usage des critères unilatéralement définis par les pays qui "octroient" la préférence pour admettre les éventuels bénéficiaires⁷⁹⁵. Le professeur Benchikh remarque ainsi que "ces critères sont importants, du seul fait qu'ils existent et par la pression qu'ils constituent sur les pays sous-développés"⁷⁹⁶. La généralité et la nature des préférences voilent en effet de générosité ces systèmes et font oublier que, d'une part, ces libéralités sont conditionnées par celui qui les accorde et que, d'autre part, dans les faits, elles sont retirées aussi librement qu'elles ont été consenties. Le retrait ou la suspension des mesures favorables octroyées sont justifiés par le non respect de ces critères établis unilatéralement. Ils sont en tous cas effectués en dehors du contrôle des "PARTIES CONTRACTANTES"⁷⁹⁷. En l'occurrence, les exportateurs se trouvent en permanence sous la menace de mesures unilatérales pouvant être prises par les importateurs en vertu de ces conditionnalités. Et si d'aventure, un système généralisé de préférences prend la forme d'un traité international, il n'empêche que, fondamentalement, il constitue une faveur octroyée par les pays développés aux pays en développement. Ce qui place toujours ces derniers en position défavorable dans le cas d'une négociation⁷⁹⁸. Un système généralisé de préférences donne ainsi un vaste pouvoir discrétionnaire au pays importateur et, de fait, lui attribue une compétence indirecte à sanctionner, le cas échéant, par exemple, le non respect des conditions

⁷⁹⁴ CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit économique international*, LGDJ, Paris, 4^{ème} éd., 1998, p. 277. Les auteurs soulignent.

⁷⁹⁵ Madjid BENCHIKH note que "les préférences sont dites «octroyées» et que les schémas de préférences, appelés aussi SGP, sont qualifiés «d'offres» des pays développés" (*Droit international du sous-développement*, Berger-Levrault, Paris, 1983, p. 90).

⁷⁹⁶ BENCHIKH Madjid, *op. cit.*

⁷⁹⁷ La protection des concessions et avantages d'une partie contractante résultant du GATT est en principe assurée par la multilatéralisation et la juridictionnalisation du régime. En effet, d'une part, l'article XXIII du GATT dispose que "si (les PARTIES CONTRACTANTES) considèrent que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier une telle mesure, elles pourront autoriser une ou plusieurs parties contractantes à suspendre, à l'égard de telle autre ou telles autres parties contractantes, l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général dont elles estimeront la suspension justifiée, compte tenu des circonstances" et, d'autre part, l'article 3, paragraphe 2, du Mémorandum sur le règlement des différends insiste sur le fait que "le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et obligations résultant pour les Membres des accords visés". Nous y reviendrons.

du travail, reconnues comme fondamentales, dans la production des marchandises exportées. Si la plupart des pays développés accordent de telles préférences aux pays en développement, nous n'examinerons d'abord que celles octroyées par l'Union européenne dans le cadre des accords de coopération UE - ACP et celles octroyées par les Etats-Unis aux pays africains par la Loi sur la croissance et les opportunités économiques en Afrique (AGOA). Ces deux systèmes sont en effet suffisamment différenciés et également attractifs - par l'ampleur des marchés auxquels ils permettent l'accession - pour embrasser significativement l'étendue du pouvoir des Etats importateurs.

I/ L'effet du partenariat UE - ACP

L'accord de partenariat entre l'Union européenne et les pays du groupe Afrique - Caraïbes - Pacifique (ACP), signé à Cotonou le 23 juin 2000, continue les quatre précédentes conventions de Lomé (1975, 1980, 1985, 1990 et la révision de 1995), celles-là faisant suite elles-mêmes aux deux accords de Yaoundé (1964 et 1969)⁷⁹⁹. Il définit un cadre de coopération pour vingt ans, entre d'une part, l'Union européenne et ses 15 Etats membres et, d'autre part, 77 Etats ACP. Comme ses précédents, il va au-delà d'un simple système généralisé de préférences puisqu'il combine un régime de préférences commerciales et d'importants montants d'aides, d'une part, et des politiques et des objectifs communs de développement d'autre part⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ MM. CARREAU et JUILLARD soulignent ainsi un autre "effet pervers" des SGP : "En n'étant tenus de n'offrir - et de ne se voir demander - aucune concession commerciale, les pays en développement ne sont guère en mesure d'influer sur le déroulement des négociations et de voir leurs intérêts réels pris en considération" (*Droit économique international*, LGDJ, Paris, 4^{ème} éd., 1998, p. 100).

⁷⁹⁹ Cf. *le Courrier ACP-UE*, le mensuel de la coopération ACP-UE, publié par la Direction générale de développement de la Commission européenne, Bruxelles. Pour l'évolution de la coopération, voir, par exemple, DAVID Dominique, "Plus de 40 ans de relations Europe-ACP", *Le Courrier ACP - UE*, édition spéciale, septembre 2000, pp. 11-14.

⁸⁰⁰ Les apports les plus remarquables de ces relations ACP-CEE étaient sans conteste la constitution d'un système de stabilisation des recettes d'exportation des Etats ACP vers la Communauté, dénommé *Stabex*, ainsi que le système similaire à celui-ci mais couvrant particulièrement les exportations de produits miniers, le *Sysmin*. (Cf. DAVID D, précité). La libéralisation mise en œuvre par l'Accord de Cotonou a substitué à ces systèmes de protection "une rationalisation des instruments financiers et un nouveau système de programmation glissante" ; à savoir, d'une part, une enveloppe d'aides non remboursables allouées sur une évaluation des besoins et selon les performances et, d'autre part, une enveloppe fournissant des capitaux à risque et des prêts en vue d'appuyer le développement du secteur privé ; l'ensemble étant soumis à des réexamens réguliers (Cf. MOREAU Françoise, "L'Accord de Cotonou et ses principales orientations", in *Le Courrier* précité, pp. 6-9).

Nous intéressent ici les dispositifs prévus relatifs à l'entrée des produits ACP dans l'Union européenne. Les objectifs, principes et modalités en sont définis dans les articles 34 à 37 et développés dans l'annexe V de l'Accord. Il en ressort que généralement les produits originaires des Etats ACP sont admis à l'importation dans la Communauté en exemption de droits de douane et de taxes d'effet équivalent⁸⁰¹, et que la Communauté n'applique à l'importation des produits originaires des Etats ACP ni restrictions quantitatives ni de mesures d'effet équivalent⁸⁰². Aucune réciprocité n'est exigée. Les Etats ACP doivent seulement assurer envers les pays européens, sans discrimination, le traitement du pays tiers (non ACP) le plus favorisé⁸⁰³. Ainsi, les pays ACP disposent d'un libre accès sur les territoires de l'Union pour quasiment tous leurs produits.

Cet accès, comme l'ensemble des mesures contenues dans l'Accord de coopération, est conditionné par le respect de certains principes. Selon Mme Françoise Moreau, "la stratégie retenue établit un lien explicite entre l'aide au développement - notamment les appuis à la modernisation de l'économie -, à la transition et aux politiques sociales d'une part, et la mise en place d'un cadre réglementaire et de politique commerciale favorable au développement du commerce et de l'investissement privé d'autre part"⁸⁰⁴.

En matière sociale, l'Accord de Cotonou convient dans son article 9 que "la coopération vise un développement durable centré sur la personne humaine, qui en est l'acteur et le bénéficiaire principal" et postule "le respect de tous les droits de l'homme et des libertés fondamentales, y compris le respect des droits sociaux fondamentaux"⁸⁰⁵. Il prévoit dans son article 96, une procédure de consultation concernant le respect de ces éléments qualifiés d'"essentiels", ainsi que les mesures appropriées à prendre le cas échéant, pouvant aboutir en dernier recours à la suspension de la coopération⁸⁰⁶. Malgré le caractère relativement courant des violations de ces droits "essentiels", le rapport annuel du Conseil des ministres ACP-UE (2000) n'en touche pas un mot⁸⁰⁷.

⁸⁰¹ Article 1 de l'Annexe V de l'Accord. La règle est valable sauf pour certains produits limitativement énumérés (par exemple, certains produits agricoles) pour lesquels la Communauté doit assurer néanmoins "un traitement plus favorable que celui accordé aux pays tiers bénéficiant de la clause de nation la plus favorisée pour les mêmes produits".

⁸⁰² Article 2 de l'Annexe V.

⁸⁰³ Article 5.1 de l'Annexe V.

⁸⁰⁴ MOREAU F., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 9.

⁸⁰⁵ Accord de Cotonou, *Le Courrier ACP - UE*, édition spéciale, septembre 2000.

⁸⁰⁶ In *ibid.*, p. 56.

⁸⁰⁷ Rapport annuel du Conseil des ministres ACP - UE (2000), septembre 2001, OPOCE, Bruxelles.

La pratique montre que les réactions de la part de l'Union européenne se limitent aux cas les plus graves. Comme le rappelle un auteur, "l'objectif de l'assistance communautaire ne consiste pas à primer une bonne politique des droits de l'homme, mais à améliorer la situation économique des bénéficiaires"⁸⁰⁸. Il n'existait tout simplement pas de clauses relatives aux droits fondamentaux dans les premières conventions ACP-CEE. Les conditionnalités étaient qualifiées par les parties ACP d'ingérence inacceptable dans leurs affaires intérieures. Selon un auteur, par ailleurs, l'assistance communautaire sert surtout les corporations transnationales des pays de la CEE et les classes dominantes, souvent corrompues, des pays ACP⁸⁰⁹. L'opinion publique européenne attira cependant l'attention des organes communautaires sur des cas particulièrement graves de violations des droits fondamentaux. Le plus connu fut celui de l'Ouganda d'Idi Amin Dada. Le Conseil des ministres des Communautés fut amené à déclarer que "le Conseil déplore que le peuple d'Ouganda se voie systématiquement privé de ses droits fondamentaux. Le Conseil est convenu de prendre des mesures dans le cadre de ses relations avec l'Ouganda afin de s'assurer que toute assistance prêtée par la Communauté à l'Ouganda en vertu de la Convention de Lomé n'ait en aucun cas pour effet, à l'égard du peuple de ce pays, un renforcement ou une prolongation de la privation des droits fondamentaux"⁸¹⁰. Si la déclaration n'a pas rompu à l'égard de l'Ouganda l'application de la Convention de Lomé I, notamment pour cause de défaut de base juridique, elle a eu tout de même pour conséquence la réduction sensible de l'assistance financière de la Communauté. Cette réduction fut justifiée par des défauts formels des dossiers de demandes ougandaises⁸¹¹. L'incident n'a pas pour autant réussi à faire admettre dans la Convention de Lomé II, qui se préparait, l'insertion de fondements juridiques clairs pour un lien entre la coopération et le respect des droits fondamentaux. Un mémorandum fut bien préparé par la Commission dans cette perspective. Il visait en même temps le respect des normes fondamentales des droits de l'homme et celles des conventions internationales de travail. La Communauté devrait éviter de financer et de faciliter le développement industriel des pays ACP qui se ferait "dans des conditions de travail

⁸⁰⁸ KRANTZ Jerzy, "Lomé, le dialogue et l'homme", *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 24, n° 3, juillet-septembre 1988, p. 478.

⁸⁰⁹ TETZLAFF R., "Das Vertragswerk von Lomé - Ein Beitrag zu einer neuen Weltwirtschaftsordnung", in FERDOWSI M.A. (ed.), *Die Verträge von Lomé zwischen Modell und Mythos*, Munich, 1983, relevé par KRANTZ précité, p. 463.

⁸¹⁰ Déclaration du 21 juin 1977, *Bull. C.E.*, 1977, n° 6, p. 85.

⁸¹¹ Cf. YOUNG-AMAWATY A., "Human Rights and the ACP-EEC Lomé II Convention : Business as Usual at the EEC", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 13, spring 1980, n°1, pp. 65s.

anormales"⁸¹² : d'une part, l'exécution des projets financés par la Communauté devrait s'effectuer dans les conditions respectant les standards internationaux en question et, d'autre part, le traitement préférentiel communautaire accordé à la plupart des produits originaires des pays ACP devrait être lié au respect des mêmes standards. Les clauses du mémorandum rencontrèrent comme prévu un refus résolu des partenaires ACP soucieux, selon les mots de M. Krantz, "de garder la plus grande liberté d'action possible, y compris la liberté de violer les droits fondamentaux de l'homme"⁸¹³. Il a fallu attendre Lomé III (1985) pour qu'une convention ACP-CEE contienne des dispositions relatives aux droits de l'homme. Lomé IV (1990) introduit une référence à la reconnaissance et à la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit, d'une part, et à la bonne gestion des affaires publiques, d'autre part. En cas de violation d'un de ces principes, des procédures sont prévues pour tenter de remédier à la situation. Celles-ci peuvent aller jusqu'à la suspension, totale ou partielle, de l'application de la Convention à l'égard de la partie concernée.

Fruit de compromis, ces dispositions préfigurent cependant l'ambiguïté des mesures de l'accord actuel. S'il est indéniable que les violations systématiques et grossières des droits fondamentaux ne peuvent rester sans effet sur la mise en œuvre de l'accord, les procédures concernant les mesures pouvant être prises, les droits protégés, les manquements aux droits et leur imputation éventuelle à une partie membre demeurent dans le flou diplomatique, quelque part entre "le dialogue politique mené de façon régulière entre les parties" et "les consultations menées au niveau et dans la forme considérés les plus appropriés en vue de trouver une solution"⁸¹⁴. Depuis Lomé III, cependant, il est avéré que "c'est aux seuls organes communautaires de juger aussi bien de la gravité des atteintes que des mesures à prendre"⁸¹⁵. L'article 96 de l'accord de Cotonou, dans son alinéa a)4, dispose en effet que "si les consultations ne conduisent pas à une solution acceptable par les parties, en cas de refus de consultation, ou en cas d'urgence particulière, *des mesures appropriées peuvent être prises*"⁸¹⁶. L'alinéa c) précise que "les «mesures appropriées» au sens du présent article, sont des mesures

⁸¹² Pour des fragments du Mémorandum, voir *Revue juridique et politique - Indépendance et coopération*, n° 3, 1978, pp. 824-827.

⁸¹³ KRANTZ J., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 470. Les pays ACP apportèrent certes un argument de poids relevé par le même auteur : "La Communauté n'était pas particulièrement prédestinée à se placer comme défenseur des droits de l'homme, ses pays membres maintenant de vastes contacts commerciaux avec l'Afrique du Sud de l'*Apartheid* (de l'époque)" (*in ibid.*).

⁸¹⁴ *In* article 96 précité de l'Accord de Cotonou.

⁸¹⁵ KRANTZ, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 472.

⁸¹⁶ Accord de Cotonou précité. Nous soulignons la proposition au passif et sans complément d'agent.

arrêtées en conformité avec le droit international et proportionnelles à la violation". Le caractère unilatéral de l'octroi d'un système généralisé de préférences, et ainsi de son retrait, - que voile l'accord formel ACP-UE⁸¹⁷ -, réapparaît ici dans la sanction des conditionnalités. La potentialité des réactions communautaires doit être néanmoins relativisée par la pratique "politique" antérieure, réservant les sanctions pour certains cas graves et évidents⁸¹⁸.

Par ailleurs, il est sans doute souhaitable d'éclaircir préalablement les conditions d'application des conditionnalités pour l'accès au marché, et d'associer réellement les partenaires ACP à leur élaboration. Autrement dit, des règles plus transparentes sanctionnées par une commission paritaire ACP-UE assureraient l'impartialité nécessaire à ce genre de "commerce juridique"⁸¹⁹, condition de son acceptabilité. En effet, tant qu'à "imposer" aux pays en développement des conditionnalités propres à améliorer la vie des individus (objet primordial de ces relations ACP-UE), autant en objectiver les dispositions, *i.e.* les reconnaître comme sources de droits et obligations susceptibles de contrôle par une instance multilatérale. De surcroît, ceci éloignerait les appréhensions de protectionnisme déguisé.

II/ L'effet de la loi américaine ouvrant le marché des Etats-Unis aux produits africains

L'*African Growth and Opportunity Act* (AGOA) américaine paraît plus stricte et plus précise. Sur la base du *Trade Act* du 3 janvier 1975 et de l'*executive order* du 24 novembre 1975, le premier schéma des préférences américain mis en vigueur en janvier 1976,

⁸¹⁷ Ces dispositions sont issues de négociations. Celles-ci ont duré dix-huit mois pour aboutir à l'Accord de Cotonou, avec à la clé un montant de 14 milliards 300 millions d'euros de fonds européens pour le développement (FED). Cf. les différents articles du *Courrier ACP-UE* précité.

⁸¹⁸ L'Union européenne n'est pas, toutefois, à l'abri d'une certaine partialité dans la sélection des cas auxquels elle se déciderait à réagir. Un auteur oppose en effet la réaction de la CEE envers l'Ouganda d'Amin Dada au soutien accordé à l'ex-Zaïre de Mobutu, un régime corrompu qui bafouait les droits de l'homme : le traitement différent résulterait du fait que le sol zaïrois recèle des richesses importantes pour les pays occidentaux (Cf. NUSCHELER F., "Der Europäische Entwicklungsfonds", in FERDOWSI, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁸¹⁹ Nous empruntons ici, en les détournant quelque peu du sens originel pour les appliquer à la jungle des relations économiques internationales, les termes de HAURIOU, désignant les rapports entre les hommes (*Principes de Droit Public*, Sirey, Paris, 1910, p. 188, cité par MAZERES J.-A., "L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 126). "Il y a", écrit Hauriou, "dans le commerce des relations humaines, une force collective, une mécanique tout aussi objective en son genre que celle des institutions politiques, quoique montée sur des bases différentes et plus favorables à l'individu" (*in ibid.*).

ouvertement unilatéral, fait dépendre ses avantages du respect de standards de droits fondamentaux⁸²⁰. Depuis, selon le professeur Joël Trachtman, "this political linkage evolved into institutional linkage" : "the U.S. policy was later incorporated in several U.S. unilateral policy instruments, including conditionality for the application of zero-tariff treatment to imports from developing countries under the Generalized System of Preferences and «Special 301» trade sanctions"⁸²¹. Valable jusqu'au 30 septembre 2004, l'AGOA 2000 a été quelque peu modifiée par la Trade Act de 2002, signée par le Président G. W. Bush, dans le sens d'une extension des accès préférentiels. Selon le site du Trade Representative for Africa, "AGOA II clarifies and narrowly expands the trade opportunities for Sub-Saharan African countries under AGOA and encourages more investment in the region"⁸²².

Le Président George W. Bush énonce ainsi les principes sous-tendant la politique américaine des échanges internationaux : "le commerce ouvert alimente les moteurs de la croissance économique, qui crée des emplois et des revenus. Il met le pouvoir des marchés au service des personnes démunies. Il stimule la réforme économique et juridique. Il aide à démanteler les administrations protectionnistes qui étouffent l'innovation et favorisent la corruption. Il renforce les habitudes de liberté qui soutiennent la démocratie à long terme"⁸²³. La politique commerciale sert en l'occurrence d'instrument de la politique générale. Le rapport de l'Organe d'examen des politiques commerciales de l'OMC concernant les Etats-Unis mentionne ainsi que "des sanctions commerciales sont appliquées à l'encontre de près de 30 pays pour différentes raisons". Il cite sans les distinguer "la prolifération des armements, le terrorisme et les droits des travailleurs"⁸²⁴. Dans la même perspective, l'AGOA établit explicitement un lien entre l'ouverture du marché américain aux produits africains et le respect par le pays de provenance des produits de conditions émises unilatéralement par les Etats-Unis.

D'une part, pour admettre un Etat au bénéfice de l'AGOA, le président des Etats-Unis doit évaluer si le pays en question a établi, ou progresse de manière régulière en vue d'établir, une économie de marché, l'Etat de droit, la protection des droits de propriété intellectuelle, la

⁸²⁰ Cf. U. KULLMANN, "«Fair Labour Standards» in International Commodity Agreements", *Journal of World Trade Law*, vol. 14 (1980), pp. 527-535 ; ou encore, S. CHARNOVITZ, "Fair Labour Standards and International Trade", *Journal of World Trade Law*, vol. 20 (1986), pp. 61-78.

⁸²¹ TRACHTMAN Joel P., "Institutional Linkage : Transcending «Trade and ...», *AJIL*, janvier 2002, vol. 96, n° 1, p. 78.

⁸²² Cf. le site www.agoa.gov

⁸²³ Discours du Président Bush d'avril 2001, cité par le Rapport du gouvernement américain à l'Organe d'examen des politiques commerciales de l'OMC. Cf. le site de l'OMC.

suppression des obstacles aux échanges et aux investissements des Etats-Unis, des mesures de nature à faire reculer la pauvreté, un système de lutte contre la corruption, la protection des droits internationalement reconnus des travailleurs. Plus précisément sur ce dernier point, la loi exige, "la protection du droit d'association, celui de s'organiser et de faire des négociations collectives, l'interdiction de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'imposition d'un âge minimum pour le travail des enfants et l'existence de conditions acceptables de travail en ce qui concerne un salaire minimum, les heures de travail et la sécurité de travail"⁸²⁵. De surcroît, le président américain doit s'assurer que le pays ne se livre pas à des activités susceptibles de porter atteinte à la sécurité ou aux intérêts américains en matière de politique étrangère, ni à des violations flagrantes des droits de l'homme, ni à des soutiens d'actes de terrorisme international⁸²⁶.

D'autre part, l'AGOA prévoit un examen annuel par l'exécutif américain des mesures mises en œuvre par l'Etat partenaire, ainsi que la possibilité de radiation unilatérale de la liste des pays admissibles en cas de régression dans ces domaines⁸²⁷. Parmi les 36 pays de l'Afrique subsaharienne éligibles, 17 profitent en 2002 de l'opportunité ouverte par l'AGOA. Comme le dit le professeur Trachtman, "the explicit goal (is) to influence domestic regulation by other states"⁸²⁸. Cette politique est d'autant plus efficace que le marché américain est primordial pour tout exportateur et que les droits et contingentements pour l'accès à ce marché sont élevés.

Aux Etats-Unis, selon le Rapport précité de l'Organe d'examen des politiques commerciales, d'une part les droits les plus élevés s'appliquent principalement aux produits agricoles, ainsi qu'aux vêtements, aux textiles et aux chaussures ; d'autre part, les restrictions quantitatives à l'importation, encore tolérées (jusque fin 2004) par l'Accord sur les textiles et les vêtements du GATT de 1994⁸²⁹, s'appliquent à plus de la moitié des importations de vêtements et à 32% des importations de textiles (plus de 1000 contingents sont appliqués à 45 pays, parmi lesquels 37 membres de l'OMC). Or, les activités des zones franches relèvent

⁸²⁴ OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, Rapport du Secrétariat sur les Etats-Unis, 17 septembre 2001. Cf. le site de l'OMC.

⁸²⁵ Point F de la Section 104 (a) de l'AGOA. Le texte de cette loi figure sur le site internet (agoa.gov).

⁸²⁶ Ces conditions sont établies par la section 104 (a) de l'AGOA, la section 502 (b) et la section 506 A de la Loi sur le commerce de 1974. Cf. le site de l'AGOA.

⁸²⁷ Section 104 (b), *in ibid.*

⁸²⁸ TRACHTMAN Joel P., "Institutional Linkage : Transcending «Trade and ...», *AJIL*, janvier 2002, vol. 96, n° 1, p. 78.

⁸²⁹ Sur cet accord, cf. *infra*.

pour la plupart du secteur textile : ainsi à Madagascar le secteur "textile et confection" représente 51% de l'activité totale et occupe 85% des emplois créés⁸³⁰. En l'occurrence, lorsque le gouvernement américain annonce par l'AGOA qu'il supprime tous les contingents applicables aux textiles et aux vêtements en provenance de pays agréés de l'Afrique subsaharienne et élargit l'accès en franchise de douane au marché américain, les pays exportateurs, ayant établi un régime de zones franches, désirent être admis à en bénéficier. Ils y sont poussés, si besoin est, par leurs industriels, notamment par les regroupements d'investisseurs en zones franches. Ainsi, le Kenya, deuxième pays admissible après l'île Maurice aux avantages de l'AGOA, a porté la valeur de ses exportations de textiles vers les Etats-Unis à 27 millions de dollars pour les 7 premiers mois de l'année 2001 contre 7,2 millions pour la même période l'année précédente⁸³¹. Madagascar admis au bénéfice de l'AGOA en mars 2001 a augmenté pour la même période ses exportations vers les Etats-Unis de 73% (de 37,037 millions de dollars à 64,080)⁸³². Par ailleurs, des investisseurs nouveaux, et généralement américains, s'installent dans les zones franches africaines depuis que le marché des Etats-Unis est accessible sans droit ni quota à partir d'Afrique. Le représentant américain au commerce, M. Robert Zoellick, peut ainsi se targuer de bons résultats selon lesquels "countries which qualified for trade concessions on textiles authorized by the AGOA increase their exports to the US by 23% during the first quarter this year (2001). During the same period, US exports to sub-saharan Africa rose 30%"⁸³³. Ces derniers représentent en partie les nouveaux investissements américains (machines-outils) dans des usines franches de textiles en Afrique. Deux observations doivent être émises ici :

Premièrement, peut être transposée la réflexion d'un auteur relative au partenariat UE - ACP, que la politique des pays développés envers les pays en développement, notamment les schémas de préférences commerciales, sert surtout les corporations transnationales des premiers⁸³⁴. En l'occurrence, l'AGOA américaine couplée à un régime africain de zones franches favorise une délocalisation échappant à toute taxe et à tout droit de douane. Ce

⁸³⁰ Cf. "Les entreprises franches à Madagascar", in site internet du GEFP. Le reste des activités se décompose en ces secteurs, "agro-alimentaire" : 11%, "saisie informatique" : 10%, "bois" : 8%, "artisanat" : 6%, "horlogerie, bijouterie" : 4%, "divers" : 10%.

⁸³¹ Communiqué *Reuters* du 16 août 2001, relevé par *Quotes*, revue de presse de l'OMC sur les statistiques du commerce international.

⁸³² Chiffres cités par le site du GEFP.

⁸³³ ZOELLICK Robert, US Trade Representative, cité par *Dow Jones International News Service*, 5 juillet 2001.

⁸³⁴ TETZLAFF R., "Das Vertragswerk von Lomé - Ein Beitrag zu einer neuen Weltwirtschaftsordnung", in FERDOWSI M.A. (ed.), *Die Verträge von Lomé zwischen Modell und Mythos*, Munich, 1983, relevé par KRANTZ, *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 463.

système, par ailleurs, peut amener à s'interroger, concernant les délocalisations, sur le fait de savoir "s'il ne s'agit pas d'une nouvelle forme d'évasion fiscale internationale avec l'utilisation des zones franches industrielles d'exportation"⁸³⁵. En tout état de cause, ces délocalisations semblent ne pas être découragées par l'administration américaine. Lors du premier Forum de l'AGOA - réunissant les représentants des secteurs public et privé des pays intéressés -, tenu à Washington en octobre 2001, le Président Bush a déclaré que "la Loi sur la croissance et les possibilités économiques en Afrique est une épure de la façon dont les Etats-Unis et l'Afrique peuvent mobiliser la puissance des marchés pour améliorer la vie de leurs citoyens"⁸³⁶. Sans doute pour clarifier ces propos, le président de la sous-commission des affaires africaines, M. Ed Royce, après la récente adoption de l'AGOA II par la Chambre des représentants, a exprimé ses espoirs selon lesquels "l'AGOA entraînera la fabrication de produits d'exportation qui arriveront sur les marchés des Etats-Unis. Ce commerce nécessite de la manufacture, des capitaux et des investissements. Il s'agit maintenant pour les Africains d'apprendre à attirer les investissements qui leur permettront de produire pour l'exportation"⁸³⁷.

Deuxièmement, ce système n'habitue pas à la liberté, comme le dit M. G.W. Bush, mais accoutume à la subordination aux directives venant des pays importateurs, en l'occurrence ici, des Etats-Unis. Lesdites conditions ne concernent pas uniquement les modalités de production des marchandises exportées - telle l'observance du droit des travailleurs, ou des droits de propriété intellectuelle - mais peuvent affecter l'économie du pays dans son entier - l'Etat pour bénéficier de l'AGOA doit faire des efforts vers une économie de marché - et, même, son système politique : l'Etat doit chercher à parvenir à un Etat de droit et respectueux des droits de l'homme. Si les conditionnalités accompagnant les avantages de l'AGOA peuvent être considérées comme globalement positives, elles sont susceptibles d'entraîner la délocalisation de la définition et l'ordonnancement des priorités locales. Ainsi, par exemple, lors de la conférence de l'American and African Business Women's Alliance qui s'est déroulée au Botswana en février 2002, les femmes d'affaires réunies déplorant - sûrement à raison - la place accordée à la femme en Afrique et dans le commerce international, voulaient que figurent dans l'AGOA II - alors en discussion au

⁸³⁵ Cf. SCHIELE Pascal, *Prélèvements obligatoires et délocalisations*, Thèse de Droit public, Université de Paris 2, 1995.

⁸³⁶ President Allocution, US Sub-Saharan African Trade and Economic Forum, rapporté par le site du USTR.

⁸³⁷ Propos cités par F. R., "AGOA - Le 2^{ème} forum à l'île Maurice en janvier 2003", *Express de Madagascar*, 7 août 2002.

Congrès - des clauses de promotion de la femme⁸³⁸. Etrange manœuvre tout de même qui exige pour améliorer le sort des femmes africaines, certes des business women, d'aller faire les couloirs de Washington ! C'est dire que les conditionnalités contenues dans ces systèmes généralisés de préférences peuvent subvertir la souveraineté de l'Etat territorial en effectuant un transfert partiel mais toutefois pervers - vers l'Etat importateur, maîtrisant l'accès de son marché national - d'un pouvoir de détermination générale qui ne doit appartenir qu'au premier. Ne parle-t-on pas d'autodétermination pour évoquer l'indépendance ? Plus généralement, ces conditionnalités ne sont-elles pas contraires au droit international ?

Section 2 : De l'incompatibilité de ces conditionnalités avec le droit international

D'emblée il faut souligner que le lien existant dans les SGP entre le maintien des préférences et le respect de certains principes maintient une pression visant à influencer la politique intérieure de l'Etat bénéficiaire. Les conditionnalités de l'AGOA américaine - une loi nationale - paraissent cependant plus suspectes d'ingérence dans les affaires intérieures des Etats que celles figurant dans les conventions UE-ACP qui sont censées être établies de commun accord⁸³⁹. Les premières ne sont pas pour autant forcément illicites du point de vue du droit international. Inversement, les secondes n'en sont pas moins contestables car - comme les premières - elles peuvent aboutir à une sorte d'abus de "position dominante" de la part de ceux qui octroient les mesures de préférences⁸⁴⁰. Notre analyse prendra en compte les conditionnalités figurant globalement dans tout système généralisé de préférences, tout d'abord au regard du droit international général et, ensuite, au regard du droit spécifique de l'OMC.

⁸³⁸ Cf. F. R., "AGOA - Ouverture pour les femmes africaines", *Express de Madagascar*, 18 février 2002, qui rapporte que cette conférence a été animée par Mme Lauri Fitz-Pegado, ancienne vice-ministre du commerce des Etats-Unis.

⁸³⁹ Par ailleurs, l'Union européenne octroie aussi un SGP similaire à celui des Etats-Unis : Cf. note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁸⁴⁰ Le professeur Brigitte STERN a montré que "les circonstances d'utilisation d'une mesure unilatérale peuvent en renverser la qualification juridique, et ceci dans un sens (mesure licite) ou dans l'autre (mesures illicites)" (cf. "Licéité et illicéité de la mesure compte tenu de ses modalités d'utilisation", in GHERARI Habib et SZUREK Sandra, dir., *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, CEDIN, Paris X Nanterre, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 185-218).

I/ Au regard du droit international général

Si la compétence d'exécution d'un Etat ne peut s'appliquer hors de son territoire - sauf s'il existe des règles conventionnelles permissives -, sa compétence normative bénéficie de possibilités extraterritoriales limitées. Ainsi dispose la coutume internationale formalisée dans l'arrêt célèbre de la CPJI concernant l'affaire du *Lotus*. Elle est "loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire"⁸⁴¹. Néanmoins, l'arrêt dispose aussi, de façon explicite, qu'il existe des "limites que le droit international met (aux) compétences" des Etats⁸⁴². Le professeur Brigitte Stern donne consistance à cette disposition en cherchant "des éléments de rattachement", qui seraient jugés par le droit international comme nécessaires entre l'Etat légiférant et l'objet de la législation⁸⁴³. Elle définit ces éléments comme étant, outre le territoire, le lien personnel et les questions relatives à sa souveraineté (principe de protection) ainsi que celles relevant d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale (principe d'universalité). La majorité de la doctrine reconnaît globalement la nécessité de ces rattachements. Ainsi le fait le professeur Jean Combacau, même s'il ne dissimule pas qu'il "n'est pas aisé de préciser les limites internationales à la compétence normative"⁸⁴⁴. Le problème en effet est de déterminer le caractère "raisonnable" de ces rattachements avec les mesures en cause. L'auteur précité relève ainsi que "certains rattachements qui paraissent fonder une compétence franchement extraterritoriale, sont quelquefois ramenés à la compétence territoriale, tant est puissante l'idée que l'Etat tire de son titre territorial un pouvoir de régir tout ce qui s'y rapporte de près et de loin"⁸⁴⁵.

Pour ce qui concerne notre objet d'étude, un système généralisé de préférences peut être réduit à des accès privilégiés de produits de l'Etat bénéficiaire sur le territoire de l'Etat qui l'octroie. Ce dernier peut en l'occurrence - en l'absence de convention contraire - utiliser son pouvoir normatif unilatéralement ou contracter avec un autre Etat dans une forme conventionnelle sans que la légitimité de cette utilisation puisse être mise en cause. Le fait

⁸⁴¹ CPJI, *Affaire du Lotus*, France c. Turquie, 7 septembre 1927, Série A, n°10, p. 19.

⁸⁴² La Cour indique que "la discrétion laissée par le droit international aux Etats explique la grande variété de règles qui ont été adoptées sans objections ou plaintes de la part des autres Etats. Dans ces circonstances, tout ce que l'on peut demander à un Etat c'est qu'il ne dépasse pas *les limites que le droit international met à ses compétences*" (*in ibid.* Nous soulignons).

⁸⁴³ STERN Brigitte, L'extraterritorialité revisitée, *AFDI*, XXXVII, 1992, pp. 251s.

⁸⁴⁴ COMBACAU Jean & SUR serge, *Droit international public*, 3^{ème} éd., Domat Montchrestien, Paris, 1997, p. 344.

