
EN TEMPS RÉEL

Association pour le débat et la recherche

les cahiers

Mondialisation et préférences collectives : la réconciliation ?

Pascal Lamy

Steve Charnovitz & Charles Wyplosz

En septembre 2004, Pascal Lamy, alors Commissaire européen en charge du commerce international, publiait un texte qui allait marquer durablement le débat international : "L'émergence des préférences collectives dans le champ de l'échange international : quelles implications pour la régulation de la mondialisation ?". Au cours du mois de décembre suivant, En Temps Réel organisait autour de lui une rencontre sur le thème : "Y a-t-il des limites sociales à l'ouverture des marchés ?". Steve Charnovitz et Charles Wyplosz y présentaient leurs réactions aux thèses défendues par Pascal Lamy¹.

Ce cahier réunit le texte originel de Pascal Lamy, ainsi que l'article de Steve Charnovitz publié en décembre 2004 dans le Journal of International Economic Law² qui reprend et développe son intervention lors de la rencontre de décembre, et un texte rédigé par Charles Wyplosz, où il synthétise et actualise son propos lors de la même rencontre³. En Temps Réel les remercie tous les trois de permettre la publication en un seul document de points de vue dont la réunion donne une bonne idée de certains des débats majeurs que Pascal Lamy aura à mener dans ses nouvelles fonctions de directeur général de l'Organisation mondiale du commerce.

Notre reconnaissance va également à Zaki Laïdi qui a organisé la rencontre de décembre 2004 et pris l'initiative de la publication de ce cahier.

Le négociateur international qu'est Pascal Lamy a vu maintes fois s'affronter les logiques de la mondialisation et celles des préférences collectives ; le coeur de sa proposition est d'en prendre acte pour, dans des cas et selon des méthodes bien définis, permettre aux pays de faire jouer une clause de sauvegarde spéciale invoquant ces préférences collectives, et accompagnée de compensations. Steve Charnovitz examine en détail les problèmes de principe et de mise en oeuvre que poseraient de telles clauses, les compare avec les pratiques actuelles de l'OMC, et parie sur le maintien du statu quo. Charles Wyplosz les analyse au regard de la théorie économique des droits de propriété, et conclut que l'invocation des préférences collectives risque de conduire à ce que les pays riches imposent les leurs aux pays pauvres.

Pascal Lamy est directeur général de l'OMC.

Steve Charnovitz est professeur à l'Université de Georgetown.

Charles Wyplosz est professeur à l'Université de Genève.

© EN TEMPS REEL

¹ Etait également intervenu à ce débat Olivier Godard, professeur à l'Ecole Polytechnique.

² En Temps Réel tient à remercier le Journal of International Economic Law pour son aimable autorisation de reproduire le texte de Steve Charnovitz paru en décembre 2004, JIEL 8(2) 449-472 doi : 10.1093/jielaw/jgi 029

³ Nous publions les textes de S. Charnovitz et C. Wyplosz dans leur langue originale, qui est l'anglais. Le texte de Pascal Lamy est également disponible en anglais Pascal Lamy, 'The Emergence of Collective Preferences in International Trade: Implications for Regulating Globalisation', 15 September 2004 http://europa.eu.int/comm/archives/commission_1999_2004/lamy/speeches_articles/indexpldat_en.htm#2004

SOMMAIRE

L'EMERGENCE DES PREFERENCES COLLECTIVES DANS LE CHAMP DE L'ECHANGE INTERNATIONAL : QUELLES IMPLICATIONS POUR LA REGULATION DE LA MONDIALISATION ?

Pascal Lamy

INTRODUCTION	5
D'OU VIENT LE PROBLEME ?	6
EST-CE REELLEMENT UN PROBLEME ?	8
COMMENT CE PROBLEME A-T-IL ETE GERE JUSQU'ICI ?	11
COMMENT POURRAIT-ON MIEUX LE GERER ?	13
CONCLUSION	18

AN ANALYSIS OF PASCAL LAMY'S PROPOSAL ON COLLECTIVE PREFERENCES

Steve Charnovitz

ABSTRACT	21
INTRODUCTION	21
THE SIGNIFIANCE OF THE COLLECTIVE PREFERENCES PROBLEM	23
VALIDATING COLLECTIVE PREFERENCES	25
THE VALUE-ADDED OF A NEW SAFEGUARD	28
THE CHALLENGE OF OUTWARDLY-DIRECTED PREFERENCES	32
SUPERVISION OF DOMESTIC POLICY BY WTO RULES	34
CONCLUSION	39

COMMENTS ON PASCAL LAMY FROM SOCIAL TO WORLD PREFERENCE

Charles Wyplosz

INTRODUCTION	42
LINK BETWEEN COLLECTIVE PREFERENCES AND TRADE	43
SHOULD TRADE NEGOTIATIONS EXPLICITLY RECOGNIZE COLLECTIVE PREFERENCES ?	44
HOW TO RECOGNIZE COLLECTIVE PREFERENCES ?	45

**L'émergence des préférences collectives
dans le champ de l'échange international :**

**Quelles implications pour la régulation
de la mondialisation ?**

Pascal Lamy

INTRODUCTION

L'ouverture internationale constitue un puissant vecteur de croissance et d'emplois au bénéfice de tous. Pourtant, aussi bénéfique soit elle, on sait que l'ouverture est porteuse, dans le même temps, d'effets déstabilisateurs, pour les tissus économiques et sociaux mais aussi, potentiellement, pour les choix de société. Responsables politiques et négociateurs commerciaux doivent en être pleinement conscients :

- ❑ Pour les premiers, il s'agit d'une question de responsabilité politique : on ne peut pas prôner l'ouverture pour ses bénéfices sans assumer ses effets négatifs sur les structures productives, sur les personnes ou sur les choix de société. Dans cette perspective, l'anticipation des ajustements, la gestion du changement et l'accompagnement des structures et des personnes tout au long de ce processus constituent un impératif. D'où les programmes d'accompagnement des effets de l'ouverture développés depuis longtemps aux Etats-Unis (Trade adjustment assistance act), plus récemment en Europe (par l'intermédiaire, par exemple, de la politique de cohésion) ou pour les pays en développement (Trade integration mechanism récemment mis sur pied par la Banque mondiale et le FMI). Mais il est tout aussi impératif de veiller à ce que l'ouverture ne conduise pas à remettre en cause des choix collectifs légitimes : dans tous les systèmes politiques, la sauvegarde de ces "préférences collectives", en tant que marqueurs d'identité, est un devoir du souverain.
- ❑ Pour les seconds, une prise en compte réelle et sérieuse des effets déstabilisateurs de l'ouverture est devenue une condition nécessaire à la poursuite même de leur activité. Les effets adverses sur les tissus industriels et sociaux suscitent l'opposition de ceux qui pensent qu'elle leur sera défavorable sur le plan personnel même si elle est globalement positive pour la société dans son ensemble. Dans les faits, cette opposition a d'autant plus de poids que la perception des coûts et des bénéfices de l'ouverture est fortement biaisée, car le caractère très visible, concentré et concret de ses coûts (une fermeture d'usine, des emplois perdus) masque l'ampleur des bénéfices, plus élevés mais plus difficiles à percevoir, car moins tangibles et plus dispersés. Cette asymétrie rend la tâche du négociateur particulièrement ardue lorsqu'il s'agit d'expliquer l'intérêt de l'ouverture. Là encore, les programmes d'accompagnement des effets de l'ouverture y contribuent cependant, et l'OCDE ne s'y est d'ailleurs pas trompée en insérant l'amélioration de ces mesures d'accompagnement dans son programme de « plaidoyer pour le libre-échange ». De même, les craintes d'une remise en cause des choix sociaux par une OMC qui serait toute puissante sont au centre de la contestation de la mondialisation et influencent désormais les négociations internationales. Qu'on les considère justifiées ou non, ces craintes ne peuvent rester sans réponse crédible.

Or, si la question des effets de l'ouverture sur les structures industrielles et sur les emplois a fait l'objet d'un effort de pédagogie et, surtout, de mesures d'accompagnement (même si le renouveau du débat sur les délocalisations montre que la question n'est pas close), celle d'une possible remise en cause des choix de société n'a pas, jusqu'ici, été considérée de manière suffisamment attentive. Peut-être parce que ce risque peut apparaître plus imaginaire que réel, même si les tensions se multiplient, alors que les effets adverses sur les tissus industriels et sociaux sont bel et bien avérés (et ce, d'autant plus qu'ils sont largement indissociables des bénéfices mêmes de l'ouverture). Peut-être aussi parce qu'il ne s'agit pas seulement d'une question interne comme l'est, pour l'essentiel, l'accompagnement des coûts sociaux, mais d'un problème plus large, qui ne peut être traité que globalement, en accord avec nos partenaires commerciaux internationaux.

Pourtant, si ces risques devaient être avérés, ils seraient d'une nature infiniment plus grave que les effets déstabilisateurs sur les activités et les emplois : on touche en effet au coeur du lien social et du projet démocratique - la formation de choix collectifs - et pas seulement à des intérêts économiques, aussi sensibles soient-ils. Tout « coût » de ce type est par définition incommensurable avec les bénéfices (économiques) tirés de l'ouverture, sans « compensation » possible entre les deux.

Une réponse est donc nécessaire car, fondées ou non, ces interrogations ont d'ores et déjà des effets bien réels en termes de désenchantement démocratique et d'opposition à l'ouverture.

D'OU VIENT LE PROBLEME ?

Chacun de nous a des préférences personnelles sur beaucoup de sujets, que nous sommes libres de former sans qu'elles nous soient imposées par d'autres. Mais aussitôt que nous interagissons avec autrui, par le biais de l'échange ou de la coopération, l'articulation des préférences, attitudes et choix individuels est susceptible de poser problème : nos relations sont vite conflictuelles si nous n'avons pas, par exemple, la même conception de la propriété et de la manière de la transférer, de la manière de punir les crimes, ou du risque associé à telle ou telle situation.

Fort heureusement, les sociétés démocratiques sont organisées de telle sorte qu'elles permettent de faire émerger des préférences « collectives » qui forment la synthèse des préférences des individus qui la composent : c'est le rôle du débat politique et des institutions. Ces préférences se traduisent alors dans des normes, qui s'imposent à tous et dans le cadre desquelles peuvent s'opérer les relations entre individus.

La question se pose de la même manière au niveau international, lorsque différents pays, correspondant à autant de systèmes de préférences collectives, interagissent, coopèrent ou échangent. Avec toutefois une nuance, mais qui est d'importance : au niveau international, quand ces choix sont incompatibles, il n'y a pas d'institution supérieure légitime – de gouvernement mondial – capable d'arbitrer ces conflits et de faire émerger une préférence collective « collective ».

Les préférences collectives : de quoi parle-t-on ?

Les préférences collectives sont l'ensemble des choix opérés par les collectivités humaines en tant que collectivité. Par collectivité, on entend tout regroupement de personnes qui s'est doté d'institutions capables de faire émerger des préférences collectives : il peut s'agir de pays, mais aussi de collectivités plus larges, comme dans le cas de l'Europe. Toutes les collectivités ne forment évidemment pas les mêmes préférences collectives sur les mêmes sujets. L'étendue même du champ des préférences collectives n'est pas identique partout : sur un sujet donné (e.g. les drogues douces), certaines collectivités privilégient le libre choix quand d'autres établissent une norme collective contraignante. Elles sont fonction des valeurs, des repères culturels et religieux auxquels adhèrent les pays où elles ont été formées, mais aussi de leur vécu politique, de leur histoire longue ou courte, et de leur niveau de développement⁴.

Les préférences collectives sont ainsi particulièrement délicates à appréhender :

- elles ne sont pas figées : elles évoluent dans le temps, on peut même observer des « inversions » entre les préférences collectives de deux pays, comme ce fut le cas en matière de représentations du risque en Europe

⁴ Elles ne sont en effet pas insensibles aux contraintes de revenu : l'arbitrage entre augmentation de la richesse et protection de l'environnement, ou entre augmentation de la richesse et des inégalités n'est pas le même selon le niveau de revenu de départ.

et aux Etats-Unis au milieu des années 80 (la conscience environnementale s'est d'abord développée aux Etats-Unis) ;

- elles ne sont pas toujours rationnelles, car elles dépendent du vécu politique : l'attitude européenne en matière de sécurité alimentaire ou de rapport à l'expertise scientifique a été exacerbée par les « affaires » qui ont marqué les deux dernières décennies (sang contaminé, ESB); la posture américaine face au rapport sécurité / liberté a évolué après le 11 Septembre ;

- elles sont enfin, d'un point de vue normatif, difficiles à faire émerger à partir d'un ensemble hétérogène de préférences individuelles, comme le montre bien la théorie économique du choix social. Elles sont dès lors facilement sujettes à contestation.

Dans ces conditions, il est difficile de dresser *in abstracto* une liste exhaustive de préférences collectives. On peut cependant citer sans ambiguïté certaines préférences collectives de l'Europe : le multilatéralisme, la protection de l'environnement, la sécurité alimentaire, la diversité culturelle, le service public en matière d'enseignement ou de santé, la précaution en matière de risque, les droits sociaux. L'Europe n'en a d'ailleurs pas le monopole – d'autres pays les partagent avec des variations et des nuances, même si leurs expressions concrètes peuvent varier.