⁸⁴⁵ COMBACAU Jean, *précité*, p. 346.

que son territoire soit la destination des produits lui permet aussi indirectement - non pas un droit de regard (ce qui relèverait de l'exécution prohibée) mais - un droit de "verbe" sur les conditions de leur production. L'Etat législateur peut même - comme les Etats-Unis le font par l'AGOA - déterminer les critères que doit respecter l'Etat avec lequel il entend avoir des relations commerciales. Ces critères peuvent certainement constituer une ingérence ; ici, dans le sens donné par le professeur Combacau d'une "pression visant à influencer l'Etat qui la subit"⁸⁴⁶. Une ingérence est, selon cet auteur, "jugée illicite, mais seulement dans des cas-limites ou dans ses formes extrêmes : (notamment) lorsqu'elle aboutit à priver (l'Etat) d'un droit et non d'une faveur et qu'elle consiste par conséquent pour son auteur à violer une obligation et non à user discrétionnairement de ses pouvoirs légaux"⁸⁴⁷. L'AGOA et ses conditionnalités unilatérales et, à plus forte raison, la convention UE-ACP, consistant à octroyer subtilement des faveurs et, le cas échéant, à les retirer seraient ainsi des plus licites. Même si l'ensemble du système conduit à déterminer de l'extérieur non seulement les rapports de travail dans un secteur de production pour l'exportation mais aussi la politique générale d'un Etat, l'on ne pourrait aucunement évoquer une application extraterritoriale contraire au droit international⁸⁴⁸. Tout au plus, pourrait-on parler "d'imputation extraterritoriale" : Mme B. Stern distingue ainsi - dans des situations dans lesquelles un Etat prétend appréhender, à travers son ordre juridique, des éléments situés en dehors de son territoire -, d'une part, l'application territoriale d'une norme en fonction d'un élément extraterritorial et, d'autre part, l'application extraterritoriale *stricto sensu* de la norme qui implique *des effets juridiques directs* à l'extérieur du territoire⁸⁴⁹. Les Etats-Unis, par exemple, au cours du processus d'application de la norme, ici l'AGOA, sont amenés à prendre en compte des faits extérieurs à leur territoire - la conformité ou non des comportements de l'Etat exportateur aux conditions définies dans l'AGOA - pour admettre ou refuser l'Etat en question aux bénéfices de la loi, *i.e.*

⁸⁴⁶ COMBACAU Jean, *précité*, p. 257.

⁸⁴⁷ *In ibid.* Un autre cas extrême est visé par l'auteur : "lorsque l'ingérence vise à porter atteinte à la stabilité d'un gouvernement par une aide aux rebelles qui cherchent à le renverser". Il fait référence à l'arrêt *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, du 27 juin 1986, où la CIJ énonce que l'appui fourni par les Etats-Unis aux activités des *contras* au Nicaragua sous ses multiples formes, à l'exception de l'aide humanitaire, constitue une "violation indubitable du principe de non-intervention" (§ 242).

⁸⁴⁸ Ce sont juste "des effets" que la doctrine américaine et, quelquefois en matière de concurrence, la doctrine communautaire, tiennent pour non contraires au droit international (*cf.* COMBACAU, *précité*, p. 350 qui cite le *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations of the United States*, 1987, § 402.c & § 415).

⁸⁴⁹ Nous résumons avec les termes du professeur. *Cf.* STERN Brigitte, L'extraterritorialité revisitée, *AFDI*, XXXVII, 1992, pp. 244-246.

lui ouvrir ou fermer l'accès privilégié au marché américain. Il est vrai, comme le souligne l'auteur précité que, s'agissant d'une application extraterritoriale ou d'une imputation territoriale, "les conséquences de fait sont très voisines"⁸⁵⁰ : ici, l'Etat exportateur doit se plier aux exigences de l'Etat importateur. L'Etat américain dictant un devoir être aux Etats africains désirent bénéficier de l'AGOA parvient ainsi à contourner le droit international qui prohiberait l'application extraterritoriale d'un droit national mais pas l'application spontanée par un Etat d'injonctions émanant d'un autre Etat⁸⁵¹. En effet, en parfait exemple de l'imputation territoriale décrite par Mme Stern, l'Etat américain ou tout Etat imposant des conditionnalités pour son octroi de préférences commerciales, par défaut, "tire sur son propre territoire, les conséquences d'une méconnaissance des obligations qu'il a cherché à appliquer extraterritorialement, en imposant - par équivalent - un comportement sur son territoire"⁸⁵². L'Etat refusant cet état de fait - l'effet du droit de l'Etat importateur - pourrait toujours arrêter souverainement ses exportations vers les Etats-Unis⁸⁵³.

Néanmoins, les conditionnalités contenues dans un SGP, constituent bien, comme les normes juridiques extraterritoriales intervenant dans le commerce international présentées par le professeur Jacquet, "un phénomène de pouvoir"⁸⁵⁴. Mme Stern les qualifierait sans doute de "mesures de pression" : "une arme (érigée par un Etat) pour soumettre un autre Etat à sa politique"⁸⁵⁵. Elle soutient, par ailleurs, que les cas d'application spontanée par un Etat d'injonctions émanant d'un autre Etat, n'enlèvent pas pour autant le caractère contraire au droit international public des normes extraterritoriales appliquées puisqu'elles mettent en cause la "compétence exclusive de l'Etat d'organiser son économie sans interférence"⁸⁵⁶. En effet, Max Huber, dans la sentence déjà citée *Ile de Palmas*, souligne que "la souveraineté dans les relations entre Etats, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre Etat les fonctions étatiques"⁸⁵⁷. Ainsi, du fait que, d'une part, certaines conditionnalités contenues dans les SGP, notamment l'exigence américaine de mettre en place une économie de marché, visent à influencer sur les affaires intérieures de l'Etat bénéficiaire et que, d'autre part, elles peuvent être des éléments de

⁸⁵⁰ STERN Brigitte, *précitée*, p. 244.

⁸⁵¹ Lors de la discussion de l'AGOA II à la Chambre des représentants, le président de la sous-commission des affaires africaines, M. Ed Royce a déclaré : "Je suis heureux de rapporter que l'AGOA, qui n'est en vigueur que depuis un an, a déjà un effet très positif sur l'Afrique. Plusieurs pays du continent *qui sont en train d'opérer les réformes souhaitées par l'AGOA* attirent des investissements étrangers et voient leurs possibilités d'exportation se multiplier bien au-delà de leurs espérances" (Nous soulignons. Rapporté par F.R., "L'AGOA II en préparation", *Express de Madagascar*, 4 février 2002).

⁸⁵² STERN Brigitte, *précitée*, p. 247.

contraintes irrésistibles, il nous paraîtrait plus juste de considérer qu'il y a là une violation flagrante du principe du droit international de non-intervention dans les affaires intérieures.

Bien que respectant formellement le droit international, un SGP contenant certaines conditionnalités affecte, donc dans sa substance et dans son utilisation, la souveraineté de l'Etat exportateur. Il contourne ainsi une prohibition fondamentale du droit international. De surcroît, un SGP peut contourner le droit du commerce international dont il émane.

⁸⁵³ Carl Schmitt ne disait-il pas "est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle" ? (*Théologie politique*, Gallimard, coll. "Sciences humaines", trad. Jean-Louis Schlegel, 1988, p. 15, cité par KRULIC Joseph, "La revendication de la souveraineté", in "La souveraineté", *Revue Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 29). Cette citation est, certes, embarrassante. Elle ne vise qu'à provoquer une réflexion sur la question de la légitimité politique qui doit résister à son absorption par la logique marchande. Par ailleurs, elle est ici amenée par le fait - que Hayek nous rappelle - que C. Schmitt, avant d'être un des principaux théoriciens du national-socialisme, "dirigea toutes ses redoutables énergies intellectuelles dans un assaut contre le libéralisme sous toutes ses formes" (HAYEK, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, vol. 1, p. 84). Quant à la question, il faut la discuter pour la dépasser même si l'on doit faire attention à "l'erreur historique", dénoncée par le professeur Chemillier-Gendreau, constituée par "la croyance que les pouvoirs réellement détenus par les Etats à une autre étape du développement des sociétés seraient récupérables à l'étape où nous nous trouvons" (in "Peut-on faire face au capitalisme ?", M. CHEMILLIER-GENDREAU et Y. MOULIER-BOUTANG, dir., *Le droit dans la mondialisation*, Actuel Marx Confrontation, PUF, Paris, 2001, p. 14). Pour éviter à la fois l'empire - que masque souvent le libéralisme - et les régressions nationalistes, la réponse se trouve certainement dans un juste milieu entre le retour de l'Etat et le développement des droits individuels (les droits de l'homme contenant les droits des marchands). Ce qui passerait nécessairement par une solidarité entre les Etats, *i.e.* "le renforcement du droit international" appelé par beaucoup d'auteurs, dont l'auteur précité et Brigitte Stern, notamment dans son intervention lors du colloque sur "la mondialisation du droit" du CREDIMI, car les Etats représentent, souligne-t-elle, "l'instance de protection d'un certain nombre de valeurs qui ne seront jamais prises en compte par l'économie, qu'elle soit régionale, nationale ou mondiale" (in Discussion, E. LOQUIN & C. KESSEDIAN, dir., *La mondialisation du droit, précité*, p. 82). Cf. du même auteur, "Etats et souverainetés : la souveraineté de l'Etat face à la mondialisation", in Yves MICHAUD, sous direction, *Qu'est ce que la société ?*, vol. 3, Université de tous les savoirs, éd. Odile Jacob, Paris, 2000, pp. 829-839.

⁸⁵⁴ JACQUET Jean-Michel, "La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international", *JDI*, 1985, n° 2, p. 328.

⁸⁵⁵ STERN Brigitte, "Licéité et illicéité de la mesure compte tenu de ses modalités d'utilisation", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 185-186.

⁸⁵⁶ STERN B., "Quelques observations sur l'application extraterritoriale du droit", *AFDI*, 1986, p. 28. Certes, elle attire l'attention sur la difficulté de "tracer la frontière entre les pressions économiques qui sont le lot quotidien des relations économiques internationales et font partie du jeu de la concurrence, et les mesures de pression interdites, parce qu'elles constituent des moyens de contraintes" (in "Licéité et illicéité ...", *précité*, p. 191).

II/ Au regard du droit du commerce international

Si, au départ, un SGP réalisait, d'après le professeur Pierre-Marie Dupuy, "l'idée d'une inégalité compensatoire dans le domaine des échanges commerciaux", *i.e.* en faveur des pays en développement, il servit par la suite de paravent "en bien des cas, aux pratiques protectionnistes des pays du Nord"⁸⁵⁸. Cet auteur déplore ainsi "l'interprétation extensive de l'article XIX du GATT" (clause de sauvegarde) invoquée par les pays développés pour justifier des pratiques commerciales restrictives. L'usage de cette clause est explicitement soumis au contrôle multilatéral (Article XIX.2). Par les conditions liées à l'octroi des bénéfices d'un SGP, les pays développés tentent d'élargir les possibilités de recours à des restrictions quantitatives. Bien que les conditionnalités contenues dans un SGP portent atteinte à leurs droits issus du système GATT/OMC, rares sont cependant les Etats susceptibles d'y être soumis qui s'avisent de les critiquer. Avant d'observer pourquoi et comment l'établissement d'un SGP contourne le droit issu du GATT et de l'OMC, nous allons évoquer rapidement les raisons du silence des pays susceptibles d'être la cible de ces restrictions.

A/ Les raisons du silence des pays cibles

Deux raisons principales peuvent être évoquées. L'une, évidente, relève de l'effet de *liaison* du SGP, à savoir que ce dernier est à la fois l'instrument qui contrôle les comportements et celui qui octroie des avantages à l'Etat qui se conforme aux exigences. L'autre raison, plus contingente, est liée au fait que les comportements exigés pour bénéficier du SGP correspondent sommairement à des obligations internationales de l'Etat concerné.

D'une part, comme le souligne le professeur Michel Cosnard, "l'unilatéralisme hégémonique produit des conséquences variables selon sa pertinence substantielle"⁸⁵⁹. Ces conditionnalités peuvent venir, en effet, appuyer des règles déjà internationalement reconnues. Ainsi en est-il de l'exigence du respect des droits fondamentaux - comprenant ceux définis dans le cadre de l'OIT - contenue, par exemple, dans le nouveau schéma de préférences tarifaires européen⁸⁶⁰. Elles sont alors difficilement récusables. M. Francis Maupain soutient ainsi que "la légitimité d'un tel lien promotionnel semble pouvoir difficilement prêter à

⁸⁵⁷ CPA, 44 avril 1928, nous soulignons.

⁸⁵⁸ Cf. DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, 4^{ème} ed., Dalloz, Paris, 1998, p. 574.

⁸⁵⁹ COSNARD Michel, "La création normative des Etats", in E. LOQUIN & C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, précité, p. 157.

discussion puisque les Etats membres de l'OMC sont également membres de l'OIT et, à ce titre, doivent s'efforcer de bonne foi de contribuer à la réalisation des objectifs de cette organisation"⁸⁶¹. De fait, les pays qui octroient les SGP sous réserve du respect de normes internationales - en sanctionnant le non-respect de ces conditionnalités - se permettent d'user de "contre-mesures" dans le but de contraindre l'Etat qui veut profiter des avantages offerts, à modifier un comportement contraire au droit international. L'ambiguïté ici provient de ce que le professeur Serge Sur appelle "la perception subjective de la légalité internationale"⁸⁶². Selon une sentence arbitrale, un Etat "en présence d'une situation qui comporte à son avis la violation du droit international par un autre Etat, a le droit, sous réserve des règles générales du droit international relatives aux contraintes armées, de faire respecter son droit par des contre-mesures"⁸⁶³. Toutefois, les contre-mesures ne sont pas pour autant toutes licites. Si les mesures unilatérales appliquées pour sanctionner les conditionnalités d'un SGP sont généralement qualifiées par ceux qui les forgent, de "mesures de rétorsions" - *i.e.* des contre-mesures licites, relevant de la compétence discrétionnaire d'un Etat⁸⁶⁴ -, elles peuvent être entachées d'illégalité, du fait notamment de la violations des principes de non-discrimination et du multilatéralisme qui régissent le système GATT / OMC⁸⁶⁵.

D'autre part, ces conditionnalités sont contenues dans un instrument généreux. L'atteinte à la souveraineté, qu'un schéma de préférences peut recouvrir, est souvent

⁸⁶⁰ L'article 14.2 dispose que "le régime d'encouragement à la protection des droits des travailleurs peut être accordé à un pays dont la législation nationale incorpore le contenu matériel des normes fixées dans les conventions de l'OIT numéros 29 et 105 sur l'élimination du travail forcé ou obligatoire, numéros 87 et 98 sur la liberté d'association et le droit de négociation collective, numéros 100 et 111 sur l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession, numéros 138 et 182 sur l'abolition effective du travail des enfants, et qui applique effectivement cette législation" (*in* Règlement (CE) n° 2501/2001 du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2004, *in JOCE* L346, 31 décembre 2001, pp. 1-60, spéc. p. 6.).

⁸⁶¹ MAUPAIN, *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 66. Néanmoins, l'examen de la réalisation des objectifs de l'OIT, par l'Etat qui octroie le SGP, risque d'empiéter sur les compétences de cette organisation dont les organes sont seuls habilités à mettre en œuvre la Déclaration de 1998, et le cas échéant, à constater mais aussi sanctionner les manquements aux conventions ratifiées par les Etats.

⁸⁶² *In* COMBACAU Jean & SUR serge, *Droit international public*, 3^{ème} éd., Domat Montchrestien, Paris, 1997, p. 209.

⁸⁶³ S.A, *Accord relatif aux services aériens*, Etats-Unis c/ France, 9 décembre 1978, *RSA*, vol. XVIII, pp. 457-493, spéc. 483.

⁸⁶⁴ LEBEN Charles, "Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale", *AFDI*, 1982, pp. 14-15.

⁸⁶⁵ *Cf.* ci-dessous.

contrebalancée par les profits qu'il fait espérer. Ce qui produit, par ailleurs, toute l'efficacité d'une politique de *linkage*. Comme le soulignent certains auteurs, "developping countries, however, have refrained from challenging national GSP schemes that could arguably contravene the letter and spirit of the Enabling Clause, because in most instances they have little incentive to do so ; they would rather be on good terms with GSP donors and profit from the eventual extension of a GSP to them"⁸⁶⁶. Les mêmes auteurs citent un rare précédent d'action devant l'Organe de Règlement de Différends de l'OMC (ci-après, ORD) venant d'un pays admissible à un schéma généralisé de préférences : la demande de consultations du Brésil au sujet du nouveau SGP de la Communauté européenne déjà cité alléguant son incompatibilité avec la Clause d'habilitation de 1979⁸⁶⁷. Elle n'a néanmoins été suivie ni de la constitution d'un Groupe spécial pour en discuter, ni de la notification d'une solution trouvée d'un commun accord⁸⁶⁸. Comme le souligne M. S. Sur, "les Etats les plus puissants disposent d'instruments et de moyens qui leur permettent de mettre en œuvre des contre-mesures efficaces. Les Etats qui sont les plus démunis de la capacité d'exercer des pressions convaincantes, parce qu'ils sont plus demandeurs qu'apporteurs de coopération, risquent de demeurer hors d'état de défendre leurs droits ou intérêts par de telles contraintes dissuasives ou correctrices"⁸⁶⁹. Nous devons néanmoins considérer la réponse éventuelle du système multilatéral face à ces pratiques⁸⁷⁰.

B/ Pourquoi les conditionnalités figurant dans un SGP contournent le système GATT/OMC

⁸⁶⁶ BAGWELL Kyle, MAVROIDIS Petros C., STAIGER Robert W., "It's a Question of Market Acces", *AJIL*, janvier 2002, vol. 96, n° 1, p. 71.

⁸⁶⁷ Cf. OMC, *Communautés européennes - Mesures affectant le café soluble*, Demande de consultations du Brésil, Doc. WT/DS209/1, 19 octobre 2000.

⁸⁶⁸ L'article 3.6 du mémorandum de règlement des différends dispose que "les solutions convenues d'un commun accord pour régler des questions soulevées au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et au règlement des différends seront notifiées à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents, devant lesquels tout Membre pourra soulever toute question à ce sujet".

⁸⁶⁹ SUR Serge, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 211.

⁸⁷⁰ L'Inde a aussi soulevé l'incompatibilité du même SGP à la Clause d'habilitation de 1979 : Cf. OMC, *Communautés européennes - Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, Demande de consultations de l'Inde, Doc. WT/DS246/1, 12 mars 2002. Cette demande n'a pas pour l'instant de suite publiée.

Un indice nous est fourni par la Décision de la Conférence ministérielle de l'OMC du 14 novembre 2001 relative à l'Accord de partenariat ACP-CE⁸⁷¹. La Conférence ministérielle de l'OMC⁸⁷², prenant acte d'une demande présentée par les Communautés européennes et les gouvernements des Etats ACP le 5 avril 2001, décide que "*sous réserve des conditions et modalités énoncées ci-après, il sera dérogé à l'article premier, paragraphe 1, de l'Accord général (relatif au "traitement général de la nation la plus favorisée") jusqu'au 31 décembre 2007, dans la mesure nécessaire pour permettre aux Communautés européennes d'accorder le traitement tarifaire préférentiel aux produits originaires des Etats ACP, sans être tenues d'accorder le même traitement préférentiel aux produits similaires de tout autre Membre*"⁸⁷³. D'une part, ce traitement doit notamment "*viser à promouvoir l'expansion des échanges commerciaux et le développement économique des bénéficiaires d'une manière conforme aux objectifs de l'OMC ainsi qu'aux besoins du commerce, des finances et du développement des bénéficiaires*"⁸⁷⁴. D'autre part, toute modification du traitement doit être notifiée au Conseil général de l'OMC de manière à ce que des consultations puissent être engagées "*lorsqu'un membre considérera qu'un avantage résultant pour lui de l'Accord général risque d'être ou est indûment compromis*"⁸⁷⁵. Autrement dit, le SGP contenu dans l'Accord ACP-CE et son application sont soumis en permanence à un contrôle multilatéral. Le même raisonnement peut être transposé à tout SGP.

Constituant des préférences accordées aux pays en développement - et dans ce sens, une dérogation à l'article premier du GATT sur le traitement général de la nation la plus favorisée -, non seulement un SGP doit être conforme à la Décision des PARTIES CONTRACTANTES du 25 juin 1971 et à la Clause d'habilitation du 28 novembre 1979⁸⁷⁶, mais il en est une application⁸⁷⁷. Il concrétise - tel un acte-condition - par les concessions accordées, la situation générale créée par les décisions précitées - des actes-règles - qui permettent dans le cadre du GATT un traitement différencié, plus favorable et n'exigeant pas

⁸⁷¹ OMC, Doc. WT/MIN(01)/15. Voir site de l'OMC.

⁸⁷² Equivalente aux PARTIES CONTRACTANTES du GATT.

⁸⁷³ Article 1 de la Décision. Nous soulignons.

⁸⁷⁴ Considérant 3 de la Décision. Nous soulignons.

⁸⁷⁵ Résultantes des articles 2, 3, 3bis et 4.

⁸⁷⁶ Cf. notes Erreur : source de la référence non trouvée et Erreur : source de la référence non trouvée.

⁸⁷⁷ L'article IX, paragraphe 4, de l'Accord sur l'OMC précise en effet que la "décision prise par la Conférence ministérielle à l'effet d'accorder une dérogation indiquera les circonstances exceptionnelles qui justifient la décision, les modalités et conditions régissant l'application de la dérogation et la date à laquelle celle-ci prendra fin".

de réciprocité, des pays en développement. Ainsi, un SGP élargit de façon anticipée l'ouverture du marché d'un Etat développé pour les Etats en développement. Ce n'est, du point de vue de l'Etat qui l'octroie, qu'une concession tarifaire minimale - étant donné la capacité exportatrice relative des bénéficiaires⁸⁷⁸ - par rapport aux avantages politiques attendus non seulement de la détermination des conditionnalités inhérentes à une ouverture unilatérale plutôt que négociée, mais aussi de la détermination de l'ouverture en soi. Un SGP pourvu de certaines conditionnalités d'application unilatérale apparaît néanmoins comme un double contournement du régime du commerce international. Il peut être incompatible avec le système GATT/OMC, dans son principe, s'il restreint le commerce international et, dans sa mise en œuvre, s'il ne respecte pas le principe de multilatéralisme à la base du système.

1) Les conditionnalités figurant dans un SGP peuvent dans leur principe restreindre le commerce international

Un SGP restreint le commerce international dans son principe s'il n'accorde les privilèges qu'il définit qu'en fonction de conditionnalités allant, notamment, au-delà des prescriptions des décisions dérogatoires citées ci-dessus. En effet, le GATT vise l'essor du commerce international en instaurant de façon globale et progressive le libre-échange. Des principes considérés comme "publics" et "fondamentaux" règlent son fonctionnement⁸⁷⁹. Parmi ces principes, figurent celui de traitement général de la nation la plus favorisée (développé dans son article premier), de non-discrimination (article XIII) et surtout celui, que le professeur Bénitah qualifie de "principe de transparence"⁸⁸⁰, inscrit dans l'article XI. Cet article spécifie, en son alinéa 1, qu'"aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, des prohibitions ou des restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou

⁸⁷⁸ Un SGP, étant téléologique, vise le développement de l'exportation de l'Etat bénéficiaire. Dès lors, selon la "clause évolutive" du § 7 de la clause d'habilitation de 1979, si l'Etat bénéficiaire dépasse un certain seuil en volume ou en valeur pour ses exportations - *i.e.* atteint l'objectif -, il doit "prendre plus pleinement sa part dans l'ensemble des droits et obligations découlant de l'Accord général".

⁸⁷⁹ Cf. "Les principes «publics» fondamentaux du système GATT de 1947, repris par le système de l'OMC" distingués par le professeur M. BENITAH, in *Fondements juridiques des subventions dans les systèmes GATT & OMC*, Librairie Droz, Genève, Paris, 1998, p. 307.

⁸⁸⁰ In *ibid.*

d'exportation ou *de tout autre procédé*⁸⁸¹. Ainsi, les conditionnalités figurant dans les lois nationales accordant des préférences ne doivent pas masquer une restriction déguisée du commerce international. En l'occurrence, les préférences tarifaires accordées aux produits originaires des pays en développement étant une dérogation aux principes généraux du GATT, les lois nationales les mettant en œuvre doivent respecter strictement les prescriptions des Décisions des PARTIES CONTRACTANTES habilitant les pays développés à déroger à ces principes. Or, la première de ces Décisions, celle de 1971, fait référence à l'accord conclu au sein de la CNUCED sur l'instauration d'un "système généralisé de préférences, sans réciprocité ni discrimination, qui serait avantageux pour les pays en voie de développement afin d'augmenter les recettes d'exportation, de favoriser l'industrialisation et d'accélérer le rythme de croissance économique de ces pays"⁸⁸². Ensuite, selon les paragraphes 3 a) et 3 c) de la seconde décision, la Clause d'habilitation de 1979, d'une part, "tout traitement différencié et plus favorable octroyé selon cette Clause doit être conçu pour faciliter et promouvoir le commerce des pays en voie de développement et non pas à élever des barrières ou créer des difficultés indues au commerce de toute partie contractante" et, d'autre part, il doit "répondre de manière positive aux besoins du développement, des finances et du commerce des pays en voie de développement". Les conditionnalités politiques ou sociales - telles l'exigence d'un Etat de droit, celle d'une économie de marché, ou encore celle relative au respect des droits fondamentaux contenues dans l'AGOA - ne sont donc pas conformes aux prescriptions définies dans ces Décisions. Et, parce que leurs sanctions peuvent restreindre le commerce international, elles sont incompatibles avec le droit de l'OMC.

Par conséquent, si un Etat (membre de l'OMC) retire ou suspend unilatéralement les faveurs octroyées par son SGP à un autre Etat (membre de l'OMC), pour non-respect de ses conditionnalités, il le fait en contrevenant aux règles de l'OMC. L'Etat défavorisé peut alors recourir à des consultations en vue de rechercher une solution mutuellement satisfaisante et, le cas échéant, à l'office de l'ORD, *i.e.* au contrôle multilatéral⁸⁸³.

⁸⁸¹ Nous soulignons. De surcroît, selon l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, "chaque membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe".

⁸⁸² Troisième considérant du préambule de la Décision du 25 juin 1971, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée. La Clause d'habilitation de 1979, en son paragraphe 2 a) et dans la note de bas de page 3, dispose que les préférences doivent être accordées conformément au Système généralisé de préférences défini dans la dérogation que les PARTIES CONTRACTANTES ont adopté dans ladite Décision du 25 juin 1971.

2) Les conditionnalités figurant dans un SGP peuvent dans leur mise en œuvre ne pas respecter le principe de multilatéralisme

Un SGP ne respecte pas le principe de multilatéralisme à la base du système GATT/OMC s'il favorise l'action unilatérale de l'Etat qui l'octroie dans sa mise en œuvre notamment, dans la décision de retrait ou de suspension. En effet, la remise en cause de ces concessions doit suivre les conditions énoncées dans la Clause d'habilitation, notamment à son article 4. Celui-ci dispose que "toute partie contractante engageant une action introduisant une modification ou un retrait du traitement différencié et plus favorable accordé (selon la Clause) devra :

- a) le notifier aux PARTIES CONTRACTANTES et leur fournir toute information qu'elle estime appropriée relative à de telles actions ;
- b) engager des consultations, dans les moindres délais, sur demande de toute partie contractante intéressée, au sujet de toute difficulté ou question pouvant survenir. Les PARTIES CONTRACTANTES devront, si elles sont requises par ladite partie contractante, consulter toutes les parties contractantes concernées par la question dans le but de trouver des solutions satisfaisantes pour toutes ces parties contractantes"⁸⁸⁴.

⁸⁸³ L. BOISSON DE CHAZOURNES affirme que cette éventualité lui est même ouverte "au terme de l'échéance fixée par le schéma de préférences" (*cf. Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Institut des hautes études internationales, Genève, Pedone, Paris 1992, p. 143 ; et aussi Abdulqawi Yusuf, "«Differential and More Favourable Treatment» : The GATT Enabling Clause", *Journal of World Trade Law*, 1980, n° 6, pp. 505-506).

⁸⁸⁴ Notre traduction de l'article 4 de la "clause d'habilitation", dont le titre officiel est "Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement" du 28 novembre 1979 : "Any contracting party taking action to introduce modification or withdrawal of the differential and more favourable treatment so provided shall :

notify the CONTRACTING PARTIES and furnish them with all the information they may deem appropriate relating to such action ;

afford adequate opportunity for prompt consultations at the request of any interested contracting party with respect to any difficulty or matter that may arise. The CONTRACTING PARTIES shall, if requested to do so by such contracting party, consult with all contracting parties concerned with respect to the matter with a view to reaching solutions satisfactory to all such contracting parties".

Ce document sous le numéro L/4903 est disponible en anglais sur le site net de l'OMC. La version française est publiée dans OMC, *Guide des Règles et Pratiques du GATT*, Genève, 1995, pp. 59-65, citée par CARREAU et JUILLARD, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 276.

En ce sens, quoique octroyées par une loi unilatérale, les concessions contenues dans un SGP relèvent ainsi du même statut que des concessions négociées dans le cadre du GATT. Or, dans ce cadre, et, plus encore dans celui de l'OMC, aucune sanction commerciale, en principe, ne saurait être prise sans l'approbation préalable de l'organisation *multilatérale* du commerce⁸⁸⁵. En l'occurrence, l'article 23 du Mémorandum d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends traite, comme son intitulé l'indique, du "renforcement du système multilatéral"⁸⁸⁶. D'après le rapport d'un Groupe spécial de l'OMC, cet article "vise de manière générale à empêcher les Membres de l'OMC de régler unilatéralement leurs différends en ce qui concerne leurs droits et obligations au regard de l'OMC en les obligeant à suivre les règles et procédures multilatérales du Mémorandum d'accord"⁸⁸⁷. Les décisions habilitant les pays développés à accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en développement de 1971 et de 1979 font partie des "accords visés" par le mémorandum de règlement des différends et, notamment, par l'article 23

⁸⁸⁵ Lors des travaux préparatoires à Genève, ce fut la dénomination couramment utilisée. Les Américains l'auraient rejetée car trop ostensiblement tendue contre leur unilatéralisme. Rapporté par PACE Virgile, *L'OMC et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 131.

⁸⁸⁶ L'article 23.1 se lit ainsi :

"*Renforcement du système multilatéral* : Lorsque les 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".

⁸⁸⁷ Groupe spécial, Communauté européenne c/ Etats-Unis, *Sections 301-310 du Trade Act de 1974*, 22 décembre 1999, Doc. WT/DS152, partie VII B 3a. La Communauté européenne mettait en cause dans ce différend des dispositions de la Loi américaine sur le commerce extérieur qui servent de base justement pour l'édiction de mesures unilatérales de sanction. Par ailleurs, les Etats-Unis sont conscients de cet aspect multilatéralisé de l'imposition de sanctions commerciales dans le régime du GATT et de l'OMC. D'après M. David LEEBRON, ils se sont opposés longtemps à l'entrée de la Chine populaire dans le GATT et ensuite dans l'OMC parce que cela les aurait empêché de lier d'autres questions - de politique étrangère comme les droits de l'homme, le Tibet ou la question de Taiwan -, à la question des relations commerciales avec la Chine (LEEBRON, "Linkage", *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 11, spéc. note 15). Pour sa part, la Chine mesure bien cet enjeu particulier de l'entrée dans l'OMC. Selon le *China Daily*, les autorités chinoises attendaient de cet événement la "pérennisation" et la "normalisation" des relations commerciales de la Chine par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée et, par conséquent, de l'exonérer des "risques de sanctions injustes et unilatérales de la part de partenaires commerciaux" (*China Daily* du 9 novembre 1999, cité par BOBIN Frédéric, "La Chine franchit un pas décisif vers l'OMC", *Le Monde*, 16 novembre 1999)

précité⁸⁸⁸. Le retrait des concessions accordées en vertu de ces accords devrait ainsi se faire sous contrôle des PARTIES CONTRACTANTES. L'unilatéralisme caractérisant un SGP doit, par conséquent, être réduit à sa première phase, *i.e.* à son octroi. Mme Laurence Boisson de Chazournes souligne ainsi que dans la mesure où les Etats concernés sont membres du GATT, "toute décision ayant trait à la suspension ou au retrait de tout ou partie des bénéfices découlant du SGP, ne repose pas sur l'entière discrétion de l'Etat donneur"⁸⁸⁹. Il en est de même *a fortiori* quand les Etats sont membres de l'OMC. Comme le dit l'adage enfantin, donner c'est donner, reprendre, c'est voler. Cette exigence est à la fois soulignée et élargie par M. Francis Maupain lorsque considérant la "crédibilité" d'un SGP, il affirme que "quelle que ce soit la procédure très élaborée par laquelle sont examinées les allégations selon lesquelles un pays ne remplit pas les conditions d'octroi ou de maintien des préférences, l'objectivité (du système) est fonction de l'élément de multilatéralisme dont elle peut se réclamer, tant en ce qui concerne l'octroi de la préférence que la décision finale éventuelle de retrait"⁸⁹⁰.

L'Etat à qui un autre a retiré unilatéralement les bénéfices d'un SGP peut recourir à des consultations et, le cas échéant, à l'ORD. Les raisons du retrait ou de la suspension des avantages accordés au titre du SGP doivent alors être confrontées aux exceptions prévues par le GATT, notamment celles définies à l'article XI.2 pour les exceptions relatives à l'interdiction des restrictions quantitatives et à l'article XX, pour les exceptions générales. Il en résulte que seuls peuvent être retenus comme objectifs légitimes à de telles restrictions, la moralité publique, la sécurité nationale, la santé, la sécurité des personnes, la préservation de l'environnement ou la lutte contre la fraude et le travail dans les prisons. Seule cette dernière disposition rappelle les normes fondamentales du travail et envisage les conditions de fabrication des produits exportés. Elle est contenue dans l'article XX qui dispose que :

⁸⁸⁸ L'article 1^{er} du mémorandum dispose que "les règles et procédures du présent mémorandum d'accord s'appliqueront aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends des accords (dénommés dans le présent mémorandum d'accord les "accords visés") énumérés à l'Appendice I du présent mémorandum d'accord". Ils comprennent l'ensemble de l'Accord GATT de 1994 et désignent à la partie I b) iv) "les autres décisions des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947". Ainsi les accords précités.

⁸⁸⁹ BOISSON de CHAZOURNES Laurence, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 143. Elle cite aussi, en ce sens, Abdulqawi Yusuf, *Legal Aspects of Trade Preferences for Developing Countries*, The Hague, Martinus Nijhoff publishers, 1982, pp. 94-115.

⁸⁹⁰ MAUPAIN F., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 69. Il est étonnant tout de même que l'auteur ne fasse pas de cet "élément de multilatéralisme" une condition de la conformité du SGP au droit de l'OMC.

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

e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons".

D'une part, si une analogie peut être faite avec les normes contenues dans les conventions de l'OIT concernant le travail forcé, il est difficile d'en étendre l'application à la sanction d'autres normes fondamentales du travail. Par l'article 14.2 de son nouveau Règlement mettant en place un SGP⁸⁹¹, la Communauté européenne, en conditionnant l'octroi d'un SGP au respect des normes fondamentales de travail définies dans la Déclaration de 1998 de l'OIT, non seulement enfreint la disposition ci-dessus, mais tente de contourner le refus de la clause sociale déjà exprimé par la Conférence ministérielle de Singapour en 1996⁸⁹². Il en est de même pour les différents systèmes américains de préférences⁸⁹³.

D'autre part, dans le cas où la restriction du commerce international peut être autorisée par l'article XX, la mesure qui la met en place doit être appliquée sans discrimination. Ce qui suggère que dans l'application de la disposition, l'Etat concerné doit veiller à ce que tous ses partenaires exportant des produits faits en prison aient également leur accès au marché restreint.

L'AGOA, et tout SGP contenant des conditionnalités similaires, apparaissent ainsi comme un double contournement du régime du commerce international. D'une part, l'admissibilité à l'AGOA et le retrait de l'agrément sont déterminés unilatéralement par l'exécutif américain en fonction de l'application ou du progrès dans l'application des conditions définies dans la section 104 de l'AGOA. D'autre part, ces critères recouvrent aussi bien des mesures destinées à favoriser le commerce international et le développement des

⁸⁹¹ Cf. note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁸⁹² La Déclaration de Singapour (13 décembre 1996) affirme notamment que la Conférence ministérielle "rejette l'usage des normes de travail à des fins protectionnistes et convient que l'avantage comparatif des pays, en particulier des pays en développement à bas salaires, ne doit pas en aucune façon être remis en question" (DOC WT/MIN (96)/DEC/W , cf. site internet de l'OMC).

⁸⁹³ L'OCDE rapporte ainsi que les Etats-Unis ont suspendu sept Etats du bénéfice de leur SGP, pour cause de non respect des normes fondamentales du travail : La République centrafricaine, le Chili, la Mauritanie, le Libéria, le Myanmar, le Soudan et la Syrie (*in Le commerce, l'emploi et les normes du travail*, 1996). Les trois premiers cités ont été depuis rétablis et, à la liste des suspensions, ont été rajoutées la Biélorussie (depuis septembre 2000) et l'Ukraine (depuis août 2001) : cf. site internet de l'USTR. La Communauté européenne a, quant à elle, notamment retiré du bénéfice de son SGP le Myanmar et le Pakistan. Le Pakistan a réintégré la liste des bénéficiaires depuis 2001 (site eur-lex).

pays bénéficiaires que des conditionnalités qui ne relèvent pas nécessairement des objectifs admis par la Clause d'habilitation ni par l'ensemble des accords de l'OMC.

Par ailleurs, l'application et l'effet de l'AGOA ou du schéma de préférences de la Communauté européenne ne semblent pas réduits aux caractéristiques inscrites dans les textes, *i.e.* l'imposition des conditionnalités ci-dessus définies. Il semble qu'il existe d'autres logiques qui les animent.

C/ Pourquoi un SGP veut contourner le système GATT / OMC

La garantie que le partenariat américain ou européen ne soit accordé qu'à des Etats respectant ces conditionnalités n'est pas absolue. Pour mettre en évidence cette ambiguïté, citons le cas de Madagascar admis au bénéfice de l'AGOA le 6 mars 2001. Madagascar ne nous semblait pas être un Etat respectueux des droits des travailleurs, il ne disposait pas davantage d'un système de lutte contre la corruption, et ne pouvait, plus généralement, être considéré comme un Etat de droit et démocratique. La crise politique de 2002 en témoigne : elle a eu lieu parce que le gouvernement alors en place niait l'Etat de droit et la démocratie⁸⁹⁴. Madagascar répondait ainsi difficilement aux critères établis par l'AGOA. Lors de la crise, Madagascar n'a pas été non plus radié de la liste des Etats africains bénéficiaires de l'AGOA⁸⁹⁵. Les conditionnalités américaines établies et appréciées unilatéralement ne seraient ainsi qu'un prétexte à ... l'action unilatérale.

Cette recherche de l'unilatéralisme est fondée justement sur la réduction de son champ dans le commerce international, face à l'extension continue du domaine de l'OMC, *i.e.* du champ du multilatéral. L'on peut illustrer ce phénomène en évoquant un domaine sensible dans les échanges nord-sud et occupant une place particulièrement importante dans les

⁸⁹⁴ Pour une analyse de cette crise, nous nous permettons de renvoyer à nos deux articles parus dans la *Revue juridique de l'Océan Indien*, n° 2, 2002 : Le premier, "On ne se réclame pas impunément de la démocratie" (pp. 43-58), où l'on a développé l'idée selon laquelle la stratégie d'accession au pouvoir du Président Ravalomanana fondée sur la volonté populaire et sur l'instrumentalisation du droit non seulement légitime le président mais l'oblige, en l'absence du monopole de la contrainte, à l'instauration d'un Etat de raison ; à savoir, un Etat fondé sur la participation effective des citoyens incluant la mise en place d'un nouveau contrat social qui marginaliserait son adversaire sécessionniste et belliqueux. Le second, "Qui dit le droit répond de la justice" (pp. 59-72), prend acte de la maîtrise de la violence légale par le Président Ravalomanana depuis le mois de juin et souligne que la référence au droit dans sa pratique politique introduit des attentes qu'il ne peut décevoir.

exportations des zones franches, comme les différents exemples déjà signalés l'ont laissé voir. Il s'agit du domaine des textiles et des vêtements⁸⁹⁶.

Selon une analyse du BIT déjà citée, "les industries du THC (terme consacré dans le rapport pour Textiles, Habillement et Chaussures) constituent l'exemple même d'industries mondialisées dans lesquelles les changements de localisation de la production et de direction des échanges se font assez facilement"⁸⁹⁷. Le fait que ces industries nécessitent peu de technologie et beaucoup de main-d'œuvre a favorisé leur appropriation par les pays en développement mais aussi leur propagation dans les zones franches d'exportation. Après avoir joué dans les pays occidentaux le rôle de moteur de l'industrialisation au 19^{ème} siècle et maintenu un nombre important d'emplois jusqu'à la fin des années 80, les industries de ce

⁸⁹⁵ Lors de la crise politique qu'a traversé le pays les sept premiers mois de l'année 2002, le Groupement des entreprises franches et partenaires (GEFP) a, à plusieurs reprises, prévenu que le non retour à l'ordre ne manquerait pas d'avoir des conséquences, notamment l'impossibilité d'honorer les commandes, les pertes financières encourues et, par conséquent, les pertes d'emplois. 80.000 travailleurs ont ainsi été mis au chômage technique, 19 entreprises franches ont suspendu leurs opérations dont une définitivement (l'entreprise textile du groupe international Novel de Hong-Kong) pour les redéployer à Maurice et en Afrique du sud (*Express de Madagascar*, 19 juin 2002). Ils ont évoqué aussi le risque de retrait de l'agrément de l'AGOA qui ferait partir la plupart des investisseurs pour un autre Etat agréé (Cf. "GEFP : «qu'advient-il de l'AGOA ?»", *Express de Madagascar*, 9 février 2002. Voir aussi *supra* l'exemple relatif à la mise en concurrence des régimes mozambicain et malgache).

⁸⁹⁶ Il s'agit des produits provenant de l'industrie textile au sens large du terme, couvrant de vastes branches de production, depuis la transformation des fibres jusqu'à la production des produits finis, livrés sous forme de tissus teints ou imprimés, de vêtements, ou d'articles à usage domestique ou industriel. (Définition du domaine de l'Accord de l'OMC sur les textiles et les vêtements).

⁸⁹⁷ BIT, *Les pratiques de travail dans les industries de la chaussure, du cuir, des textiles et de l'habillement*, Genève, 2000. Les auteurs de ce rapport, préparé en vue d'une réunion tripartite qui s'est tenue du 16 au 20 octobre 2000 à Genève, indiquent que, entre 1980 et 1997, les exportations mondiales de textiles et habillement sont passées de 96 à 432 milliards de dollars (sur 900 milliards de dollars environ en valeur de la production totale). En 1980, les exportations de l'Europe occidentale étaient supérieures à celles de l'Asie ; en 1990, l'Asie prend la tête avec 44% des exportations mondiales contre 42% pour l'Europe et en 1997, l'Asie assurait 45% contre 33% pour l'Europe, le reste étant assumé par les pays émergents comme la Turquie, le Mexique. Parallèlement, la part de l'Asie dans l'emploi total est passée de 69 à 72% entre 1995 et 1998. La Chine est de loin le plus gros employeur (20% de la main-d'œuvre totale, elle est également le plus gros exportateur avec 11,5% du total), suivie de l'Inde, l'Indonésie, la Thaïlande, le Pakistan, le Vietnam et le Bangladesh. Les coûts horaires du travail de ces pays sont inférieurs à 0,45 dollar. L'Europe qui a perdu 50% de ses emplois de 1990 à 1998 a une moyenne de coûts horaires de 10 dollars (celui du Japon est de 9,40, les Etats-Unis à 7,64 et le Canada à 6,81 dollars). L'internationalisation est décrite dans ce rapport comme ayant "contribué à un ralentissement des augmentations salariales dans ces industries".

secteur se sont délocalisées. Actuellement, près de 70% des exportations proviennent de l'Asie et de l'ensemble des pays en développement, les pays développés en sont, par contre, à plus de 90% la destination⁸⁹⁸. Ces mouvements ne sont pas exempts de crispations tant sur le marché de l'emploi que sur celui des produits. Une forte proportion des exportations de textiles et de vêtements des pays en développement vers les pays industriels était soumise à des contingents, conformément à un régime spécial qui dérogeait aux règles du GATT. D'après un auteur, "à la fin des années 50, l'Administration américaine doit en effet trouver une solution afin d'apaiser les inquiétudes de ses producteurs de textiles de coton, qui ne sont plus en mesure de faire face à la concurrence des pays à bas salaires comme le Japon. Les Etats-Unis demandent alors au gouvernement japonais de signer une entente où ce dernier s'engage volontairement à restreindre ses exportations de textiles de coton à destination des Etats-Unis"⁸⁹⁹. Ce fut la première entente de restriction volontaire des exportations en ce domaine. D'après M. Khavand, "ces limitations «volontaires» n'étaient en fait qu'une série de mesures restrictives destinées à être appliquées, d'une manière discriminatoire, à l'encontre des pays qui avaient réussi à s'infiltrer sur le marché américain"⁹⁰⁰. Ce qui évidemment est contraire aux règles du GATT. Des arrangements furent trouvés, à savoir l'Accord à court terme de 1961⁹⁰¹, l'Accord à long terme de 1962⁹⁰² et le fameux Arrangement multifibres de 1974⁹⁰³. Jusqu'à la fin du cycle d'Uruguay, les contingents relatifs aux textiles et aux vêtements étaient négociés bilatéralement et régis par l'Arrangement multifibres. Outre ces contingentements, cet instrument prévoyait, dans son article 3, la possibilité pour le pays importateur, d'imposer des

⁸⁹⁸ In *ibid.*

⁸⁹⁹ DUFOUR Sophie, "La libéralisation des échanges mondiaux et le respect des règles fondamentales en matière sociale : un lien controversé", *Revue Etudes internationales*, vol. XXVI, n° 2, juin 1995, p. 278. L'auteur nous apprend aussi, avant d'illustrer ses propos par le traité américano-japonais, que "c'est à travers un secteur économique spécifique, celui des textiles et des vêtements, que la question de la protection des travailleurs est véritablement abordée, pour la première fois, sur la scène internationale".

⁹⁰⁰ KHAVAND F.-A., "Droit international des textiles et pays en développement", *RGDIP*, 1987, n° 4, p. 1245.

⁹⁰¹ GATT, "Dispositions concernant le commerce international des textiles de coton", *Instruments de base et documents divers*, 1962, suppl. n° 10, pp. 19s. L'Accord entra en vigueur le 1^{er} octobre 1961 pour une durée de 12 mois.

⁹⁰² GATT, "Accord à long terme concernant le commerce international des textiles de coton", *IBDD*, 1963, suppl. n° 11, pp. 25s. L'Accord entra en vigueur le 1^{er} octobre 1962, tout d'abord pour cinq ans ; il fut finalement prorogé à deux reprises, de trois ans à chaque fois, et dura ainsi jusqu'au 30 décembre 1973.

⁹⁰³ GATT, "Arrangement concernant le commerce international des textiles", *IBDD*, 1975, suppl. n° 21, pp. 3s. Il entra en vigueur le 1^{er} janvier 1974. Pour un développement sur ces trois accords, cf. KHAVAND *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 1241-1278.

restrictions quantitatives sélectives lorsque des poussées soudaines des importations portaient, ou menaçaient de porter un préjudice grave à une branche de sa production⁹⁰⁴. L'Arrangement multifibres constituait une dérogation exorbitante aux règles fondamentales du GATT, notamment au principe de non-discrimination ; il était voué à disparaître⁹⁰⁵. Le 1^{er} janvier 1995, il a été remplacé par l'Accord de l'OMC sur les textiles et les vêtements (ATV) qui met en place un processus transitoire en vue de la suppression définitive de ces contingents au 1^{er} janvier 2005⁹⁰⁶. L'intégration de ce secteur dans le cadre général de l'OMC sonnerait ainsi le glas de l'unilatéralisme hégémonique qui caractérisait l'ancien système⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ M. KHAVAND démontre que "les exportateurs se trouvaient en permanence sous la menace des mesures unilatérales pouvant être prises par les importateurs" (*op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 1254).

⁹⁰⁵ Cf. MANQUAT Frédéric, *L'organisation mondiale du commerce et le commerce des textiles et des vêtements*, thèse droit public, Univ. Paris XIII, 1999.

⁹⁰⁶ L'ATV fait partie de l'ensemble des Accords OMC, il lie ainsi tous les membres de l'Organisation. Il est disponible sur le site net.

⁹⁰⁷ Au 1^{er} octobre 1994, quatre membres de l'OMC maintenaient encore des restrictions à l'importation au titre de l'AMF, à savoir le Canada, la Communauté européenne, les Etats-Unis et la Norvège (cette information est fournie par le site de l'OMC, rubrique "L'Accord de l'OMC sur les textiles et les vêtements (1995-2004)"). Les autres Membres ont été tenus d'indiquer d'abord à l'Organe de supervision des textiles s'ils souhaitaient conserver le droit de recourir au mécanisme de sauvegarde (possibilité de restrictions) transitoire prévu par l'ATV en son article 6.1 et, dans l'affirmative, de fournir la liste des produits concernés à chaque étape de l'intégration. 55 Membres ont choisi de conserver ce droit. 9 Membres ont choisi de jouer la carte de l'ouverture : l'Australie, le Brunéi Darussalam, le Chili, Cuba, Hong Kong, l'Islande, Macao, la Nouvelle-Zélande et Singapour. Ils sont réputés avoir intégré 100% des produits dès le départ. Le processus d'intégration du secteur dans le cadre des règles du GATT, défini à l'article 2 de l'Accord, doit se faire en trois étapes de trois, quatre et trois ans. L'étape 1 a commencé le 1^{er} janvier 1994 avec l'intégration par chaque Membre de produits qui ne représentaient pas moins de 16% du volume total de ses importations effectuées en 1990. Au cours de l'étape 2, qui a démarré le 1^{er} janvier 1998, pas moins de 17% supplémentaires devaient être intégrés. Au cours de l'étape 3, qui a démarré le 1^{er} janvier 2002, pas moins de 18% devaient aussi rejoindre les règles générales de l'OMC. Enfin, le 1^{er} janvier 2005, tous les produits restants représentant 49% des importations effectuées par le Membre en 1990, doivent être intégrés et l'ATV prendra fin. Lors du dernier examen de la mise en œuvre de l'ATV - en sa deuxième étape -, le Conseil du commerce des marchandises s'est aperçu que "la majeure partie des contingents demeurait en place. A cet égard, même après la troisième étape de l'intégration, 701 contingents sur 757 resteraient en place dans le cas des Etats-Unis, 164 sur 219 dans celui de la Communauté européenne, et 241 sur 295 dans celui du Canada" (Conseil du commerce des marchandises, "Examen majeur de la mise en œuvre de l'ATV pendant la deuxième étape du processus d'intégration", adopté le 23 juillet 2002, Doc. OMC G/L/556, disponible sur le site).

Sans préjuger du machiavélisme de leurs promoteurs, les conditionnalités d'un SGP constituent un procédé ingénieux pour maintenir cet unilatéralisme. Elles permettent à la fois de cibler les Etats bénéficiaires (ou contrôlés) et d'afficher une sensibilité pour le développement équitable du commerce international. En ce sens, le dernier schéma de préférences tarifaires européen est très élaboré⁹⁰⁸. L'approche traditionnelle qui consistait à accorder l'accès au marché en exemption de droits pour des quantités restreintes a été remplacée par les notions de "modulation" et de "graduation"⁹⁰⁹. Selon la Commission, le nouveau dispositif prévoit des préférences limitées pour des quantités illimitées d'une part et des "graduations", d'autre part, qui permettent d'exclure certains secteurs exportateurs de certains pays bénéficiaires. Fin des fins, des préférences complémentaires ont été offertes dans le cadre de régimes spéciaux d'encouragement visant à promouvoir les objectifs de développement durable, notamment la protection des droits des travailleurs, la protection de l'environnement ou encore la lutte contre la production et le trafic de la drogue⁹¹⁰.

D'une part, comme nous l'avons déjà observé, du fait de leur pertinence substantielle, les conditionnalités imposées dans ces régimes spécifiques sont difficilement récusables. De surcroît, les mesures relevant de la protection de l'environnement et celles de la lutte contre la drogue sont non seulement agréées par la morale et les règles de l'ordre international général mais sont aussi justifiées par l'article XX en ses alinéas a) et b) parce que "nécessaires à la protection de la moralité publique" et "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux".

D'autre part, les différentes classifications permettent d'éviter le reproche de discrimination tout en laissant une marge pour une politique sélective. Le cas du Pakistan illustre bien ces perspectives. Ce pays a été exclu de la liste de l'ancien SGP européen pour violation grave et systématique des normes fondamentales du travail, notamment du fait de l'exploitation du travail des enfants et le non-respect de la liberté syndicale. Par suite des événements du 11 septembre, il s'est avéré nécessaire de soutenir le Pakistan, notamment sur le plan commercial. Il était néanmoins indécent de le réintégrer comme tel dans la liste du SGP européen, la situation des travailleurs n'ayant aucunement évolué. D'une heureuse façon,

⁹⁰⁸ Règlement (CE) n° 2501/2001 du Conseil du 10 décembre 2001 portant application d'un schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2004, *in JOCE* L346, 31 décembre 2001, pp. 1-60.

⁹⁰⁹ Commission des Communautés européennes, Proposition de Règlement du Conseil portant application du schéma de préférences tarifaires généralisées pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2004, 14 novembre 2001, Doc. COM (2001) 688 final, disponible sur le net.

⁹¹⁰ Cf. exposé des motifs du projet de la Commission *précité*.

dans le cadre du nouveau SGP, se trouve après le Titre III consacré au "régime spécial d'encouragement à la protection des droits des travailleurs", un Titre IV consacré à un "régime spécial de lutte contre la production et le trafic de drogues" qui veut fournir un atout important dans l'effort de substitution des cultures illicites, d'augmentation des exportations visant à créer des emplois non liés à la production et au trafic de drogue, et d'encouragement à la diversification⁹¹¹. La Commission suggère alors au Conseil "d'inclure le Pakistan dans la liste des pays bénéficiaires du régime spécial de lutte contre la production et le trafic de drogues"⁹¹². Elle justifie sa proposition par le fait que "le Pakistan mène actuellement une campagne vigoureuse d'éradication de la production et du transit de la drogue sur son territoire. Cette campagne mérite d'être soutenue, compte tenu plus particulièrement des difficultés que le Pakistan aura à la poursuivre alors qu'il absorbe un afflux massif de réfugiés venus d'Afghanistan"⁹¹³. Le Pakistan fut réintégré de la sorte dans la liste des pays bénéficiaires du SGP européen. La graduation prévue par le nouveau schéma permit tout de même de maintenir la pression sur les secteurs où les violations des normes fondamentales du travail sont flagrantes⁹¹⁴. En effet, le Conseil a décidé que le Pakistan doit bénéficier de préférences tarifaires mais pas dans tous les secteurs. Les produits pakistanais issus des secteurs XVII, XVIII et XXI, correspondant dans la nomenclature européenne aux secteurs de "peaux et cuirs", d'"ouvrages en cuir et pelleterie" et de "textiles", ne jouissent pas d'une entrée préférentielle dans l'Union européenne⁹¹⁵. Cet usage judicieux ne confirme pas moins l'hypothèse que le SGP est utilisé par les pays développés pour maintenir une capacité d'action unilatérale incompatible avec les règles établies lors de dures négociations - comme en

⁹¹¹ Le régime drogue accorde l'accès en exonération des droits à tous les produits industriels relevant du régime général du SGP et à bon nombre de produits agricoles, dont certains ne sont pas visés par le régime général.

⁹¹² Proposition de la Commission *précitée*.

⁹¹³ *In ibid.* La Commission ajoute *in fine* "cette mesure sera bénéfique au secteur de l'habillement du Pakistan". Elle veut favoriser de la sorte le secteur que le rapport du BIT déjà cité dénonce comme lieu de graves violations des normes fondamentales du travail (*cf.* BIT, *Rapport, op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée).

⁹¹⁴ Dans le Titre IV relatif au régime "lutte contre la drogue", du Règlement du Conseil, figure un article 25.2 qui dispose que : "pour chaque pays bénéficiaire (du régime spécial), la Commission évalue également :

a) le développement social, en particulier le respect et la promotion des normes fixées par les conventions de l'OIT reprises dans la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail" (*in* Règlement CE, *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 8.)

⁹¹⁵ *Cf.* Annexe I du Règlement *précité*, p. 17. La Chine, l'Inde, l'Indonésie, la Malaisie, la Thaïlande, *i.e.* les gros pays exportateurs de textiles et vêtements, bien qu'ils soient dans la liste des pays bénéficiaires du SGP, ont de la même façon leur accès au marché européen, relatif aux divers secteurs textiles et vêtements, restreint.

témoigne la mise en place difficile de l'Accord sur les textiles et les vêtements - au sein du GATT devenu OMC.

L'incompatibilité des SGP avec le régime du commerce international paraît avérée lorsque notamment, ils contiennent des conditionnalités qui sont contraires aux dérogations limitées prévues par le système GATT/OMC, et sont, par ailleurs, d'application unilatérale. Il n'empêche que ces SGP sont octroyés et leurs sanctions comminatoires parfois effectivement appliquées. L'OMC confie en effet le contrôle de la compatibilité des actions des Etats membres, par rapport au régime qu'elle établit, à la seule vigilance des autres Etats. Les Etats seuls ont en charge la sauvegarde de leurs droits et intérêts résultant de l'ensemble des accords⁹¹⁶. Lesdites conditionnalités, qui ne sont que rarement contestées - du fait de leur liaison au système attractif des SGP - et, n'ont jamais été déclarées contraires aux obligations des Etats qui les établissent, contribuent ainsi à surdéterminer les rapports sociaux dans une zone franche.

Conclusion relative à la déterritorialisation contingente du régime

Si, de prime abord, la contingence relevée voulait signifier la possible déterritorialisation d'un régime de zones franches qu'entraîne le fait pour l'Etat territorial de solliciter ou non les bénéfices d'un SGP, elle correspond en fait à la conséquence du caractère comminatoire des sanctions que peuvent infliger les Etats importateurs. D'aucuns soutiennent en effet que "GSP beneficiaries can enter and leave GSP lists without any motivation. The effectiveness of this approach will depend on the willingness of donor countries to take their GSP commitments seriously"⁹¹⁷.

Les régimes de zones franches étant établis le plus souvent par les pays du sud, cette déterritorialisation normative entraînée par les conditionnalités des SGP des pays du nord rappelle que nous ne sommes pas sortis d'un paradigme ancien. Un principe réputé être naturel, le *jus communicationis et negotii* fonde en effet l'intérêt du commerce international. Grotius dans son ouvrage *Mare liberum*, le définissait comme étant "cette règle du droit des gens ou droit primitif, dont la raison est toujours claire, certaine et immuable, qu'il est permis à quelque nation que ce soit d'aller chez telle autre qu'il lui plaît pour négocier avec elle"⁹¹⁸.

⁹¹⁶ C'est la dimension "réactive" déjà évoquée lors de la présentation de la clause sociale.

⁹¹⁷ BAGWELL Kyle, MAVROIDIS Petros C., STAIGER Robert W., "It's a Question of Market Acces", *AJIL*, janvier 2002, vol. 96, n° 1, p. 72.

⁹¹⁸ Cité par J. MOREAU-REIBEL, *R.C.A.D.I.*, 1950, II, "Le droit de la société interhumaine et le *jus gentium*", p. 553.

Pour le juriste hollandais et pour ses successeurs, il y avait un droit *naturel* de communication et d'échange entre les nations qui servait de fondement juridique aux rapports internationaux. Ce droit peut, néanmoins sous couvert de libéralisme, masquer un appétit d'empire⁹¹⁹. Si la politique de la canonnière dans la version des siècles précédents n'est plus de mise, elle demeure présente dans les pressions commerciales contemporaines - qui en constituent juste un aspect "civilisé"⁹²⁰. Un auteur soutient ainsi que "l'expérience politique a enseigné (aux pays occidentaux) que les lois du marché mondial fonctionnent systématiquement à leur avantage et que, par conséquent, la meilleure solution consiste à leur permettre de jouer librement"⁹²¹. Les SGP reliés à un régime de zones franches participent pleinement à ce jeu tout entier fait de rapport de forces⁹²². Néanmoins, le droit de l'OMC, visant à "mettre en place un système commercial multilatéral intégré"⁹²³, peut en discipliner l'usage ; à charge alors pour les pays en développement d'investir ce nouveau champ. L'OMC par sa dimension réactive entend en effet transposer la sécurité "civile" des personnes dans les rapports commerciaux entre les Etats. Dès lors, la participation active de tous les membres est d'autant plus nécessaire pour contrebalancer la déterritorialisation que réalisent les accords OMC - laquelle

⁹¹⁹ D'après M. Dominique Rosenberg, l'existence et la mise en œuvre de ce principe juridique, le *jus communicationis et negotii* ou droit du commerce international, servit à donner un titre légitime et légal à l'action colonisatrice (*in Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, LGDJ, Paris, 1983, pp. 38-50). G. Scelle qui présentait comme corollaire de ce droit l'obligation pour toute collectivité de ne point s'isoler du commerce international, admettait qu'à l'égard de ceux qui "se mettent hors (de ce) droit, hors de la loi imposée par la société internationale, les autres gouvernants ont alors le droit et le devoir d'user des moyens de pression ou de force, dont ils disposent, pour obtenir le respect de la norme et le libre jeu d'une solidarité vitale" (*in Précis de droit des gens. Les libertés individuelles et collectives*, t. II, 1932, p. 64, cité par D. ROSENBERG, *précité*, p. 46). Ainsi eurent lieu les guerres de l'opium que livrèrent à la Chine la Grande-Bretagne, puis la Grande-Bretagne et diverses nations dont la France, de 1839 à 1860.

⁹²⁰ Pierre LEGENDRE (*L'empire de la vérité*, Fayard, Paris, 1983, p. 171) nous rappelle qu'"au sens historique, et le plus méconnu de ce terme, la civilisation n'est rien d'autre que l'empire du droit civil", dont le principe fondamental est la sécurité des personnes.

⁹²¹ TINBERGEN Jean, *Nord-Sud : du défi au dialogue*, 3^{ème} Rapport au Club de Rome, Ed. Sned, Dunod, Paris, 1978, *cité par* VERGNAUD Pierre, "Rationalité marchande et pouvoir public : les libertés publiques dans le Tiers-monde", *in* Etudes offertes à Claude-Albert COLLIARD, *Droits et Libertés à la fin du XXème siècle*, Pedone, Paris, 1984, p. 638.

⁹²² Cf. LEBEL Georges, "La mondialisation : une hypothèse galvaudée aux effets dramatiques", *in* CREPEAU François, dir., *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, CEDIM, UQUAM, Québec, Bruylant, Bruxelles, 1997. Il dit notamment que "la guerre économique relève autant de la conquête des marchés que de la lutte pour le pouvoir" (p. 32).

⁹²³ Résolution énoncée dans le 4^{ème} paragraphe de l'Accord instituant l'OMC.

n'est, cette fois-ci, plus contingente mais certaine - pour toute matière entretenant des liens avec le commerce international, ainsi du régime de zones franches d'exportation.

**Chapitre 2 : La déterritorialisation inhérente au régime :
un effet général des accords OMC**

L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1947, rappelons-le, a établi la libéralisation des échanges comme moyen pour parvenir à un monde meilleur⁹²⁴. Il repose d'une part, sur des mécanismes simples d'ouverture des marchés nationaux (*free trade*) : octroi de concessions tarifaires et élimination des obstacles non tarifaires, mais aussi d'autre part, sur des obligations de commerce loyal (*fair trade*) : prohibition de mesures quantitatives de restrictions des échanges, interdiction du dumping et réglementation des subventions ; le tout évoluant multilatéralement par l'application de la clause de la nation la plus favorisée, des principes de non discrimination et du traitement national, ainsi que le principe "fondamental" de règlement des différends par "négociation ou mécanisme multilatéral, et non par des mesures unilatérales"⁹²⁵.

Si le GATT de 1947 contenait déjà certaines dispositions spécifiques permettant aux parties contractantes de prendre des mesures de défense contre les parties qui, par leur intervention, induisent des distorsions dans le commerce international et entravent l'objectif général d'ouverture et de libéralisation des marchés, les accords de l'OMC contiennent des procédures plus fouillées et plus contraignantes, notamment dans le cadre de "l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires" et de celui sur "les mesures concernant les investissements et liées au commerce"⁹²⁶.

Or, un régime national de zones franches d'exportation - étant d'une part lié au commerce international et accordant des subventions, d'autre part, notamment fiscales, liées à l'exportation - est fortement susceptible de faire entrave à la libéralisation du commerce international et ainsi doublement concerné par les accords de l'OMC. En l'occurrence, ici, c'est l'obligation d'exportation liée aux subventions accordées aux investissements dans les zones franches qui fait entrer le régime dans le collimateur de ce système tendant à la libéralisation globale du commerce. C'est ce lien - constituant pourtant la particularité du

⁹²⁴ Cf., par exemple, Thiébaud FLORY, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, LGDJ, Paris, 1965, 306p.

⁹²⁵ Cf. "Les principes «publics» fondamentaux du système GATT de 1947, repris par le système de l'OMC" distingués par le professeur M. BENITAH, in *Fondements juridiques des subventions dans les systèmes GATT & OMC*, Librairie Droz, Genève, Paris, 1998, p. 307.

⁹²⁶ "L'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce" (MIC. ou TRIMS selon les initiales anglo-saxonnes plus connues pour "Trade Related Investment measures") et "L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires" (SMC) font partie des accords multilatéraux sur le commerce des marchandises insérés à l'annexe I A des Accords OMC et dont le respect s'impose à tous les membres de cette institution.

Voir Article II.2 de l'Accord instituant l'OMC, in *Résultats du cycle d'Uruguay*, p. 20.

régime des investissements en zone franche - qui va constituer en soi la seconde cause de déterritorialisation du régime. Les efforts des Etats pour contrôler les échanges, qui peuvent aboutir en particulier à la création d'un régime de zones franches, sont en effet considérés par l'ordre du commerce international comme un obstacle à la libre circulation des marchandises qu'il doit de ce fait tendre à neutraliser.

Certes, quelques rares Etats ayant établi un régime de zones franches ne sont pas membres de l'OMC⁹²⁷ ; mais les pays qui sont principalement destinataires de leurs produits le sont : ainsi, l'Union européenne, les Etats-Unis d'Amérique et les autres membres de l'OCDE. Ce qui entraîne indirectement l'application des règles de l'OMC⁹²⁸. En effet, les Membres de l'OMC ont l'obligation de mettre en conformité leurs législations nationales avec les règles de l'OMC⁹²⁹. L'Union européenne, par exemple, a dû adapter ses règlements pour les rendre conformes aux nouvelles dispositions contenues dans les accords sur l'OMC⁹³⁰. Or, le Règlement européen relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de l'Union, transposant l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, dispose, en principe général, dans son article premier, qu' "un droit compensateur peut être imposé afin de compenser *toute subvention* accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production, à *l'exportation* ou au transport *de tout produit dont la mise en libre pratique dans la Communauté cause un préjudice*"⁹³¹. Le Règlement, certes établi en conformité avec l'Accord SMC de l'OMC, est appliqué par l'Union européenne à n'importe quelle importation de l'Union, même celle provenant d'un Etat non membre de l'OMC. Il en est de même du Règlement relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de l'Union

⁹²⁷ Il en va ainsi de la Chine, jusqu'en décembre 2001, mais aussi de la Russie et du Viet-Nam.

⁹²⁸ Les membres de l'OMC réalisent effectivement la quasi-totalité du commerce mondial. Cf. H. RUIZ FABRI, "La contribution de l'OMC à la gestion de l'espace juridique mondial", in E. LOQUIN & C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), LITEC, Paris, 2000, pp. 347-380

⁹²⁹ L'article XVI. 4 de l'accord sur l'OMC dispose en effet que "chaque Membre assurera la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe".

⁹³⁰ Déjà dans l'arrêt, *Nakajima c/ Conseil*, CJCE, 7 mai 1991, c-69/89 (*Rec.* 1-2069), la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu que la validité de la réglementation communautaire devait être appréciée notamment au regard des dispositions du GATT.

⁹³¹ Règlement (CE) n° 2026/97 du Conseil du 6 octobre 1997 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE*, n° L 288, 21 octobre 1997, pp. 1-33, spéc. p. 4. Nous soulignons.

européenne⁹³². Ainsi, au cours de la période de cinq ans allant de 1996 à 2000, 216 enquêtes ont été ouvertes par la Commission européenne, en application de ces Règlements, concernant des importations en provenance de 41 pays, 30 enquêtes concernaient la République populaire de Chine, 9 la Russie, deux Etats non membres de l'OMC à l'époque. A la fin 2000, parmi les 192 mesures prises en application toujours de ces Règlements, 34 concernaient la Chine et 11 la Russie⁹³³.

Autre illustration, une société, l'Orchids Chemicals & Pharmaceuticals Ltd, bénéficiant des avantages offerts par un régime indien de zones franches industrielles pour l'exportation, a été considérée récemment par la Commission européenne comme ayant "causé un préjudice important à l'industrie communautaire". La commission alléguait en effet qu'"en l'absence de subventions, les importations indiennes n'auraient pas entraîné une sous-cotation des prix de l'industrie communautaire ou, du moins, pas une sous-cotation d'une telle ampleur et n'auraient donc pas été en mesure de causer le préjudice subi par l'industrie communautaire"⁹³⁴. En l'occurrence, la Commission a institué un droit compensateur de 12% sur les produits de l'entreprise franche en question⁹³⁵. L'on peut observer que le droit compensateur fut ainsi institué non pas parce que l'Inde est membre de l'OMC, donc ayant l'obligation de ne pas accorder des subventions à l'exportation selon l'Accord SMC, mais parce que les produits en question furent introduits dans l'Union européenne et y ont causé un préjudice à l'industrie communautaire⁹³⁶.