Il ne faut pas confondre les préférences collectives et leur traduction sous forme de mesures réglementaires. Il s'agit de deux niveaux d'analyse différents. C'est un point essentiel pour la question de l'articulation des préférences collectives : très souvent, les difficultés concrètes que pose la combinaison de préférences collectives différentes ne tiennent pas tant aux différences de préférences collectives elles-mêmes qu'à la manière dont elles sont traduites en mesures réglementaires. Il y a en général plusieurs manières de traduire les préférences collectives en mesures réglementaires, plus ou moins problématiques vis-à-vis des autres pays. L'enjeu de l'articulation des préférences collectives est donc largement celui de la définition ou de l'adaptation des mesures réglementaires de sorte à ce qu'elles traduisent les préférences collectives d'un pays tout en étant le moins gênantes possible pour les autres.

Cette difficulté traverse tout le champ des relations internationales. C'est le cas de manière évidente dans le domaine pénal, comme le montre la nécessité et la complexité des systèmes d'extradition. Les conceptions opposées des Européens et des Américains vis-à-vis de la peine de mort⁵ ont rendu particulièrement difficile la définition d'un système d'extradition entre les deux rives de l'Atlantique, mais aussi, de manière moins « évidente », en matière d'entraide judiciaire et d'échange d'informations dans le cadre d'enquêtes. Et il a été encore plus difficile, comme l'ont fait les Européens eux-mêmes, de renoncer à ces « écluses » que constituent les procédures d'extradition en s'accordant sur un mandat d'arrêt européen : celui-ci implique en effet l'émergence d'une échelle commune du bien et du mal en matière pénale et finalement d'une « préférence collective collective ». Dans un autre contexte, les questions d'échange de données personnelles, par exemple dans le cas des fichiers de passagers des compagnies aériennes, ont buté sur les mêmes difficultés, qui tiennent dans ce cas à des conceptions différentes du respect de la vie privée et de l'arbitrage entre sécurité et liberté.

Cette difficulté se pose dans le champ commercial de la même manière que dans les autres champs de la coopération internationale. Les biens et services échangés incorporent et "véhiculent" les préférences collectives du pays où ils sont produits et jouent de ce fait un rôle d'interface avec celles des pays où ils sont consommés. Le commerce international est bien le lieu géométrique où se connectent naturellement les différents systèmes de préférences collectives.

Ce rôle d'interface n'est pas nouveau, et la question de l'articulation des préférences collectives s'est posée très tôt dans l'organisation des échanges internationaux, par exemple, avec la question de l'esclavage. Mais il est longtemps resté implicite et limité aux cas de figure les plus évidents. Ce

⁵ Tous les Européens ne sont évidemment pas contre la peine de mort, pas plus que tous les Américains ne sont en sa faveur. Mais, dans un cas comme dans l'autre, l'acceptation et l'usage de la peine de mort ont fait l'objet d'un choix collectif, qui engage les systèmes judiciaires des uns et des autres « comme si » ils étaient tous unanimes derrière ce choix collectif.

n'est que récemment qu'il est devenu une caractéristique majeure de l'échange international, sous l'effet d'une triple évolution :

- ❑ la diminution des droits de douane et la disparition des obstacles quantitatifs à la frontière, qui, tant qu'ils étaient élevés, limitaient de toute façon les échanges : selon l'image de Richard Baldwin, c'est à marée descendante que l'on voit apparaître les écueils cachés à marée haute ;
- ❑ l'évolution des échanges vers des biens et des services au « contenu idéologique » plus marqué : le développement des échanges agricoles met en jeu la question du rapport à la nature, à l'environnement ou à l'alimentation, que les ethnologues considèrent comme autant de marqueurs culturels ; celui des échanges de services, celle du mode de régulation des services publics ou du rapport à la culture (« diversité culturelle », version modernisée de l'exception culturelle) ;
- ❑ l'évolution de la société elle-même vers une plus grande attention et une plus grande exigence des citoyens et des consommateurs, dont la prise de conscience s'est cristallisée avec le développement des ONG et des moyens de communication globaux et qui a pour effet « d'idéologiser » des matières qui ne l'étaient pas jusqu'ici (un commerce autrefois aussi anodin que celui des piles électriques est désormais porteur de conceptions différentes du respect de l'environnement).

EST-CE REELLEMENT UN PROBLEME ?

Connecter des préférences collectives comme le fait le commerce international peut poser des difficultés d'articulation. Ces difficultés potentielles alimentent des craintes de remise en cause des préférences collectives avec la mondialisation. Sont-elles justifiées ? Pour l'essentiel, non : les différences de préférences collectives sont plus complémentaires que conflictuelles ; cependant, l'expérience montre que des problèmes de compatibilité peuvent effectivement se poser.

Des préférences collectives avant tout complémentaires...

Diversité des préférences collectives et ouverture internationale sont mutuellement bénéfiques. L'échange permet la diversité des préférences car il permet à chacun de faire ses propres choix tout en bénéficiant aussi des choix de ses partenaires. Exemple : la prohibition de l'usure dans l'Europe médiévale, qui interdit la rémunération de l'argent entre « frères ». Dans un contexte d'autarcie, ce choix n'aurait guère été soutenable car il aurait été très nuisible au développement économique : l'interdiction de la rémunération de l'argent limite en effet les possibilités d'emprunt des artisans, commerçants ou paysans qui ont pourtant besoin d'avances pour développer leurs activités. L'ouverture internationale a résolu ce problème : les étrangers, par leur provenance (Lombards, Cahorsins...) ou par leur religion (Juifs), ont été autorisés à prêter de l'argent et ont ainsi pris en charge une fonction indispensable au développement économique, sans remettre en cause le choix de société initialement opéré (qu'ils ont au contraire renforcé en limitant son coût financier).

En sens inverse, la diversité des préférences est synonyme de complémentarité et d'enrichissement mutuel : si tous les pays étaient dotés des mêmes préférences, les gains tirés de l'échange seraient moins élevés car cet effet de complémentarité disparaîtrait. C'est évidemment le cas dans l'exemple extrême de la prohibition de la rémunération de l'argent mais c'est également le cas, de manière

plus contemporaine, entre pays ayant des arrangements sociaux différents en termes d'organisation du marché du travail : l'OCDE a montré que les différences d'organisation du marché du travail de part et d'autre de l'Atlantique (accent sur sécurisation des personnes en Europe, sur la flexibilité aux Etats-Unis) conduisent à des formes d'innovation différentes (incrémentales et cumulatives en Europe, en rupture aux Etats-Unis) et finalement complémentaires, y compris d'un point de vue sectoriel (régime technologique bien adapté à l'aéronautique et à l'automobile en Europe, aux instruments de précision et aux logiciels aux Etats-Unis) ; de manière encore plus évidente, les différences entre pays en développement et pays industrialisés en termes de niveaux de rémunération constituent également un des axes fondamentaux de la division internationale du travail actuelle.

Le système commercial international reconnaît d'ailleurs la légitimité des préférences, dans la mesure où elles restent respectueuses des principes de base du système commercial (transparence, non discrimination...) et des engagements pris. Les règles de l'OMC n'imposent pas de norme uniforme pour les produits, pas plus qu'elles ne dictent leurs conditions de production. Dès lors qu'il n'y a pas discrimination et qu'il y a transparence, un pays ne peut être accusé de protectionnisme simplement parce qu'il impose des règles sanitaires, phytosanitaires ou techniques spécifiques à l'entrée de son marché pas plus qu'un autre ne peut être accusé de dumping uniquement parce qu'il vend ses produits moins cher que les autres, du fait, par exemple, d'un coût du travail moins élevé.

De fait, contrairement à une idée bien établie, on n'observe pas d'uniformisation inéluctable et de dilution des préférences collectives dans la mondialisation. L'éventuelle convergence des préférences collectives n'est, au plus, qu'inégale et il y a toujours des signes opposés de persistance de fortes disparités, y compris entre des économies de même niveau de développement : c'est le cas, par exemple, du partage entre sphère publique et sphère privée pour la fourniture de services collectifs et d'assurance sociale (où l'écart entre États-Unis et Europe s'est creusé sur les trente dernières années), de l'attitude face aux inégalités et à la redistribution des richesses (où les écarts entre les deux rives de l'Atlantique se sont maintenus comme l'illustre la part des transferts dans le PIB ou l'impact des inégalités sur les indices de bien-être), de l'appréciation des risques et leur mode de gestion (illustré par le cas des OGM) ou encore de l'étendue des droits de propriété.

... mais qui posent parfois des problèmes d'articulation.

Si échange et diversité des préférences sont, d'une manière générale, mutuellement bénéfiques, il y a des limites au-delà desquelles les différences peuvent poser des problèmes de compatibilité. Le champ de ces incompatibilités potentielles est limité, mais n'est pas nul : il recouvre par définition les préférences collectives qui ont une dimension universelle, qui suppose qu'elles soient partagées non seulement par le pays qui les a formées, mais également par ses partenaires. Ainsi, les prêts opérés par les Juifs et les Lombards au Moyen Age n'ont pu intervenir que dans la mesure où la chrétienté n'exigeait pas des « étrangers » ce qu'elle exigeait de ses fidèles. De même, la division internationale du travail entre pays ayant des modèles du marché du travail différents n'est intéressante que dans la mesure où ces modèles ne sont pas incompatibles, ce qui est généralement le cas : le modèle social européen n'a, pas plus que le modèle américain, japonais ou philippin, vocation à être répliqué à l'identique partout dans le monde. Il reste que certaines questions sociales, les normes sociales fondamentales (interdiction du travail forcé, du travail des enfants...), revêtent une dimension universelle et sont considérées par leurs promoteurs comme devant être respectées par tous : elles fixent les limites du jeu des avantages comparatifs.

De lieu géométrique où se connectent les préférences collectives, le commerce devient alors le lieu géométrique où éclatent leurs incompatibilités. Il agit comme un révélateur. Encore n'est-il pas le seul : comme on l'a dit, c'est le cas de toute forme de coopération et d'échange international et les problèmes de compatibilité des préférences collectives ne sont pas pour rien dans la lenteur des avancées de la coopération judiciaire internationale.

Si la question de l'ouverture et de l'articulation des préférences collectives traverse tout le champ des relations internationales, elle ne s'en est pas moins cristallisée dans le champ commercial, pour deux raisons essentielles : d'une part, parce que les enjeux commerciaux sous-jacents sont souvent considérables ; d'autre part, parce que c'est le seul domaine pourvu d'un système de règlement des différends efficient et contraignant, qui peut déboucher sur des sanctions effectives. Exacerbées par ces deux caractéristiques, les incompatibilités éventuelles sont d'autant plus problématiques que les préférences collectives peuvent, dans le champ commercial, coïncider avec des intérêts protectionnistes : cela fait peser sur elles un soupçon permanent d'instrumentalisation par des intérêts catégoriels à la recherche d'un prétexte pour « habiller » la protection d'industries non concurrentielles, question elle-même d'autant plus épineuse qu'il est, comme on l'a dit, généralement difficile de s'appuyer sur une expression non ambiguë des préférences collectives (en l'absence d'unanimité des préférences individuelles...).

Pour le système commercial, c'est une difficulté nouvelle par rapport aux conflits commerciaux traditionnels, car elle met en jeu l'opposition de deux légitimités : celle du respect des engagements pris auprès de l'OMC et celle des choix sociaux légitimement opérés par ailleurs. Les obstacles aux échanges ne sont plus seulement le fait de barrières commerciales pensées en termes mercantilistes, comme c'était le cas, par exemple, des contingents ou des droits de douanes, mais de règles et de normes qui sont parfaitement assumées et considérées comme le reflet de préférences collectives légitimes.

Certes, l'émergence des préférences collectives dans le champ du commerce international n'est pas nouvelle, mais elle a longtemps été occultée par une pratique de la politique commerciale focalisée sur l'accès au marché et la gestion du désarmement tarifaire. Elle n'est venue sur le devant de la scène que récemment, sous l'effet des avancées de l'intégration, de l'élargissement de l'éventail des biens et services échangés et de la prise de conscience des populations avec la multiplication de conflits (cas tortues / crevettes, hormones, amiante...) perçus comme des conflits de préférences collectives.

Un problème Nord / Sud ?

La prise en compte des préférences collectives dans le commerce international recouvre structurellement une rupture Nord / Sud : la sensibilité vis-à-vis de cette question est en effet une des caractéristiques du développement. La formation même des préférences collectives dépend d'une contrainte de revenu : l'arbitrage entre augmentation de la richesse et protection de l'environnement, ou entre augmentation de la richesse et des inégalités n'est pas le même selon le niveau de revenu de départ.

En première analyse, cette opposition pourrait sembler recouvrir une contradiction entre la défense des préférences collectives du Nord et les besoins légitimes de développement des pays du Sud. Il ne s'agit pourtant que d'une contradiction apparente : qu'il y ait une différence de sensibilité à l'égard des questions liées aux préférences collectives n'implique en rien que les choix sociaux eux-mêmes soient contradictoires. Les différences de préférences collectives ne sont que ponctuellement source d'incompatibilités (dans la dimension Nord / Sud, ce peut être le cas des normes sociales fondamentales) et sont, dans le cas général, source d'approfondissement des gains tirés de l'échange. La défense des préférences collectives - y compris de normes universelles comme les normes sociales fondamentales - n'implique en rien la remise en cause des arrangements sociaux qui soutiennent la compétitivité des pays du Sud pour les pays à forte intensité en main d'œuvre.