L'obligation d'exportation figurant dans un régime de zones franches entraîne ainsi la mise en branle du droit du commerce international, notamment des règles de l'OMC. Ce qui engendre alors des conséquences aussi bien pour l'écoulement des produits des zones franches, que pour le régime de zones franches lui-même. Autrement dit, les règles de l'OMC non seulement s'appliquent de façon spécifique aux produits importés provenant des zones

⁹³² Cf. Règlement (CE) n° 384 du Conseil du 22 décembre 1995 modifié en dernier lieu par le Règlement (CE) n° 2238/2000 du Conseil, in *JO L 257* du 11/ 10/2000, p. 2.

⁹³³ Cf. Commission des Communautés européennes, Rapport au Parlement européen 2000, *Aperçu du suivi des affaires antidumping, anti-subventions et de sauvegarde dans les pays tiers*, [COM(2001) 571 final], Bruxelles, 12 octobre 2001, pp. 26-27. Les enquêtes sont menées par produit importé dans l'Union alors que les mesures sont prises pour chaque entreprise exportatrice des pays tiers.

⁹³⁴ Règlement (CE) n° 1204/98 de la Commission du 9 juin 1998 instituant un droit compensateur provisoire sur les importations d'antibiotiques à large spectre originaires de l'Inde, *JOCE L 166*, 11 juin 1998, pp. 17-33, spéc. p. 30, § 104.

⁹³⁵ Article premier du Règlement précité, in *ibid.*, p. 33.

⁹³⁶ Exemple cité par VERMULST Edwin & WAER Paul, "EC Anti-Subsidy Law and Practice After the Uruguay Round : A Wolf in Sheep's Clothing ?", *Journal of World Trade*, vol. 33, n° 3, 1999, p. 31.

franches mais entame aussi la compétence des Etats membres pour édicter et appliquer un régime de zones franches. De surcroît, ces prescriptions s'appliquent aux pays qui sollicitent leur admission⁹³⁷.

Nous allons examiner les obligations des Etats au regard de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, d'une part, et au regard de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, d'autre part⁹³⁸.

Section 1 : Les obligations au regard de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC)

Du fait de l'obligation d'exportation contenue dans tout régime d'investissement dans les zones franches, ce régime peut être logiquement qualifié d'ensemble de mesures concernant les investissements et liées au commerce international, *id est* de MIC, au sens de l'OMC. Nous allons rapidement présenter l'accord MIC avant d'en examiner les conséquences quant à la compétence d'un Etat membre dans l'édiction et l'application d'un régime de zones franches.

I/ L'Accord MIC

Le texte prohibe certaines mesures concernant l'investissement et liées au commerce (MIC) "incompatibles avec les dispositions de l'article III (traitement national) ou de l'Article XI (restrictions quantitatives) du GATT de 1994"⁹³⁹. Par ailleurs, une "liste exemplative" (*sic*) de MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national prévue au paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994 et l'obligation d'élimination générale des restrictions quantitatives prévue au paragraphe 1 de l'article XI du GATT de 1994 figure en

⁹³⁷ Le représentant du Viet-Nam déclare ainsi, à la 4^{ème} Conférence ministérielle de l'OMC, à Doha, le 12 novembre 2001, que son pays est "préoccupé par le fait qu'il (soit) demandé, dans certains cas, aux pays accédant, de prendre des engagements plus élevés que ceux des Membres de l'OMC dont le niveau de développement est le même" *in* Document OMC [WT/MIN(01)/ST/149].

⁹³⁸ Il appert que non seulement l'application des règles ci-après décrites de l'OMC peut être insidieuse mais aussi que ces dernières ne lient pas tous les rapports commerciaux des Etats ayant établi un régime de zones franches. Le cas où ces règles ne participent pas à la régulation de leurs actions reste cependant très marginal dans la pratique : il faut que l'Etat exportateur de biens produits dans une zone franche et l'Etat importateur soient tous les deux non membres de l'OMC. Et encore, le fait que le premier exporte principalement vers des Etats membres de l'OMC va influencer sur sa pratique commerciale, même vis-à-vis d'un Etat non membre.

annexe de l'Accord. L'Accord MIC ne traite donc que de mesures qui sont déjà prohibées par le GATT, dans ses articles III et XI.

Selon le professeur P. Juillard, le processus normatif d'élimination des MIC a été mené en deux étapes à cause de l'objet double de ces mesures : "parce qu'elles restreignent le commerce international, elles tombent sous le coup d'une prohibition conventionnelle (les articles III et XI du GATT), et leur élimination n'emporte donc aucune nouvelle limitation de souveraineté ; mais parce qu'elles permettent de contrôler l'activité de l'investisseur international, elles ne tombent sous le coup d'aucune prohibition conventionnelle, et leur élimination emporte donc une nouvelle limitation de souveraineté"⁹⁴⁰. Juridiquement, cependant, cette "délicate opération" (*sic*) n'était pas nécessaire, étant donné que les MIC contraires aux articles précités sont prohibées en elles mêmes, *id est* parce qu'ayant un effet négatif sur le commerce international, mais non en fonction des objectifs de ceux qui les édictent. Ainsi, la Loi canadienne de 1973 relative aux investissements internationaux a été déclarée, par le Rapport du Groupe spécial du GATT adopté le 7 février 1984, incompatible avec l'article III § 4 du GATT en ce qu'elle oblige les entreprises concernées à un approvisionnement local, restreignant par conséquent le commerce international⁹⁴¹. Bien que le GATT ne possédât à l'époque aucune compétence particulière en matière d'investissement international, l'effet limitatif avéré sur le commerce international d'une des dispositions de la Loi canadienne suffisait à en justifier le traitement par le GATT. Et c'est justement la confirmation de cette compétence en matière d'investissement international qui fait l'intérêt de l'Accord MIC. Le dédoublement de la norme (les articles III et XI du GATT de 1994 renforcés par l'Accord MIC) doit être analysé comme faisant partie d'une "stratégie d'expansion de pouvoir et de compétence"⁹⁴² de l'OMC. L'important réside moins dans ce que l'Accord prohibe que dans ce qu'il introduit dans l'instance de négociations multilatérales et

⁹³⁹ Article 2.1 de l'Accord MIC, OMC, *Textes juridiques, op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 153. Rappel : Le "GATT de 1994" n'est rien d'autre que l'ancien Accord général de 1947 avec ses amendements subséquents, auquel ont été ajoutés sept Mémoires d'accord relatifs à l'interprétation de certains articles, et un nouveau Protocole sur les tarifs douaniers et autres engagements, issu des négociations de l'Uruguay Round. Ainsi, en ce qui nous concerne, les articles III et XI du GATT de 1994 sont les mêmes articles III et XI de l'Accord général de 1947.

⁹⁴⁰ JUILLARD Patrick, "L'Accord sur les MIC", in Colloque SFDI de Nice précité note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 116.

⁹⁴¹ Rapport Canada – Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger, n° L/ 5504 – 30S/147, consultable sur le site de l'OMC.

dans le mécanisme de suivi mis en place à cet effet⁹⁴³. Son article 9 dispose notamment que le Conseil du commerce des marchandises pourra proposer "des amendements au texte" et, *in fine*, que ledit Conseil pourra "s'il convient, compléter l'Accord par des dispositions relatives à la politique en matière d'investissement et la politique en matière de concurrence". Si dans cette dernière matière, la compétence du Conseil du commerce des marchandises est considérée comme "un pôle correctif aux lacunes persistantes du droit du commerce international"⁹⁴⁴, en matière d'investissements, une percée a été enregistrée dans l'Accord MIC, notamment quant à la détermination des comportements des Etats. En l'occurrence, si un accord multilatéral et général sur les investissements n'a pas encore vu le jour - le désaccord est plutôt patent aussi bien entre pays développés qu'entre ceux du Sud et ceux du Nord⁹⁴⁵ -, formellement a été dégagé dans le cadre de l'OMC le "plus petit dénominateur commun"⁹⁴⁶ du droit international des investissements.

L'Accord MIC indique, en tous cas, clairement que les MIC contraires aux provisions du GATT ne devront pas être appliquées par les membres de l'OMC⁹⁴⁷. Il vise donc nommément à protéger deux règles du GATT : le traitement national en matière d'imposition et de réglementation intérieures (intitulé de l'article III) et l'élimination des restrictions quantitatives (intitulé de l'article XI).

⁹⁴² Un parallèle est ici fait avec la prolifération des normes dans les institutions européennes, évoquée par le professeur DELMAS-MARTY, comme "nouveaux lieux et nouvelles formes de régulation" ("Introduction" à la deuxième partie, J. CLAM et G. MARTIN (sous la direction de), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 310).

⁹⁴³ Une distinction est ainsi faite entre les finalités de l'Accord, "les fins officiellement assignées", et sa fonction, "le rôle objectif ou les effets sociétaux", suivant la démarche du professeur Antoine JEAMMAUD, *in* "Introduction à la sémantique de la régulation", *Les transformations de la régulation juridique, précité*, p. 52, spé. note 21).

⁹⁴⁴ LIGNEUL Nicolas, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Ed. Bruylant et de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 75. L'auteur regrette que si tenue soit cette disposition, elle n'ait pas été utilisée "pour forcer un examen des liens entre commerce et politique de concurrence" (*in ibid.*).

⁹⁴⁵ Cf. S.F.D.I., Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?, Journée d'études, Pedone, Paris, 1999.

⁹⁴⁶ VADCAR Corinne, « Vers un droit international de l'investissement direct étranger ? », *Droit de l'investissement*, Editions du Juris-classeur, fasc. 565-56, Droit international, 1999, p. 25.

⁹⁴⁷ L'article 2.1 de l'Accord MIC dispose que "sans préjudice des autres droits et obligations résultant du GATT de 1994, aucun Membre n'appliquera de MIC qui soit incompatible avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994". Pour ces deux derniers articles que nous ne pouvons citer en intégralité, nous renvoyons à OMC, *Textes juridiques, op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

D'après la liste exemplative évoquée par l'article 2.2 et disposée en annexe de l'Accord MIC, les MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'accorder le traitement national sont les suivantes :

- les mesures qui requièrent qu'une entreprise achète ou utilise des produits d'origine nationale ou provenant de toute source nationale. Il est indifférent qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits déterminés, d'un volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale ;
- celles qui exigent que les achats ou l'utilisation, par une entreprise, de produits importés soient limités à un montant lié au volume ou à la valeur des produits locaux qu'elle exporte.
- Les MIC qui sont incompatibles avec l'obligation d'élimination générale des restrictions quantitatives sont les suivantes :
- les mesures qui requièrent qu'une entreprise restreigne l'importation de produits servant ou liés à sa production locale, d'une manière générale ou en la limitant à un montant lié au volume ou à la valeur de la production locale qu'elle exporte ;
- celles qui recommandent qu'une entreprise soit contingentée dans l'importation de produits servant ou liés à sa production locale, en limitant l'accès de l'entreprise aux devises à un montant lié aux entrées de devises attribuables à l'entreprise ;
- celles qui disposent que l'exportation ou la vente pour l'exportation de produits par une entreprise soit limitée, qu'il soit spécifié qu'il s'agit de produits déterminés, d'un volume ou d'une valeur de produits, ou d'une proportion du volume ou de la valeur de sa production locale.

En résumé, l'Accord MIC recommande l'élimination de trois types de mesures :

- celles qui exigent qu'il y ait une certaine proportion de composants nationaux dans les produits exportés ;
- celles qui requièrent qu'existe un certain degré d'équilibre commercial entre les exportations et les importations d'une entreprise ;
- et celles qui limitent les exportations.

L'Accord précise, dans la liste exemplative, qu'il s'agit autant des MIC "qui sont obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou de décisions administratives" que de celles "auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un

avantage". Cette dernière catégorie - résultant selon les professeurs Carreau et Juillard du "réalisme du droit international économique"⁹⁴⁸ -, vise expressément les mesures prises par un Etat pour concilier ses intérêts avec l'intérêt des investisseurs, telles celles qui sont contenues dans les régimes de contrôle des investissements par les incitations comme ceux des zones franches. Selon les auteurs précités, l'accord cherche en effet "à faire face à cette pratique courante de nombre de pays conditionnant l'admission des investissements étrangers à la réalisation d'objectifs commerciaux précis, couramment qualifiée d'obligations de résultats ou *performance requirements*"⁹⁴⁹. Ce seraient des mesures qui non seulement restreignent la liberté de gestion des investissements étrangers mais aussi faussent la concurrence internationale.

Quoi qu'il en soit, les MIC au sens de l'Accord visent donc les prescriptions imposées par un régime de zones franches pour que les investisseurs puissent bénéficier des avantages attachés à celui-ci. Toutes ces dispositions sont-elles pour autant prohibées par l'Accord MIC? L'Accord MIC interdit-il à un Etat membre d'édicter un régime de zones franches ?

II/ Les conséquences de l'Accord MIC quant à la compétence d'un Etat membre dans l'édiction et l'application d'un régime de zones franches

Apparemment, l'Accord MIC n'altère pas la compétence d'un Etat membre pour "édicter" un régime de zones franches. Il rend sûrement aléatoire l'application dans le temps de certaines mesures contenues dans le régime. Outre l'argument formel qui consiste en l'idée que l'Accord MIC, en son article 2.1, ne prohibe que *l'application* et non *l'édiction* de MIC incompatibles⁹⁵⁰, deux raisons peuvent être invoquées : d'une part, l'obligation de ne pas faire doit s'entendre sous réserve des exceptions et des dérogations que prévoit l'Accord ; d'autre part, les MIC contenues dans un régime de zones franches ne sont pas toutes incompatibles avec les dispositions des articles III et XI du GATT.

A) Les incompatibilités

Seules les MIC incompatibles avec l'exigence de traitement national requise par l'article III du GATT et avec celle de l'élimination des restrictions quantitatives requise par

⁹⁴⁸ CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, LGDJ, Paris, 4ème éd., 1998, p. 176.

⁹⁴⁹ *Précités*, p. 171. Et pourtant, nul n'est tenu de solliciter des avantages facultatifs !

⁹⁵⁰ Cf. la rédaction de l'article 2.1 précité note Erreur : source de la référence non trouvée.

l'article XI, ne doivent pas être appliquées. Les deux exigences, faut-il le souligner, sont relatives aux échanges de marchandises (domaine de prédilection du GATT) effectués lors de la réalisation de l'investissement, et non au traitement de ce dernier.

Primo, le principe du traitement national requiert que "les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale" (article III, § 4). Cette obligation empêche un Etat de favoriser la consommation de ses produits nationaux en contraignant une entreprise soit à un approvisionnement local, soit en limitant ses importations à la valeur de ses exportations (en contrepartie ou non d'un avantage). Les dispositions d'un régime de zones franches comportant des contraintes de contenu local et de balance commerciale ne peuvent subséquemment être appliquées par un Etat membre et doivent être abolies par les Etats qui sollicitent leur admission à l'OMC et par ceux qui sont membres.

Ainsi, par exemple, ont été déclarées incompatibles avec l'article III du GATT les mesures vietnamiennes imposant l'utilisation de produits d'origine locale et/ou la prescription de valeur ajoutée localement à un produit pour bénéficier des taux préférentiels et des exonérations fiscales prévues pour les entreprises à capitaux étrangers qui investissent dans des zones franches pour l'exportation. Le régime prévoyait pour le montage d'appareils électroniques que la valeur des composants, accessoires, etc., d'origine vietnamienne devait représenter au moins 20% de la valeur du produit fini. Dans le secteur de la construction automobile, les entreprises étaient tenues de produire une certaine proportion évolutive de leurs composants sur place (5% durant les trois premières années et au moins 30% après dix ans)⁹⁵¹.

Secundo, l'exigence relative à l'élimination des mesures quantitatives réduisant le commerce international correspond à l'interdiction d'imposer à l'exportation ou à l'importation "des prohibitions ou des restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions" (article XI, § 1). Elle empêche ainsi un Etat de limiter le commerce international par un contingentement, une limitation des devises accessibles aux opérateurs pour des importations, une obligation de vente sur le marché local ou encore, par une liaison de leurs importations à la valeur de leurs exportations (pratique déjà incompatible avec le principe de traitement national). Les dispositions d'un régime de zones franches limitant l'accès aux

⁹⁵¹ OMC, Secrétariat, Note technique sur le processus d'accession du Vietnam à l'OMC, Doc. WT/ACC/7/REV.2 (cf. le site internet).

devises ou corrélant, directement ou indirectement, l'importation des investisseurs à leurs résultats à l'exportation ne peuvent, en conséquence, être appliquées.

Ainsi, par exemple, est incompatible avec l'article XI du GATT, l'article 9 de la Loi malgache relative au régime de zones franches⁹⁵², qui exige des entreprises franches dont le capital est détenu par des étrangers ou par l'association d'étrangers et de nationaux, que "la totalité des coûts en devises des investissements initiaux, y compris le fonds de roulement initial, doit être couverte par des apports en devises provenant de l'extérieur". Cette MIC restreint, en effet, "l'importation, par une entreprise, de produits servant ou liés à sa production locale, en limitant l'accès de l'entreprise aux devises à un montant lié aux entrées de devises attribuables à l'entreprise"⁹⁵³. Il est à noter que Madagascar, signataire des Accords de Marrakech, les a ratifiés le 17 novembre 1997. Etant classé parmi les pays les moins avancés, il bénéficie cependant d'un traitement spécial et différencié sous forme d'exemptions ou d'application différée de certaines dispositions, notamment des obligations inscrites à l'article 2.1 de l'Accord MIC.

Les exigences de l'Accord MIC doivent, il est vrai, être tempérées par les multiples exceptions et dérogations inscrites dans le GATT.

B) Les réserves

L'Accord MIC comme les autres accords relatifs à l'OMC, on le conçoit aisément, est issu de difficiles négociations mais aussi de la recherche de consensus. Les accords issus de l'Uruguay Round constituent, consécutivement et dans une certaine mesure, selon les termes du professeur J. Touscoz, "un cadre mobile à géométrie variable (où) les règles applicables aux divers Etats, loin d'être uniformes, sont différenciées et plurielles"⁹⁵⁴. Il en va ainsi notamment de l'Accord MIC : les exceptions sont prévues à l'article 3 et les dérogations à l'article 4.

⁹⁵² Loi n° 91-020 in *J.O.R.M.* du 12 août 1991, p. 1243.

⁹⁵³ Restriction prohibée telle que le précise la Liste exemplative à son point 2.b.

⁹⁵⁴ TOUSCOZ Jean, *Rapport introductif* au Colloque SFDI de Nice, précité note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 18. Le directeur de la Division juridique de l'OMC (1995-1999) a ainsi pu écrire que "le pragmatisme avait notamment généré une approche juridique où la règle ne se distinguait bien souvent de l'exception ni par son affirmation dans le traité – chaque règle de base ayant son lot d'exceptions -, ni par la nature exceptionnelle ou temporaire des secondes" (DAVEY William, *Préface à PACE Virgil, L'OMC et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, L'Harmattan, Paris, 2000, p.13).

L'article 3 de l'Accord MIC dispose que "toutes les exceptions dans le GATT de 1994 s'appliqueront, selon qu'il sera approprié, aux dispositions du présent accord". Ce qui permet à l'ensemble des parties contractantes de prendre des mesures qui, bien qu'elles ne soient pas compatibles avec les obligations souscrites dans le cadre du GATT, n'en sont pas moins justifiables au regard de considérations d'ordre général (article XX du GATT de 1994)⁹⁵⁵ ou d'importance essentielle pour la sécurité nationale (article XXI). Si les dispositions de l'article XX doivent être interprétées strictement et si leurs applications par un Etat peuvent être contrôlées par les autres Etats membres par l'intermédiaire du mécanisme de règlement des différends⁹⁵⁶, celles de l'article XXI relevant de considérations hautement politiques semblent être au-delà de la compétence du GATT⁹⁵⁷. Néanmoins, il faut rappeler que le système de règlement des différends de l'OMC a pour objet "de préserver les droits et obligations résultant pour les Membres des accords (OMC), et de clarifier les dispositions existantes de ces accords *conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public*"⁹⁵⁸. Au sujet de l'article XXI précité, la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du Nicaragua, admet effectivement que l'Etat apprécie le caractère nécessaire à sa sécurité, de la mesure qu'il prend⁹⁵⁹. Il n'est pas sûr pourtant, comme le relève le professeur Geneviève Burdeau, que "ce texte laisse ce même Etat libre d'apprécier les autres conditions d'application de la partie (b) de l'article XXI, à savoir l'exigence d'un rapport avec les matières fissiles, le

⁹⁵⁵ Des intérêts spécifiques sont limitativement énumérés ; la protection de la moralité publique, de la santé, de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique sont notamment visées.

⁹⁵⁶ La charge de la preuve pèse sur l'Etat membre qui décide de recourir aux mesures de l'article XX. Les groupes spéciaux qui ont été amenés à se prononcer sur l'application de cette disposition ont en effet précisé que l'article XX instituait des exceptions "limitées et conditionnelles" (Voir notamment le Rapport du Groupe spécial *Etats-Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, p. 431, § 5.9, cité par PACE Virgile, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 299).

⁹⁵⁷ Virgile Pace (précité, pp. 145 s.) cite le Groupe spécial qui, établi à la demande du Nicaragua, à l'occasion de l'embargo commercial imposé en mai et juin 1985 par les Etats-Unis envers ce pays, a estimé "ne pas pouvoir examiner ni juger le bien fondé ou les motifs du recours des Etats-Unis à l'article XXI". La décision américaine a été considérée comme "une réaction politique à un problème politique".

⁹⁵⁸ Article 3.2 du Mémoire d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends. C'est nous qui soulignons.

⁹⁵⁹ C.I.J., arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, cité par BURDEAU Geneviève, "Licéité ou illicéité intrinsèque de la mesure en droit international public", in GHERARI Habib et SZUREK Sandra, dir., *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, CEDIN, Paris X Nanterre, Montchrestien, Paris, 1998, pp. 173 et 182.

trafic des armes et munitions, ou l'existence d'une guerre ou d'une grande tension internationale"⁹⁶⁰. Et elle souligne que " (si) la Cour ne s'est pas directement prononcée sur ce point, c'est ce qui paraît conforme au sens ordinaire des termes employés". En tout état de cause, ces exceptions ne doivent pas être appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination *commerciale* arbitraire ou injustifiable entre les pays, soit une restriction déguisée au commerce international.

La dérogation instituée par l'article 4 de l'Accord MIC, spécifiquement en faveur des "pays en développement Membres"⁹⁶¹ nous intéresse davantage dans la mesure où les Etats établissant un régime de zones franches d'exportation font généralement partie de cette catégorie. Elle autorise ces derniers à déroger temporairement à leurs obligations en cas de déséquilibre de leur balance des paiements⁹⁶². Etant donné que les pays en développement recourent à un régime de zones franches d'exportation essentiellement pour résoudre leurs insuffisances en devises extérieures⁹⁶³ - *id est* des déséquilibres de la balance des paiements -, cet article 4 les autorise implicitement à maintenir ce genre de MIC.

Par ailleurs, la souplesse de l'Accord est accentuée par des délais d'application différenciés et différés. Si les pays développés étaient tenus d'éliminer les MIC incompatibles dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur des Accords OMC, ce délai est étendu à cinq ans pour les pays en développement, et sept ans pour les pays les moins avancés (article 5 § 2 de l'Accord MIC). En outre, le Conseil du commerce des marchandises peut proroger cette période pour les deux dernières catégories de pays, si ceux-ci démontrent qu'ils rencontrent des "difficultés particulières" dans la mise en œuvre de leurs obligations (article 5 § 3). Une prorogation devrait être globalement accordée par cet organe, suite à la demande de plusieurs pays en développement⁹⁶⁴. En effet, dans sa Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre de l'Accord, en novembre 2001, à Doha, la Conférence ministérielle (l'organe délibérant de l'OMC) "prend note des mesures prises par le

⁹⁶⁰ BURDEAU Geneviève, précitée, p. 182.

⁹⁶¹ Intitulé de l'article 4.

⁹⁶² Il y est fait référence expressément à l'Article XVIII du GATT qui envisage cette éventualité et à "la Déclaration relative aux mesures commerciales prises à des fins de balance des paiements adoptée le 18 novembre 1979 (IBDD, S26/226-230), permettant à un Membre de déroger aux dispositions des Articles III et XI du GATT de 1994".

⁹⁶³ Cf. *supra* : "le gain escompté du pari".

⁹⁶⁴ Par exemple, la proposition de la Colombie (WT/GC/W/311) du 14 septembre 1999 où elle affirme notamment que "vu la situation actuelle des pays en développement en matière de chômage et de compétitivité, il est nécessaire que ces pays puissent maintenir les MIC sans limitation de durée".

Conseil du commerce des marchandises au sujet de demandes de prorogation de la période transitionnelle de cinq ans prévue à l'article 5.2 de l'Accord MIC qui ont été présentées par certains pays en développement Membres et prie instamment le Conseil du commerce des marchandises *d'examiner de manière positive* les demandes qui pourraient être présentées par les pays les moins avancés (dont la période de transition s'achèverait fin 2002) au titre de l'article 5.3 de l'Accord MIC, ainsi que de prendre en considération les circonstances particulières de ces pays lorsqu'il établira les conditions et modalités, y compris les échéanciers"⁹⁶⁵.

Néanmoins, ceci ne doit pas nous induire en erreur. Comme le rappelle le professeur Juillard, "le traitement différencié ne concerne que le délai d'élimination : il n'affecte en rien le principe de l'élimination qui s'impose à tous les Membres, pays développés comme pays en développement"⁹⁶⁶. Un encadrement procédural strict tend en effet à faire reculer les pratiques incompatibles : chaque Membre doit notifier au Conseil du commerce des marchandises toutes les MIC qu'il applique et qui ne sont pas conformes à l'Accord MIC ; il doit s'engager aussi à ne pas accroître leur "degré d'incompatibilité" (articles 5 § 1 et 4 de l'Accord MIC). Ces obligations de transparence induisent en elles-mêmes, du fait de l'ouverture aux regards multilatéraux qu'elles réalisent, le respect du droit. De surcroît, un Comité MIC institué à l'article 7, est chargé de la mise en œuvre de l'Accord et d'en faire un rapport annuel au Conseil du commerce des marchandises.

Ces prescriptions sont évidemment renforcées par le mécanisme de règlement des différends entre les Membres concernant leurs droits et obligations (auquel renvoie l'article 8 de l'Accord MIC). Élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral, ce mécanisme a pour objet de préserver les concessions et les avantages de chaque Membre découlant des Accords OMC⁹⁶⁷. Il permet ainsi, comme le relève Mme Ruiz-Fabri, "l'examen des législations nationales dans la mesure où elles sont indicatives du respect par les Etats de leurs engagements internationaux"⁹⁶⁸. Cette juridictionnalisation consolide le droit dans ce système multilatéral où chaque Membre est fortement incité à rétablir ou incorporer le plus rapidement possible les disciplines communes. Aussi, comme a pu l'observer le professeur W.J. Davey, relativement à l'ancien GATT mais

⁹⁶⁵ Décision de la Conférence ministérielle de l'OMC du 21 novembre 2001 (WT/MIN(01)/DEC/17), § 6.1 et 6.2.

⁹⁶⁶ JUILLARD P., *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 127.

⁹⁶⁷ Cf. Mémoire d'accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends (Annexe 2 des Accords de Marrakech), not. son article 3.2, *in* OMC, *Textes juridiques*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

ceci est encore plus valable pour l'OMC, "le droit de déroger est à l'origine du respect de la règle"⁹⁶⁹.

Si la prise en compte "des besoins particuliers du commerce, du développement et des finances des pays en développement Membres"⁹⁷⁰ semble être un souci de l'Accord, elle doit être interprétée, en l'occurrence, à la lumière du rôle objectif évoqué de l'Accord, *id est* l'introduction du droit des investissements dans ce nouveau lieu de régulation qu'est l'OMC. En ce sens, l'Accord MIC apporte bien une limitation tangible quant à la compétence de l'Etat en développement pour l'édiction et l'application de certaines mesures relatives à un régime de zones franches : non seulement par l'obligation, certes future, d'élimination des MIC incompatibles (article 5.2) mais aussi par la limitation immédiate de sa marge de manœuvre quant à l'imposition aux investisseurs d'obligations de résultats, due au gel exigé par l'article 5.4 de ces mesures sur les investissements et liées au commerce. Les observations du professeur M. Delmas-Marty sur "la logique floue, combinée à l'efficacité du droit mou et à la légitimité du droit doux"⁹⁷¹ peuvent ainsi être appliquées à ce droit de l'OMC qui, apparemment consensuel et différencié, prépare les Etats Membres à une inscription tacite mais toujours plus profonde de leur compétence dans l'ordre commercial international.

Le même phénomène est observable dans l'application de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC) quant à la compétence d'un Etat pour établir et appliquer un régime de zones franches.

Section 2 : Les obligations au regard de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC)

Les privilèges fiscaux et financiers accordés aux investisseurs dans un régime de zones franches d'exportation correspondent à des subventions des pouvoirs publics. Du fait du lien du régime avec le commerce international, l'Accord sur les subventions et les mesures

⁹⁶⁸ RUIZ FABRI Hélène, "Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit", in Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, CREDIMI, LITEC, Paris, 2000, pp. 332s. Elle cite, à cette occasion, le Rapport de l'Organe d'appel du 19 décembre 1997 (WT/DS50), *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et chimiques pour l'agriculture*.

⁹⁶⁹ DAVEY William, précité note Erreur : source de la référence non trouvée, p.13.

⁹⁷⁰ Cf. le préambule de l'Accord MIC.

⁹⁷¹ DELMAS-MARTY, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 219.

compensatoires (Accord SMC) est susceptible de lui être appliqué. Nous présenterons l'Accord SMC avant d'en évaluer les conséquences sur le régime de zones franches.

I/ L'Accord SMC

La réglementation du GATT en matière de subvention remonte à l'origine de l'Accord général. Dès 1947, l'article XVI oblige, de façon générale, les Parties contractantes à notifier les subventions qu'elles accordent aux entreprises qui ont un effet sur le commerce international et, de façon spécifique, à cesser "d'accorder directement ou indirectement toute subvention, de quelque nature qu'elle soit, à l'exportation de tout produit autre qu'un produit de base, qui aurait pour résultat de ramener le prix de vente à l'exportation de ce produit au-dessous du prix comparable demandé aux acheteurs du marché intérieur pour le produit similaire"⁹⁷². D'autre part, l'article VI permet à une Partie contractante importatrice de soumettre un produit manufacturé importé, subventionné par une Partie contractante exportatrice, à un droit compensateur, *id est* "un droit spécial perçu en vue de neutraliser toute prime ou subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit" (§ 3, *in fine*). Ces règles, malgré le principe clair de prohibition des subventions à l'exportation, du fait non seulement des exemptions et des dérogations usuelles du GATT mais aussi en raison de la diversité des subventions octroyées et des objectifs poursuivis dans cette matière, ont du mal à être mises en œuvre et à résister à l'unilatéralisme, notamment quant à l'application d'un droit compensateur. Le professeur Marc Bénitah évoque ainsi un "malaise juridique" dont l'origine, d'une part, est due à "l'impression d'assister à l'«ineffectivité» du système juridique en place, dans la mesure où les normes et les institutions du système ne sont pas les moyens directs qui ont servi à régler les différends"⁹⁷³ et, d'autre part, au "sentiment que le système juridique entraine en conflit avec ses propres

⁹⁷² Article XVI § 4. Les produits de base pouvaient être subventionnés si la subvention n'avait pas pour effet de donner à la Partie contractante "plus qu'une part équitable du commerce mondial d'exportation de ces produits" (§ 3). La notion de "produits de base" était définie par La Charte de La Havane de 1948, reprise par le GATT, comme "tout produit de l'agriculture, des forêts et de la pêche et tout minéral, que ce produit soit sous sa forme naturelle ou qu'il ait subi la transformation qu'exige communément la vente en quantité importante sur le marché mondial" (Chapitre VI, art. 56, §1, *Charte de La Havane*, citée par DORMOY Daniel, *Le commerce des produits de base et l'action internationale*, Publications de la R.G.D.I.P., Pedone, Paris, 1986, p. 2). Par ailleurs, les règles qui suivent ne s'appliquent pas aux subventions agricoles, traitées de façon spécifique dans l'Accord relatif à l'agriculture.

⁹⁷³ BENITAH Marc, *Fondements juridiques des subventions dans les systèmes GATT & OMC*, Librairie Droz, Genève, Paris, 1998, p. 297.

principes «publics» fondamentaux"⁹⁷⁴. Des nouvelles négociations lors du Tokyo Round aboutirent à la rédaction d'un Code de subventions, appelé "Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII" en 1979⁹⁷⁵. Cependant, les Parties à l'Accord général de 1947 n'étaient pas toutes parties à cet accord sectoriel⁹⁷⁶ et des doutes subsistaient quant à la définition même du terme "subvention" dans ce Code. Par ailleurs, la pratique est parsemée de ce que le professeur Thiébaud Flory qualifie de "critères approximatifs et inadaptés"⁹⁷⁷. Une "refonte" apparut donc nécessaire dans le cadre des Accords OMC, notamment s'agissant des trois aspects suivants : "les critères de la notion de subvention ont été affinés, une différenciation de régimes a été opérée en fonction de trois catégories de subventions, la procédure relative à l'application de mesures compensatoires aux produits importés subventionnés est plus strictement encadrée"⁹⁷⁸. Le nouveau système de l'OMC comprend donc, en ce qui concerne les subventions, le "GATT de 1994" (l'Accord général de 1947 révisé) et le nouvel Accord sur les subventions et mesures compensatoires (Accord SMC) ; les deux Accords, étant parties intégrantes de l'Accord instituant l'OMC, lient, en l'occurrence, tous ses membres. Soulignons que comme l'indique la note interprétative générale, à l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'OMC, en cas de conflit entre une disposition du GATT de 1994 et une clause d'un Accord spécifique, cette dernière prévaudra dans la limite du conflit⁹⁷⁹. C'est pour cela que désormais notre attention se fixera sur l'Accord spécifique SMC, sauf en cas de renvoi de celui-ci à l'Accord général.

Aux termes de l'article 1.1 de l'Accord SMC, "une subvention sera réputée exister :

- a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou tout organisme public du ressort territorial d'un Membre [...]

⁹⁷⁴ *In ibid*, p. 311.

Le professeur entend par "principes publics fondamentaux" du GATT de 1947, repris à son compte par le système OMC, les principes de non-discrimination, de transparence, de commerce loyal, et celui "fondamental" ayant trait à la résolution des différends "par négociation ou mécanisme multilatéral, et non par des mesures unilatérales" (*in ibid.*, p. 307).