La légitimité des choix intervient dans les deux sens. Les pays en développement eux-mêmes ont des besoins spécifiques liés à leur état - ce que Dany Rodrik appelle les "institutions de la transition" - et doivent, au même titre que les pays industrialisés, bénéficier de cette reconnaissance de la spécificité et de la légitimité de leurs choix sociaux.

COMMENT CE PROBLEME A-T-IL ETE GERE JUSQU'ICI ?

Que les choses soient claires : l'OMC n'a pas esquivé cette question. On l'a dit, l'OMC reconnaît la légitimité des préférences et elle s'efforce d'articuler ouverture et sauvegarde des préférences collectives légitimes. Elle n'est pas dénuée de moyens : ses règles prévoient des possibilités de dérogation pour des raisons de santé publique, d'ordre public, de morale publique, d'environnement ou de sécurité nationale et les Etats ne se privent pas d'adopter des normes qui correspondent à leurs préférences collectives. Et lorsque ces normes ont conduit à des conflits, l'expérience a montré que l'organe de règlement des différends s'est toujours efforcé de maintenir un équilibre entre la nécessité de s'assurer qu'elles ne masquent pas de velléités protectionnistes et la sauvegarde des préférences collectives légitimes (voir encadré ci-dessous).

L'Organe d'appel et les « préférences collectives »

La jurisprudence de l'Organe d'appel repose sur trois considérations essentielles: a) la nécessité d'interpréter les dispositions de l'OMC conformément aux règles du droit international public b) la nécessité d'assurer un contrôle effectif des abus protectionnistes résultant de mesures en théorie non discriminatoires et c) le maintien d'une certaine sensibilité institutionnelle et d'un certain respect à l'égard des questions non commerciales.

D'emblée, l'Organe d'appel a adopté quelques décisions d'importance pour éviter que des mesures en théorie non discriminatoires ne soient utilisées pour masquer une politique protectionniste :

- une interprétation large du principe de non-discrimination, qui couvre la discrimination «de fait» (bananes...);
- une interprétation de la notion de «produit similaire» qui, conformément à la pratique habituelle du GATT, repose essentiellement sur les caractéristiques du produit et la concurrence sur le marché (affaires de discrimination fiscale, amiante).

Parallèlement, plusieurs grandes décisions de l'Organe d'appel témoignent d'une sensibilité à l'égard des questions non commerciales et d'un respect approprié tant des actions des membres de l'OMC que des compétences particulières d'autres organisations internationales :

- dans l'affaire «essence nouvelle formule», l'Organe d'appel a affirmé le principe fondamental selon lequel il ne faut pas lire la réglementation OMC en «l'isolant cliniquement» des autres règles du droit international public. Sur cette base, il a donné une interprétation «progressiste» de l'article XX g) en y incluant les préoccupations environnementales. Il a aussi déplacé l'accent de l'analyse, en l'axant non plus sur la «justification» des mesures, mais sur leur «application» (c'est-à-dire sur la question de savoir si la mesure entraîne ou non une discrimination arbitraire ou un protectionnisme déguisé);
- dans l'affaire «hormones», l'Organe d'appel a infirmé la décision du groupe spécial et précisé que l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires n'impose pas l'obligation stricte de suivre les normes internationales. Il appartient au plaignant de démontrer qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne s'appuie pas sur des preuves scientifiques suffisantes. De plus, l'article 5, paragraphe 7 introduit le principe de précaution. L'interdiction imposée par la Communauté a été condamnée pour la seule raison que la Communauté n'a pas procédé à une évaluation spécifique des risques. (Cette «jurisprudence» a été suivie à propos des mesures sanitaires et phytosanitaires adoptées par le Japon et l'Australie);
- dans l'affaire «crevettes/tortues», l'Organe d'appel a accepté que la protection du patrimoine mondial (à savoir les espèces migratoires) puisse être couverte par l'article XX g), s'écartant ainsi de la lecture strictement juridique du groupe spécial «thon-dauphin». Il a aussi accepté qu'une mesure fondée sur des

procédés et méthodes de production (PMP) – même si elle n'est pas couverte par l'article III – puisse se justifier aux termes de l'article XX. L'interdiction imposée par les États-Unis n'a été condamnée que pour sa nature arbitraire et l'absence de négociations sérieuses avec les pays concernés. Une fois la mesure modifiée et des négociations «de bonne foi» engagées, l'Organe d'appel a considéré que les États-Unis s'étaient provisoirement conformés à sa décision, même s'ils n'étaient parvenus à aucun accord avec l'un des plaignants (Malaisie);

- dans l'affaire «amiante», l'Organe d'appel a infirmé la décision du groupe spécial, considérant que l'interdiction se justifiait aux termes de l'article III et qu'il n'était donc pas nécessaire de la justifier au regard de l'article XX. De plus, il a estimé que le risque pour la santé était l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si deux produits pouvaient être considérés comme similaires. Plus important encore, il a précisé que le fait d'appliquer un traitement différent à des «produits similaires» n'implique pas automatiquement une violation du traitement national prévu à l'article III. Il appartient au plaignant de prouver que les «produits importés» sont traités «moins favorablement» que les «produits nationaux» (les moyens de preuve restent à préciser).

Comme la plupart des cours et tribunaux (y compris, bien entendu, la Cour de Justice des Communautés Européennes), l'Organe d'appel applique le principe d'«économie judiciaire», à savoir qu'il n'interprète que ce qui est nécessaire pour régler un différend. Il en résulte bien évidemment que certains aspects de l'interface entre les règles de l'OMC et les considérations non commerciales restent à clarifier. Quoi qu'il en soit, on peut dire que, jusqu'ici, l'Organe d'appel a été un gardien fidèle des «préférences collectives» dans le système de l'OMC.

Pour autant, le champ d'application des règles n'est pas toujours suffisamment clair et la jurisprudence, bien que positive, reste incomplète et laisse des marges d'interprétation. C'est ce qui a, par exemple, amené l'Europe à mettre la clarification de l'articulation entre l'OMC et les accords multilatéraux sur l'environnement à l'ordre du jour des négociations de l'OMC. La reconnaissance explicite des préférences collectives dans les règles de l'OMC porte, pour l'essentiel, sur des cas extrêmes alors qu'il s'agit d'une question aussi vaste que mouvante. La jurisprudence n'a quant à elle pas toujours été bien comprise et a créé des malentendus, à l'origine des craintes de remise en cause des préférences collectives.

L'irruption des préférences collectives dans le commerce international sème les germes d'un rejet de l'ouverture, dès lors qu'elle est synonyme de remise en cause de préférences collectives légitimement exprimées. Ce rejet est alimenté par un sentiment de "dépossession", qui est classiquement associé à la mondialisation (éloignement des lieux où les décisions sont prises de ceux où leurs conséquences s'expriment) mais radicalisé dans ce cas dans la mesure où il s'agit d'une dépossession des choix sociaux eux-mêmes et un sentiment de désenchantement, qui s'appuie sur l'idée d'une mise en équivalence des choix de société et des enjeux mercantiles (la "marchandisation" du monde).

Les membres de l'OMC - et l'Europe au premier chef - sont partiellement responsables de cette situation, par défaut d'explication et de pédagogie. Mais ce n'est pas seulement ça : il y a un besoin de clarté, de garanties formelles et finalement de symbolique dans les règles de l'OMC qui n'est pas satisfait aujourd'hui.

Tout le monde devrait y trouver un intérêt : ceux qui craignent effectivement une remise en cause des préférences collectives, comme les tenants de l'ouverture des échanges, s'ils veulent rester majoritaires dans les démocraties.

COMMENT POURRAIT-ON MIEUX LE GERER ?

L'enjeu est de concevoir un système commercial ouvert, accepté par tous et protecteur des choix sociaux légitimes. Chaque société veut voir son autonomie politique et ses propres préférences collectives respectées tout en pouvant accéder au marché de ses partenaires. Toute la difficulté vient du fait que la protection des choix sociaux légitimes risque d'être capturée et instrumentalisée par des intérêts protectionnistes. La question s'est évidemment posée avec acuité, et pas toujours à tort, dans le débat sur les normes sociales. Tout ceci a créé une certaine défiance, notamment des pays en développement, vis-à-vis des discussions portant sur ces thèmes. Pour beaucoup d'économistes libéraux, la question ne peut même pas être posée car l'instrumentalisation du débat par les intérêts protectionnistes serait inéluctable.

Ceci revient pourtant à ignorer le problème au seul motif que sa résolution présente des risques. Tout l'enjeu de la réflexion sur la conception d'un système commercial ajusté à la prise en compte des préférences collectives est justement d'arriver à faire le départ entre préférences collectives légitimes et prétextes protectionnistes, ce qui suppose de traiter le problème de front (puisque problème il y a) en identifiant clairement les risques et en imaginant des dispositifs à même de les contenir.

En revenant au marché ?

Ceux qui craignent le plus la capture des positions publiques par les intérêts protectionnistes suggèrent de revenir au marché et de laisser les consommateurs choisir : puisqu'il est difficile de démontrer l'honnêteté des préférences collectives avancées, il suffit de revenir aux préférences individuelles, de donner aux consommateurs toute l'information dont ils ont besoin pour choisir (étiquetage) et de laisser faire. Cette solution est naturellement séduisante, mais à bien la considérer, elle n'est pas satisfaisante : d'une part, parce que ce n'est pas aussi simple, dans la mesure où l'étiquetage lui-même peut être instrumentalisé, par exemple, si le fait même d'étiqueter laisse entendre qu'il y a un risque ; mais surtout, parce qu'elle pose une primauté des préférences individuelles qui est fort discutable.

Si le choix collectif consiste précisément à laisser les individus choisir, comme c'est le cas dans certains pays dans le cas des drogues douces, selon l'exemple mentionné ci-dessus, fort bien. Mais affirmer systématiquement la primauté des préférences et des choix individuels revient à s'interdire d'effectuer tout choix collectif spécifique et à nier tout l'édifice social. C'est effacer le citoyen derrière le consommateur : ce n'est pas acceptable. Certains choix collectifs engagent la société dans son ensemble et transcendent les préférences individuelles : la condamnation de la peine de mort dans les pays européens engage tous les citoyens européens, même ceux qui sont personnellement favorables à la peine de mort ; dans le domaine de la santé, les choix collectifs exprimés au niveau des Etats encadrent généralement de très près le champ d'application des choix individuels. En dehors de l'exception du tabac, l'information du consommateur ne remplace pas la protection de la santé publique. A préférence collective, régulation collective.

Ceci n'est pas incompatible avec l'existence de choix individuels. Mais il reste que l'exercice des choix individuels, éventuellement facilité par l'accès à l'information permise par l'étiquetage, s'opère dans la cadre des limites fixées par les choix collectivement opérés. C'est typiquement le choix opéré en Europe sur la question des OGM.

En ajustant le mode de fonctionnement du système commercial ?

- Une confrontation bénéfique qui doit être explicitée en amont

Il faut d'abord insister sur les vertus de la confrontation des choix collectifs et des disciplines commerciales. L'évolution de la politique agricole de l'Europe en est un bon exemple. L'ouverture, le dialogue et la négociation l'ont amenée à s'interroger sur les fondements de sa politique agricole, à identifier clairement les préférences collectives sous-jacentes pour pouvoir les expliquer au reste du monde (le développement rural, la protection de l'environnement, la sécurité alimentaire, le bien être des animaux), à les distinguer des intérêts mercantiles et à repenser sa politique en fonction de ces considérations. Une fois cette clarification effectuée, il est apparu que les subventions à l'exportation ne constituent pas l'instrument le plus adapté à la réalisation de ces objectifs et le moins perturbateur pour nos partenaires.

Les disciplines de l'OMC et la pression des pairs sont un levier puissant pour effectuer ce travail. Dans la gestion des conflits, l'organe de règlement des différends a d'ailleurs toujours valorisé le dialogue, la négociation, le fait de chercher à emporter la conviction de ses partenaires : dans l'affaire "tortues / crevettes", il a ainsi apprécié positivement la tentative américaine de bâtir une convention internationale de protection des tortues de mer.

Il s'agit d'une dimension positive de l'ouverture et de la confrontation des préférences, qu'il faut renforcer en développant des espaces de dialogue et d'identification des préférences, en amont des conflits. Concrètement, le dialogue entrepris entre pays et entre parties concernées dans le cadre des études d'impact de durabilité des accords commerciaux pourrait être utilisé dans cette perspective. L'expérience de l'UE de ce dialogue montre qu'il achoppe fréquemment sur l'existence de grilles de lecture différentes des enjeux et contraintes des accords commerciaux entre les différentes parties prenantes : les partenaires en développement de l'Europe, en particulier, voient ainsi dans ses préoccupations environnementales et sociales un risque d'intensification de mesures protectionnistes, qui limite l'intérêt d'analyser cette dimension des accords commerciaux.

En intégrant un dialogue avec les différentes composantes de la société civile dans chacun des pays concernés, ce type d'études pourrait devenir un instrument de révélation des préférences collectives des différents partenaires. Il s'agirait au fond de renverser la logique actuelle : au lieu de buter sur les différences de préférences collectives, ce dispositif aurait pleinement vocation à mettre en évidence les difficultés induites par la confrontation de ces préférences dans le champ de l'échange international. Il permettrait d'anticiper les conflits potentiels générés par l'ouverture en jouant avant elle le rôle de révélateur des incompatibilités de préférences collectives, et d'envisager en amont les issues possibles.