⁹⁷⁵ GATT, *Textes des Accords du Tokyo Round*, Genève, Août 1986, p. 55. Pour un commentaire, *cf.*, par exemple, FLORY Thiébaud, "L'évolution des régimes juridiques du GATT depuis les accords du Tokyo Round de 1979", *JDI*, 1986, n° 2, pp. 329-345.

⁹⁷⁶ D'après le professeur M. BENITAH, "à la fin de 1994, l'Accord général de 1947 avait 128 parties contractantes, alors que l'ancien Code relatif aux subventions avait 24 signataires seulement, dont les Etats-Unis et la CEE" (*Op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 25).

⁹⁷⁷ FLORY Thiébaud, "Rapport général", *in* Colloque SFDI de Nice, précité Erreur : source de la référence non trouvée, p. 94.

⁹⁷⁸ *In ibid.*

⁹⁷⁹ OMC, *Textes juridiques*, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 20.

(notamment) dans le cas où des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues : par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôts ;

ou

2) s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994 ;

et

b) si un avantage est ainsi conféré⁹⁸⁰.

Aux termes de l'article 1.2, seules les subventions "spécifiques" sont soumises aux disciplines de l'Accord SMC, *id est* peuvent donner lieu à des actions devant l'Organe de règlement des différends ou à des mesures compensatoires, en vue de les neutraliser ou de limiter leurs effets⁹⁸¹. Cette "spécificité" est définie de façon générale à l'article 2.1 : sont spécifiques les subventions qui sont relatives à une entreprise (ou à un groupe d'entreprises) et celles qui sont afférentes à une branche de production (ou à un groupe de branches de production). La discrimination entre les entreprises ou entre les branches de production est en effet considérée comme étant à l'origine de distorsions de la concurrence dans le commerce. Ainsi, l'article 2.2 vise singulièrement une subvention se rapportant à une discrimination similaire à celle établie dans le cadre d'une zone franche. Il dispose en l'occurrence qu'une subvention "qui est limitée à certaines entreprises situées à l'intérieur d'une région géographique déterminée relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde cette subvention sera spécifique".

A contrario, les subventions non spécifiques, disponibles automatiquement pour toute entreprise ou tout groupe d'entreprises répondant "à des critères ou conditions objectifs", s'entendent comme "conditions neutres, qui ne favorisent pas certaines entreprises par rapport à d'autres, et qui sont de caractère économique et d'application horizontale". Elles sont ainsi réputées ne pas causer de préjudice et, par conséquent, sont implicitement permises.

Autrement, les subventions spécifiques sont réparties par l'Accord en trois catégories correspondant aux sens des trois couleurs des feux de circulation⁹⁸² :

⁹⁸⁰ Nous avons relevé dans la liste des nombreuses pratiques de contribution financière des pouvoirs publics du paragraphe 1.1 a) 1), celle qui renvoie directement aux privilèges fiscaux des régimes de zones franches.

⁹⁸¹ Les disciplines de l'Accord SMC sont définies dans la Partie II pour les subventions prohibées pouvant donner lieu à une action devant l'Organe de règlement des différends (ORD), dans la Partie III pour les subventions pouvant donner lieu à une action devant l'ORD et dans la Partie V les disciplines relatives aux mesures compensatoires. *Cf. infra*.

- dans la catégorie "verte", on trouve, outre les subventions non-spécifiques, les subventions spécifiques licites qui, de ce fait, ne peuvent donner lieu à des actions en vue de les neutraliser ou de limiter leurs effets : telles sont les subventions affectées à des activités de recherche, à des régions défavorisées ou à l'adaptation des entreprises à des prescriptions nouvelles relatives à la sauvegarde de l'environnement (article 8 de l'Accord SMC).

- dans la catégorie "orange", on trouve les subventions spécifiques, définies dans l'article 5 de l'Accord SMC, qui, bien que n'étant pas prohibées en soi, peuvent donner lieu à une action en vue de les neutraliser ou de limiter leurs effets, parce qu'elles pourraient avoir des "effets défavorables" aux intérêts d'un Etat Membre. L'Accord veut prévenir trois types d'effets défavorables :

- a) le dommage causé à une branche de production nationale d'un Etat Membre par des importations sur son territoire de produits similaires subventionnés par un autre Etat Membre ;

- b) l'annulation ou la réduction des avantages résultant directement ou indirectement du GATT de 1994 pour un Membre ;

- c) le préjudice grave, défini à l'article 6 par l'ampleur et la nature de la subvention (6.1) et liées à l'ampleur et la nature de ses effets (6.3) : lorsque la subvention atteint une proportion élevée de la valeur du produit (plus de 5%) ou prend une forme particulièrement visible (par exemple, l'annulation d'une dette), le préjudice est présumé. Cette présomption peut cependant être contredite si le Membre qui accorde la subvention démontre que celle-ci n'a pas eu l'ampleur des effets énumérés au paragraphe 3 : détournement des importations, détournement des exportations de pays tiers, sous-cotation notable du prix du produit subventionné, accroissement inéquitable de la part de marché du Membre subventionnant.

- Enfin, dans la catégorie "rouge" se trouvent les subventions prohibées en soi. Il n'est pas nécessaire, en principe, d'invoquer un préjudice pour entamer des actions en vue de neutraliser ces subventions ou de limiter leurs effets. Les subventions prohibées sont définies dans la Partie II de l'Accord, notamment à l'article 3.1 :

- a) les subventions subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation (une Liste exemplative de subventions à l'exportation prohibées est annexée à l'Accord) ;

⁹⁸² Présentation généralement employée, Cf. notamment FLORY, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 95.

b) les subventions subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

Bien que ces subventions soient reliées à des critères objectifs comme le caractère exportateur de l'entreprise ou l'utilisation de produits nationaux, elles sont, d'après l'article 2.3, réputées spécifiques⁹⁸³. Ce caractère présomptif semble anticiper les différents traitements des subventions de l'article 3.1 : la prohibition énoncée ne s'applique en effet de manière intégrale qu'aux pays développés⁹⁸⁴. Quant aux pays en développement, ils bénéficient, selon l'article 27 (Partie VIII) de l'Accord SMC, de dérogations transitoires et conditionnelles de l'interdiction. Si les subventions décrites dans l'article 3.1 émanant des pays en développement Membres ne font pas ainsi exactement partie de la catégorie "rouge", présumées spécifiques, elles peuvent néanmoins donner lieu à des actions devant l'Organe de règlement des différends (décrites dans la Partie III) ou à des mesures compensatoires (Partie V), en cas d'effets défavorables sur les intérêts des autres Membres.

Les subventions accordées au titre d'un régime de zones franches d'exportation, puisque reliées à une obligation générale d'exportation, semblent correspondre aux subventions décrites à l'article 3.1 a), prohibées ou pour le moins, "spécifiques"⁹⁸⁵. Elles sont soumises, par conséquent, aux disciplines de l'Accord SMC.

II/ Les conséquences de l'Accord SMC quant à la compétence d'un Etat membre pour l'édiction et l'application d'un régime de zones franches

Pour évaluer dans quelle mesure la compétence des Etats à édicter et appliquer un régime de zones franches est affectée par l'Accord SMC, il importe d'établir si les mesures concernées sont des subventions spécifiques incompatibles avec l'Accord ou même prohibées *id est* actionnables au regard de l'Accord SMC, et enfin, déterminer les actions susceptibles d'être menées contre de telles subventions ainsi que leurs possibles atténuations. Il appert en

⁹⁸³ L'article 2.3 dispose que "toute subvention relevant des dispositions de l'article 3 sera réputée être spécifique".

⁹⁸⁴ Les voies de recours, instituées à l'article 4 (Partie II), contre un Membre qui accorde ou maintient une subvention prohibée, peuvent aboutir à des sanctions unilatérales après autorisation de l'Organe de règlement des différends, notamment l'imposition de contre-mesures prévues à l'article 4.10.

⁹⁸⁵ Elles sont spécifiques parce que, d'une part, elles correspondent à des subventions subordonnées aux résultats à l'exportation (article 3.1a) - ainsi présumées spécifiques par l'article 2.3 - et, d'autre part, pouvant être - le cas échéant - réservées à des "entreprises situées à l'intérieur d'une région géographique déterminée", elles correspondent aux subventions spécifiques de l'article 2.2.

effet qu'en cette matière aussi, si l'OMC a établi des principes stricts, elle a laissé une certaine marge de manœuvre aux Etats.

Nous allons ainsi d'abord observer le principe d'incompatibilité des subventions à l'exportation contenues dans un régime de zones franches avec l'Accord SMC ainsi que les dispositifs mis en place pour le faire respecter et ensuite nous présenterons les atténuations à ce principe.

A) Le principe d'incompatibilité d'un régime de zones franches d'exportation avec l'Accord SMC

Un régime de zones franches d'exportation accessible aux investisseurs désireux de bénéficier de ses avantages est généralement réservé à ceux réalisant des activités exportatrices.

Ainsi, l'article premier de la Loi malgache dispose que "ce régime s'applique aux investissements réalisés par les promoteurs nationaux ou étrangers, ou en association des deux, dans des activités tournées vers l'exportation".

De même, la Loi tunisienne portant création des zones franches économiques, en son article 3, énonce que "le régime prévu par la présente Loi s'applique aux investissements réalisés dans les zones franches économiques par toutes personnes physiques ou morales résidentes ou non résidentes dans les secteurs industriel, commercial et de services orientés *totalemment* vers l'exportation"⁹⁸⁶.

Les avantages accordés sont notamment des exonérations fiscales coïncidant avec des abandons de recettes publiques normalement exigibles, et comme tels, sont définis comme subvention par l'article 1.1, point ii) de l'Accord SMC. Reliés à des activités exportatrices, ces avantages semblent aussi correspondre aux subventions au sens de l'article 3.1 a) dudit Accord. Le simple fait qu'une subvention soit accordée à des entreprises qui exportent, précise cependant une note infrapaginale reliée à cet article, ne doit pas pour cette seule raison la faire considérer comme une subvention à l'exportation. Il faut qu'elle soit "subordonnée, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation". Tout régime de zones franches d'exportation exige pour l'admission des investissements, en principe, une souscription à l'obligation d'exportation. Il exige donc des

⁹⁸⁶ Loi n° 9281 du 3 août 1992, reproduite intégralement en Annexe, in BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry (dir.), *Les zones franches*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998, p. 188. Nous soulignons.

résultats à l'exportation proches des 100%. Les subventions accordées dans ce cadre sont donc "subordonnées en droit aux résultats à l'exportation".

Ainsi, l'article 9 de la Loi malgache précitée requiert que "pour bénéficier du régime de zones franches, une entreprise doit destiner la totalité de sa production à l'exportation".

La même prescription ne se retrouve pas *stricto sensu* dans le régime tunisien. Cependant, ce dernier réserve, en son article 3, les bénéfices du régime aux entreprises ayant des activités *totalelement exportatrices*, et requiert, en son article 21.2, que "l'écoulement sur le marché local des biens ou services en provenance de la zone franche économique (soit) soumis à autorisation préalable". Le régime exige donc une "liaison étroite" entre les bénéfices qu'il accorde (notamment l'octroi de subventions fiscales) et les résultats à l'exportation⁹⁸⁷. Pour mener à bien la détection d'une subvention "subordonnée en fait" à l'exportation, l'Organe d'appel vérifie successivement trois éléments : "l'octroi d'une subvention, l'existence d'un rapport de conditionnalité ou de dépendance qui doit être un véritable lien entre subvention et résultats évalué du point de vue de celui qui la donne, et l'attente de ces résultats"⁹⁸⁸. La demande d'autorisation préalable pour pouvoir vendre sur le marché intérieur souligne en l'occurrence l'attente des pouvoirs publics tunisiens en accordant les subventions contenues dans le régime et confirme la présomption d'obligation d'exportation tirée de l'article 3 cité précédemment.

Les subventions accordées au titre d'un régime de zones franches d'exportation correspondent bien à celles définies à l'article 3.1 a). Elles sont, en ce sens, pour le moins "spécifiques" au sens de l'Accord, sinon prohibées⁹⁸⁹. L'article 3.2 de l'Accord SMC précise en effet qu'un Membre n'accordera ni ne maintiendra les subventions visées à son paragraphe 1. Bien qu'un pays en développement Membre bénéficie d'un traitement quelque peu différencié,

⁹⁸⁷ "Liaison étroite" réclamée par le Rapport du 25 mai 1999 du Groupe spécial dans l'affaire *Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, opposant les Etats-Unis à l'Australie (WT/DS126/1), § 9.57, rapporté par Mme H. RUIZ FABRI dans sa "Chronique (1999) du règlement des différends (OMC)", *JDI*, 2000, n° 2, p. 398.

⁹⁸⁸ Organe d'appel, Rapport du 2 août 1999, WT/DS70, *Mesures affectant l'exportation d'aéronefs civils (PROEX)*, Brésil c/ Canada, § 170 s., rapporté par RUIZ FABRI précitée, p. 402.

⁹⁸⁹ Parce que cette prohibition de l'article 3 emporte la "spécificité", nous ne reviendrons plus sur la spécificité - particulière dans la désignation mais n'emportant pas de prescription singulière - de l'article 2.2 même si ce dernier semble "viser directement les zones franches", d'après M. J.-M. SIROEN ("Commerce international et normes de travail", in Conseil d'Analyse Economique, *Le cycle du millénaire*, Documentation française, Paris, 1999, p. 108). Par ailleurs, comme nous l'avons souligné *supra*, si le régime de zones franches, à l'origine, était réservé à des entreprises exportatrices situées dans des enclaves, de plus en plus, aujourd'hui, il est accordé à des entreprises exportatrices situées en dehors de ces zones prédéfinies.

il doit supprimer ses subventions à l'exportation dans un certain délai et, dans tous les cas, ne pas relever leur niveau ni en créer de nouvelles (dispositions des paragraphes 2 à 5 de l'article 27). Les Membres de l'OMC reconnaissent effectivement que les subventions peuvent jouer un rôle important dans les programmes de développement économique (article 27.1) et les tolèrent à certains égards. Un régime de zones franches participerait de ces programmes par ses mesures fiscales incitatives en faveur des entreprises exportatrices. Ces dernières ne sont cependant admises qu'autant qu'elles correspondent aux besoins de développement et qu'elles ne créent pas d'effets défavorables aux intérêts des autres Membres. Autrement dit, le feu rouge n'est pas si strict pour toutes les subventions à l'exportation ou, du moins, pas à l'encontre de tous leurs usagers. Elles relèvent plutôt d'une catégorie "orange clignotant", si l'on poursuit la métaphore des feux de circulation. Le non-respect du délai transitoire et des conditions des paragraphes 2 à 5 de l'article 27 replace cependant ces mesures des pays en développement dans la boîte "rouge". Elles sont alors traitées comme les subventions prohibées des pays développés (article 27.7). Cette dérogation transitoire et conditionnelle réservée aux pays en développement confirme *a contrario* l'incompatibilité de principe des subventions à l'exportation contenues dans un régime de zones franches.

Correspondant à l'apparente souplesse de cette prohibition, des dispositifs aussi malléables ont été mis en place pour en assurer l'effectivité. Des voies de recours (Parties II, III et V) ouvrant une action pour faire respecter les concessions et les avantages découlant de l'ensemble des Accords OMC, associées aux procédés de notification et de surveillance de l'Accord SMC (Partie VII) exigeant pour le moins la transparence, peuvent conduire à une ébauche de respect de cette discipline.

1) Les voies de recours assurant le respect du principe

Selon l'article 4 (Partie II) de l'Accord SMC, lorsqu'un Membre aura des raisons de croire qu'une subvention prohibée est accordée ou maintenue par un autre Membre, il peut entamer des consultations avec ce dernier et, le cas échéant, il peut porter la question devant l'Organe de règlement des différends (ORD). L'ORD peut alors établir un Groupe spécial pour examiner l'affaire. Si la mesure en question est reconnue comme une subvention prohibée, elle doit être, comme le stipule l'article 4.7 de l'Accord SMC, retirée "sans retard". L'article 4.10 dudit Accord dispose que si le retrait des subventions prohibées n'est pas exécuté suite à

la recommandation de l'ORD, "l'ORD accordera au Membre plaignant l'autorisation de prendre des contre-mesures".

Il en est de même, selon la Partie III de l'Accord, lorsqu'un Membre aura des raisons de croire qu'une subvention spécifique est accordée ou maintenue par un autre Membre et cause un dommage à ses intérêts. Les contre-mesures peuvent ici être dirigées à l'encontre des subventions tolérées des pays en développement Membres sous réserve de justifier d'un dommage.

Le recours à des contre-mesures n'est cependant, dans les deux cas, envisagé que dans une phase ultime d'un processus de règlement des différends. Ces contre-mesures de l'Accord SMC sont ainsi assimilables aux contre-mesures susceptibles d'être exercées dans le cadre de l'article XXIII du GATT relatif au règlement des différends⁹⁹⁰. Elles consistent, selon le paragraphe 2 de cet article, à "suspendre l'application de toute concession ou autre obligation résultant de l'Accord général" à l'égard de la partie récalcitrante. Dans le premier cas, elles ne doivent cependant pas être "disproportionnées eu égard au fait que les subventions visées sont prohibées"⁹⁹¹. Et, dans le second cas, elles doivent être "proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée par l'ORD"⁹⁹². D'après Mme Boisson de Chazournes, "les contre-mesures alors exercées pourront permettre la restauration de l'équilibre de concessions rompu par la mesure litigieuse aussi longtemps que le différend ne sera pas définitivement réglé"⁹⁹³. Par ailleurs, elles doivent entraîner une

⁹⁹⁰ Ce qui nous renvoie au Mémorandum d'Accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends. Par ailleurs, l'Accord général offre d'autres possibilités d'exercice de contre-mesures qui sont indépendantes de la mise en œuvre d'une procédure de règlement des différends : ainsi, les contre-mesures susceptibles d'être adoptées dans le cadre de l'Article XII relatif à la recherche de l'équilibre de la balance des paiements, dans le cadre de l'Article XIX relatif à l'édition de mesures de sauvegarde, ou dans le cadre de l'Article XXVIII en cas de retrait ou de modification d'une concession tarifaire. Cf. BOISSON de CHAZOURNES Laurence, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Institut des hautes études internationales, Genève, Pedone, Paris, 1992, spéc. pp. 70-76.

⁹⁹¹ Note (9) reliée à l'article 4.10 de l'Accord SMC. Les mêmes principes se retrouvent dans le Mémorandum d'Accord concernant les règles et procédures régissant le règlement des différends : à l'article 3.7, on peut lire que "le dernier recours que le présent mémorandum ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre membre, sous réserve que l'ORD l'y autorise" ; tandis que l'article 22.4 dispose que "le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisé par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages".

⁹⁹² Article 7.9 de l'Accord SMC.

⁹⁹³ BOISSON de CHAZOURNES, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 72.

pression de façon à ce que le Membre ayant violé l'Accord, soit retire les subventions en cause, soit en élimine les effets défavorables. Leur finalité serait en quelque sorte de contraindre plus rapidement le Membre réfractaire à respecter la discipline commune⁹⁹⁴. Les règles de notification et de surveillance visent le même objectif.

2) L'exigence de transparence contribuant au respect du principe

La Partie VII de cet Accord préconise que tous les ans, les Membres doivent notifier au Comité SMC (institué à l'article 24 de l'Accord), à destination de tous les Membres, toute subvention spécifique accordée ou maintenue sur leur territoire. La teneur des notifications doit être suffisamment précise pour permettre aux autres Membres d'évaluer les effets sur le commerce et de comprendre le fonctionnement des programmes notifiés (article 25.3). Tout Membre peut, à tout moment, demander par écrit des renseignements sur la nature et la portée de toute subvention, ou une explication quant aux raisons pour lesquelles une mesure spécifique a été considérée comme n'étant pas soumise à l'obligation de notification. Le cas échéant, si un Membre estime qu'une mesure d'un autre Membre qui a les effets d'une subvention n'a pas été notifiée, le premier peut porter la question à l'attention du second, puis si nécessaire à celle du Comité (article 25.10). Les Membres doivent aussi présenter un rapport quant à leurs décisions imposant des droits compensateurs (article 25.11). Des formulaires types sont convenus pour la notification, ainsi que pour les décisions en matière de droits compensateurs. Le Comité est chargé d'examiner au cours de réunions (au moins deux fois par an) ces différentes notifications et d'en faire rapport à l'ensemble des Membres.

Il est à noter cependant, qu'au 31 octobre 2001, selon le Rapport du Comité SMC, dix seulement des Membres de l'OMC, y compris l'Union européenne, avaient notifié des subventions en application des dispositions exposées ci-dessus. Treize Membres avaient notifié qu'ils ne maintenaient pas de subventions spécifiques. Parmi ces derniers, trois Membres, à notre connaissance, ont établi un régime de zones franches d'exportation⁹⁹⁵. C'est la dimension "réactive" du système GATT qui réapparaît encore ici⁹⁹⁶. Ainsi, si le Comité

⁹⁹⁴ En ce sens, John H. JACKSON, *World Trade and The Law of GATT*, Bobbs Merrill, Indianapolis, 1969, pp.184-187, cité par Mme Boisson de Chazournes précitée, p. 196.

⁹⁹⁵ A savoir le Burundi, le Mali et la Namibie, *in* OMC, Rapport (2001) du Comité des subventions et des mesures compensatoires, 1^{er} novembre 2001, G/L/496, 20p.

⁹⁹⁶ Cf. *supra* et note Erreur : source de la référence non trouvée.

SMC peut déplorer n'avoir reçu que 23 notifications, pour l'année 2001, lesquelles ne sont pas toutes complètes, seul un Membre peut soulever l'oubli ou l'incompatibilité d'une subvention d'un autre Membre.

Le Rapport précité du Comité SMC mentionne aussi 40 notifications de mises à jour pour 1997, 43 pour 1999 et 35 pour 2000. Les Membres développés, quand ils notifient, ont tendance à mettre à jour leur notifications (ainsi, l'Union européenne ou la Suisse). Les Membres en développement sont plus irréguliers. Les raisons invoquées sont souvent la charge financière que représente la transparence mais la volonté politique n'est pas non plus étrangère à cette situation. Le cas du Cameroun est symptomatique. Nous nous rappelons que ce pays a mis en place un régime de zones franches industrielles (Ordonnance n° 90/001 du 29 janvier 1990), à l'instigation de l'OPIC américain⁹⁹⁷. Après avoir accédé à l'OMC en 1996, il adresse au Comité SMC une notification de ses subventions accordées dans le cadre de ce régime le 18 novembre 1996⁹⁹⁸. En mars 1997, les Etats-Unis dans le cadre d'une demande de renseignements par écrit (article 25.8 de l'Accord SMC), le pressent d'expliquer non seulement les zones d'ombres de sa notification mais aussi ses projets quant à ces subventions qui, bien que tolérées parce qu'émanant d'un Membre en développement, sont incompatibles avec l'Accord SMC. Ils demandent ainsi si "le Cameroun envisage de supprimer ou de modifier à l'avenir les modalités d'octroi des subventions aux entreprises franches dont l'octroi est subordonné aux résultats à l'exportation, s'il prévoit de modifier ou de supprimer les incitations accordées de préférence aux entreprises qui utilisent les matières premières provenant du territoire camerounais"⁹⁹⁹. Le Cameroun n'a pas répondu à ces questions et n'a pas, depuis, remis à jour ses notifications. Comme si, lorsqu'un Membre se risquait à notifier ses subventions, pour peu qu'il intéresse un autre Membre, il lui semblait mettre un doigt dans un engrenage de contrôle si inexorable qu'il le retire au plus vite. Les Etats-Unis en sont sûrement conscients puisqu'ils n'ont jamais adressé aucune notification, au même titre, au Comité SMC.

Si l'Accord SMC encadre, en principe, l'édition de subventions accordées au titre d'un régime de zones franches lié *de jure* ou *de facto* à l'exportation, des interstices de tolérance truffent cet Accord SMC autant que le système OMC dans son ensemble. Des pratiques

⁹⁹⁷ Cf. *supra* Partie I, Titre I, chap. 2, section 1.

⁹⁹⁸ Mission permanente du Cameroun, Notifications présentées conformément à l'Article XVI:1 du GATT 1994 et à l'article 25 de l'Accord SMC, G/SCM/16/CMR.

⁹⁹⁹ Comité SMC, Questions des Etats-Unis concernant la nouvelle notification complète du Cameroun, 25 mars 1997, G/SCM/Q2/CMR/3.

incompatibles sinon déviantes sont ainsi tolérées et permettent aux Membres non seulement d'édicter un régime de zones franches mais aussi de l'appliquer.

B) La tolérance relative à l'égard de pratiques déviantes

La prohibition des subventions à l'exportation doit être lue à la lumière de l'ensemble de l'Accord SMC, comprenant les voies de recours (Parties II et III déjà développées mais aussi la Partie V, relative à l'application de l'Article VI du GATT), un traitement spécial et différencié des pays en développement Membres (Partie VIII), des dispositions transitoires (Partie IX) et des Annexes faisant partie intégrante de cet Accord, notamment la Liste exemplative de subventions à l'exportation, mentionnée à l'article 3.1 a). Ces diverses dispositions tendent à relativiser la prohibition précitée, en atténuant les droits adverses à établir des contre-mesures ou des droits compensatoires.

La tolérance est non seulement explicite lorsque le régime émane des pays en développement **(2)**, mais elle est également implicite du fait de la définition floue des subventions à l'exportation et des voies de recours utilisables à leur encontre **(1)**.

1) La tolérance implicite à l'égard des régimes de zones franches d'exportation

Le professeur M. Bénitah a démontré dans sa thèse que les systèmes GATT et OMC contiennent toujours des techniques juridiques d'atténuation des droits adverses à l'encontre des pratiques de subventions interdites, "évitant ainsi d'édicter des règles prohibant directement et d'une manière frontale un certain type de subvention"¹⁰⁰⁰. Autrement, précise-t-il, "cela représenterait un coût économique et social intolérable pour les parties voulant faire usage des subventions"¹⁰⁰¹. La déviance est ainsi permise grâce à la souplesse, d'une part, des voies de recours **(a)** et, d'autre part, de la définition des subventions prohibées, notamment des subventions à l'exportation **(b)**.

a) L'élasticité de la définition des subventions à l'exportation

¹⁰⁰⁰ Cf. BENITAH, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p.350.

¹⁰⁰¹ *In ibid.* Le professeur explique notamment que le dessein est similaire à celui du traitement d'une "externalité" négative telle que la pollution en droit interne. Les effets adverses d'une pollution, ressentis par la partie subissant la pratique et ce contre son gré, doivent être en permanence contrebalancés par l'utilité sociale de l'activité polluante. C'est la théorie du "coût social" de Ronald H. Coase déjà cité.

La partie a) de l'article 3.1 reprend l'interdiction des subventions à l'exportation de l'article XVI § 4 de l'Accord général. Elle ne comporte cependant plus le test dit du "double niveau des prix"¹⁰⁰² de cette dernière disposition qui spécifiait que : "les Parties contractantes cesseront d'accorder directement ou indirectement toute subvention, de quelque nature qu'elle soit, à l'exportation de tout produit autre qu'un produit de base, *qui aurait pour résultat de ramener le prix de vente à l'exportation de ce produit au dessous du prix comparable demandé aux acheteurs du marché intérieur pour le produit similaire*"¹⁰⁰³. Aussi, les dispositions de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC apparaissent-elles comme une norme de comportement strict¹⁰⁰⁴, pouvant être sanctionnée par l'application de contre-mesures appropriées (prévues à l'article 4.10 dans la Partie II de l'Accord) ou par les dispositions de la Partie V. Or, la référence à la Liste exemplative réintroduit, indirectement, cet aspect d'effet à démontrer ainsi que d'autres considérations relatives à la définition d'une subvention à l'exportation. Celle-ci est d'autant plus assouplie que la Liste exemplative peut renvoyer à d'autres annexes de l'Accord.

Ainsi, la Liste en son point h) considère, dans une première proposition, comme subvention à l'exportation "l'exonération, remise ou report des impôts indirects en cascade perçus à des stades antérieurs sur les biens ou services utilisés pour la production des produits exportés". Dans une seconde proposition, elle soumet la définition claire au test du niveau de prix en soulignant qu'il sera jugé ainsi lorsque "les montants (de la subvention) seront supérieurs à ceux des exonérations, remises ou reports des impôts indirects en cascade similaires perçus à des stades antérieurs sur les biens ou services utilisés pour la production des produits similaires vendus pour la consommation intérieure". A ce stade, l'on peut vérifier l'exactitude de la fonction établie par Hufbauer et Erb du test de niveau de prix en tant que symptomatique d'une subvention à l'exportation¹⁰⁰⁵. Toutefois, rajoute la Liste, toujours en son point h), "l'exonération, la remise ou le report des impôts indirects pourront être accordés si les impôts frappent des intrants consommés dans la production du produit exporté". Autrement dit, ne sont pas considérées comme subventions à l'exportation les incitations fiscales liées aux consommations d'intrants (énergie, matières premières, catalyseurs, produits

¹⁰⁰² D'après MM. G. HUFBAEUR et J. ERB, le test du double niveau des prix a pour fonction de révéler les subventions à l'exportation (*Subsidies in International Trade*, Institute for International Economics, Washington D.C., 1984, p. 47).

¹⁰⁰³ Nous soulignons.

¹⁰⁰⁴ Comme apparaissait aussi l'article 9 de l'ancien Code de 1979 qui disposait que "les signataires n'accorderont pas de subventions à l'exportation de produits autres que certains produits primaires".

¹⁰⁰⁵ Cf. note Erreur : source de la référence non trouvée.

semi-finis à incorporer, etc.), pour obtenir le produit exporté. Le point i) ne prohibe quant à lui que les remises *excessives* d'impôts directs sur les mêmes intrants.

En application de ces dispositions, lors de l'affaire sur les importations européennes de certains types de polyéthylène téréphtalate (PET) originaires de l'Inde, de Malaisie, de Taiwan et de Thaïlande, bénéficiant de subventions causant un préjudice important à l'industrie communautaire, un producteur-exportateur et les pouvoirs publics indiens ont fait valoir que les avantages obtenus dans le cadre de leur régime de zones franches d'exportation ne devaient pas être tous considérés comme constituant une subvention à l'exportation dans la mesure où l'exonération des droits d'accises et des droits à l'importation accordée dans ce régime ne porte que sur la quantité d'intrants consommés dans la production du produit final qui est exporté¹⁰⁰⁶. Ces avantages constitueraient de ce fait un système de ristourne conforme aux conditions fixées au point i) de la Liste exemplative pour qu'ils ne soient pas considérés comme des subventions à l'exportation¹⁰⁰⁷. La Commission a reconnu, "après réexamen, qu'il n'y a en fait aucune remise excessive du droit dans le cas des deux sociétés concernées". En conséquence, "l'exonération des droits sur les matières premières n'est pas passible de mesures compensatoires dans le cas de ces sociétés". Elle conclut que "les montants de la subvention correspondant aux deux sociétés situées dans une zone franche industrielle pour l'exportation ont donc été limités au montant de droit de douane non acquitté dû sur les biens d'équipement, et ont été ramenés respectivement à 0,37% et 4,43%"¹⁰⁰⁸. Ces taux étaient fixés à 11,15% et à 16,81%, par le Règlement antérieur¹⁰⁰⁹.

Comme le soulignaient MM. Bourgeois et Benyon, dans leur analyse de l'article 9 de l'ancien Code, qui est repris pratiquement par l'article 3.1 a) de l'Accord SMC : "la Liste exemplative des subventions à l'exportation établit les conditions dans lesquelles une mesure est considérée comme une subvention à l'exportation. Or, ces conditions sont manifestement reliées à l'effet de distorsion d'une subvention à l'exportation. Si une mesure donnée est incluse dans la Liste exemplative, mais que les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas

¹⁰⁰⁶ Cf. Règlement (CE) n° 2603/2000 de la Commission du 27 novembre 2000, *in JOCE*, n° L 301 du 30 novembre 2000, pp. 1-20.

¹⁰⁰⁷ la Liste exemplative dispose en un point i), développé dans les Annexes II et III, que la remise ou la ristourne d'un montant d'impositions à l'importation sur les intrants importés consommés dans la production du produit exporté n'est pas considérée comme une subvention à l'exportation sauf si elle est supérieure au montant des impositions à l'importation normalement perçu.

¹⁰⁰⁸ Règlement précité, § 26 et 27.

¹⁰⁰⁹ Règlement (CE) n° 1741/2000, *JOCE*, n° L 199 du 5 août 2000, § 72.

conformes à celles figurant dans la Liste, alors elle ne constitue pas une subvention à l'exportation"¹⁰¹⁰.

Autre exemple de l'effet de la Liste exemplative, l'affaire opposant le Canada au Brésil concernant un programme de financement des exportations brésiliennes pour les aéronefs. Étaient en cause des crédits à l'exportation. Ces crédits accordés par les pouvoirs publics brésiliens étaient subordonnés en droit aux résultats à l'exportation. Ce qui les faisait rentrer effectivement dans la boîte "rouge". Le point k) de la Liste exemplative établit cependant une condition à la prohibition selon laquelle elle ne se justifie que "dans la mesure où ces actions (des pouvoirs publics) servent à assurer un *avantage important* sur le plan des conditions du crédit à l'exportation"¹⁰¹¹. En l'occurrence, il fallait comparer, selon l'Organe d'appel, "le taux d'intérêt effectif applicable dans une transaction donnée de vente à l'exportation déduction faite du versement des pouvoirs publics, le taux d'intérêt net, et le taux d'intérêt commercial pertinent"¹⁰¹² et constater éventuellement, s'il y avait avantage important. Il ne suffit donc pas d'établir qu'un comportement correspond à l'article 3.1 a) pour fonder l'infraction, il faut également démontrer que l'effet du comportement est d'assurer cet avantage important.

La tolérance à l'égard de la pratique de subventions à l'exportation est encore plus manifeste lorsque l'on s'aperçoit des effets paradoxaux des voies de recours à son encontre.

b) Des voies de recours aux effets paradoxaux

Aboutissement d'un processus de règlement des différends, l'application de contre-mesures est strictement encadrée mais le plus souvent mal adaptée, en cas de persistance d'un Membre dans le comportement interdit. Elle crée, en effet, les conditions de différends et de règlements de différends en cascade sans remédier au problème originel. Lorsqu'une contre-mesure dans le même secteur ou dans le même domaine que ceux de l'objet de la violation n'est pas possible, n'est pas efficace et lorsque les circonstances sont suffisamment graves, le Mémorandum, en son article 22.3, prévoit expressément la suspension de concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs ou au titre d'un autre accord. L'élargissement des domaines couverts par l'OMC permet ainsi des rétorsions croisées en sélectionnant le secteur

¹⁰¹⁰ F. BENYON et J. BOURGEOIS, "The European Community – United States Steel Arrangement", *Common Market Law Review*, vol. 21, 1984, p. 325, cité par BENITAH, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 52.