Ceci vaut pour le présent, mais aussi pour le futur. La prise en compte des préférences collectives est porteuse d'implications pour le contenu même des négociations futures : elle suppose en effet de procéder à un réexamen du rapport coût / bénéfice de l'agenda des négociations internationales en intégrant explicitement les risques d'achoppement sur ces questions. Il peut être préférable, dans cette perspective, d'éviter les champs d'intégration denses en préférences collectives⁶. Là aussi, il faut pouvoir s'appuyer sur des instruments de révélation des préférences, permettant d'identifier en amont les différences, incompatibilités et difficultés potentielles.

⁶ Jusqu'à un certain point cependant : privilégier les voies d'intégration les plus faciles, en évitant les sujets les plus difficiles, finit par générer une structure déséquilibrée si l'énergie politique vient à manquer (cf. l'expérience du marché unique sans Europe sociale).

□ Un besoin de garanties formelles

L'amélioration des conditions de confrontation des préférences collectives ne signe pas pour autant la fin des tensions qu'elles génèrent. On l'a dit, la manière dont l'OMC a géré ces tensions jusqu'ici est globalement satisfaisante sur le fond, mais a généré des doutes et des interrogations. Pour clarifier la manière dont les préférences collectives pourraient être intégrées dans les règles de l'OMC, l'idée d'une clause de sauvegarde spéciale a été avancée. Cette idée a concentré sur elle beaucoup d'inquiétudes quant à un recul de l'intégration internationale et une remise en cause des engagements internationaux des uns et des autres. Elle a surtout servi d'épouvantail pour étouffer le débat sur les préférences collectives.

En réalité, une telle clause de sauvegarde devrait avant tout être perçue comme une assurance, une garantie ultime que l'intégration commerciale ne conduit pas à remettre en cause des préférences collectives légitimes. On l'a dit : c'est déjà largement le cas aujourd'hui. Mais ce n'est pas compris ainsi. Il est donc utile de disposer d'une garantie formelle, ultime, symbolique, qui permette de dédramatiser le débat. Une telle garantie permettrait aux autres instruments de mieux fonctionner, en évitant que la question ne tétanise le débat sur la politique commerciale. En définitive, l'issue des conflits de préférences collectives ne serait pas sensiblement différente de ce qu'elle est aujourd'hui, mais l'existence d'un filet de sécurité comme une clause de sauvegarde permettrait d'atteindre cette issue au prix de moins de tensions et de moins de frottements qu'aujourd'hui. L'expérience européenne pourrait, de ce point de vue, être mise à profit : ce sont des clauses de sauvegarde de ce type qui ont souvent permis au consensus politique de se faire.

Il faut bien comprendre que, comme toute assurance, une telle clause de sauvegarde aurait rarement besoin d'être sollicitée. Il faut mal connaître le fonctionnement de l'OMC et de ses clauses de sauvegarde pour croire le contraire : les accords commerciaux sont remplis de clauses de sauvegarde qui sont très rarement actionnées. Bien sûr, le champ des préférences collectives est potentiellement immense, c'est ce qui suscite autant de craintes à l'idée d'une clause de sauvegarde, mais il ne faut pas perdre de vue qu'en pratique, les différences de préférences collectives ne posent la plupart du temps aucun problème et que, de toute façon, leur invocation ne saurait être synonyme de blanc-seing. Tout dépend en effet des conditions liées à l'utilisation d'une telle clause de sauvegarde. Et l'expérience des Etats-Unis sur l'acier montre que lorsqu'un pays (aussi important soit-il) fait appel à une clause de sauvegarde sans que cela ne soit justifié, la pression des pairs et la solidité des règles de l'OMC sont telles qu'il doit bien vite y renoncer.

Or il est bien évident qu'il n'est aucunement question d'instaurer un droit sans limitation pour les membres de l'OMC de prendre n'importe quelle mesure sans fondement juste et raisonnable.

Une telle clause devrait s'articuler autour de deux points de contrôle fondamentaux :

- quant à la formulation des demandes sociales, d'une part : la preuve devrait être faite qu'il existe bien une demande sociale sous-jacente (qui ne se limite pas à tel ou tel intérêt privé) et que la mesure adoptée reflète bien la nature de cette demande (c'est-à-dire qu'il n'y a pas de biais dans la traduction juridique des demandes sociales) ;
- quant à la traduction juridique des demandes sociales, d'autre part : la preuve devrait être faite que les mesures adoptées sont bien les moins restrictives, sur le plan commercial de l'ensemble des mesures qui permettraient de répondre à cette demande sociale ; elles devraient respecter les principes de base du système commercial multilatéral (transparence, non discrimination, traitement national, proportionnalité) ; enfin, il ne s'aurait s'agir de

droits de douanes, comme dans les clauses de sauvegarde classiques, car cela n'aurait aucun sens par rapport à la question posée.

Les pays qui feraient appel à cette clause de sauvegarde devraient engager un processus interne de réexamen de la préférence collective sous-jacente à la mesure adoptée, en vue de préciser et de vérifier sa nature et son assise : ceci suppose un ensemble de mesures de consultation de la population, d'examen ou de développement de la recherche scientifique et, le cas échéant, de pédagogie auprès de la population pour permettre une évolution de préférences collectives peu justifiées (par exemple, si les préférences exprimées ont été radicalisées par des éléments circonstanciels ou si elles sont sous-tendues par des nécessités historiques qui ont perdu de leur force).

La protection accordée par la clause de sauvegarde devrait être temporaire.

Dans le débat sur l'idée d'une clause de sauvegarde, peu de commentateurs ont relevé un point pourtant fondamental de ce que supposerait une clause de sauvegarde « honnête » et responsable : un dispositif de compensation. En pratique, cette caractéristique aurait pourtant pour effet de rendre plus coûteux qu'aujourd'hui l'invocation d'une préférence collective (où, en définitive, la jurisprudence de l'OMC est relativement souple) !

Un tel mécanisme (qui serait également une contrepartie de la garantie apportée) est nécessaire pour :

- maintenir une pression sur le pays qui fait usage de la clause de sauvegarde (dont l'usage ne serait alors pas gratuit), tester sa détermination et la solidité des préférences collectives sous-jacentes au choix exprimé ;
- compenser en partie les exportateurs lésés : chacun doit être conscient des effets de ses choix domestiques pour les pays tiers, d'où l'importance de minimiser leurs effets négatifs (au moment du choix de la traduction juridique de la demande sociale), mais aussi d'aider les pays qui en pâtissent, particulièrement quand il s'agit de pays pauvres. Cette compensation devrait ainsi tenir compte de la nature des intérêts affectés (le coût d'une mesure restrictive pour les exportateurs africains n'est pas le même que pour les exportateurs américains) et devrait se traduire par le versement d'une somme prédéterminée ou (notamment dans le cas des pays en développement) par des politiques complémentaires (assistance technique liée au commerce / renforcement des capacités dans le cas de normes sanitaires très exigeantes, politiques sociales et d'éducation dans le cas de l'interdiction du travail des enfants, etc.).

□ Une exigence de responsabilité

Plus généralement, il serait utile de réfléchir à la compensation comme solution alternative, de rang égal au couple sanction / mise en oeuvre du système de règlement des différends, pour les conflits liés aux préférences collectives. L'idée même de la compensation est parfaitement compatible avec l'esprit de l'OMC, qui vise plus à l'équilibre des concessions qu'au libre-échange en tant que tel et elle est déjà envisagée dans les accords actuels. Plus fondamentalement, elle correspond à une exigence de responsabilité et d'équité internationale : nous devons être conscient que, dans un système ouvert, certains choix domestiques peuvent s'avérer coûteux pour nos partenaires. Il en résulte deux impératifs : d'une part, celui de rechercher les mesures, pour traduire ces choix dans les faits, qui sont le moins perturbatrices possible pour nos partenaires ; d'autre part, celui d'assumer les coûts externes de ces mesures.

Cette exigence d'équité est naturellement d'autant plus forte que les parties touchées sont des pays pauvres. A l'opposé de la vision d'une OMC à deux vitesses où seuls les pays riches pourraient se « payer » des compensations, l'asymétrie bénéficierait ici aux pays pauvres : l'exigence éthique impose que la compensation soit d'autant plus forte qu'elle touche des pays pauvres.

Au-delà de la sphère commerciale ?

□ La recherche d'un socle de "préférences collectives collectives"

Plus fondamentalement, il faut porter le regard au-delà de l'OMC et réfléchir au type de contrat social qu'on veut établir à l'échelle de la planète. L'uniformisation des choix sociaux, à supposer qu'elle soit réalisable, n'est pas désirable, ni d'un point de vue politique, ni même d'un point de vue économique. Pour autant, la communauté internationale gagnerait à identifier un socle de préférences communes – de préférences collectives collectives – qui se traduiraient dans des normes qui s'imposent à tous. La plupart des difficultés rencontrées dans les conflits de préférences collectives tiennent en effet au caractère universel que les pays accordent à certains de leurs choix : ceux-là ne vaudraient pas seulement pour eux, mais également pour les autres. L'identification d'un socle de préférences communes, minimales, sur un nombre limité de sujets qui ont une forte dimension universaliste constitue donc une première réponse à ces difficultés. Il s'agit d'abord de traduire ces préférences universelles dans des normes aux ambitions limitées mais qui s'imposent à tous, puis de faire monter progressivement ce plancher normatif, au fur et à mesure du renforcement de la prise de conscience commune. Cette méthode, expérimentée en Europe, par exemple pour la réglementation du temps de travail, ne conduit pas à un nivellement par le bas : c'est une première étape qui permet d'atteindre une coexistence pacifiée des préférences collectives en élevant progressivement le seuil d'attente. L'effet de cliquet qu'une telle norme engendre offre la garantie qu'il n'y aura pas de régression, et le mouvement ascendant demeure possible.

Les domaines sont nombreux où il semble nécessaire de s'accorder de la sorte sur un socle de valeurs minimales. Dans le domaine pénal, c'est le sens de l'établissement de la Cour pénale internationale, intervenu en dépit de la coexistence de traditions politiques et juridiques très différentes et malgré certaines « absences » notables. Dans certains cas, il n'est pas possible de préserver des préférences collectives nationales sans trouver un accord sur une "préférence collective collective" : c'est le cas, par exemple, de l'éthique des sciences de la vie et de la santé et de leurs applications technologiques et médicales, qui appellerait, sous peine de nullité, un "nouveau contrat social mondial"⁷. Il en est alors des préférences collectives comme de la mondialisation du droit : l'émergence d'un droit supranational devient peu à peu nécessaire au-delà de la systématisation du droit comparé. De la même manière, l'émergence de "préférences collectives collectives" devient nécessaire au-delà de la simple confrontation systématique des préférences collectives.

Au-delà, la question est de savoir comment ces différentes normes peuvent être conciliées en cas de conflit. Ceci nécessite un arbitrage politique plus ambitieux encore qui amène à quitter le champ de la gouvernance par les normes pour entrer dans celui du gouvernement par les choix : décider comment concilier deux normes, c'est se placer au cœur du choix politique. La chose est particulièrement difficile en l'absence de gouvernement mondial. Des avancées sont pourtant possibles, comme le montrent les résultats obtenus pour l'accès des pays en développement aux médicaments protégés par des brevets, qui mettait en balance deux impératifs aussi fondamentaux

⁷ Collectif, "Pour un comité mondial d'éthique", *Le Monde*, 29 janvier 2003.

que l'urgence sanitaire et la protection de la propriété intellectuelle, essentielle au financement de la recherche future.

❑ L'importance de l'échelon régional

Les ensembles régionaux peuvent constituer un espace plus à même de permettre de concilier les préférences collectives et de limiter les effets déstabilisateurs de l'ouverture. Parce qu'ils partagent un espace qui a scellé leur histoire, parce qu'ils ont en commun nombre d'éléments de culture politique, de caractéristiques économiques, de traits démographiques, les pays d'une même région peuvent espérer procéder plus aisément à des rapprochements qui engagent leurs politiques et leurs souverainetés.

Les constructions régionales constituent dès lors autant de matériaux réutilisables sur la scène mondiale : elles constituent un premier lieu de synthèse et d'articulation des préférences collectives. Elles jouent ainsi à la fois un rôle éducateur (apprentissage des contraintes que suppose une conciliation des préférences collectives), précurseur (effet de démonstration), émulateur (concurrence régional/global) et organisateur (rationalisation du nombre de circonscriptions) pour le niveau global.

En sens inverse, la conciliation des préférences collectives au sein des accords régionaux constitue probablement la meilleure justification de leur existence, car elle permet de s'attaquer aux noyaux durs sur lesquels achoppe les négociations multilatérales : la « profondeur » des accords régionaux modifie ainsi l'analyse classique - en termes de création et de diversion de commerce - des accords de libre-échange.

CONCLUSION

La question des préférences collectives est au cœur de la régulation de la mondialisation (encadrer l'ouverture par des règles, limiter ses effets déstabilisateurs et maximiser ses bénéfices) et de la gouvernance globale (comment articuler les choix collectifs ? pourquoi et comment faire émerger des préférences collectives collectives ?).

Par sa relative nouveauté et par les difficultés conceptuelles qu'elle soulève, elle court le risque de susciter de multiples incompréhensions et de se heurter à une alliance des contraires : les libéraux risquent d'y voir une porte ouverte au développement de barrières arbitraires ; les pays du Sud, une forme déguisée de protectionnisme et d'eurocentrisme ; les environnementalistes et les défenseurs de droits de l'homme, un statu quo inacceptable, synonyme d'absence de pression sur ceux qui violent les normes sociales ou dégradent l'environnement...