¹⁰¹¹ Nous soulignons.

¹⁰¹² Organe d'appel, Rapport du 2 août 1999, WT/DS46, *Programme brésilien de financement des exportations pour les aéronefs (PROEX)*, § 181, précité note Erreur : source de la référence non trouvée.

le plus sensible pour certains pays afin d'y exercer une pression. En cas de contestation, un arbitre déterminera si les contre-mesures sont appropriées (conformément à l'article 22.6 du Mémorandum). Malgré l'encadrement procédural strict et la logique d'efficacité qui semblent animer cette pratique, cette dernière fait transparaître les rapports de force sans résoudre le problème. Entre les pays de puissance économique équivalente, elle favorise les guerres commerciales¹⁰¹³. Dans un rapport avec un pays en développement, d'une manière générale en matière de contre-mesures, les Membres sont invités par contre à faire preuve "d'une attention particulière" et "de modération"¹⁰¹⁴.

Par ailleurs, l'utilisation des mesures commerciales de rétorsion contrevient quelque peu au but premier de l'Organisation mondiale du commerce qui est d'étendre les échanges et non de les restreindre. "Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends", rappelle en effet l'article 3.7 du Mémorandum. L'institution de contre-mesures représente donc quasiment un constat d'échec. Pour le moins, relativement à l'exécution de la discipline SMC, existe "un problème de crédibilité globale du mécanisme dès lors qu'il privilégie une approche en termes de mise en conformité par rapport à une approche en termes de compensation"¹⁰¹⁵.

Parallèlement aux dispositions relatives aux contre-mesures de l'article 4 de la Partie II ou celles de la Partie III existent en effet d'autres procédures annulant les répercussions défavorables d'une subvention : d'une part, la recherche d'une solution mutuellement convenue et d'autre part, l'imposition d'un droit compensateur. Les mesures compensatoires, prévues à l'Article VI du GATT de 1994, sont appliquées unilatéralement par un Membre en vue de neutraliser ou de limiter les effets d'une subvention d'un autre Membre causant un préjudice sur le territoire du premier. Elles sont mises en place, après enquête, apport de preuves et consultations, par ses propres administrations et tribunaux, selon son propre droit¹⁰¹⁶. Evidemment, ce dernier doit être conforme à l'Accord SMC. Du fait de l'autonomie relative accordée à chaque Membre pour imposer un droit compensateur, ces solutions de la Partie V sont préférées à celles de la Partie II (article 4) ou à celles de la Partie III qui nécessitent l'intervention de l'ORD.

Pour toutes ces raisons, si l'ORD autorise exceptionnellement les contre-mesures, les Membres y recourent rarement. Ces derniers préfèrent, soit recourir au droit compensateur

¹⁰¹³ Cf. Les affaires de la *Banane* et de la *Viande aux hormones*.

¹⁰¹⁴ Articles 21.2, 21.7, 21.8, 24.1 du Mémorandum d'Accord pour le règlement des différends.

¹⁰¹⁵ RUIZ FABRI H., "Chronique 1999", *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 434.

¹⁰¹⁶ Article 10 de l'Accord SMC.

dans le maniement duquel ils détiennent une plus grande latitude, soit rechercher "une solution mutuellement convenue".

Si l'octroi d'une subvention prohibée correspond à une violation des obligations découlant de l'Accord SMC et si ladite violation entraîne - d'une façon conforme, certes, aux dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et aux conditions énoncées dans l'Accord SMC - soit la recherche d'une solution mutuellement convenue, soit l'imposition de droit compensateur aux produits importés illégalement subventionnés, dans la pratique, l'édiction d'un régime de zones franches accordant des subventions liées à l'exportation ne peut être sanctionnée en soi. Seuls les effets d'un tel régime sont sanctionnés. Et encore, de tels effets ne peuvent être traités que de manière à les atténuer.

b.1) L'atténuation de la prohibition due au droit compensatoire

Comme la Liste exemplative, les conditions d'application des mesures compensatoires réintroduisent, indirectement, l'aspect d'effet à démontrer¹⁰¹⁷. Selon l'article 11 de l'Accord SMC, une procédure tendant à imposer un droit compensatoire est ouverte sur plainte d'une branche de production nationale. La demande doit comporter des éléments de preuves suffisants quant à l'existence d'une subvention, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage allégué. Ces conditions sont manifestement reliées à l'effet de distorsion d'une subvention. Cette réintroduction subtile du concept d'effet correspond encore une fois à "la nécessité d'atténuer les droits accordés à la partie cherchant à se défendre contre les subventions", selon la thèse du professeur Marc Bénitah¹⁰¹⁸. Ainsi, le Règlement européen transposant l'Accord SMC dispose, en principe général, dans son article premier, qu'"un droit compensateur peut être imposé afin de compenser *toute subvention* accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production, à l'*exportation* ou au transport *de tout produit dont la mise en libre pratique dans la Communauté cause un préjudice*"¹⁰¹⁹. Un régime indien de zones franches industrielles pour l'exportation, existant depuis le 22 juin 1994, fut de la sorte mis en cause par la Commission européenne parce qu'une société, l'Orchids Chemicals & Pharmaceuticals Ltd bénéficiant des avantages offerts

¹⁰¹⁷ Cette exigence existe déjà pour les subventions à l'exportation des pays en développement Membres pendant la période transitoire de huit ans (*Cf. supra*). Les développements qui suivent sont ainsi également valables pour cette catégorie de Membres pendant et après la période.

¹⁰¹⁸ BENITAH, précité, part. p. 23.

¹⁰¹⁹ Règlement (CE) n° 2026/97 du Conseil du 6 octobre 1997 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *JOCE*, n° L 288, 21 octobre 1997, pp. 1-33, spéc. p. 4. Nous soulignons.

par le régime à un taux estimé par la Commission de 34,38%¹⁰²⁰, "pris isolément, a causé un préjudice important à l'industrie communautaire et qu'en l'absence de (telles) subventions, les importations indiennes n'auraient pas entraîné une sous-cotation des prix de l'industrie communautaire ou, du moins, pas une sous-cotation d'une telle ampleur et n'auraient donc pas été en mesure de causer le préjudice subi par l'industrie communautaire"¹⁰²¹. En l'occurrence, la Commission a institué un droit compensateur de 12% aux produits de l'entreprise franche en question¹⁰²². L'on peut observer ainsi que ce n'est pas la subvention à l'exportation contenue dans le régime de zones franches qui fut sanctionnée mais son produit importé en Europe. Et cela, à un taux atténué de 22 points.

La Commission a préféré agir directement en imposant un droit compensateur pour contrebalancer l'effet préjudiciable d'une subvention prohibée, en application de la Partie V de l'Accord SMC, plutôt que de mettre en œuvre des contre-mesures afin que l'Inde retire la subvention incompatible contenue dans son régime de zones franches.

Le recours aux mesures compensatoires, certes, plus exigeant dans ses conditions d'application mais plus ouvert dans ses solutions, contribue paradoxalement à atténuer la prohibition des subventions à l'exportation. Il en est de même d'une autre disposition visant à éliminer ou à restreindre les effets d'une subvention.

b.2) L'atténuation de la prohibition due à "la solution mutuellement convenue"

L'article 4 (Partie II) de l'Accord SMC dispose que chaque fois qu'un Membre a des raisons de croire qu'une subvention prohibée est accordée ou maintenue par un autre Membre, le premier peut demander à tenir des consultations avec le second afin, souligne l'alinéa 3, "de préciser les faits et d'arriver à une solution mutuellement convenue". C'est aussi à un Membre victime d'effets défavorables d'ouvrir la procédure de la Partie III afin d'arriver à la même solution.

Ici encore, c'est la dimension "réactive" de l'OMC qui est en cause¹⁰²³. Elle implique la pratique de la plainte individuelle et son corollaire, la possibilité d'un compromis mutuellement satisfaisant pour résoudre les conflits. Le professeur Bénitah qualifie cette pratique, "sacrifiant à divers degrés les principes «publics» fondamentaux afin d'atteindre

¹⁰²⁰ Règlement (CE) n° 1204/98 de la Commission du 9 juin 1998 instituant un droit compensateur provisoire sur les importations d'antibiotiques à large spectre originaires de l'Inde, *JOCE* L 166, 11 juin 1998, pp. 17-33, spéc. p. 25, § 56.

¹⁰²¹ *In ibid.*, p. 30, § 104.

¹⁰²² Article premier du Règlement précité, *in ibid.*, p. 33.

¹⁰²³ *Cf. supra*, note Erreur : source de la référence non trouvée.

certaines résultats", de "managériale"¹⁰²⁴. Elle peut entraîner, précise-t-il, l'"absorption" de certaines pratiques proscrites pouvant aller "de la simple tolérance précaire à une institutionnalisation implicite ou même explicite"¹⁰²⁵. Ainsi, cette pratique de la plainte individuelle et admettant, de surcroît, "une solution mutuellement convenue" peut aboutir à la persistance des subventions prohibées ou déclarées en principe incompatibles.

Cette pratique "managériale" est aussi manifeste dans la Partie V de l'Accord SMC où l'article 18 dispose que : "Une procédure pourra être suspendue ou close sans imposition de mesures provisoires ou de droits compensateurs lorsque des engagements satisfaisants auront été pris volontairement en vertu desquels :

- a) les pouvoirs publics du Membre exportateur conviennent d'éliminer ou de limiter la subvention, ou de prendre d'autres mesures en ce qui concerne ses effets, ou
- b) l'exportateur convient de réviser ses prix de façon que les autorités chargées de l'enquête soient convaincues que l'effet dommageable de la subvention est éliminé".

Si le paragraphe a) de cet article répond à la norme de comportement établi à l'article 3 prohibant certaines subventions, le paragraphe b) semble paradoxalement relâcher l'exigence de la même norme en transposant l'obligation de remédier aux effets de la violation de l'Accord SMC, des pouvoirs publics responsables à l'exportateur bénéficiaire de la violation.

Ainsi, à la suite de la plainte déposée par l'Association de producteurs de matières plastiques en Europe, un Règlement de la Commission européenne institue un droit compensateur provisoire (4 mois)¹⁰²⁶, devenu définitif le 27 novembre 2000 par le Règlement déjà cité sur les importations de certains types de polyéthylène téréphtalate (PET) originaires de l'Inde, de Malaisie, de Taiwan et de Thaïlande. En effet, ces matériaux bénéficient de subventions causant un préjudice important à l'industrie communautaire¹⁰²⁷. Parmi les subventions considérées comme étant à l'origine d'un préjudice figurent les concessions octroyées dans le cadre du régime indien de zones franches d'exportation¹⁰²⁸. Parmi les producteurs exportateurs bénéficiaires du régime en question, deux sociétés indiennes Pearl Engineering Polymers Ltd. et Reliance Industries Ltd. se sont engagées par la suite "à ne pas vendre à leurs clients indépendants à des prix inférieurs à un certain niveau minimal"¹⁰²⁹. La Commission considère que ces engagements éliminent les effets préjudiciables des

¹⁰²⁴ BENITAH, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 309.

¹⁰²⁵ Id.

¹⁰²⁶ Règlement (CE) n° 1741/2000, *JOCE*, n° L 199 du 5 août 2000, pp. 6-47.

¹⁰²⁷ Règlement (CE) n° 2603/2000, *JOCE*, n° L 301 du 30 novembre 2000, pp. 1-20.

¹⁰²⁸ § 58 à 77 du premier Règlement et § 25 à 33 du second Règlement.

¹⁰²⁹ Décision du 29 novembre 2000 n° 00/745/CE, *in JOCE précité.*, pp. 88-98, spéc. § 5.

subventions à l'exportation, et par conséquent les exonère des droits compensateurs subséquents moyennant un contrôle du respect desdits engagements¹⁰³⁰.

La mise en œuvre de cette procédure a été conditionnée par l'existence d'un effet défavorable sur le marché et non par la violation d'un engagement international. Le palliatif préconisé, s'il en élimine l'effet préjudiciable, renforce l'attrait d'un régime de zones franches accordant des subventions à l'exportation - pourtant prohibées - du fait du double bénéfice des producteurs exportateurs subventionnés, et ne contribue en aucune façon au respect de la prohibition de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC.

De surcroît, cette prohibition n'est plus de mise, ou du moins est mise entre des parenthèses temporelles, certes conditionnelles, en ce qui concerne les pays en développement.

2) La tolérance explicite à l'égard des subventions figurant dans les régimes de zones franches des pays en développement

Les Membres reconnaissent que les subventions peuvent jouer un rôle important dans les programmes de développement économique des pays en développement. C'est pourquoi leur application par les pays en développement Membres n'est pas strictement prohibée par l'Accord SMC et le traitement visant à les annuler ou à restreindre leurs effets est assujéti à des conditions plus restrictives.

a) L'exclusion formelle de la prohibition des subventions à l'exportation pour les pays en développement Membres

Les paragraphes 2 et 3 de l'article 27 disposent en effet que la prohibition énoncée à l'article 3 ne s'applique pas de manière intégrale aux pays en développement Membres. Cette prohibition concerne, rappelons-le, les subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux et celles subordonnées à l'exportation. Nous n'avons pas jusqu'à maintenant distingué les deux parce ce qu'en ce qui concerne les régimes de zones franches, la seconde catégorie englobe la première, lorsque la première existe, et que leurs traitements ne diffèrent que dans le cas des pays en développement.

Premièrement, en ce qui concerne les subventions à l'exportation, les pays les moins avancés désignés comme tels par l'ONU (ci-après les PMA) et certains pays nommément inscrits sur une liste à l'Annexe VII de l'Accord SMC, tant que le PNB par habitant n'y aura

¹⁰³⁰ Décision précitée.

pas atteint 1000\$ par an, ont le droit d'accorder des subventions à l'exportation¹⁰³¹. Ils n'ont pas le droit cependant d'en rehausser le niveau ; ce qui veut dire *a fortiori* qu'ils n'ont pas le droit non plus d'en créer de nouvelles¹⁰³². Cette autorisation est valable jusqu'à ce que les exportations subventionnées deviennent "compétitives", *id est* atteignent au moins 3,25% du commerce mondial du produit en question pendant deux années consécutives (paragraphe 5 et 6 de l'article 27). Dans ce cas, ces subventions doivent être progressivement supprimées dans un délai de huit ans.

Ainsi, le régime malgache de zones franches, contenant des subventions à l'exportation, établi en 1989, peut être appliqué à tous les produits exportés jusqu'à ce que le pays sorte de la liste des PMA ou jusqu'à ce que le produit subventionné atteigne le seuil de compétitivité.

Quant aux autres pays en développement non désignés dans la catégorie ci-dessus ou ceux désignés à l'annexe VII mais ayant accédé à un niveau de PNB par habitant de 1000\$ par an, la prohibition des subventions à l'exportation ne leur est pas immédiatement appliquée, pour une période de huit ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord OMC¹⁰³³. Ils ne rehausseront pas non plus le niveau de ces subventions, ni n'en créeront de nouvelles. Lorsqu'ils atteignent le seuil de compétitivité pour certains produits cependant, ils n'ont qu'un délai de deux ans pour supprimer la subvention à l'exportation correspondante. Ils devront aussi les éliminer dans un délai plus court que prévu si le recours à ces subventions ne correspond pas aux besoins de leur développement.

Ainsi, le régime tunisien des zones franches établi en 1992 peut être normalement maintenu jusqu'en 2003.

L'exclusion de la prohibition énoncée à l'article 3 ne préjuge cependant pas du traitement des effets défavorables des subventions à l'exportation déjà existantes de ces pays. Selon

¹⁰³¹ 49 pays en développement Membres de l'OMC font partie de cette catégorie au 1^{er} janvier 1998 : d'une part, les 29 PMA désignés comme tels par l'ONU : l'Angola, le Bangladesh, le Bénin, le Burkina Faso, le Burundi, Djibouti, la Gambie, la Guinée, la Guinée-Bissau, Haïti, les îles Salomon, le Lesotho, Madagascar, le Malawi, les Maldives, le Mali, la Mauritanie, le Mozambique, le Myanmar, le Niger, l'Ouganda, la République Centrafricaine, la République démocratique du Congo, le Rwanda, la Sierra Leone, la Tanzanie, le Tchad, le Togo, la Zambie et d'autre part, les 20 pays, inscrits dans l'Annexe VII jusqu'à ce que leur PNB par habitant atteigne 1000\$ par an, tels la Bolivie, le Cameroun, le Congo, la Côte d'Ivoire, l'Egypte, le Ghana, la Guatemala, la Guyana, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, le Maroc, le Nicaragua, le Nigéria, le Pakistan, les Philippines, la République Dominicaine, le Sénégal, le Sri Lanka et le Zimbabwe (Source : *Focus*, bulletin d'information de l'OMC, n° 24, novembre 1997).

¹⁰³² Puisqu'une nouvelle subvention hausse le niveau de 0% à x%.

¹⁰³³ Rappel : l'Acte final constitutif de l'OMC signé à Marrakech le 15 avril 1994 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995.

l'article 27.7 de surcroît, en cas de non respect des dispositions ci-dessus, les voies de recours de l'article 4 (Partie II) de l'Accord SMC seront ouvertes aux autres Membres, *id est* même en l'absence d'effets défavorables, en vue de faire retirer ces subventions.

Par ailleurs, si un pays en développement Membre juge nécessaire d'appliquer des subventions à l'exportation au-delà du délai de huit ans, il peut engager avec les autres Membres, notamment au sein du Comité SMC - institué à l'article 24 de l'Accord, composé des représentants de tous les Membres -, des consultations en vue de proroger la non-application de la prohibition. A la Conférence ministérielle de Doha, cette procédure de prorogation a même été étendue aux Membres figurant dans l'Annexe VII b) dont le PNB par habitant a atteint le niveau prévu¹⁰³⁴.

Deuxièmement, en ce qui concerne les subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, la prohibition énoncée au paragraphe 1 b) de l'article 3 ne doit pas s'appliquer d'une part, aux pays en développement Membres pendant une période de cinq ans et d'autre part, aux pays les moins avancés pendant une période de huit ans, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord OMC.

Ces dispositions plus restrictives sont justifiées en ce que la prohibition des subventions décrites dans la partie b) de l'article 3.1 en recoupant en partie l'obligation de suppression de MIC relatives à la teneur en éléments d'origine locale, renforce clairement le principe de non-discrimination entre produits nationaux et produits étrangers. L'obligation de les éliminer, quoique différée pour les pays en développement, l'est dans un délai plus court que pour les subventions à l'exportation. En ce qui concerne les régimes de zones franches d'exportation, si des mesures incitatives, par définition liées à une obligation d'exportation correspondant à des subventions, sont subordonnées à l'utilisation de produits locaux, les délais pour les éliminer ou du moins pour éliminer la deuxième condition de subordination sont ceux qui viennent d'être exposés.

En définitive, l'article 27 de l'Accord SMC concède beaucoup de largesses à l'ensemble des pays en développement. Jusqu'à ce que leurs exportations atteignent le seuil de compétitivité, l'on peut reprendre l'expression de M. Robert Hudec à propos du traitement des pays en développement dans l'ancien Code sur les subventions, selon laquelle cet article leur accorde pratiquement une "dispense virtuelle" de toutes les obligations qui figurent dans l'Accord SMC¹⁰³⁵. Pour autant, il n'est pas dit que l'Accord SMC n'influe pas sur la compétence d'un Etat Membre dans l'édiction d'un régime de zones franches.

¹⁰³⁴ Cf. OMC, Comité SMC, Procédures pour les prorogations au titre de l'article 27.4 pour certains pays en développement Membres, (G/SCM/39), 20 novembre 2001, not. § 6a).

b) L'influence potentielle de l'Accord SMC sur les régimes de zones franches des pays en développement

Malgré le traitement apparemment très souple décrit ci-dessus, les subventions à l'exportation ainsi que celles subordonnées à l'utilisation de produits locaux sont formellement prohibées. Les dispenses ne sont que temporaires et, de surcroît, conditionnelles. L'Organe d'appel de l'OMC, dans l'affaire opposant le Canada au Brésil, rappelle ainsi que : "Certains PED sont habilités à ne pas appliquer les dispositions relatives aux subventions prohibées à condition de respecter les obligations spécifiques de l'article 27"¹⁰³⁶. Ces subventions restent, en effet, susceptibles des voies de recours dans le cadre de l'article 7 (Partie III) et des mesures compensatoires de la Partie V, si elles produisent un des effets défavorables qui y sont mentionnés. Même si une subvention octroyée par un pays en développement ne saurait être présumée causer un préjudice grave¹⁰³⁷. Les obligations réitérées par l'Organe d'appel sont positives : il s'agit de l'engagement de ne pas relever le niveau des subventions, et par conséquent de ne pas en créer d'autres (obligation de *stand still*) et celui de les retirer au fur et à mesure du développement économique et commercial de l'Etat Membre (obligation de *roll back*). Si la preuve de la violation de ces obligations est apportée par un Membre plaignant, l'article 3 de l'Accord SMC, la prohibition de subventions à l'exportation ou de celles subordonnées à l'utilisation de produits locaux, redevient opposable à l'Etat en développement Membre.

Par conséquent, d'une part, un régime de zones franches d'exportation est condamné à disparaître à terme, s'il réussit¹⁰³⁸. Les voies de recours ouvertes à tout Membre lésé, jointes aux dispositions sur les notifications et surveillance, contribuent à force au respect de l'Accord. D'autant plus que dans le domaine qui nous concerne, l'on ne peut certainement pas faire du commerce tout seul, la sanction la plus à craindre est l'isolement. "La sanction du

¹⁰³⁵ HUDEC Robert E., *Developing Countries in the GATT Legal System*, Gower, 1987, p. 86, cité par BENITAH, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 67.

¹⁰³⁶ Organe d'appel, Rapport du 2 août 1999, WT/DS46, *Programme brésilien de financement des exportations pour les aéronefs (PROEX)*, § 139, *précité* note Erreur : source de la référence non trouvée. Nous soulignons.

¹⁰³⁷ Le préjudice grave décrit à l'article 6 doit être, selon l'article 27.7, pour les pays en développement, démontré par des éléments de preuve positifs. Encore un élément d'atténuation de l'obligation !

¹⁰³⁸ Si effectivement le développement économique et commercial est son but.

monde des affaires, disait Paul Reuter, est la même que celle de l'Eglise : il peut prononcer une exclusion, un boycottage dont les effets sont redoutables"¹⁰³⁹.

Ainsi, l'île Maurice, dont la dépendance aux marchés extérieurs est patente, annonçait dès 1999 que toutes les entreprises, celles à statut spécial - notamment les entreprises franches -, comme les autres, seraient assujetties à terme à 15% pour qu'il n'y ait plus de différence de traitement fiscal entre celles qui exportent et les autres¹⁰⁴⁰. Le gouvernement mauricien généralise ainsi le privilège fiscal du régime de zones franches pour ne pas en faire une subvention spécifique prohibée.

D'autre part, dans l'état actuel du droit international, un Etat Membre de l'OMC n'a plus de compétence pour établir un régime de zones franches d'exportation, tel qu'on l'a présenté ici. A moins que sous cette appellation, il ne regroupe des mesures qui existaient auparavant et qui étaient déjà tolérées par l'Accord SMC. Les nouvelles procédures fixées à Doha n'admettent en effet la prorogation au titre de l'article 27.4 que pour les programmes de subventions à l'exportation qui "existaient au plus tard le 1^{er} septembre 2001"¹⁰⁴¹. Ici, comme en ce qui concerne les conséquences de l'Accord MIC, le droit de l'OMC prépare les Etats membres à une inscription tacite mais toujours plus profonde de leur compétence dans l'ordre commercial international. Cet effet est renforcé par "la construction subtile" du GATT, que souligne le professeur Pierre-Michel Eisemann. "Les exceptions aux règles et les dérogations accordées aux parties contractantes", dit-il notamment, "jouent un rôle au moins aussi important que les obligations générales proclamées"¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ REUTER Paul, *Le droit international économique*, Cours à l'IHEI, 1952-1953, Paris, p. 26, cité par Prosper WEIL, "Le droit international économique" in Colloque SFDI, Orléans, *Aspects du droit international économique. Elaboration, contrôle, sanction*, Pedone, Paris, 1972, p. 9.

¹⁰⁴⁰ Rapporté par *Marchés tropicaux*, hors série, "L'île Maurice", janvier 1999, p. 24.

¹⁰⁴¹ Doc. OMC, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 2 ii.

¹⁰⁴² EISEMANN Pierre-Michel, "Le système normatif de l'OMC", in Colloque SFDI de Nice, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 54

CONCLUSION GENERALE

En définitive, notre étude a montré les altérations virtuelles et actuelles de la souveraineté étatique qu'implique l'adoption d'un régime d'investissements directs dans les zones franches d'exportation. La subversion de la souveraineté certes préexiste à ce régime et l'englobe. Mais celui-ci en représente un vecteur important, notamment pour les pays en développement. Il agit en faveur du libéralisme mondialisé comme le cheval de Troie. En effet, les bienfaits d'un régime de zones franches ont été vantés auprès des pays en développement. Cependant, l'adoption du régime par ces pays - de manière délibérée et avec des résultats économiques partiellement conformes aux attentes - entraîne tout d'abord, une transformation de l'action étatique - d'un acte d'autorité publique (*imperium*), elle passe à celui d'un sujet économique régi par les lois économiques (*dominium*) -, puis, produit un processus de dessaisissement des compétences de l'Etat initiateur au profit, d'une part, d'un pouvoir économique des investisseurs et, d'autre part, d'un pouvoir juridique contingent des pays importateurs et certainement au profit de l'ordre commercial international. Ces pouvoirs extérieurs à l'Etat initiateur du régime peuvent subvertir derechef le restant de sa souveraineté.

Fondamentalement, les implications du caractère extraverti d'un régime de zones franches soulignent l'inaptitude du territoire à fonder exclusivement la compétence normative de l'Etat, notamment lorsque des rapports de commerce international sont en jeu. Dans ce travail, nous avons voulu démontrer le mécanisme de subversion de la souveraineté inhérent à un régime lié à l'exportation. Comme le dit un auteur, "il n'est pas déraisonnable, après tout, de penser qu'une œuvre contradictoire et productrice de contradictions soit le révélateur de la raison aliénée de l'ouvrier. Il n'est pas déraisonnable non plus de penser que de chercher en priorité en quoi pourrait consister cette aliénation soit le chemin nécessaire pour échapper, enfin, à ses conséquences"¹⁰⁴³. Il faut ainsi revoir le pari de l'Etat.

Une solution à brûle-pourpoint serait de couper le lien. Au lieu de parier sur la logique de marché - qui comprend immanquablement le marché extérieur avec les conséquences que l'on sait -, l'Etat miserait sur un développement auto-centré qui ne serait dépendant ni des capitaux ni de la technologie provenant de l'extérieur. Cela ne changerait pas grand-chose dans la vie du pêcheur malgache ou du paysan du Bangladesh : malgré le rétrécissement du monde annoncé, la pénicilline - pour ne parler que de choses élémentaires - ne parvient que

¹⁰⁴³ CONSTANS Louis, "Le droit positif comme désordre", *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 45.

rarement hors des points connectés aux réseaux cosmopolites. Cependant, pour les citoyens et les élites du Tiers-Monde, qui, sans devises internationales, ne pourraient plus se procurer les bienfaits du monde moderne, cette alternative serait une régression inacceptable. De surcroît, pour pasticher un refrain global, l'isolement dans un seul pays ne semble plus possible. Cette politique serait ainsi insoutenable même si des contradictions flagrantes, tant dans les sociétés en développement que dans les sociétés développées, démontrent que le modèle du marché globalisé épuise l'homme et son environnement. Pour échapper à sa frénésie totalitaire, ne resteraient que des pistes à explorer individuellement¹⁰⁴⁴ ou en petits réseaux¹⁰⁴⁵. Il n'en reste pas moins que la désormais commune aventure humaine incite à rechercher une solution collective¹⁰⁴⁶.

En ce sens, les Etats en développement peuvent investir l'arène du commerce international. Si le régime des investissements dans les zones franches d'exportation s'avère comporter un mécanisme savamment construit qui d'abord lie, puis nie la souveraineté de l'Etat initiateur, il ne fait pas pour autant disparaître la logique nationale. Notre thèse dépeint, certes, l'avantage grandissant de la logique de marché sur la logique de souveraineté. Leurs rapports, on l'a vu, ne sont pas univoques mais dialectiques. Le pari de l'Etat sur le marché entraîne la saisie par le marché de l'instrument étatique. Cette saisie transforme le régime en marchandise mais surtout ouvre un marché. Dans ce dernier se confrontent alors l'Etat initiateur du régime et les autres acteurs économiques concernés, les pouvoirs privés et les autres Etats. La régulation territoriale des investissements et l'ordre relatif du commerce international sont issus de cette confrontation. L'action de l'Etat hôte des investissements n'est cependant pas déterminée une fois pour toute sur ces deux plans.

D'une part, l'Etat peut faire évoluer son régime de zones franches de façon à toujours garantir le respect des priorités locales. Ainsi, par exemple, l'île Maurice n'a pas hésité à niveler l'imposition sur les bénéfices des entreprises (celles qui exportent et les autres) pour que son régime de zones franches ne soit pas sanctionné au titre de l'Accord SMC. La faiblesse de la taxation imposée (15%) permet de garder une attractivité relative tout en empêchant les Etats importateurs de récupérer au titre de droit compensateur les dépenses fiscales de l'Etat exportateur. L'Irlande aussi illustre bien cette évolution. De surcroît, si tant est que les subventions soient nécessaires, des possibilités demeurent tolérées par l'Accord en question, dans des matières liées à la recherche, à l'environnement et au développement

¹⁰⁴⁴ Cf. par exemple, l'éloge de *La lenteur* de Milan KUNDERA.

¹⁰⁴⁵ Cf. par exemple, BEY Hakim, *Temporary Autonomous Zone*, Autonomedia, Bruxelles, 1991.

¹⁰⁴⁶ Cf. DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994.

régional (article 8 de l'Accord SMC) ; à charge pour l'Etat d'adapter sa législation pour passer entre les mailles¹⁰⁴⁷.

D'autre part, les Etats même en développement peuvent influencer sur l'ordre du commerce international. Si l'OMC a pour vocation, selon les termes de MM. Carreau et Juillard, d'être "avant tout, un instrument de désengagement des Etats"¹⁰⁴⁸, elle peut aussi contenir l'unilatéralisme des plus puissants de ses Membres. Pour ce faire, les autres Membres doivent transcender leur rivalité - *i.e.* ne pas se contenter des miettes du festin - pour former une force de négociation. Ce qui devient essentiel en effet pour un Etat souverain, comme le rappelle le professeur Geneviève Burdeau, "n'est pas tant d'affirmer ses compétences par un exercice solitaire et conditionné de celles-ci mais au contraire de compter dans la définition de l'ordre international qui, de toute manière, régira ses relations avec l'extérieur et qui s'imposera à lui"¹⁰⁴⁹. Autrement dit, la souveraineté réside plus que jamais dans son exercice¹⁰⁵⁰. Ainsi, nous avons pu voir l'efficacité du "front du refus" de la clause sociale à Singapour, lors de la Conférence ministérielle de l'OMC, en décembre 1996. Ce n'est certes pas nouveau. Mais à la différence des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui ne peuvent que constater la rupture d'une *opinio juris communis*, les décisions prises par l'ORD ou encore celles de la Conférence ministérielle de l'OMC peuvent avoir une portée positive. Nous avons pu observer, par exemple, les prorogations de la période de transition au titre de l'article 27.4 de l'Accord SMC pour certains pays en développement Membres, aménagées à Doha¹⁰⁵¹.

Dans cette logique collective, l'Etat détient toujours un rôle central. Le professeur Brigitte Stern souligne ainsi qu'il exerce "une fonction de dépositaire des valeurs non marchandes, les valeurs culturelles, les valeurs de démocratie et les Droits de l'homme"¹⁰⁵². Il

¹⁰⁴⁷ Ainsi, à l'instar des multinationales américaines, comme Boeing et Microsoft, notamment, qui rivalisent de propositions ingénieuses de réformes du code des impôts américain visant à préserver leurs avantages fiscaux, tout en se conformant aux règles de l'OMC. Cf. CHAVAGNEUX Christian, "Poker menteur", *Alternatives économiques*, n° 204, juin 2002, pp. 30-31.

¹⁰⁴⁸ CARREAU & JUILLARD, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 3.

¹⁰⁴⁹ BURDEAU Geneviève, "L'exercice des compétences monétaires par les Etats", *R.C.A.D.I.*, 1988 / V, t. 212, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, p. 211.

¹⁰⁵⁰ Cf. RAVALOSON Jaona, "Madagascar et les nouveaux enjeux des relations internationales : pour une diplomatie de type III", *Le Cahier de la Grande Ile*, Club éthique et développement, Antananarivo, n° 1, 2002, pp. 17-24.

¹⁰⁵¹ Cf. note Erreur : source de la référence non trouvée.

¹⁰⁵² STERN Brigitte, "Etats et souverainetés : la souveraineté de l'Etat face à la mondialisation", in Yves MICHAUD, sous direction, *Qu'est ce que la société ?*, vol. 3, Université de tous les savoirs, éd. Odile Jacob, Paris, 2000, p. 838.

reste que, comme le marché, c'est une institution humaine. La perversion de ces institutions résulte souvent de l'oubli du fait que, l'un comme l'autre, ne sont que ce que nous en faisons. Ainsi, la sortie de l'état de nature demeure un projet¹⁰⁵³. La mondialisation ne serait donc pas la fin de tout espoir, encore moins de l'histoire.

¹⁰⁵³ Cf. François OST, "Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours à l'état de nature", in MORAND Charles-Albert, dir. , *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, éd. de l'Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, 2001, pp. 5-36.

BIBLIOGRAPHIE

I - DOCUMENTS ET RAPPORTS OFFICIELS

Organisations internationales

- Bureau International du Travail, *Programme des activités sectorielles*, Partie 9 : "Zone franche d'exportation : un autre type de flexibilité", Genève, 1999 .
- Bureau International du Travail, *Programme d'action sur les questions relatives au travail et les questions sociales dans les zones franches d'exportation*, Genève, 1998.
- Bureau International du Travail, *Economic And Social Effects Of Multilateral Enterprises In Export Processing Zones*, Genève, 1988.
- CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, Genève, 1996.
- CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde*, Genève, 2000.
- CNUCED, *Les investissements étrangers directs dans les pays en développement*, TD/B/WG.1/7, Nations Unies, Genève 1993.
- CNUCED, *Politiques et mesures des pays d'accueil visant à promouvoir les investissements étrangers directs: synthèse de huit monographies*, TD/B/WG.1/10, Nations Unies, Genève 1993.
- CNUCED, *Zones franches industrielles : rôle des investissements étrangers directs et incidences sur le développement*, TD/B/WG.1/6, Nations Unies, Genève 1993.
- OCDE, *Promouvoir l'investissement direct étranger dans les pays en développement*, Paris, 1992.
- O.C.D.E., *Fiscalité et performance économique*, Comité de politique économique, doc ECO/CPE/WP1(97)3, Paris, 1997.
- OCDE, *Concurrence fiscale dommageable*, Comité des Affaires Fiscales, Paris, 1998.
- OCDE, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ?- Une étude de la concurrence entre gouvernements*, Centre de développement, OMAN Charles, Paris, 2000.
- OMC, *Commerce et investissement étranger direct*, PRESS/57, Genève, 9 octobre 1996.
- OMC, *Résultat des négociations multilatérales du cycle d'Uruguay : Textes juridiques*, Genève, 1994.

- ONUDI, *Création, gestion et promotion de zone franche industrielle*, Vienne, 8-11 décembre 1992.

Communautés européennes

- Comité économique et social, *L'uniformisation à l'échelle mondiale des règles applicables à l'investissement direct*, Avis, CES 290/96, Bruxelles, 28 fév. 1996.
- Commission des Communautés européennes, *Rapport au Parlement européen 2000, Aperçu du suivi des affaires antidumping, anti-subsidies et de sauvegarde dans les pays tiers*, [COM(2001) 571 final], Bruxelles, 12 octobre 2001.
- Commission européenne, *Communication sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises*, 98/ C 384/03, JOCE, n° C 384, 10 décembre 1998, p.3-9.
- Commission européenne, *Droit de la concurrence dans les Communautés européennes*, vol.IIB, "Explication des règles applicables aux aides d'Etat", OPOCE, Luxembourg, Bruxelles, 1997.
- Commission européenne, *Droit de la concurrence dans les Communautés européennes*, "Décision sur aides d'Etat relative au Pacte de relance sur la ville du 27 mars 1996", N 159/96, JO C 215 du 25 juillet 1996.
- Commission européenne, *Règlement CEE n° 2454/93 fixant certaines dispositions d'application du Règlement CEE n° 2913/92 du Conseil établissant le code des douanes communautaires*, (JOCE, n° L. 253 du 11 octobre 1992), JOCE, 2 juillet 1993.
- Commission des Communautés européennes, *Rapport du comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises*, OPOCE, mars 1992.
- Commission des Communautés européennes, *Zones franches dans la CEE*, Service de l'Union douanière, Document RZF 4, 25 mai 1982.
- Conseil européen, *Règlement (CE) n° 659/1999 du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE*, JO n° L 083, 27 mars 1999, p.1-9.
- Conseil européen, *Règlement (CE) n° 2026/97 du 6 octobre 1997 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne*, JOCE, n° L 288, 21 octobre 1997, pp. 1-33.

- Conseil européen, *Règlement CEE n° 1604/92 modifiant le règlement CEE n° 2504/88 relatif aux zones franches et aux entrepôts francs*, JOCE, n° L. 173/30 du 27 juin 1992.

République française

- *Code général des impôts*
- *Code des Douanes* (a. 286-290)
- Conseil d'Etat, *Rapport public sur le principe d'égalité*, EDCE, n° 48, La documentation française, 1997.
- Conseil des impôts, *Fiscalité et vie des entreprises*, Treizième rapport au Président de la République, Direction des Journaux Officiels, Paris, 1994.
- Conseil d'Analyse Economique (Premier Ministre), *Le cycle du millénaire*, La Documentation Française, 1999.

République malgache

- Secrétariat technique de l'ajustement, Premier ministre, *Document cadre de politique économique 1996-1999*, Antananarivo, novembre 1996.
- *Régime des zones franches* :
 - . Ministère de l'Industrie et de l'Artisanat, *Régime de zone franche*, Antananarivo, décembre 1992, 65 p.
 - . Loi n° 89/027 du 29 décembre 1989 modifiée et complétée par la Loi n° 91/020 du 12 août 1991, JORM, 13 septembre 1991, p.1243s.
 - . Décret n° 92/809 du 9 septembre 1992, JORM, 16 septembre 1992, p. 2621s.

République mauricienne

- Ministry of information, *Focus on Republic of Mauritius*, Silvio M.Empeigne, Government Printer, Port Louis, Mauritius, February 1992.
- *The Companies Act 1984, the Insurance Act 1987, the Merchant Shipping Act 1986, the banking Act 1988*, Silvio M.Empeigne, Government Printer, Port Louis, Mauritius, April 1992.

- One Stop Shop, "The Business Facilitation Centre of Industrialist", Ministry of Industry, Commerce, Corporate Affairs and Financial Services, Port Louis, 1999.

II- OUVRAGES GENERAUX

Droit international et Relations Internationales

- BEDJAOUI Mohammed, *Droit international, bilan et perspectives*, 2 t., Pedone, Paris, 1991.
- BENCHIKH Madjid, *Droit international du sous-développement*, Berger-Levrault, Paris, 1983.
- BENCHIKH Madjid, CHARVIN Robert et DEMICHEL Francine, *Introduction critique au droit international*, Presses Universitaire de Lyon, 1986.
- CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, L.G.D.J., 4ème éd., Paris, 1998.
- COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, Domat Montchrestien, 3ème éd., Paris, 1997.
- CHOWDHURY & als., *The Right to Development in International Law*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1992.
- DEMICHEL Francine, *Eléments pour une théorie des relations internationales*, Berger-Levrault, Paris, 1986.
- DUPUY René-Jean, *Dialectiques du droit international*, Pedone, Paris, 1999.
- KENNEDY Paul, "Les clichés revisités, le droit international et la politique", in *Droit international 4*, Cours et travaux, I.H.E.I., Paris, 1999/2000, pp. 10-178.
- NGUYEN QUOC Dinh (†), DAILLIER Patrick et PELLET A., *Droit international public*, 6ème éd., L.G.D.J., Paris, 1999.
- VIRALLY Michel, "Cours général de Droit international public", 1983, *R.C.A.D.I.*, t. 183, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / Lancaster, 1985.

Droit communautaire et européen

- BOULOUIS Jean, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Montchrestien, 6ème éd., Paris, 1997.

- DRUESNE Gérard, *Droit et politiques de la Communauté et de l'Union Européennes*, PUF, 3ème éd., Paris, 1995.
- GAUTRON Jean-Claude, *Droit européen*, Mémentos Dalloz, 8ème éd., Paris, 1997.
- SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 1997.

Droit constitutionnel et Sciences Politiques

- BURDEAU Georges, *Traité de Sciences Politiques*, t. II, L'Etat, 3° éd., L.G.D.J., Paris, 1980.
- BURDEAU Georges, *Traité de Sciences Politiques*, t. X, La révolte des colonisés, Economica, Paris, 1986.
- CHANTEBOUT Bernard, *Le Tiers Monde*, Armand Collin, Paris, 1986.
-

Fiscalité

- ARDANT Gabriel, *Histoire de l'impôt*, 2 tomes, Fayard, Paris, 1971-72.
- BELTRAME Pierre et MEHL Lucien, *Techniques, politiques et institutions fiscales comparées*, Coll. Thémis, 2ème éd., PUF, Paris, 1997.
- BIENVENU Jean-Jacques et LAMBERT Thierry, *Droit fiscal*, Coll. Droit fondamental, 2ème éd., P.U.F., Paris, 1997.
- DOUVIER P.-J., *Droit fiscal dans les relations internationales*, Pedone, Paris, 1996.
- GAUDEMET Paul-Marie et MOLINIER Joël, *Finances publiques*, 2 t., Montchrestien, Paris, 1992.
- GEFFROY Jean-Baptiste, *Grands problèmes fiscaux contemporains*, P.U.F., coll. "Droit fondamental", Paris, 1994.
- GEST Guy et TIXIER Gilbert, *Manuel de droit fiscal*, L.G.D.J., Paris, 1986.
- ISAÏA H. et SPINDLER J. (ss la dir.), *Histoire du droit des finances publiques*, 2 t., Economica, Paris, 1987.
- JARNEVIC Jean-Pierre, *Droit fiscal international*, Economica, Paris, 1986.
- LAFERRIERE et WALINE, *Traité de science et législation financière*, L.G.D.J., Paris, 1952.
- LAUFENBURGER H., *Histoire de l'impôt*, P.U.F., Que sais-je ?, Paris, 1954.
- LAURE Maurice, *Science fiscale*, PUF, 1993.

- TROTABAS Louis et COTTERET Jean-Marie, *Droit fiscal*, Dalloz, Paris, 1997.

Investissements internationaux

- JUILLARD Patrick, "L'évolution des sources du droit des investissements", *R.C.A.D.I.*, 1994/VI, t. 250, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London.
- PATERSON R.K., *The GATT and Restrictions on Foreign Investment : the U.S. Challenge to Canada's Foreign Investment Law*, in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol.1, 1985, pp. 224-246.
- PRITCHARD Robert, editor, *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 1996.
- WEIL Prosper, "Contrats entre Etats et particuliers", *R.C.A.D.I.*, 1969/III, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1970.
- YELPAALA K., "The Efficacy of Tax Incentives within the Framework of the Neoclassical Theory of Foreign Direct Investment : A Legislative Policy Analysis", *Texas International Law Journal*, vol.19, 1984, pp. 365-414.
- YELPAALA K., "In Search of Effective Policies for Foreign Direct Investment : Alternative to Tax Incentive Policies", *New England Journal of International Law and Business*, vol.7, 1985, pp. 208-266.

Théorie juridique

- ATIAS Christian, *Epistémologie juridique*, coll. Droit fondamental, P.U.F., Paris, 1985.
- FRIEDMANN Wolfgang, *Théorie générale du droit*, Bibliothèque de philosophie de droit, 4^o éd., L.G.D.J., Paris, 1965.
- HAYEK Friedrich A., *Droit, législation et liberté*, 3 t., coll. Libre Echange, P.U.F., Paris, 1980.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. franç. par Charles Eisenmann de la 2^{ème} éd. de la Reine rechtslehre, Dalloz, Paris, 1962.
- KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Léviathan, PUF, Paris, 1996.
- SCHELLE Georges, *Le droit public et la théorie de l'Etat*, éd. Rousseau & cie, Paris, 1951.

- VIRALLY Michel, *La pensée juridique*, Coll. Théorie général du droit, "Les introuvables", éd. Panthéon-Assas, L.G.D.J., Paris, 1999.

III- MONOGRAPHIES

- AL-KHATIB Ghassan, *La part du droit dans l'organisation économique contemporaine : Essai d'évaluation*, Coll. de droit international, Editions Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1994.
- AKESBI Najib, *L'impôt, l'Etat, l'ajustement*, Actes Ed., Rabat, Maroc, 1993.
- ARNAUD André-Jean, *Entre modernité et mondialisation*, col. droit et société, vol. 20, L.G.D.J., Paris, 1997.
- BADIE Bernard et SMOUTS Marie-Claude, *Le retournement du monde*, Presses de la Fondation nationale des Sciences Politiques & Dalloz, Paris, 1995.
- BADIE Bernard et SMOUTS Marie-Claude (sous dir.), *L'international sans frontière*, Cultures et conflits, L'Harmattan, Paris, 1996.
- BARBIER Jean-Pierre et VERON Jean Bernard, *Les zones franches industrielles et d'exportation*, Karthala, Paris, 1991.
- BASILE Antoine et GERMIDIS Dimitri, *Investir dans les ZFIE*, Centre de développement de l'OCDE, Paris, 1984.
- BEAUCHAMP André, *Guide mondial des paradis fiscaux*, Grasset, Paris, 1981.
- BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, P.U.F., Paris, 1994.
- BELANGER Michel, *Institutions économiques internationales, la mondialisation économique et ses limites*, Coll. Droit international, Economica, 6ème éd., Paris, 1997.
- BEN SALAH Hafedh et ROUSSILLON Henry, dir., *Les zones franches*, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, Publications de la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis, 1998.
- BENITAH Marc, *Fondements juridiques du traitement des subventions dans les systèmes GATT et OMC*, Librairie DROZ, Genève/Paris, 1998.
- BERR Claude Jean et TREMEAU Henri, *Le droit douanier communautaire*, 4ème éd., Economica, Paris, 1997.
- BOISSON de CHAZOURNES Laurence, *Les contre-mesures dans les relations internationales économiques*, Institut des hautes études internationales, Genève, Pedone, Paris, 1992.

- BORGHI Marco et MEYER-BISCH Patrice, sous direction, *Ethique économique et droits de l'homme*, Editions universitaires, Fribourg, Suisse, 1998.
- BOST François, *Les zones franches en Afrique subsaharienne*, éd. du Centre français du commerce extérieur, Paris, 2001.
- BRAUDEL Fernand, *La dynamique du capitalisme*, Arthaud, Paris, 1985.
- BRAULT Dominique, *Droit de la concurrence comparé*, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, Paris, 1995.
- BRUNET Roger, *Atlas mondial des zones franches et des paradis fiscaux*, Fayard-Reclus, Paris, 1986.
- BURDEAU Geneviève, "L'exercice des compétences monétaires par les Etats", *R.C.A.D.I.*, 1988 / V, t. 212, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1989.
- CASSAN Hervé, dir., *Contrats internationaux et pays en développement, Perspectives économiques et juridiques*, Economica, Paris, 1989.
- CHAMBAS G., *Fiscalité et développement en Afrique subsaharienne*, L'Harmattan, Paris, 1995.
- CHAMBOST Edouard, *Guide des paradis fiscaux*, éd. Sand, Paris, 1993.
- CHEROT Jean-Yves, *Les aides d'Etat dans les Communautés européennes*, Economica, Paris, 1998.
- CHRETIEN Maxime, *A la recherche du droit fiscal international commun*, L.G.D.J., Paris, 1955.
- CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Ed. La découverte, Paris, 1995.
- CLAM Jean et MARTIN Gilles, sous la direction, *Les transformations de la régulation juridique*, Droit et Société, L.G.D.J., Paris, 1998.
- COHEN TANUGUY Laurent, *Le droit sans l'Etat*, P.U.F., Paris, 1985.
- COLLIARD Claude-Albert (études offertes à), *Droits et Libertés à la fin du XXème siècle*, Pedone, Paris, 1984.
- CREDIMI, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Pedone, Paris, 1969.
- CREPEAU François (sous dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Bruylant, Bruxelles, 1997.
- DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris, 1998.

- DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994.
- DEVOLVE Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, L.G.D.J., Paris, 1969.
- DEZALAY Yves, *Marchands de droit*, Fayard, Paris, 1992.
- DORMOY Daniel, *Le commerce des produits de base et l'action internationale*, Publications de la R.G.D.I.P., Pedone, Paris, 1986.
- DRAGO Roland, dir., *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Académie des Sciences morales et politiques, Dalloz, Paris, 1996.
- DUPUY René Jean, *La clôture du système international, la Cité terrestre*, Coll. Perspectives internationales, P.U.F., Paris, 1989.
- FLORY Maurice, "Souveraineté des Etats et coopération pour le développement", *RCADI*, t. 141, A.W. SIJTHOFF, Leyde, 1974.
- FARJAT Gérard, Mélanges en l'honneur de, *Philosophie du droit et droit économique*, Editions Frison-Roche, Paris, 1999.
- FARJAT Gérard et REMICHE Bernard, *Liberté et droit économique*, De Broek Wesmael S.A., Bruxelles, 1992.
- FARJAT Gérard, *Droit économique*, PUF, Thémis, 2^{ème} éd., Paris, 1982.
- FONTANEAU (P.), *Fiscalité et investissement*, P.U.F. (dossiers Thémis), Paris, 1972.
- FOTSING Jean-Baptiste, *Le pouvoir fiscal en Afrique*, Bibliothèque africaine et malgache, t. 51, Paris, 1995.
- GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, coll. Droit civil, Economica, Paris, 1985.
- GHERARI Habib et SZUREK Sandra, dir., *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, CEDIN, Paris X Nanterre, Montchrestien, Paris, 1998.
- GIFFONI Massimo, *Droit douanier de l'Union européenne et aspects économiques*, 2^{ème} éd., Commission européenne, OPOCE, Bruxelles, 1995.
- GOMBAC Boris, *Les zones franches en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1991.
- HAAS Robert, Le régime international des zones franches dans les ports maritimes, *R.C.A.D.I.*, vol. 28, 1928/1, La Haye, pp. 374-425.
- HENKIN Louis, "International Law : Politics, Values, Functions", *R.C.A.D.I.*, 1990, t. 216, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1991.

- HOLMGREN Christina, *La renégociation multilatérale des dettes : le Club de Paris au regard du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- KHAVAND F.A., *Le nouvel ordre commercial mondial, du GATT à l'OMC*, Nathan, Paris, 1995.
- LANG W. (dir.), *Sustainable development and international law*, Graham & Trotman, Nijhoff, London /The Hague, 1995.
- LAMORLETTE Thierry et RASSAT Patrick, *Stratégie fiscale internationale*, Maxima, Laurent du Mesnil éditeur, Paris, 1992.
- LEMESLE Raymond-Marin, *La délocalisation off-shore*, Col. Que-sais-je ?, PUF, Paris, 1995.
- LEONARD J. (dir.), *Les mouvements internationaux des capitaux*, Economica, Paris, 1997.
- LEFEBVRE Maxime, *Le jeu du droit et de la puissance*, PUF, Paris, 1997.
- LIGNEUL Nicolas, *L'élaboration d'un droit international de la concurrence entre les entreprises*, Ed. Bruylant et de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001.
- LONG Olivier, "La place du droit et ses limites dans le système commercial multilatéral du GATT", *R.C.A.D.I.*, 1983, t. 182, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / Lancaster, 1984.
- LOROT Pascal et SCHWOB Thierry, *Les zones franches dans le monde*, La documentation française, Paris, 1987.
- MANIN Philippe et LOUIS Jean-Victor (dir.), *Vers une Europe différenciée ? Possibilité et limite*, Pedone, Paris, 1996.
- MARTHOZ Jean-Paul, *L'enfer des nouveaux paradis fiscaux*, Confédération internationale des syndicats libres, Bruxelles, 1996.
- MAUPAIN Francis, "OIT, justice sociale et mondialisation", *R.C.A.D.I.*, vol. 278, 1999, pp. 205-396, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / Lancaster, 2000.
- MENY Yves, *La corruption de la République*, Fayard, Paris, 1992.
- MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.
- MESSERLIN Patrick, *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, Dunod, 1995.
- MERCIAI Patrizio, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1993.

- MIAILLE Michel, sous la direction, *La régulation entre droit et politique*, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 1995.
- NIZET J.-Y., *Fiscalité, économie et politique*, L.G.D.J., Paris, 1992.
- NONORGUES Henri, LABORDE Jean, *La fiscalité et le développement des pays du tiers-monde*, Les codes bleus malgaches, La librairie de Madagascar, Antananarivo, 1970.
- NGAOSYVATHN Pheuiphanh, *Le rôle de l'impôt dans les pays en voie de développement*, L.G.D.J., Paris, vol. 1, 1978 et vol. 2, 1980.
- OBORNE Michael, *Les zones économiques spéciales de la Chine*, Publications de l'OCDE, Paris, 1986.
- ORSONI Gilbert, *L'interventionnisme fiscal*, Fiscalité, PUF, Paris, 1995.
- PACE Virgil, *L'OMC et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, L'Harmattan, Paris, 2000.
- PERROUX François, *Pouvoir et économie*, Coll. Etudes économiques, Dunod, Paris, 1973.
- PLANTEY Alain, *La négociation internationale, principes et méthodes*, CNRS éditions, 2^{ème} éd., Paris, 1994.
- POSNER Richard, *Economic Analysis of law*, Aspen Law and Business, 5th. ed., New-York, 1998.
- QURESHI Asif H., *The Public International Law of Taxation : Text, Cases and materials*, Graham Trotman / Martinus Nijhoff, London / Dordrecht / Boston, 1994.
- RASOLOFO Robin, *L'application du régime de zone franche à Madagascar : Points de vue des différents intervenants*, Documents d'études, Ministère de l'industrialisation et de l'artisanat, Antananarivo, Octobre 1999.
- RIGAUX François, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Publications de la RGDIP, Pedone, Paris, 1977.
- RIPERT Georges, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951, 2^{ème} éd., Paris, 1995.
- ROSENBERG Dominique, *Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles*, Bibliothèque de droit international, L.G.D.J., Paris, 1983.
- SENARCLENS Pierre, *Mondialisation, souveraineté*, Armand Colin, Paris, 1998.
- SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1994.

- STERN Brigitte (sous la direction) , *Marché et Nation : Regards croisés*, CEDIN Paris I, Monchrestien, Paris, 1995.
- STERN Brigitte, *Un nouvel ordre économique international ?*, Recueil de textes et documents, Economica, Paris, 1983.
- SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, Les voies du droit, PUF, Paris, 1994.
- TAXIL Bérangère, *L'OMC et les pays en développement*, CEDIN Paris I, Monchrestien, Paris, 1998.
- VILLEMOT D., *L'harmonisation fiscale européenne*, Que-sais-je ?, n° 2618, PUF, Paris, 1991.
- VAULONT Nikolaus, *L'union douanière de la CEE*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1980.
- WEIL Prosper, *Ecrits de droit international*, PUF, coll. Doctrine juridique, Paris, 2000.
- YIN Pierre, HA-YEUNG Donald, KOWLESSUR Deshmuk et CHUNG Mirella, *L'île Maurice et sa zone franche : la deuxième phase du développement*, Editions de l'Océan Indien, Port Louis, 1992.

IV- Thèses

- BOUTELET Pierre, *Les représentations économiques dans la règle fiscale dérogatoire. Eléments pour une théorie de l'effet du marché*, Thèse de doctorat d'Etat, Droit, Université de Dijon, 1988.
- DEZALAY Yves, *Marchands de droit. L'expansion du "modèle américain" et la construction d'un ordre juridique transnational*, Thèse de doctorat d'Etat, Sociologie, EHESS, Paris, 1991.
- GANEM Pierre-Henri, *Stratégies contractuelles des firmes aux fins de "sécurisation" d'investissements internationaux et volontarisme politique des Etats comme forces créatrices de droit dans les rapports transnationaux*, Université Paris X, Droit public, 1994.
- MANCIAUX Sébastien, *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats : 25 années d'activités du CIRDI*, Université de Dijon, Droit public, 1998.

- RAFIDINARIVO RAKOTOLAHY Christiane, *Dette et système international des paiements - Le tribut payé par les pays du tiers monde*, Université de Toulouse, Sciences politiques, 1993.
- SCHIELE Pascal, *Prélèvements obligatoires et délocalisations*, Université de Paris 2, Droit public, 1995.
- SOREL Jean-Marc, *Les aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I.*, Université Paris XIII, Droit public, 1991.

V- Articles, chroniques et notes

- ABI-SAAB Georges, The International Law of Multinational Corporation : A Critique of American Legal Doctrines, *Annales d'études internationales*, Genève, vol. 2, 1971, pp. 97-101.
- ALLAIS Maurice, La libéralisation des échanges et l'expérience de la Communauté européenne, *Revue des deux mondes*, Septembre 1997, pp. 11-32.
- ALMARIC Marc, Les investissements dans les DOM-TOM, une approche communautaire, *Les petites affiches* du 26 août 1991, n° 102, p.16.
- AMADO Jose Daniel, Free Industrial Zones : Law and Industrial Development in The New International Division of Labor, *University of Pennsylvania International Business Law*, vol. 11 : 1, 1989, pp. 81-143.
- ANDREFF Wladimir, La déterritorialisation des multi-nationales : firmes globales et firmes-réseaux, in B. BADIE & M.C. SMOUTS, *L'international sans territoire*, l'Harmattan, 1996.
- ANDRIANARISON Francis, Pression, structure et réformes fiscales à Madagascar, *Projet Madio*, Institut National de la Statistique, Antananarivo, mai 1997, 31p.
- ANDRIANARISON Francis et RAKOTONDRAZAFY Jocelyne, Analyse sectorielle de la participation étrangère : L'industrie textile et les investissements étrangers à Madagascar, *Projet Madio*, Institut National de la Statistique, Antananarivo, avril 1996, 36p.
- APOSTOLIDIS Charalambos et CHEMILLIER-GENDREAU Monique, L'apport de la dialectique à la construction de l'objet juridique, *RDP*, mai-juin 1993, pp. 611-640.
- ARNAUD André-Jean, De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation, *Droit et société*, n° 35, 1997, pp. 14s.

- ASANTE Samuel K.B., "Droit international et investissements", in BEDJAOUI Mohamed (éd.), *Droit international. Bilan et perspectives*, Pedone, Unesco, 1991, t. 2, pp. 719s.
- ASANTE Samuel K.B., International Law and Foreign Investment : A Reappraisal, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, juillet 1988, pp.588-628.
- AUBIN Yann et PANG Xiaoman, Un investissement doit-il et peut-il être éthique ?, *Revue de droit des affaires internationales*, 2000, n° 7, p. 857-878.
- BAGWELL Kyle, MAVROIDIS Petros C., STAIGER Robert W., It's a Question of Market Acces, *AJIL*, janvier 2002, vol. 96, n° 1, pp. 56-76.
- BAZZOLI Laure et KIRAT Thierry, Deux regards non hayekiens sur l'efficience et la sélection des règles juridiques : l'économie institutionaliste et l'analyse économiques du droit, *Archives de philosophie du droit*, t. 42, "L'argent et le droit", éd. Sirey, 1997.
- BEN AKDERRAMAN, Pakistan : Le régime d'investissements étrangers, *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, n°3, 1994.
- BEKHECHI M.A., L'investissement et le droit : Réflexion sur le nouveau code algérien, *Droit et pratique du commerce international*, n°1, sept. 1994, p.133-162.
- BESANGER Eric, Incitations fiscales et sociales en faveur des entreprises dans le cadre de la politique d'aménagement et de développement du territoire, *Les petites affiches*, n°54, 5 mai 1997.
- BIZEAU J.-P., Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ?, *AJDA*, 1992, p. 179s.
- BOUTROS-GHALI Boutros, Global Development Cooperation, *Emory International Law Review*, vol. 7, 1993, pp. 1-11.
- BOUYER Gilles, Cuba : la nouvelle loi sur l'investissement étranger, *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, n° 6, nov. 1995, p.1329-1352.
- BRONCKERS Marco C.E.J., Une mise en garde contre des tendances antidémocratiques à l'OMC, *RMCUE*, n° 433, novembre-décembre 1999, pp. 683-695.
- BUISSON Jacques, La dérive de l'égalité devant l'impôt, *RDP*, t. 116, Janvier-février 2000, n°1, p. 9-16.
- BUISSON Jacques, L'érosion de la souveraineté fiscale dans les Etats membres de la Communauté : l'exemple de la France, *Recueil Dalloz*, 1er avril 1999, n° 13, p. 129-138.

- BURDEAU Geneviève, Licéité ou illicéité intrinsèque de la mesure en droit international public, *in* GHERARI Habib et SZUREK Sandra, dir., *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, CEDIN, Paris X Nanterre, Montchrestien, 1998, pp. 171-184.
- BURDEAU Geneviève, Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats, *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 1, pp. 3-37.
- BURDEAU Geneviève, Internationalisation des monnaies et souveraineté des Etats, *in* Philippe KAHN (sous la direction de), *Droit et monnaies. Etats et espaces monétaires transnationaux*, Litec, Paris, 1988, p. 409s.
- BURDEAU Geneviève, "Droit international et contrats d'Etats", *A.F.D.I.*, 1982, pp. 454s.
- BURGAUD Jean-Marie, La nouvelle stratégie de développement, *Le Monde diplomatique*, juin 1990, p. 27.
- BURGAUD Jean-Marie, Les zones franches des Caraïbes, *Le moniteur du commerce international*, n° 711, 1986, p. 69-82.
- CACCIATO Giuseppe, Subventions, législations et politiques en matière de concurrence : parallèle entre l'UE et les USA, *Revue du marché unique européen*, 1996/4, p.81-105.
- CANAL-FORGUES Eric, Sur l'interprétation dans le droit international, *R.G.D.I.P.*, t. CV, 2001, pp. 5-23.
- CAPPUYNS Elisabeth, "Linking Labor Standards and Trade Sanctions : An Analysis of Their Current Relationship", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 659, 1998, pp. 661-686.
- CAROIT J.-M., Triste bilan du plan américain de développement des Caraïbes, *Le Monde* du 15 décembre 1988, p.35.
- CARREAU Dominique, FLORY Thierry et JUILLIARD Patrick, Chronique de droit international économique, *A.F.D.I.*
- CASTAGNEDE Bernard, L'expérience de la défiscalisation outre-mer, *AJDA*, 1992, p. 603.
- CATTAN Geneviève, Aspects juridiques et fiscaux de la zone franche de Madère, *Revue fiscalité européenne et droit international des affaires*, 1998/2, pp. 25-32.
- CHAMPAUD Claude, Régulation et droit économique, *RIDE*, 2002/1, pp. 23-66.

- CHAMPAUD Claude, Droit économique comparé et privatisation des économies administrées, *Mélanges Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 119- 133.
- CHARNOVITZ Steve, Participation of Non Governmental Organisations in the WTO, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 1996, pp. 331-357.
- CHEVALLIER Jacques, Vers un droit post-moderne ?, *RDP*, n° 3, 1998.
- COMBACAU Jean, Sur une définition restrictive du droit international, *Mélanges Burdeau*, L.G.D.J., Paris, 1977, p. 1033-1052.
- COMPOS Guillermo and BORBA Carlos, Uruguay's offshore trilogy, *International tax review*, n°2, feb. 1997, p. 37-41.
- COSTE Christine et EWANE Lobé, Miracle ou mirage, *Jeune Afrique Economique*, n° 133, Juillet 1990.
- COUSSY Jean, "Les ruses de l'Etat minimum", in BAYART Jean-François, sous direction, *La réinvention du capitalisme*, Karthala, Paris, 1994.
- COVA C., Lomé IV : une convention pour 10 ans, *RMC*, n° 333, janvier 1990, p.1-2.
- CUBERTAFOND Bernard, Souverainetés en crise ?, *RDP*, 1989, p.1273-1304.
- CUSTOS Dominique, Champ d'application territorial du droit communautaire, *Juris-Classeur Europe*, fascicule 471, Novembre 1993.
- CUZIAT Eric, La politique de concurrence, une politique en faveur de l'emploi, *Competition policy Newsletter*, n°2, juin 1998, p.29.
- DAILLIER Patrick, La réglementation communautaire anti-dumping – Aspects matériels, *D.P.C.I.*, t. 17, n° 1, pp. 17-41.
- DE BRIE Christian, L'Afrique dans le circuit mondial des zones franches, *Le Monde diplomatique*, mars 1996, p.14-15.
- DE BRIE Christian, Aux sources du capitalisme libéral, *Le Monde diplomatique*, octobre 1994, p.8-9.
- DE BRIE Christian, Ces banquiers complices du trafic de drogue, *Le Monde diplomatique*, avril 1990, p.24-25.
- DELAS Jean-Pierre, Les aspects juridiques de la mondialisation des marchés financiers, *Banque et Droit*, mai-juin 1995.
- DELAUME Georges R., La Banque mondiale et la mise en œuvre du droit international économique, in colloque de Nice de la SFDI, mai 1985, Pedone, Paris, 1986.

- DELAUME Georges R., Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, *J.D.I.*, 1982, p.775-842.
- DELMAS-MARTY, "Introduction" à la deuxième partie "Les nouveaux lieux et nouvelles formes de régulation des conflits", in J. CLAM et G. MARTIN, sous direction, *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., 1998, pp. 209-220.
- DEMICHEL Francine, Le rôle de la souveraineté dans les relations internationales contemporaines, in *Le pouvoir, Mélanges en l'honneur de Georges Burdeau*, L.G.D.J., Paris, 1977, p. 1053-1071.
- DIBOUT P., Les perspectives européennes en matière de mesures fiscales en faveur de l'investissement, *Droit fiscal*, n° 29-30, 1983, p. 1013 et s.
- DIENER Pascal, Réalités et mirages de la défiscalisation, Doctrine, Etude, Droit et patrimoine, *Le journal des notaires et des avocats*, n° 7, juil.-août 1993, p. 55.
- DILLER Janelle, Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement ?, *Revue internationale du travail*, vol. 138, n° 2, 1999.
- DRAGO Luis, Les emprunts d'Etat et leurs rapports avec la politique internationale, *R.G.D.I.P.*, 1907, t. XIV, pp. 1-36.
- DRIESSEN Bart and BORDALBA Marius, International Trade developments, Including Commercial Defence Actions in the European Communities : 1 July 1998-31 December 1998, *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, 1999, p. 461s.
- DUFOUR Sophie, La libéralisation des échanges mondiaux et le respect des règles fondamentales en matière sociale : un lien controversé, *Revue Etudes internationales*, vol. xxvi, n° 2, juin 1995, pp. 275-289.
- DUPUY René-Jean, Le dédoublement du monde, *R.G.D.I.P.*, t. 2, 1996, p. 313 et s.
- EDMOND Claude, Le développement des zones à statut fiscal privilégié, *Regard sur l'actualité*, n° 242, La documentation française, juin 1998, p. 41-52.
- ELLUL Jacques, Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception, *Archives de philosophie du droit*, 1963, pp. 21-33.
- FARJAT Gérard, La notion de droit économique, *Archives de philosophie du droit*, t. 37, "Droit et économie", 1992, pp. 27-62.
- de FOUCAULD Jean-Baptiste, Production économique et production de sens, *Revue des Deux mondes*, mars 1997, pp. 92-101.

- FLORY Maurice, Mondialisation et droit international du développement, *R.G.D.I.P.*, t.3, 1997, pp. 609 et s.
- FLORY Thiébaud, Le code anti-dumping du GATT, *D.P.C.I.*, 1991, t. 17, n° 1, pp. 6-16.
- FLORY Thiébaud, Les zones franches et le droit international économique in Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p.73 et s.
- FLORY Thiébaud, L'évolution des régimes juridiques du GATT depuis les accords du Tokyo Round de 1979, *JDI*, 1986, n° 2, pp. 329-345.
- FOUCHARD Philippe, "Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international", *Mélanges Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, CREDIMI, Litec, 2000, pp. 96-115.
- FOX Eleanor M., Global Problem in a World of National Law, *New England Law Review*, vol. 34 : 1, 1999, pp. 11- 14.
- FRALON J.-A., Les espoirs fous de la zone franche de Lomé, *Le Monde* du 7 octobre 1989, p.37.
- G. FRANKENBERG et R. KNIEPER, Problèmes juridiques du surendettement des pays du tiers monde – actualité de la doctrine des "dettes odieuses", *Pénant*, n° 786-787, 1985, pp. 9-36.
- FRIEDMANN Wolfgang, Droit de coexistence et droit de coopération. Quelques observations sur la structure changeante du droit international, *Revue belge de droit international*, 1970/1, pp 1-9.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés, *RIDE*, 2002/1, pp. 67-82.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, Le droit de la régulation, *le Dalloz*, 2001, n° 7, pp. 610-616.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, Le versant juridique de la mondialisation économique, *Revue des deux mondes*, Décembre 1997, pp 45-53.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, Argent privé, argent public, in "L'argent et le droit", *Archives de philosophie du droit*, t. 42, éd. Sirey, 1997.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne, Le cadre juridique de la mondialisation des marchés financiers, *Banque et Droit*, n° 41, mai-juin 1995, pp. 46-51.