Les propositions étudiées ci-dessus sont d'autant plus susceptibles de susciter le débat qu'elles conjuguent des éléments perçus comme antinomiques : la promotion de l'ouverture et de l'intégration internationale, d'un côté, tant que les choix sociaux ne sont pas en cause ; mais en même temps, une réflexion sur les limites à fixer à l'intégration internationale, pour préserver la légitimité et la diversité des choix sociaux.

Elles ne sont pas synonymes de repli sur soi : la promotion d'un système de gouvernance ajusté aux préférences collectives vise à tirer parti de l'ouverture tout en veillant à ce que celle-ci ne remette pas en cause des choix dont elle serait incapable de compenser la perte. Toutefois, si la conservation d'une autonomie réglementaire est impérieuse, elle doit s'accompagner d'un principe de

minimisation des effets externes des mesures adoptées et, le cas échéant, d'une forme de compensation. Au delà, l'ouverture elle-même doit permettre d'enrichir les conditions de formulation des choix collectifs, par une confrontation des préférences collectives et par la création de règles communes.

Au bout du compte, cette réflexion, initiée de manière plutôt défensive, en réaction aux difficultés soulevées par l'ouverture, jette les bases d'une attitude plus constructive en nous amenant à penser le monde comme unité sociale et non plus seulement comme marché.

Quelques clarifications finales...

- Il ne s'agit pas, pour l'Europe, de revenir sur ses engagements internationaux ni évidemment d'affirmer une supériorité absolue des préférences collectives sur les engagements internationaux. Il s'agit de s'assurer que les engagements internationaux apportent tout ce qu'ils doivent nous apporter (dans le cas de l'OMC, pas de restriction protectionniste ou inutilement restrictive au commerce) sans remettre en cause des choix sociaux légitimes. Le multilatéralisme est une préférence collective européenne qui s'est traduite par un engagement constant en faveur du système commercial multilatéral.
- Il ne s'agit pas de déterminer des préférences collectives qui n'existeraient pas mais de prendre les choses comme elles sont : toutes les collectivités effectuent des choix collectifs, sur de nombreux sujets, qu'il s'agisse de la peine de mort, de l'existence d'un salaire minimum et de son niveau, de l'attitude à avoir par rapport aux drogues, etc. L'étendue de ces choix collectifs est plus ou moins grande selon les cas, et laisse plus ou moins de place aux choix individuels. Il ne s'agit pas de revenir là-dessus, mais de tirer les conséquences de l'existence de ces choix sur les interactions entre collectivités au niveau international et de les articuler au mieux.
- La réflexion sur les préférences collectives n'est pas une condition à la poursuite des négociations à l'OMC. L'une comme l'autre sont essentielles, mais elles doivent être menées parallèlement. Elles ne s'inscrivent pas dans le temps de la même manière : la réflexion sur les préférences collectives vise à reconsidérer la manière de penser la politique commerciale pour répondre aux inquiétudes suscitées par l'ouverture, limiter ses effets déstabilisateurs, et finalement servir ceux qui mèneront la politique commerciale dans dix ans.

An analysis of Pascal Lamy's proposal on collective preferences

Steve Charnovitz¹

¹ © Journal of International Economic Law 8(2) 449-472 doi : 10.1093/jielaw/jgi 029

ABSTRACT

In September 2004, then-European Commissioner for Trade Pascal Lamy released his study on the political challenge of ‘collective preferences’ for the world trading system. Collective preferences cause a problem for the WTO if the resulting measure violates WTO rules and yet the measure is too popular in the regulating country for the government to withdraw it. The paradigmatic example is *EC – Hormones* in which the European Commission could not comply because of contrary popular and parliamentary opinion. To address such circumstances, Lamy proposes the negotiation of a new WTO safeguard that would permit governments to retain strongly-supported measures provided that compensation is paid. This article analyzes Lamy’s paper and discusses the many challenges to validating a collective preference. The article posits that whether a new safeguard is needed depends in part on the leeway that WTO rules provide for legitimate domestic measures. The article concludes that while Lamy’s purpose may be worthy, his proposal has several weaknesses, and enacting it in the WTO is highly unlikely.

INTRODUCTION

As he approached the end of his term as European Commissioner for Trade, Pascal Lamy initiated a study on the political challenge of ‘collective preferences’ for the world trading system. The project proved controversial and Lamy’s ideas received considerable criticism.²

When his paper was completed in September 2004,³ it did not emerge with the imprimatur of the Commission.

Still, Lamy’s ideas merit attention and will be discussed in this article, beginning with a brief summary of Lamy’s thesis.

Lamy defines ‘collective preferences’ as ‘the end result of choices made by human communities that apply to the community as a whole’.⁴ The community might be a nation, a subnational unit, or an international unit. Over the centuries, he explains, socially-defined preferences enable human progress and serve as markers of identity. Individual choices are synthesized through political debate via the governmental institutions inside the community. Lamy contends that Europe has collective preferences for multilateralism, environmental protection, food safety, cultural diversity, public provision of education and health care, precaution in biotechnology, and welfare rights. Any such collective preference is ‘not set in stone’, he acknowledges, but rather evolves over time.⁵ He also points out that collective preferences ‘are not always rational; they are forged by political experience’ within a community.⁶

² See, e.g., Guy de Jonquieres, ‘Lamy Studies Radical Idea for Imports Veto’, *Financial Times*, 6 February 2004, 9; (Editorial), ‘Lamy’s Big Idea’, *Financial Times*, 10 February 2004, 14; ‘EU “Collective Preferences” Concept Rings Alarm Bells in Washington’, *Food Chemical News*, 12 April 2004, 25; ‘UNICE Slams Lamy Over “Collective Preferences”’, *European Report*, 1 May 2004.

³ Pascal Lamy, ‘The Emergence of Collective Preferences in International Trade: Implications for Regulating Globalisation’, 15 September 2004

http://europa.eu.int/comm/archives/commission_1999_2004/lamy/speeches_articles/indexpldat_en.htm#2004 [hereinafter ‘Lamy Paper’] (visited 8 January 2005).

⁴ Lamy Paper, above n 2, at 2. The tension between individual human preferences and collectivism in preferences is not discussed in Lamy’s paper, or in this article

⁵ Ibid

⁶ Ibid

Outside the community, collective preferences may collide because ‘there is no legitimate higher authority, [and] no world government, to act as referee’ and ensure that a global collective preference emerges.⁷ This governance gap complicates international trade. As Lamy explains, ‘Traded goods and services are both an embodiment of and vehicle for the collective preferences of the countries producing them; they then become an interface with the collective preferences of the consumer country’.⁸ Although this phenomenon is not new, as Lamy recognizes, he asserts that only recently has this value interface become a key feature of international trade.⁹ Lamy points to three factors promoting this development: (1) lower customs duties, (2) greater ‘ideological content’ of goods and services, and (3) greater awareness of citizens and consumers.

Although Lamy doubts that globalization threatens collective preferences, he points out that incompatibility problems may arise. Lamy views the WTO disputes on hormones, shrimp, and asbestos as disputes about collective preferences, and predicts that there will be more of such disputes. He expresses concern that globalization and the World Trade Organization (WTO) may be rejected by a public opinion that sees international trade and WTO rules as a threat to nation-ally-chosen collective preferences. The ‘sudden emergence’ and ‘new difficulty’ of collective preferences demonstrates the need for governments to respond, he says.¹⁰

The response Lamy proposes is for the WTO to defer to national collective preferences. In particular, he urges formal guarantees that have a legal and a ‘symbolic significance’.¹¹ With regard to future trade liberalization, Lamy suggests that ‘it is advisable not to push for integration in areas rich in collective preferences’.¹² With regard to future WTO rules, Lamy points to the possibility of introducing an additional safeguard provision.

Such a safeguard would function as an ‘insurance policy’ to give a guarantee that trade integration will not intrude on legitimate collective preferences or be a threat to social choices.¹³ In order to be justified in invoking this clause, a government would have to demonstrate a coherent underlying social demand in its country and show that the measure being challenged is consistent with that demand. Lamy’s paper suggests that collective preferences to be acknowledged cannot include protectionism.

As I read Lamy’s paper, he makes a distinction between the desire to insulate a domestic market from foreign competition and the protection of particular social values. Lamy is not seeking to provide more opportunities for mercantilism or autarky. Rather, he is implicitly distinguishing between wealth-generation values of a society and other social values like environmental quality, cultural diversity, or social equity. Lamy wants to preserve opportunities for values not centered on wealth.

Lamy distinguishes his proposal for a new safeguard clause from the existing WTO Agreement on Safeguards. One difference is that a government invoking the new safeguard would have to provide immediate compensation.¹⁴ Lamy suggests that compensation could

⁷ Ibid

⁸ Ibid, at 3

⁹ Ibid

¹⁰ Ibid, at 5,7

¹¹ Ibid, at 8

¹² Ibid, at 9 (internal footnote omitted)

¹³ Ibid, at 10

¹⁴ Under the WTO Agreement on Safeguards, a member invoking a safeguard is required to ‘endeavour’ to maintain a substantially equivalent level of concessions. Uruguay Round Agreement on Safeguards, Article 8.1. The members concerned may agree on any adequate means of ‘trade compensation for the adverse effects of the measure on their trade’. In the absence of suitable compensation, the affected exporting members may engage in self-help to retaliate. Ibid, Article 8.2.

be a payment to affected exporters in other countries, or, in the case of harm to developing countries, could be the provision of trade-related technical assistance. Lamy favors the principle of compensation because a country making social choices has a ‘responsibility to bear the external cost of those measures’.¹⁵ Another difference from the current WTO safeguard is that a country wishing to use the new escape would have to conduct an internal review of the collective preference in order to find out whether it is well-founded. This review would entail widespread consultation or further scientific research. If the preference is ‘unwarranted’, there should be an effort to educate people with a view to changing their preferences.¹⁶

Lamy’s paper is highly nuanced and thus hard to capsule. Still, this short summary can serve as a basis for an analysis of the ideas in Lamy’s paper.

The purpose of this article is to contribute to the international debate on ‘collective preferences’, and to offer some specific comments on Lamy’s paper and its proposal for a collective preference safeguard. Lamy is currently a candidate to become WTO Director-General, and that selection is several months away as of this writing. Even if he does not become the Director-General, Lamy’s intellectual talents assure that he will continue to have influence in the international economic arena.

The article proceeds in five parts: Part I examines the significance of the collective preference problem and takes note of some proposals that predate Lamy’s paper. Part II discusses the many challenges to validating a collective preference. Part III considers whether Lamy’s proposal would add anything new to the WTO and concludes that it would. Part IV takes note of the distinction between inwardly-directed and outwardly-directed preferences and their different dynamics. Part V posits that whether a new safeguard is needed depends in large part on whether the interpretation of existing WTO rules provides sufficient leeway for diverse and legitimate domestic measures.

THE SIGNIFICANCE OF THE COLLECTIVE PREFERENCE PROBLEM

The problem that Lamy addresses is real. Countries will often adopt different public policies, and, as Lamy says, trade can become a ‘natural point of intersection for different systems of collective preferences’.¹⁷ Clashing or distinctive collective preferences between governments have led to trade disputes (e.g. *EC – Hormones*), and will assuredly do so in the future. When WTO rules inhibit domestic autonomy, that can undermine public support for the trading system.¹⁸ Although Lamy’s paper has been criticized for being protectionist, or unintentionally opening the door to protectionism, such criticisms are poorly aimed. Protection does not need to insinuate its way into the trading system. It is already legally present in the WTO rules that permit (or even encourage) tariffs, anti-dumping duties, special and differential treatment,

This right to retaliate may not be exercised for the first three years of the safeguard provided that the safeguard conforms to the Agreement and that there has been an absolute increase in imports.

Ibid, Article 8.3.

¹⁵ Above n 2, at 11

¹⁶ Ibid

¹⁷ Ibid, at 3

¹⁸ See Marco C. E. J. Bronckers, ‘Better Rules for a New Millennium: A Warning Against Undemocratic Developments in the WTO’, 2 JIEL (1999) 547; Bruce Stokes, ‘New Trade Barriers: National Preferences’, *National Journal*, 24 April 2004, 1276.

China-specific safeguards, etc. Stakeholders who want to oppose protection should focus on those pervasive practices inside the system, rather than cavil at Lamy's efforts to enable the WTO to better accommodate democratic choice. Lamy's proposal should be evaluated on its own terms, not dismissed simply because it may inhibit specific cross-border transactions. After all, the rationale for Lamy's project is to maintain the political consensus in favor of the tradeliberalizing function of the WTO.¹⁹

That noted, one might speculate on what a new safeguard rule would mean for global economic efficiency. Assume that Country A has a collective preference that has been ruled a WTO violation (e.g. a hormone ban), and the government of A decides to keep the measure anyway. Under current WTO practice, the complaining country will be authorized to impose prohibitive tariffs on A. Such a trade disruption lowers economic efficiency. This disruption would not happen if A compensates the complaining country by granting it more trade access or by paying cash. Thus, if Lamy's plan avoids an authorization of 'suspension of concessions or other obligations' (SCOO),²⁰ that avoidance could engender a more efficient outcome.