- GAILLARD Emmanuel, Les "Chroniques des sentences arbitrales du CIRDI", *JDI*, n°1 de chaque année.
- GAILLARD Emmanuel, L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (Le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes), *Revue arbitrale*, 1985, pp. 241-258.
- GARBAR Christian, Aides d'Etat : pratique décisionnelle de la Commission de la CE (1990-1994), *RMCE*, n° 383 et n° 384, décembre 1994 et janvier 1995.
- GASSIN René, "Lois spéciales et droit commun", *Rec. Dalloz*, chron. XVIII, 1961, pp. 91-98.
- GAUDY Anne, Mexique : la nouvelle loi sur les investissements étrangers, *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, n°3, 1994.
- GOLDMAN Berthold, Les entreprises multinationales, Session d'Oslo de l'Institut de droit international, *A.I.D.I.*, 1977, vol. 57, t. I.
- GRUBEL Herbert G., "Free Trade Zones and Their Relation to GATT", in R. H. SNAPE (ed.), *Issues in World Trade Policy*, MacMillan Press, Australia, 1987, pp. 141-151.
- GUGLER Philippe et KRONE-GERMANN Irenka, Cycle millénaire de l'OMC : Vers une intégration de règles multilatérales de concurrence ?, *Revue de droit des affaires internationales*, n° 2, 2000, p. 159-181.
- GUINCHARD Michel, Le transit aérien direct, les zones franches sur les aéroports et les aéroports francs, *A.F.D.I.*, vol. 5, 1959, p. 221-229.
- GUTMAN Olivier et LEFEBVRE Eric, Le rééquilibrage de la fiscalité du travail et du capital, *Regards sur l'actualité*, février 1999.
- HATEM F., Quel cadre juridique pour l'activité des firmes multinationales ?, *Economie internationale*, n° 65, 1995, p. 81.
- HENRY J. P., La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'Etat, *R.D.P.*, 1991/4, pp. 631- 656.
- HISPALIS G., L'arme fiscale tactique, *Pouvoir*, n° 23, 1982, p. 69-79.
- HOWSE Robert & TREBILCOCK Michael J., The FairTrade – Free Trade Debate : Trade, Labor, and the Environment, *International Review of Law and Economics*, vol. 16, 1996, pp. 61-79.
- JACQUET Jean-Michel, Contrat d'Etat, *Juris-classeur*, Fasc 565-60, Droit international commercial, 1998.

- JAVILLIER Jean-Claude, Le droit international du travail : entre pragmatisme et créativité, *Revue internationale du travail*, vol. 133, n° 4, 1994, pp. 533-550.
- JAYAWARDENA, "Free Trade Zones", *Journal of World Trade Law*, vol. 17, 1983, pp. 427s.
- JEAMMAUD Antoine, Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation, *Droit ouvrier*, juin 1998, pp. 240-248.
- JOS Emmanuel, L' AMGI : une contribution positive mais insuffisante pour promouvoir les investissements utiles, *R.G.D.I.P.*, t. XCVIII, Paris 1994, p. 387 et s.
- JUILLARD Patrick, A propos du décès de l'A.M.I., *A.F.D.I.*, 1998, pp. 595-612.
- JUILLARD Patrick, L'évolution du droit français des relations financières avec l'étranger (droit des investissements) au cours de la décennie écoulée (1988-1998), *Droit et pratique du commerce international*, vol. 22, n° 4, 1996, pp. 517-551.
- JUILLARD Patrick, La libération des mouvements des capitaux, in *Les Etats ACP face au marché unique européen, Perspectives économiques et juridiques*, Economica, 1994, pp.169-180.
- JUILLARD Patrick, Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger, chron., *A.F.D.I.*, 1992, pp. 779-800.
- JUILLARD Patrick, Contrats d'Etat et investissement, in CASSAN Hervé (ss. dir.), *Contrats internationaux et pays en développement, Perspectives économiques et juridiques*, Economica, 1989, pp.159-174.
- KAHN Philippe, Problèmes juridiques de l'investissement dans l'ancienne Afrique française, *J.D.I.*, 1965/2, pp. 338-390.
- KORTEN David, "Sustainable Development : A Review Essay", *World Policy Journal*, vol. 9, n° 157, 1992, pp. 170s.
- KOSTECKI M. M., Le système anti-dumping et l'Uruguay Round, *D.P.C.I.*, t. 17, n° 1, pp. 206-225.
- KRIEGEL Blandine, La défaite de la Justice, in "La Justice", *Autrement "Morales"*, 1994.
- LAFER Celso, L'impact d'un monde en transformation sur le droit international économique, *J.D.I.*, n°4, 1998, pp. 933-944.
- LAIDHOLD Michael, Private Party Access to the WTO : Do Recent Development in International Trade Dispute Resolution Really Give Private Organisations a Voice in the WTO ?, *The Transnational Lawyer*, vol. 12, 1999, pp. 427-450.

- LALL Sanjaya, Emploi et investissements étrangers : quelles orientations pour les pays en développement ?, *Revue internationale du travail*, 1995, vol.134, n° 4-5, p. 575 et s.
- LAMBERT Thierry, Paradis fiscaux, la filière européenne, *Le Monde diplomatique*, octobre 1994, pp.8-9.
- LAMETH Didier, Les relations entre gouvernements et entreprises en matière de grands projets fiscaux, *J.D.I.*, 1, 1998, pp. 45-66.
- LAMY Pascal, La Conférence ministérielle de l'OMC à Seattle : Bilan et perspectives, *Revue du marché unique européen*, 3/1999, p.5-9.
- LECAT Jean-Jacques et MERIL Emmanuel, Chine : aperçu du régime juridique et fiscal en vigueur dans la zone nouvelle de Pudong, *CJFE*, n°3, avril 1997, pp.569-577.
- LEEBRON David W., Linkage, *AJIL*, vol. 96, n°1, 2002, pp. 5-27.
- LEROY Christophe, Réflexion sur l'autonomie et la suprématie du droit économique, *RIDE*, 2000/3, p. 377-403.
- LEROY Christophe, Les rapports contemporains entre l'Etat et le Marché : essai d'interprétation, *Revue administrative*, n° 293, sept.-oct. 1996, pp. 515-531.
- LIGNEUL Nicolas, Droit international de la concurrence : Plaidoyer pour une approche intégrée et progressive, *RMCUE*, n° 430, juillet-août 1999, pp. 458-463.
- LOUNGANI Prakash et RAZIN Assaf, "L'investissement direct étranger est-il bénéfique aux pays en développement ?", *Finances & Développement*, juin 2001, p. 6.
- LOUIT Christian, Problèmes fiscaux des zones franches et zones d'entreprises, in Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p.47-57.
- LYON-CAEN Antoine, "Droit social et droit de la concurrence : Observations sur une rencontre", in Mélanges Jean Savatier, P.U.F., 1992, p. 331s
- LYON-CAEN Antoine, Le financement d'un plan social est-il condamné par le droit communautaire ? (CJCE, 26 septembre 1996), *Droit social*, février 1997, p. 185-189.
- KREYE O., Délocalisation industrielle : une enquête sur les zones franches de production et les entreprises produisant pour le marché mondial en Afrique, Asie et Amérique latine, *Tiers-Monde*, n° 21 (81), janv-mars 1980, p. 145-157.
- MALLAMPALLY Padma et SAUVANT Karl P., L'investissement direct étranger dans les pays en développement, *Finances et Développement*, mars 1999, p. 35.
- MANCIAUX Sébastien, Changement de législation fiscale et arbitrage international, *Revue de l'arbitrage*, 2001, n° 2, pp. 311-342.

- MARSHALL Adriana, Les conséquences économiques de la protection juridique des travailleurs en Amérique latine, *Revue internationale du travail*, vol. 133, n°1, 1994, p. 59-79.
- MARTIN Raymond, Loi économique et règle de droit, *Rec. Dalloz Sirey*, 1990, 34^{ème} cahier - chronique, pp. 259-262.
- MARTIN-SERF Arlette, "La modélisation des instruments juridiques", in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), Litec, Paris, 2000.
- MAUPAIN Francis, La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial : un lien ou un frein ?, *R.G.D.I.P.*, 1996 – 1, pp. 45-100.
- MAZERES Jean-Arnaud, L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation, in STERN Brigitte, sous la direction, *Marché et Nation : Regards croisés*, CEDIN Paris I, Monchrestien, 1995.
- MENGOZZI Paolo, Structures et principes de l'OMC à la lumière de la mise en oeuvre des recommandations de l'ORD dans l'affaire Bananes III, *RMUE*, 3/1999, p. 11-24.
- MIATELO Angelo M., Les zones franches, les institutions similaires et le droit communautaire, *Rivista di Diritto Europeo*, vol. 22, 1982, p. 99-142.
- MICHALET Charles-Albert, Une organisation mondiale de la globalisation est nécessaire, *Alternatives économiques*, n° 43, déc. 1996, p.23 s.
- MOREAU Marie-Ange et TRUDEAU Gilles, "Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie : de nouveaux enjeux pour l'espace régional", *JDI*, n° 4, 2000, pp. 915-948.
- MOREAU Marie-Ange et TRUDEAU Gilles, L'opportunité du recours à une sanction économique en matière sociale (ou la nouvelle histoire de la carotte et du bâton), *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1996, pp. 41-56.
- MOREAU Marie-Ange et TRUDEAU Gilles, La clause sociale dans l'ALENA, *Revue internationale de droit économique*, 3/1995, p. 393.
- NAZARIO Sonia, Boom And Despair - Mexican Border Towns Are Magnet For Foreign Factories, Workers And Abysmal Living Conditions, *The Wall Street Journal*, September 22, 1989, p. R26.

- NGAOSYVATHN Pheuiphanh, Attraction de l'épargne privée étrangère par l'impôt : une excentricité dispendieuse pour les pays en voie de développement, *RSF*, n°1, janv-mars 1974, p. 969 et s.
- ORLIANGE Philippe, Le développement durable, *A.F.D.I.*, 1993, p. 820-832.
- PAPAKRIVOPOULOS Dimosthenis, The Role of Competition Law an International Trade Remedy in the Context of the WTO, *World Competition Journal*, vol. 22, n° 3, 1999, pp. 45-64;
- PANTZ Dominique, Les politiques communautaires d'ajustement structurel des marchés : concurrence, compétitivité et contestabilité, *RMUE*, 3/1999, p. 103-141.
- PAULIN Elisa et RIGOBERT Marie-Josèphe, Les régions ultrapériphériques et la CEE, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 368, mai 1993.
- PEISTCH Barbara, Investment Incentives in Transition Economies, *Documents de travail de l'OCDE*, vol. V, 1997, n° 48, pp. 1-81.
- PELLET Alain, Contre la tyrannie de la ligne droite, *Thesaurius accroasium*, vol. 19, 1992, Thessaloniki, pp. 291-355.
- PELLET Alain, Mondialisation du droit international, *Revue Après-Demain*, avril 1996, p. 37s.
- PERRY Amanda, Effective Legal Systems and Foreign Direct Investment : In Search of Evidence, *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 49, oct. 2000, pp. 779-799
- PETERS Paul, Recent Developments in International development Law, in CHOWDHURY S. R., DEUTERS E. M. G. & De WAART P. J. I. M. (editors), *The Right to Development in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1992, pp. 113-138.
- PETERSMANN Ernst-Ulrich, Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies : Constitutional Functions of WTO "Linking Principles" for Trade and Competition, *New England Law Review*, vol. 34, 1999, pp. 145-162.
- PETERSMANN Ernst-Ulrich, International Competition Rules for Governments and for Private Business, *Journal of World Trade*, vol. 30, n° 3, 1996, pp. 5-35.
- PHILIP Loïc, Un véritable droit fiscal constitutionnel, *A.J.D.A.*, 1984, p.104.
- PHILIP Loïc, L'évolution récente de la jurisprudence constitutionnelle en matière fiscale, chronique, *Revue de droit fiscal*, n°23, 3juin 1998, p.730 et s.

- PINTO Roger, La politique fiscale des entreprises transnationales en danger, *Etudes de finances publiques - Mélanges en l'honneur de M. le Professeur P.-M. Gaudemet*, Economica, Paris, 1984, p.855 et s.
- PUTMAN Emmanuel, Les rapports entre droit social et droit de la concurrence, *R.I.D.E.*, 1998 – 2, pp. 107-114.
- QURESHI Asif H., Trade-Related Aspects of International Taxation, *Journal of World Trade*, vol. 30, n° 2, 1996, pp. 160-194.
- RAPP Lucien, Du modèle de régulation par l'Etat au modèle de régulation par le marché, *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, vol. XLV, 1997, pp. 129-136.
- RAVALOSON Jaona, Le renforcement des capacités nationales propices à l'investissement et au commerce, *Investissement et commerce*, 1^{ère} Conférence des ministres de l'Economie et des Finances de la Francophonie, documents de travail, Organisation internationale de la Francophonie, Paris, 1999, pp. 341-354.
- RAVALOSON Johary, Les zones d'exception fiscale comme instrument de l'aménagement du territoire, (Contribution à la journée d'études sur le thème de l'aménagement du territoire, laboratoire de droit public, Université de La Réunion, 14 avril 2000), *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, vol. XVI, 1999-2000, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 255-274.
- RAZAFINDRAKOTO Mireille et ROUBAUD François, Les entreprises franches à Madagascar, *Projet Madio*, Etude n°9719/E, Institut National de la Statistique, Antananarivo, mai 1997, 31p.
- RAZAFINDRAKOTO Mireille, Madagascar à l'heure de l'ouverture économique : la croissance peut-elle venir des entreprises exportatrices ?, *Projet Madio*, Etude n° 9663/E, Institut National de la Statistique, Antananarivo, décembre 1996, 10p.
- RAZAFINDRATANDRA Yvan, Le régime malgache de zone franche, *Politique africaine*, n° 52, Karthala, Paris, 1993, p.19-21.
- REYMOND Claude, Une réflexion fondamentale sur l'arbitrage : la théorie de l'arbitrage de Bruno Oppetit, *Revue de l'arbitrage*, 2000, n° 1, pp. 3-26.
- ROBERT Eric, Enjeux et ambiguïtés du concept de clause sociale ou les rapports entre les normes de travail et le commerce international, *R.B.D.I.*, 1996 – 1, pp. 145-190.

- ROSENAU James, Les processus de mondialisation : retombées significatives, échanges impalpables et symbolique subtile, *Etudes internationales*, XXIV, 3 septembre 1993, pp. 497-512.
- ROSENAU James, "Patterned Chaos in Global Life : Structure and Process in the Two Worlds of World Politics", *International Political Science Review*, octobre 1988, pp. 357-394.
- ROUSSEAU Charles, "Fonctionnement du régime des zones franches depuis l'adhésion de la Suisse à la CEE (*sic*), par l'Accord du 22.7.1972 ", in *Chronique des faits internationaux, R.G.D.I.P.*, vol. 82, 1978, pp. 289-290.
- RUGGIERO Renato, La libéralisation des échanges et la primauté du droit dans un monde interdépendant, *Focus*, n° 3, mai-juin 1995, p. 14-15.
- RUIZ-FABRI Hélène, Les "Chroniques du règlement des différends (OMC)", *JDI*, n° 2 de chaque année.
- RUIZ-FABRI Hélène, "Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit", in *Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, CREDIMI, LITEC, 2000, pp. 332s.
- RUIZ FABRI Hélène, "La contribution de l'OMC à la gestion de l'espace juridique mondial", in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, dir., *La mondialisation du droit*, Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), Litec, Paris, 2000.
- SALAH Mohamed Mahmoud Mohamed, La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, *Revue internationale de droit économique (RIDE)*, 2001/3, pp. 251-302.
- SALAH Mohamed Mahmoud Mohamed, La problématique du droit économique dans les pays du Sud, *Revue internationale de droit économique*, n° 1 - 2, 1998.
- SALAH Mohamed Mahmoud Mohamed, Mondialisation et souveraineté de l'Etat, *J.D.I.*, n°3, 1996, p. 611 et s.
- SCHACHTER Oscar, The Decline of the Nation-State and its Implications for International Law, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 : 7, 1997, pp. 7-23.

- SCHULZE Winfried, Emergence et consolidation de l'Etat fiscal", in BONNEY R. (dir.), *Système économique et finances publiques*, P.U.F., Les origines de l'Etat moderne en Europe, 1996.
- SCHWARTZ Warren F. & SYKES Alan O., Toward a Positive Theory of the Most Favored Nation Obligation and its Exceptions in the WTO/GATT System, *International Review of Law and Economics*, vol. 16, 1996, pp. 27-51.
- SEVE René, L'avenir libéral du droit, in *L'avenir du droit, Mélanges François TERRE*, Dalloz, PUF, éd. du juris-classeur, 1999, p. 53-60.
- SHELL Richard G., The Trade Stakeholders Model and participation by Non State Parties in the WTO, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 1996, pp. 359-381.
- SHELL Richard G., Trade Legalism and International Relations Theory : An Analysis of the WTO, *Duke Law Journal*, vol. 44, n° 5, 1995, pp. 829-927.
- SHIHATA Ibrahim F. I., "The World Bank and the World Debt Problem" in *Liber Amicorum – Mohammed Bedjaoui*, Kluwer Law International, 1999, pp. 615-627.
- SIAENS Alain, L'économie politique de la politique industrielle : L'éloge des 3D, *Gestion 2000*, n° 1, 1985, pp. 15-29.
- SID AHMED Aldelkader et VALETTE Alain, Industrialisation et développement, *Revue Tiers-Monde*, PUF, Paris, 1988.
- SIROEN Jean-Marc, "Organisation Mondiale du Commerce, clause sociale et développement", *Mondes en développement*, tome 25, n° 98, 1997.
- SKLAROFF M. and THURSCHEWEL A., An Introduction to Enterprise Zones, *The Practical Real Estate Lawyer*, january and march 1986, pp 73-82 and 67-75.
- SMOUTS Marie-Claude, Le soi, le nous et l'autre dans les brumes de la mondialisation, in B. BADIE & M. SADOUN, sous la direction, *L'Autre, Etudes réunies pour A. Grosser*, PFNSP, 1996, pp. 281-291.
- SOREL J.-M., Les aspects juridiques de la conditionnalité du F.M.I., *EJIL*, vol. 7, 1996, p. 42-66.
- STERN Brigitte, Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires ?, *Mélanges Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, CREDIMI, Litec, 2000, pp. 223-244.

- STERN Brigitte, La marginalisation du consentement dans l'arbitrage international, *Revue de l'arbitrage*, 2000, n° 3, pp. 403s.
- STERN Brigitte, "Etats et souverainetés : la souveraineté de l'Etat face à la mondialisation", in MICHAUD Yves, sous la direction, *Qu'est-ce que la Société ?*, vol. 3, Université de tous les savoirs, éd. Odile Jacob, 2000, pp. 829-839.
- STERN Brigitte, Règles et principes directeurs de l'OMC : Champ d'application et futur développement dans le contexte de mondialisation, *Law, democracy and development*, vol. 3, 1999 (1), Western Cape, R.S.A., pp. 15-29.
- STERN Brigitte, Vers une mondialisation juridique, *R.G.D.I.P.*, n°4, 1996, p. 973-1003.
- STERN Brigitte, L'extraterritorialité revisitée, *AFDI*, XXXVII, 1992, pp. 239-313.
- STERN Brigitte, La protection des investissements internationaux, *J.D.I.*, n° 117, 1990, p. 897-948.
- STERN Brigitte, Le droit international du développement, un droit de finalité ?, in *La formation des normes en droit international du développement*, Office des publications universitaires, Aix-en-Provence, 1982, pp. 43-51.
- STERN Brigitte, La coutume au cœur du droit international. Quelques réflexions, in *Mélanges Paul Reuter : Le droit international : Unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 479-499.
- STERN Brigitte, Trois arbitrages, un même problème, trois solutions, *Revue de l'arbitrage*, 1980, n° 1, pp. 3s.
- SUR Serge, L'Etat entre l'éclatement et la mondialisation, *Revue belge de droit international*, n°1, 1997, pp.5-20.
- THOMAS Albert, "L'organisation internationale du travail. Origine-Développement-Avenir.", *Revue internationale du travail*, 1921, n° 1, reproduit dans la même revue, 1996, n° 3-4, pp. 283s.
- TOUSCOZ Jean, Mondialisation et sécurité économique internationale, *R.G.D.I.P.*, 1998-3, pp. 623-645.
- TRACHTMAN Joel P., Institutional Linkage : Transcending «Trade and ...», *AJIL*, janvier 2002, vol. 96, n° 1, pp. 77-93.
- TRACHTMAN Joel P., L'Etat, C'est Nous : Sovereignty, Economic Integration and Subsidiarity, *Harvard International Law Journal*, vol. 33, n° 2, 1992, pp. 459-473.

- TREBILCOCK Michael J., Competition Policy and Trade Policy, *Journal of World Trade*, vol. 30, n° 4, 1996, pp. 71-106.
- VADCAR Corinne, Droit de l'investissement, *Juris-classeur*, Fasc 565-50 à 565-56, Droit international, 1999.
- VADCAR Corinne, Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement : problématique de l'adhésion des pays du Sud, *J.D.I.*, n° 1, 1998.
- VADCAR Corinne, Relations Nord - Sud : Vers un droit international de partenariat, *J.D.I.*, 1995, p. 599-605.
- VADCAR Corinne, L'investissement étranger en Afrique, *Afrique contemporaine*, n° 181, Documentation française, 1997, p. 25-37.
- VANDEVELDE Kenneth J., Investment Liberalisation and Economic Development : The Role of Bilateral Investment Treaties, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, pp. 501-527.
- VAN WEZEL STONE Katherine, Labor and the Global Economy : Four Approaches to Transnational Labor Regulation, *Michigan Journal of International Law*, vol.16, Summer 1995, pp. 987-1028.
- VELLANO Michele, Emploi, clause sociale, OMC, *R.G.D.I.P.*, 1998 / 4, pp.880-914.
- VERDIRAME G., The Definition of Developing Countries under GATT and International Law, *G.Yb.I.L.*, 1996, p. 164-197.
- VERMULST Edwin & WAER Paul, "EC Anti-Subsidy Law and Practice After the Uruguay Round : A Wolf in Sheep's Clothing ?", *Journal of World Trade*, vol. 33, n° 3, 1999, pp. 19-43.
- VIGNERON Philippe et STEIFELD Philippe, La libre circulation des capitaux : du marché commun à l'Union Economique et Monétaire, *Revue de droit bancaire et de la bourse*, n°47, janvier-février 1995, p.19s.
- VINCENT P., L'Uruguay Round et les pays en développement, *R.B.D.I.*, 1995, p. 486-513.
- WAER Paul, Social Clauses in International Trade, *Journal of World Trade*, vol. 30, n° 4, 1996, pp. 25-42.
- WATANABE Susumu, Quo vadis Africa ? , *Revue Tiers-Monde*, t XXXVIII, n°150, avril-juin 1997.

- WEIL Prosper, Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n° 23, 1970, pp. 9s.
- WEIL Prosper, Les clauses de stabilisations ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *in Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale*, Pedone, 1974.
- WEISSBERG K., L'incitation à l'investissement au Cameroun, *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, n°4, 1996.
- WITHERELL W.H., Un accord multilatéral sur l'investissement, *L'Observateur de l'OCDE*, n° 202, oct.-nov. 1996, p.7 s.

V- Colloques et Congrès

- Colloque "Droit et Finance", La concurrence fiscale déloyale, *Revue Internationale de Droit Economique*, numéro spécial, 1999.
- Colloque, *La mondialisation du droit*, E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, dir., Université de Bourgogne - CNRS, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), Litec, Paris, 2000.
- Journée d'études, *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, S.F.D.I., Pedone, Paris, 1999.
- SFDI , Colloque de Nice, *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, Pedone, 1996.
- Colloque de Nancy, *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle*, SFDI , Paris, Montchrestien, 1994.
- Colloque du Québec, Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique, octobre 1992, SFDI ,
- Colloque de Nice, *Les Nations Unies et le droit international du développement*, SFDI , Paris, Pedone, 1986.
- Colloque Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, *Les zones franches et les zones d'entreprises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989.
- Colloque "Fiscalité et développement", *Revue Statistiques et études financières*, n° 378, 1981.

- Colloque "Fiscalité et investissement", *Revue Statistiques et études financières*, n° 379, 1981.
- Pouvoirs publics et développement en Afrique, Actes des journées d'études : Publication de l'Université de Toulouse, 1992; *RTD*, 1991, n° 1, p. 291.
- Symposium de l'American Society of International Law, "Linkage as Phenomenon : An Interdisciplinary Approach" (December 5-7, 1997), *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, n° 2, 1998, p. 201-708.
- XIII^e Table ronde internationale, *Les discriminations positives*, documents provisoires, Aix-en-Provence, 1997.
- Table ronde d'Helsinki, *L'Etat, le marché et le développement*, Actes, Institut international des sciences administratives, Bruxelles, 1995.

VI- Revues

- *Archives de philosophie du droit*, t. 42, "L'argent et le droit", éd. Sirey, 1997
- *Archives de philosophie du droit*, "Impôt", t. 46, éd. Dalloz, 2002
- *Cahiers Français*, "L'économie mondiale", n° 269, janv- fév 1995.
- *Economie de Madagascar*, "Perspectives macro-économiques et politiques publiques : la question fiscale", Banque centrale de Madagascar, Institut national des statistiques, ORSTOM, Antananarivo, n° 3, oct. 1998.
- *Pouvoir*, "La souveraineté", n° 67, 1993
- *Pouvoir*, "L'impôt", n° 23, 1982
- *Revue française de finances publiques*, "Les zones d'exception fiscale", L.G.D.J., n° 63, 1998.
- *Revue française de finances publiques*, "La fiscalité des îles", L.G.D.J., n°33, 1991.
- *Revue française de finances publiques*, "Les utopies fiscales", L.G.D.J., n° 29, 1990.
- *Revue française de finances publiques*, "Finances publiques : évolution", L.G.D.J., n° 18, 1987.

VII - Sites internet

<http://www.>

- transnationale.org/dossier/tiersmonde/zone_franches.htm
- site de l'OIT (ilo.org)
- site de l'OMC (www.wto.org)
- site des instances financières canadiennes (ofsi-bsif.org).
- site du Forum de Stabilité Financière (www.fsforum.org).
- <http://europa.eu.int/eur~lex/>
- site de la Confédération internationale des syndicats libres (www.icftu.org).

ANNEXES

**Formulaire de demande d'agrément pour bénéficiaire du
régime de zones franches du Bangladesh**

**Formulaire de demande d'agrément pour bénéficiaire du
régime de zones franches de Madagascar**

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	4
SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	6
SOMMAIRE.....	8
INTRODUCTION GENERALE.....	9
A. Délimitation du sujet.....	14
B. Problématique.....	20
Première partie : UNE INTERVENTION DE L'ETAT SUR LE MARCHE OU LE PARI SUR LA LOGIQUE MARCHANDE.....	26
Titre I : La logique de souveraineté ou l'origine du pari.....	30
Chapitre 1 : Le gain escompté du pari : Un supplément de souveraineté.....	32
Section 1 : L'intérêt général ou la promotion du développement.....	38
I/ Le développement quantitatif.....	39
A/ La création d'emplois.....	39
B/ La contribution aux recettes d'exportation.....	41
1) Le choix d'une stratégie de développement par les exportations.....	42
2) L'obligation de recettes d'exportation ou les contraintes de la dette.....	45
II/ Le développement qualitatif.....	49
A/ L'aménagement du territoire.....	50
B/ Le transfert de technologie.....	51
Section 2 : Le contrôle des investissements étrangers.....	53
I/ Evolution générale : du contrôle strict au contrôle par les incitations.....	54
II/ L'admission des investissements directs étrangers.....	57
III/ L'orientation des investissements vers le commerce extérieur.....	60
Conclusion relative au supplément de souveraineté escompté du pari.....	63
Chapitre 2 : L'engagement du pari : L'exercice de la souveraineté.....	64
Section préliminaire : Le principe de la compétence territoriale.....	65
Section 1 : De la volonté de l'Etat dans la formation du régime.....	69
I/ Le mode autonome.....	69
II/ Le mode mimétique.....	72
Section 2 : L'application du principe de compétence territoriale dans l'établissement du régime.....	76
I/ L'édiction du régime : un acte législatif.....	76
A/ De la publicité du régime.....	77
B/ De la constitutionnalité du régime.....	77
II/ La mise en œuvre du régime : une procédure administrative.....	82
A/ L'agrément des investissements.....	82
1/ La procédure.....	83
2/ Les conditions d'éligibilité.....	84
B/ La nature de l'acte d'agrément.....	93

Conclusion relative à la logique de souveraineté, origine du pari.....	99
Titre II : L'emprunt de la logique marchande ou l'enjeu du pari.....	100
Chapitre 1 : La libéralisation du régime.....	103
Section 1 : Débureaucratisation.....	104
I/ Facilités relatives à l'accueil des investissements.....	104
II/ Facilités relatives à l'implantation.....	106
Section 2 : Défiscalisation.....	109
I/ Les incitations fiscales simples.....	111
II/ Les incitations fiscales renforcées par une clause de stabilisation.....	113
Section 3 : Déréglementation.....	118
I/ En matière financière.....	118
II/ En matière de gestion du personnel.....	119
A/ L'extraterritorialité légale du point de vue social.....	120
B/ Les dérogations à la législation du travail dans les zones franches d'exportation	
.....	122
1/ Les dérogations relatives à l'embauche de personnels expatriés.....	122
2/ Les dérogations relatives aux conditions de travail.....	123
3/ Les dérogations relatives à l'organisation des travailleurs.....	125
Conclusion relative à la libéralisation du régime.....	126
Chapitre 2 : L'internationalisation de la protection des investissements dans le régime	127
Section 1 : L'évolution du droit international général de protection des investissements	
.....	128
Section 2 : La protection internationale des investissements dans les régimes de zones	
franches.....	135
I/ Le consentement à l'arbitrage CIRDI figurant dans les régimes de zones franches	
.....	137
II/ La controverse sur le consentement à l'arbitrage CIRDI figurant dans un régime	
de zones franches.....	140
Conclusion relative au pari de l'Etat.....	146
 Seconde partie : LE RESULTAT DU PARI OU LA CONTAMINATION DU REGIME PAR LA LOGIQUE EMPRUNTEE.....	 148
Titre I : La marchandisation du régime ou l'effet de marché.....	159
Chapitre 1 : L'émergence de l'arrangement privé au sein du régime.....	161
Section 1 : La négociation du régime.....	163
I/ La négociation de l'établissement du régime.....	165
II/ La négociation de l'application du régime.....	170
Section 2 : L'alternative d'une discipline sociale issue du marché : les codes de	
conduite privés.....	176
I/ Le principe des codes de conduite privés.....	177
II/ Les effets des codes de conduite dans un régime de zones franches.....	182
A/ L'adoption du code de conduite.....	182
B/ De la normativité des codes de conduite privés.....	187
Conclusion relative à l'émergence de l'arrangement privé au sein du régime.....	194

Chapitre 2 : La mise en concurrence des régimes nationaux.....	195
Section 1 : La concurrence dommageable.....	198
I/ La course vers le bas de l'échelle.....	199
A/ En matière fiscale.....	199
B/ En matière sociale.....	202
II/ Le jus shopping des investisseurs.....	205
Section 2 : Les remparts contre la concurrence dommageable.....	210
I/ La question controversée de la clause sociale et le régime de zones franches....	211
A/ La controverse.....	211
B/ La clause sociale et le droit social.....	217
II/ La lutte contre la concurrence fiscale dommageable.....	227
A/ Un modèle hégémonique de régulation : la régulation internationale des régimes fiscaux préférentiels relatifs aux services et activités financières.....	229
1) Les régimes fiscaux préférentiels relatifs aux services et activités financières.....	229
2) La réaction de la collectivité financière internationale.....	232
B/ Un modèle d'harmonisation des législations : la réglementation européenne de la concurrence fiscale.....	240
Conclusion relative à la marchandisation du régime.....	247
 Titre II : La déterritorialisation du régime ou l'effet du lien avec le commerce international	 250
 Chapitre 1 : La déterritorialisation contingente du régime due à la prépondérance des Etats importateurs.....	 256
Section 1 : L'emprise des conditionnalités contenues dans les systèmes généralisés de préférences (SGP) sur le régime de zones franches.....	260
I/ L'effet du partenariat UE - ACP.....	263
II/ L'effet de la loi américaine ouvrant le marché des Etats-Unis aux produits africains.....	268
Section 2 : De l'incompatibilité de ces conditionnalités avec le droit international..	273
I/ Au regard du droit international général.....	273
II/ Au regard du droit du commerce international.....	277
A/ Les raisons du silence des pays cibles.....	278
B/ Pourquoi les conditionnalités figurant dans un SGP contournent le système GATT/OMC.....	281
1) Les conditionnalités figurant dans un SGP peuvent dans leur principe restreindre le commerce international.....	282
2) Les conditionnalités figurant dans un SGP peuvent dans leur mise en œuvre ne pas respecter le principe de multilatéralisme.....	284
C/ Pourquoi un SGP veut contourner le système GATT / OMC.....	288
Conclusion relative à la déterritorialisation contingente du régime.....	295

Chapitre 2 : La déterritorialisation inhérente au régime : un effet général des accords OMC.....	298
Section 1 : Les obligations au regard de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC).....	302
I/ L'Accord MIC.....	302
II/ Les conséquences de l'Accord MIC quant à la compétence d'un Etat membre dans l'édition et l'application d'un régime de zones franches.....	306
A) Les incompatibilités.....	307
B) Les réserves.....	308
Section 2 : Les obligations au regard de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC).....	313
I/ L'Accord SMC.....	313
II/ Les conséquences de l'Accord SMC quant à la compétence d'un Etat membre pour l'édition et l'application d'un régime de zones franches.....	318
A) Le principe d'incompatibilité d'un régime de zones franches d'exportation avec l'Accord SMC.....	318
1) Les voies de recours assurant le respect du principe.....	321
2) L'exigence de transparence contribuant au respect du principe.....	323
B) La tolérance relative à l'égard de pratiques déviantes.....	324
1) La tolérance implicite à l'égard des régimes de zones franches d'exportation.....	325
a) L'élasticité de la définition des subventions à l'exportation.....	325
b) Des voies de recours aux effets paradoxaux.....	328
2) La tolérance explicite à l'égard des subventions figurant dans les régimes de zones franches des pays en développement.....	333
a) L'exclusion formelle de la prohibition des subventions à l'exportation pour les pays en développement Membres.....	333
b) L'influence potentielle de l'Accord SMC sur les régimes de zones franches des pays en développement.....	336
 CONCLUSION GENERALE.....	 338
 BIBLIOGRAPHIE.....	 342
 ANNEXES.....	 373
Formulaire de demande d'agrément pour bénéficier du régime de zones franches du Bangladesh.....	374
Formulaire de demande d'agrément pour bénéficier du régime de zones franches de Madagascar.....	380