The calculation gets more complicated, however, when one also considers the impact of Lamy's proposal on the adoption of new collective preference measures by Country A. If trade sanctions against it can now be avoided, then A may be more likely to succumb to the gratification of collective preferences through measures that violate WTO rules. Whether an ensuing new collective preference is efficient is indeterminate in the abstract.

Although the disposition of collective preferences is a challenge for the trading system, such challenges are hardly as new as Lamy asserts. Perhaps collective preference clashes do have a greater saliency now than they did 20 or 100 years ago. Still, the issue of social policies embedded in traded goods is hardly a new challenge.²¹ The need to provide space for national policies was the motivation for negotiations in 1927 regarding the exceptions for the proposed International Convention for the Abolition of Import and Export Prohibitions and Restrictions.²² Those exceptions served as the model for Article XX of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). In characterizing the collective preferences debate as a contemporary phenomenon, Lamy's paper may give the reader the mistaken impression that GATT and WTO law were not written to accommodate collective preferences. This neglect of history leads to a distortion in Lamy's analysis because he does not consider the extent to which a more flexible interpretation of the trade law general exceptions²³ could produce a solution to his concerns about WTO legitimacy. Indeed, in two of the examples that he points to (asbestos and shrimp-turtle), the GATT Article XX(b) and (g) exceptions at

¹⁹ See Laurence R. Helfer, 'Constitutional Analogies in the International Legal System', 37 *Loyola of Los Angeles Law Review* 193 (2003), at 231 (noting that escape mechanisms provide flexibility to respond to pressures from domestic interest groups so as to avoid government exit from the treaty).

²⁰ See Uruguay Round Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), art. 22.7.

²¹ See Josef Grunzel, *Economic Protectionism* (Oxford: Clarendon Press, 1916) 192–99 (discussing 'Protection by Concerted Popular Action').

²² International Convention for the Abolition of Import and Export Prohibitions and Restrictions, done at Geneva, 8 November 1927, 46 U.S. Statutes at Large 2461, arts. 4, 5 (not in force).

²³ See General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (GATT), Articles XX, XXI; General Agreement on Trade in Services (GATS), arts. XIV, XIV *bis*, Uruguay Round Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement), Articles 13, 17, 30, 73. All of these exceptions can concern collective preferences. Several major World Trade Organization (WTO) agreements overseeing domestic policy do not contain general exceptions – namely, the Uruguay Round Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement), the Uruguay Round Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement), the Uruguay Round Agreement on Agriculture, and the Uruguay Round Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement).

issue did provide space for the national preference being challenged.

That Lamy has overlooked some of the important literature is also noticeable in his discussion of the 'interface' function. John H. Jackson presented the interface concept in his influential 1989 book *The World Trading System*.²⁴ Alongside an exposition of the basics of the traditional GATT safeguard, Jackson noted that 'In a world of increasing economic interdependence, there may be additional arguments which support safeguard programs'.²⁵ The situation Jackson was addressing at the time was the need to allow 'independent choice of economic systems for societies' and to 'prevent too much pressure for change of the domestic economic structure resulting from increased international trade originating in economies which are structured differently'.²⁶ The collective preferences considered by Jackson in 1989 are perhaps more structural than the ones being considered by Lamy today. Yet both boil down to the clash of national values and ideologies played out in the trading arena.

Other analysts have also suggested the need to expand the availability of a safeguard for national policies. In 1996, Dani Rodrik proposed a 'socialsafeguards' clause for labor standards.²⁷ According to Rodrik, it is 'axiomatic that no nation has to maintain free trade with a country or in a specific product if doing so would require violating a widely held ethical standard or social preference at home'.²⁸ In 2001, the team of Nicholas Perdakis, William A. Kerr, and Jill E. Hobbs suggested the negotiation of a WTO Agreement on Trade Related Aspects of Consumer Concerns that would distinguish consumer-based trade restrictions from producer-based restrictions.²⁹ Such an Agreement could permit governments to impose trade barriers based on consumer concerns, subject to paying compensation set through compulsory arbitration. To assist governments in evaluating the existence and intensity of consumer concerns, the authors called for an international Commission on Consumer Issues and Trade. In 2004, Jagdish Bhagwati suggested that the WTO show more flexibility when the Appellate Body 'finds against legislative or executive actions that are virtually dictated by public opinion'.³⁰ In Bhagwati's proposal, the implicated government would 'make a tort payment to the injured industry' based on the profits lost by its exporters.³¹ Lamy's paper does not consider any of these proposals.

VALIDATING COLLECTIVE PREFERENCES

One of the most interesting parts of Lamy's paper is his discussion of the identification and validation of collective preferences. Two dialogic processes are noted. First, a government

²⁴ John H. Jackson, *The World Trading System* (Cambridge: MIT Press, 1992). Jackson's attention to the 'interface' problem goes back at least as early as 1978. Ibid, at 378.

²⁵ Ibid, 218, 305

²⁶ Ibid, at 152–53. See also John H. Jackson, 'Global Economics and International Economic Law', 1 JIEL 1 (1998), at 21 (discussing 'interface' as a principle of managing interdependence).

²⁷ Dani Rodrik, 'Labor Standards in International Trade: Do They Matter and What Do We Do About Them?', in Robert Z. Lawrence, Dani Rodrik and John Whalley, *Emerging Agenda for Global Trade: High Stakes for Developing Countries* (Washington: Overseas Development Council, 1996) 35, 62. Rodrik introduced the idea in 1995.

²⁸ Rodrik, above n 26, at 63 (emphasis deleted).

²⁹ Nicholas Perdakis, William A. Kerr and Jill E. Hobbs, 'Reforming the WTO to Defuse Potential Trade Conflicts in Genetically Modified Goods', 24 *The World Economy* (2001) 379, at 394–97

³⁰ Jagdish Bhagwati, *In Defense of Globalization* (New York: Oxford University Press, 2004) 152.

³¹ Ibid

wishing to use the new safeguard would have to conduct an internal review of the policy in dispute. The discussion in Lamy's paper is sketchy, but he seems to be saying that the government would instigate a reassessment of the collective preference to see whether it is a 'genuine' social expression and to see whether it is warranted.³² If found to be 'unwarranted',³³ then there would be an effort to educate people with a view to changing their preferences. The second process is that a government would have to demonstrate to the WTO the genuineness of its collective preference by showing a coherent underlying social demand.³⁴ Lamy does not elaborate details for either process.

An implicit yet unexamined assumption in Lamy's paper is that a popularly-supported governmental policy has more international valence than it would without that support. In other words, Lamy seems to be saying that the WTO should show greater respect for broad and/or intense public opinion than for policies chosen through political representation, technocratic expertise, or judicial authority.

As applied to the WTO, this is a revolutionary concept. The self-perception of the WTO is an organization comprised of impermeable 'Members'. At home, the members might be a democratic state (e.g. France), non-democratic state (e.g. Myanmar), or a non-state customs territory (e.g. Taiwan). Yet inside the WTO, membership is homologous and those three categories appear to lack relevance. As a consequence, no WTO rule or status hinges on the support of public opinion within a country.³⁵

Lamy does not discuss the costs and benefits of piercing the unitary member with respect to state responsibility. The paradigm of WTO decision-making is that a government speaks for its citizens, and so the WTO does not normally peer inside the membrane of a government.³⁶

For example, the WTO does not require members to demonstrate parliamentary approval for joining the WTO or agreeing to a treaty amendment.³⁷ Consequently, Lamy makes an immoderate suggestion in saying that whether a collective preference ought to qualify for a safeguard depends on the objective existence of an underlying public demand. Typically in the WTO, a government's mere assertion of a position is conclusive even if the position fails to reflect popular will within that country.³⁸

³² Above n 2, at 8

³³ Ibid, at 11

³⁴ Ibid, at 10

³⁵ The closest that WTO law gets is Article 3.1 of the Uruguay Round Agreement on Safeguards, which calls for a 'public hearing' in which interested parties can present their views on whether a safeguard would be in the public interest. See also Uruguay Round Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (Anti-Dumping Agreement), Articles 5.1, 5.4 (requiring the initiation of antidumping investigation when proposed on behalf of the domestic industry, with no status provided for contrary public opinion), and the parallel provision in Article 11.4 of the SCM Agreement.

³⁶ A few contrary rules exist: One area where the member's veil has been lifted is the arbitral awards under DSU Article 21.3. That provision provides for setting the 'reasonable period of time' for implementation. A norm that has developed is that implementation requiring a legislative change is likely to get more time than implementation needing only an administrative change. See Pierre Monnier, 'The Time to Comply with an Adverse WTO Ruling', 35(5) *Journal of World Trade* (2001) 825. In other words, provisions of internal law can be justifications for getting more time to perform a treaty. Some veil piercing can also be seen in GATT Article XXVIII bis 3(a) (individual industries).

³⁷ See Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Article X:1 (expressing no requirement for parliamentary approval of a member's acceptance of WTO amendment). This absence of a parliamentary approval requirement is consistent with that of other major international organizations. I am unaware of any evidence supporting the assertion by the WTO Secretariat that parliamentary approval of WTO 'decisions' is the norm. See WTO Secretariat, 'The WTO . . . In Brief', http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr00_e.htm (visited 8 January 2005) ('Virtually all decisions in the WTO are taken by consensus among all member countries and they are ratified by members' parliaments'.)

³⁸ See WTO Secretariat, 'WTO Policy Issues for Parliamentarians', at 13, http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm (visited 8 January 2005) ('If the claim that 'governments do not represent the

Lamy's paper elides this normative issue as well as the practical problems the WTO faces in validating a collective preference. Such validation will be difficult enough for the European Union or the United States, but how is it to be done for China or Cuba? Moreover, if citizen support is to be a precondition for a collective preference safeguard, then perhaps it should also be a precondition for a regular safeguard in the WTO.³⁹ In addition, I see no basis for having the WTO inquire about citizen preferences only in instances when trade rules are being violated, and not when trade rules are being negotiated.

Another practical problem in detecting public preferences is what to do about untoward government influence in shaping those preferences.⁴⁰ This concern was identified by the panel in *European Communities – Trade Description of Sardines*, and in particular its reference to 'self-justifying' regulatory trade barriers.⁴¹ If government action has helped to create irrational yet strongly-held consumer preferences, should such preferences qualify for the new safeguard? Lamy does not explore that conundrum.

Lamy does not present details on how a WTO Member would show that a preference is based on an underlying social demand rather than on special interest politics. As I understand his proposal, the mere existence of a law would not be enough to show a collective preference even if the law contains preambular statements expressing a collective preference. Lamy is demanding more validation, but he does not explain how to achieve it.⁴²

Holding a referendum is one possibility; polling is another. If polling is used, it will be important to formulate the question carefully and to explain why the WTO ruled against the measure. An additional problem might ensue if the WTO conducts the poll, because nationalism might influence the results.

Lamy's suggestions for in-country validation are constructive. He hopes that a collective preference safeguard would lead to better dialogue within a polity as the government engages in deliberation with the public about a particular collective preference.⁴³ The *EC – Hormones*

interests of citizens' were true, then it is something that citizens need to correct at home. It is not something that an inter-governmental body like WTO can deal with'.).

³⁹ The Agreement on Safeguards, Article 3.1, requires governments to entertain comments from interested parties regarding whether the safeguard would be 'in the public interest'. No WTO caselaw has suggested that a panel can second-guess whether a government properly decided whether a safeguard was in the public interest or enjoyed broad citizen support. In general, WTO rules do not require a government to take into account the costs of its own trade measure to its own economy. In *US – Gasoline*, the Appellate Body held that the US regulation violated the WTO because, *inter alia*, the US government had not taken into account the cost of its regulation on foreign producers. WTO Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1

⁴⁰ See Howard F. Chang, 'Risk Regulation, Endogenous Public Concerns, and the Hormones Dispute: Nothing to Fear But Fear Itself?', August 2003, University of Pennsylvania Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, No. 39, available on SSRN.

⁴¹ See WTO Panel Report, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R, adopted as modified by the Appellate Body 23 October 2002, para 7.127 (discussing the danger that WTO Members could shape consumer expectations through regulatory intervention). The same issue had arisen in a GATT case; see GATT Panel Report, *Japan – Customs Duties, Taxes and Labeling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*, adopted 10 November 1987, para 5.9(b) (discussing government measures that may harden consumer preferences).

⁴² Lamy could have strengthened his argument by taking note of the Appellate Body's decision in *EC – Hormones*, in which the Appellate Body reversed the panel's finding of a violation of Article 5.5 of the SPS Agreement. See WTO Appellate Body Report, *European Communities – EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (EC – Hormones)*, WT/DS26,48/AB/R, adopted 13 February 1998, para 246. In its decision, the Appellate Body disagreed that there was 'discrimination or a disguised restriction on international trade' because, according to the Appellate Body, the record before it showed 'the depth and extent of the anxieties' and 'the intense concern of consumers' within the European Communities. *Ibid*, paras 242, 245. Thus, in that case, the Appellate Body seemingly identified a collective preference. The *Hormones* case is discussed in Reinhard Quick and Andreas Blüthner, 'Has the Appellate Body Erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO *Hormones* Case', 2 JIEL (1999) 603.

⁴³ The importance of promoting deliberation was noted by Jan Tumlir in his Wincott Memorial Lecture in 1984.

case is an instance where a discursive process for clarifying social choice could have been useful in encouraging the public to reconsider the scientific evidence, or lack thereof, underlying the hormone ban. My impression is that the WTO's rejection of the European Commission's defense did *not* trigger any dialectic reconsideration within Europe as to the wisdom of the meat hormone ban. If Lamy's new safeguard would promote a more robust community dialogue, that could be a constructive contribution.

Rodrik's 1996 proposal provides some detail regarding validation at the national level. Rodrik suggests that individuals seeking a social safeguard would petition their government and then the government would hold a public hearing where all sides would express their views.⁴⁴ Following the hearing, the administrative agency would decide whether the claim for the safeguard has broad-based public support. Rodrik would *require* testimony from groups whose material interests would be adversely affected by the requested trade restriction. Unless such groups support the safeguard, it would not be imposed. Rodrik does not seem to address whether there is to be any validation at the WTO of the existence of the 'social preference'.⁴⁵ In my view, there may not be a reliable way for the WTO to objectively verify the existence of a collective preference within a country. Moreover, the WTO might put itself on thin ice by seeking to distinguish between a duly-enacted law that reflects a collective preference and one that does not. The path of least resistance might be to accept self-certification of a collective preference combined with a minimum procedural requirement for dialogue.

Although Lamy's paper focuses on internal policy review within the country seeking to exercise a defensive safeguard, one can also imagine the value of public discussion in the country lodging a WTO complaint. For example, one wonders if Canada's loss in the *EC – Asbestos* case led to any social discourse or soul-searching within Canada about the practice of producing or exporting asbestos. My impression is that it did not. There could also be benefit in stimulating a public discussion before a government commences litigation in the WTO. In the *EC – Hormones* dispute, I do not know whether US public opinion would have supported lodging the case against Europe.

Social dialogue can be of great value in a defendant country losing a WTO case. This could occur if a special-interest provision is found to be WTO-illegal, and then public opinion gets provoked in favor of repeal. At present, WTO rules do not envisage any connection between the surveillance carried out by the WTO dispute Settlement Body (DSB)⁴⁶ and the domestic process for considering how and whether to come into compliance. By improving the transparency of the DSB, the WTO could tap into the power of public opinion. The greater ensuing public awareness might promote compliance if the public comes to understand why the contested regulation violates a WTO rule and why its government's defense at the WTO was rejected.

THE VALUE-ADDED OF A NEW SAFEGUARD

Lamy presents his proposal as a new initiative for the WTO, and yet it is worth asking exactly what is new. *EC – Hormones* shows that a WTO Member enjoying a collective preference can keep it, notwithstanding the WTO ruling against it. Furthermore, if the Community chose to compensate the countries affected by its hormone ban, it could remain in conformity with the rules of the WTO.⁴⁷ So what exactly does Lamy's plan add?

Jan Tumlin, *Economic Policy as a Constitutional Problem* (London: Institute of Economic Affairs, 1984) 12–13.

⁴⁴ Above n 26, at 63–65

⁴⁵ Ibid, at 63

⁴⁶ DSU Article 21.6

⁴⁷ See DSU Articles 3.3, 3.6, 3.7, 22.8 (settlement), 3.7, 22.1 (compensation as a temporary measure).

Answering this question requires a discussion of the WTO rules regarding compensation and compliance.

Compensation

Although compensation can occur now, it often does not because trade compensation has to be performed on a most-favoured-nation (MFN) basis.⁴⁸ In other words, any trade concession granted to a complaining party would also have to be granted to all other WTO Members. This MFN rule makes the perceived cost of compensation high. Furthermore, the cost of compensation snowballs when one considers the need to tailor it to every co-plaintiff country and the buildup of transaction costs in negotiating such compensation.⁴⁹

Take *EC – Hormones* as an example. Perhaps Europe could have negotiated trade concessions for the two complaining countries, the United States and Canada. But once compensation is promised, other countries can threaten to bring the same WTO case unless they are compensated with trade concessions that are different from the ones particularized for the United States and Canada. Each compensation package would then have to be granted unconditionally to other WTO Members. This gets expensive on a mercantilist metric, and may explain why negotiated compensation does not often ensue. Thus, the default – a SCOO by the complaining country(ies) – may be used because the defendant country can avoid liberalizing on an MFN basis and accruing the transactions costs for negotiating that liberalization.

Whether Lamy's plan cuts this Gordian knot is unclear. To the extent that Lamy relies on traditional trade compensation, the same practical difficulties arise. Yet Lamy has a different plan. He suggests that the compensation go directly to 'affected exporters' and 'take the form of payment of a pre-set amount'.⁵⁰ Compensation of this sort seems not to have been contemplated by the drafters of the Uruguay Round agreements. Financial compensation to private economic actors is an innovative approach that may avoid the way in which MFN leads to overcompensation.⁵¹ All victim countries would still have to be paid off, but only once. So the direct cost of compensation under Lamy's plan might be lower than the current system.⁵²

Comparing the transaction costs is not as easy. Lamy says that compensation is to be 'pre-set'.⁵³ Yet he does not offer a methodology for such compensation.⁵⁴ Without an acceptable methodology, one is left with international arbitration. Consider *EC – Hormones* for instance; one can imagine an arbitrator determining how much the affected US meat exporters should be recompensed by the European Commission. Giving compensation directly to victims may be better than passing it down through a government.⁵⁵ Nevertheless, the proposition that governments are ready to accept state responsibility (within the WTO) to individuals seems

⁴⁸ See DSU Article 22.1, GATT Article I.

⁴⁹ A referee writes: 'If compensation is negotiated all at once, it would not be so impractical. There will not likely be a lot of major exporting countries'.

⁵⁰ Above n 2, at 11.

⁵¹ MFN leads to overcompensation because the compensation tailored for Country A is enjoyed by B, C, etc. and the compensation tailored for B is enjoyed by A, C, etc. Thus, A, B, and C get overcompensated.

⁵² The 'budget cost' of Lamy's plan would be more expensive than traditional compensation.

⁵³ Above n 2, at 11.

⁵⁴ Lamy suggests that exporters are only to be 'partially' compensated, but does not explain why compensation should be less than 100 cents on the euro

⁵⁵ See 'Bhopal: The World's Worst Industrial Disaster; Victims Still Wait for Compensation', *The Record* (Kitchener-Waterloo), 3 December 2004, A1 (discussing the slow distribution of funds from Union Carbide settlement with Indian government in 1989)

dubious.⁵⁶ Moreover, arbitration itself entails significant litigation costs.

Lamy is not ready to go all the way for developing countries. Even though affected exporters in developed countries are to receive payments, exporters in developing countries apparently are not. For developing countries, Lamy prescribes ‘complementary policies’ such as trade-related technical assistance or capacity building.⁵⁷ Lamy does not explain why developed country exporters are to be given more favorable treatment than developing country exporters with respect to compensation.

Perhaps the reason is a presumption by Lamy that the injured exporters in the developed countries are not doing anything wrong while the exporters in developing countries probably are and so it would be unjust to compensate them directly. To take an example, the exporters in Myanmar⁵⁸ using forced labor do not deserve compensation, while the exporters in the United States using hormones arguably do because hormone use is not known to be unsafe. Whether or not this example is convincing to the reader,⁵⁹ it may demonstrate that while the conditions justifying compensation may not be present in Myanmar, no general justification exists for treating developed and developing countries differently with respect to compensation, as Lamy does.

In Rodrik’s social safeguard proposal, compensation would be required for democratic countries but not authoritarian ones.⁶⁰ The logic is that when Country A enforces its collective preference against Country B, if B is democratic, then the conditions in B reflect the persisting preferences of B’s electorate. So A should acknowledge the conflict in preferences by compensating

B. Rodrik has offered a normatively appealing bright-line rule, but its workability depends on being able to determine which countries are sufficiently democratic.

The puzzle of *who* should get compensated is accompanied by the puzzle of *why* compensation should occur. Notions of ‘international fairness and responsibility’ justify compensation, according to Lamy. He explains that ‘our trading partners pay a heavy price for some of our domestic choices’.⁶¹ This gives the countries pursuing a collective preference the ‘responsibility to bear the external cost of those measures’.⁶²

Lamy’s explanation implies that the rationale for the compensation is the transborder financial harm rather than the WTO-illegality of the collective preference. That would be a far-reaching justification for compensation because it would also apply to commercial policies such as tariffs and quotas. When the European Community imposes an import quota on meat, it is exacting a ‘heavy price’ on foreign producers just as much as when the Community imposes a ban on hormones. I doubt that Lamy means to suggest that governments using tariffs or employing trade remedies have a responsibility to compensate the frustrated foreign exporters. Nor is he suggesting that measures ostensibly taken for national security (and thus exempt from many WTO rules) should trigger compensation. So his argument for

⁵⁶ The closest the WTO has gotten is *US – Copyright Act*, where the DSU Article 25 arbitrator estimated the amount of royalties that were not being paid to European right holders because of the US violation. Award of the Arbitrators, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/ARB25/1, circulated 9 November 2001. This award of €1.2 million became the basis for a temporary settlement in which the US government deposited three years of compensation into a special fund that is used to support and promote European musical artists. The monies did not go to the right-holding victims however. Instead, the funds are administered by the European Grouping of Societies of Authors and Composers which is spending the funds to combat piracy on the internet and to support copyrights. See <http://www.gesac.org/eng/news> (visited 8 January 2005).

⁵⁷ Above n 2, at 11

⁵⁸ Under US law, all imports from Myanmar are banned. 50 USCS § 1701 note (2005).

⁵⁹ Bhagwati offers the example of compensating producers of factory-farmed chickens. He says that the payment is likely to be regarded as paying sinners for not practicing vices!’. Bhagwati, above n 29, at 152.

⁶⁰ Above n 26, at 66-67

⁶¹ Above n 2, at 11

⁶² Ibid

compensation, even though clothed as an injury claim, would seem to hark back to the nature of the contested preference and its presumptive inconsistency with current WTO rules. Finally, Lamy does not discuss the difficulty that lower-income countries would face in providing financial compensation. If Countries A and B both inhibit the same dollar value of trade with Country C, then both countries would owe C's exporters a commensurate amount of compensation. But if A is a high-income country and B is a low-income country, then B may be less able to pay the compensation, and thus less able to retain the collective preference. To me, this practical difficulty for low-income countries is a major deficiency of the proposal.

Compliance

Lamy contends that with his proposal, 'The outcome of conflicts involving collective preferences would be much the same as today but the existence of a safety net like a safeguard clause would enable the parties concerned to achieve that outcome without generating so much tension and friction'.⁶³ The avoidance of tension and friction would come, presumably, because the safeguard would legitimize the continuation of the contested trade measure notwithstanding WTO rules.⁶⁴ In other words, WTO Members could keep their community preference so long as they were willing to pay for it through compensation. Given that description of Lamy's plan, the question arises whether it amounts to any tangible difference from current WTO law. After all, the WTO does not really 'strike down' national laws, even though commentators sometimes say that.⁶⁵ A WTO Member can refuse to lift a trade measure ruled to be a WTO violation, as Europe did in *EC – Hormones* and the United States did in the *US – Byrd Amendment* dispute. Everyone would agree that, ultimately, achieving compliance is a decision to be made by the scofflaw government.⁶⁶

Where there is disagreement is whether WTO rules give the defending government a formal obligation to comply or merely an obligation to accept retaliation should it not comply. John H. Jackson has championed the notion that governments do have an obligation to comply.⁶⁷ Warren F. Schwartz and Alan O. Sykes have ably argued that non-compliance may be an acceptable outcome.⁶⁸ In this debate, I have sided with Jackson,⁶⁹ and in my estimation, most

⁶³ Ibid, at 10

⁶⁴ Lamy's paper does not explicitly state that a measure would have to be ruled WTO-illegal *before* the collective preference safeguard could be invoked. Indeed, one can imagine employing a safeguard to head off politically troublesome dispute settlement. In my view, however, recourse to a collective preference safeguard should be available only after an adverse WTO ruling because the ruling can then become a factor in the domestic debate inside the defendant country. The analysis and reasoning of the panel will serve to explain international trade law and why it is in tension with the national measure being challenged.

⁶⁵ See, e.g., Timothy M. Reif and Julie Eckert, 'Courage You Can't Understand: How to Achieve the Right Balance between Shaping and Policing Commerce before the World Trade Organization', 42 *Columbia Journal of Transnational Law* 657 (2004), at 710–11 (saying that panels and the Appellate Body 'strike down' national regulations).

⁶⁶ See Andrew G. Brown, *Reluctant Partners. A History of Multilateral Trade Cooperation* (Ann Arbor: University of Michigan Press 2003) 46 ('It is nothing new in history that nations have, if able, found ways to evade their treaty obligations whenever domestic political circumstances have appeared to demand it.').

⁶⁷ John H. Jackson, 'The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation' 90 *AJIL* (1997) 60; Jackson, 'International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"?' 98 *AJIL* (2004) 109.

⁶⁸ Warren F. Schwartz and Alan O. Sykes, 'The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization', 31 *Journal of Legal Studies* (2002) S179.

of those who analyze the matter closely do so too.⁷⁰

If one accepts that a government has an obligation to comply with a WTO panel ruling against it, then Lamy's proposal does make a significant change. The new safeguard would legalize an otherwise WTO-illegal act based on a genuine collective preference. Right now, the European Union is a scofflaw in the WTO because it has not complied with the *EC – Hormones* ruling.⁷¹ This disconnect between the Community's legal responsibility and its internal political capacity to make the required change has proved embarrassing. The new safeguard would provide an honorable escape for governments in such circumstances.

THE CHALLENGE OF OUTWARDLY-DIRECTED PREFERENCES

Lamy's paper does not discuss whether there are to be limits to the range of permissible preferences. Two types of preferences are at stake – (1) inwardly-directed preferences, for example, regarding food wholesomeness, and (2) outwardly-directed preferences, for example, to promote democracy in other countries.⁷² Lamy discusses both types, so presumably he is not making a distinction between them. Among the outwardly-directed preferences he discusses are death penalty, forced labor, and child labor. He also states that 'Most of the difficulties with collective preferences arise when countries think that their choices should apply to everyone, not just to them'.⁷³

In my view, the distinction between inwardly- and outwardly-directed preferences is important. This distinction is not just a question of 'processes and production methods'⁷⁴ because so-called PPMs are used for both inward and outward preferences.⁷⁵ Rather, the distinction hinges on the purpose of the contested governmental measure. Food safety measures, like the Community's hormone ban, may set a standard for practices in the United States, but the ostensible purpose of the measure is to protect the health of European consumers. The distinction gets murky, however, because any outwardly-directed measure will have been stimulated by the volitions of individuals inside the regulating country. For example, the US law banning imports of dog and cat fur products is outwardly-directed, but the law also satisfies a demand inside the United States for taking this action.⁷⁶ Nevertheless, there is a difference between the two types of preferences, particularly in their interface dynamics.

⁶⁹ Steve Charnovitz, 'Recent Developments and Scholarship on WTO Enforcement Remedies', in Julio Lacarte and Jaime Granados (eds), *Inter-Governmental Trade Dispute Settlement: Multilateral and Regional Approaches* (London: Cameron May, 2004) 151, 161.

⁷⁰ See, e.g., Debra P. Steger, 'WTO Dispute Settlement: What Do You Win When You Win?', in Steger, *Peace Through Trade: Building the World Trade Organization* (London: Cameron May, 2004) 243, 245–46 (discussing the obligation to comply).

⁷¹ In late 2004, the European Commission announced that Europe was now in compliance with the *EC – Hormones* decision. Chris Clayton, 'EU Assails Continuing Sanctions', *Omaha World-Herald*, 9 November 2004, 3D. Rather than seek a compliance ruling under DSU Article 21.5, however, the Commission is requesting an original panel to consider the lawfulness of persisting US retaliation. The non-use of Article 21.5 would seem to be a tactic to secure a new panel in order to avoid being judged by the original panelists.

⁷² See Carlos Manuel Vázquez, 'Trade Sanctions and Human Rights – Past, Present, and Future', 6 JIEL (2003) 797, at 812–19 (discussing inwardly and outwardly-directed measures).

⁷³ Above n 2, at 12

⁷⁴ For a thoughtful study of the fundamental issues in the PPM debate, see Douglas A. Kysar, 'Preferences for Processes: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice', 118 Harvard Law Review 525 (2004).

⁷⁵ For example, PPMs are used for food safety. See Gregory L. White and Roger Thurow, 'In Global Food-Trade Kirmish, Safety is the Weapon of Choice', *Wall Street Journal*, 15 December 2004, A1.

⁷⁶ See 19 USCS § 1308 (2005). The law states that the trade of dog and cat fur products is ethically and aesthetically abhorrent to United States citizens.

The outwardly-directed measure is more problematic because of the potential clash in the collective preferences chosen by importing and exporting countries. The people of the United States may have a collective preference for preventing the slaughter of dogs and cats for fur, but the people of China (for example) may have a preference for engaging in such slaughter. This is not a conflict of law because the United States is not trying to make pet slaughter unlawful in China. Rather, it is a clash of collective preferences. Trade in dog and cat fur is being stymied by the collective preferences in the United States failing to match the collective preferences in China.⁷⁷ If the US ban were ever ruled WTO-illegal, Lamy's safeguard would allow the United States to keep the ban so long as it compensates the producers in China. Yet to echo Bhagwati's point, one wonders whether US public opinion would tolerate using US taxes to pay off Chinese animal skinners.

The dog fur example shows the complexity of the interface possibilities. For an inwardly-directed preference like meat produced without injected hormones, the clash between preferences is limited because European consumers can enjoy natural meat and US consumers can enjoy the hormone-treated meat. The trade dispute can be worked out if US producers ship non-hor-mone meat to Europe or if Europe compensates the United States.⁷⁸ For an outwardly-directed preference like a ban on fur trade, there is a greater clash in preferences because if the US ban does not prevent the animal slaughter, then the United States cannot achieve that objective in China. The only bene-fit from the US ban would be to prevent US moral complicity.

For other outwardly-directed preferences, the interface will be more complex because it may not be possible for both sides to enjoy their preferences. These are the challenges where international collective action is needed. Take climate change, for example, where denizens of Europe may have a greater collective preference for taking action than do denizens in the United States. If Europe were to impose an emissions tax on US imports, and it does not induce US cooperation, then the tax will not accomplish anything for Europe toward satisfying its preference for preventing climate change. Unlike the dog fur ban, where there might be some dogs saved as a result of curbing demand, with climate change, little is accomplished by taxing carbon-intensive imports and then, in effect, canceling the tax through compensation.

The same situation exists for other issues where collective preferences need to be translated into international collective action, for example, fishery conservation or the prevention of nuclear proliferation. This category of issues is characterized by substantial transborder physical externalities and is sometimes referred to as 'global public goods'. The usefulness of the collective preference safeguard for global public goods seems doubtful.

Would the collective preference safeguard be more justifiable for inwardly-directed than outwardly-directed measures? If the WTO is to pro-vide more space for broadly-held volitions, then perhaps this forbearance should be limited to preferences for choices being exercised on domestic matters. Of course, any outwardly-directed policy will have roots in a domestic volition. Still, I think there is an analytical difference between, say, a policy of excluding imported meat with hormones or antibiotics and a policy of using trade leverage to convince other countries to improve animal welfare conditions.

In addition, one should also consider an issue not addressed much in Lamy's paper – that is, whether WTO rules leave enough discretion for domestic measures. Lamy seems to think that WTO rules do. He states that the WTO Appellate Body 'has been a faithful guardian of

⁷⁷ The fact that the country of China produces and exports such fur shows that interests in China have a preference for the dog and cat killing. See Sarah Chalmers, 'The Sickening Trade in Dogs, Slaughtered by the Hundred to be Made into Fashion Accessories for the West', *Daily Mail* (London), 29 May 2003, 20. I have no idea what Chinese public opinion thinks about this practice, and the ensuing trade.

⁷⁸ Today, 11 US cattle producers are certifies to raise cattle for eventual nor-hormone beef shipments to Europe. Clayton, above n 70

“collective preferences” under the WTO system’.⁷⁹ This view is echoed by the WTO Secretariat which asserts on the WTO website that ‘Compliance with WTO Agreements does not in any way reduce the right of a government to make laws for its own territories’.⁸⁰ In my view, such assurances may not be warranted. As WTO disciplines are interpreted and applied, the need for a collective preference safeguard may increase. Part V examines this issue.

SUPERVISION OF DOMESTIC POLICY BY WTO RULES

WTO rules govern not only trade measures but also many domestic measures that may have implications for trade.⁸¹ As the *Korea – Beef* panel stated, ‘... with the WTO Agreement the members have made a bargain and compliance with the WTO Agreement may sometimes require (costly) adjustments to domestic policies and laws’.⁸² Table 1 below shows the many ways that WTO rules can potentially prevent non-protectionist domestic measures designed to achieve national preferences. The intent in Table 1 is to consider only inwardly-directed preferences. In a few instances, footnotes are added where the relevance to WTO law may be obscure.

Whether these rules actually do infringe legitimate domestic measures will depend on how they are adjudicated by WTO panels and the Appellate Body.

⁷⁹ Above n 2, at 7

⁸⁰ WTO Secretariat, « WTO Policy Issues for Parliamantarians », 2001, at 11, http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e.htm (visited 8 january 2005).

⁸¹ See Sungjoon Cho, ‘A Bridge Too Far: The Fall of the Fifth WTO Ministerial Conference in Cancún and the Future of Trade Constitution’, 7 JIEL (2004) 219, at 220 (explaining that the WTO must constrain domestic policies in order to achieve the WTO’s institutional goal or telos).

⁸² WTO Panel Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161,169/R, adopted as modified by the Appellate Body, 10 January 2001, para 673 (internal footnotes omitted).

Table 1. Supervision of Collective Preferences by WTO Agreements

Potential Collective Preference	Key Governing WTO Provisions
Grants to Domestic Producers	Agreement on Agriculture, SCM Agreement, a
Taxes on Domestic Persons and Products	Anti-Dumping Agreement b
Taxes on Foreign Persons and Imports	SCM Agreement c
Regulations applying to Imported Products/Services	GATT, GATS, SCM Agreement
Regulation of Criminal Activity	GATT, GATS, SPS Agreement, d TBT Agreement
Information/Labeling Requirements	Antidumping Agreement, e GATS, TRIPS Agreement
Stewardship of Global Commonsf	TBT Agreement
Delineation of Ownership	GATT, GATS, TBT Agreement, TRIPS Agreement g
	TRIPS Agreement

^a The SCM Agreement is now less deferential to domestic autonomy than it was in 1995. Article 8 of the SCM Agreement identified certain subsidies that were to be non-actionable. These domestic subsidies were designed either to correct market failures or to promote distributive justice. Unfortunately, WTO Members allowed this provision to expire in 2000.

^b See Anti-Dumping Agreement, Article 18.1 and the *US – Byrd Amendment* case.

^c See SCM Agreement, Article 3.1(a).

^d In *EC – Hormones*, the Appellate Body stated that the SPS Agreement is a carefully negotiated balance between ‘the shared, but sometimes competing, interests of promoting international trade and protecting the life and health of human beings’. WTO Appellate Body Report, *EC – Hormones*, above n 41 para 177.

^e Anti-Dumping Agreement, Article 18.1 and the *US – 1916 Act* case.

^f Stewardship of the global commons is not solely externally-directed because every nation shares in the commons.

^g See Sabrina Safrin, ‘Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Blocks of Life’, 98 AJIL 641 (2004).

Without suggesting here that any of this jurisprudence was wrongly decided, let me briefly note several WTO decisions that have implications for the maintenance of domestic autonomy. In *United States – Anti-Dumping Act of 1916*, a longtime US antitrust law was found to violate the Anti-Dumping Agreement.⁸³ In *United States – Continued Dumping and Offset Subsidy Act of 2000* (known as the *Byrd Amendment* case), a compensatory payment to injured producers was found to violate the GATT and the Antidumping and SCM

⁸³ WTO Appellate Body Report, *United States – Anti-Dumping Act of 1916*, WT/DS136,162/AB/R, adopted 26 September 2000. For critical commentary, see Mitsui Matsushita and Douglas E. Rosenthal, ‘Was the WTO Mistaken in Ruling on Antidumping Act of 1916?’, *BNA International Trade Reporter*, 13 September 2001, 1450.

Agreements.⁸⁴ In *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, a sanitary control restricting Pacific salmon was found to violate the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS).⁸⁵ One violation was that the government's chosen level of protection against pathogenic salmon risks was inconsistent with its chosen protection against risks from comparable products (namely, herring, cod, haddock, eel, finfish, and other Canadian salmon), and that the regulatory distinctions being made by Australia were 'arbitrary or unjustifiable' and resulted in a 'disguised restriction on international trade'.⁸⁶ In *EC – Trade Description of Sardines*, a European food labeling regulation was found to violate the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) because the regulation was not based on a relevant international standard.⁸⁷ The Communities lost the case notwithstanding its defense that the international standard was an ineffective or inappropriate means for fulfilling the European regulatory objective.⁸⁸

The possible trumping of domestic social objectives by trade rules can also be seen in the WTO decisions on public policy exceptions where these provisions have been interpreted strictly.⁸⁹ One biting aspect of this jurisprudence is the use of a 'weighing and balancing' analysis in which three factors :

- the contribution of the disputed measure to the country employing it,
- the 'importance' of the 'common interests or values' protected by the measure,
- and the impact of the measure on trade – are weighed against each other.⁹⁰ The weighing can occur in the context of determining whether the importing country's measure is 'necessary' under GATT Article XX(b) or (d).⁹¹ In my view, all three of the Appellate Body's balancing factors are problematic.

The first factor – the contribution or expected effectiveness of the measure – has policy rationality on its side, and yet governments often act irrationally when it comes to trade. If WTO law seeks to mandate national policy effectiveness, I believe it odd to start with GATT Article XX rather than the other parts of the WTO system, such as special and differential treatment, that are notoriously ineffective if not counterproductive. Making effectiveness a prerequisite to qualify for some of the GATT's public policy exception will further restrict the

⁸⁴ WTO Appellate Body Report, *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS217,234/AB/R, adopted 23 January 2003 (known as the *Byrd Amendment* case). For critical commentary, see John Greenwald, 'WTO Dispute Settlement: An Exercise in Trade Law Legislation', 6 JIEL (2003) 113, at 120–23.

⁸⁵ WTO Appellate Body Report, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, WT/DS18/AB/R, adopted 6 November 1998.

⁸⁶ Ibid, paras 139–78, 227–40. For supportive commentary, see Robert Howse, 'Democracy, Science, and Free Trade: Risk Regulation on Trial at the World Trade Organization', 98 Michigan Law Review (2000) 2320, at 2352–53.

⁸⁷ WTO Appellate Body Report, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R, adopted 23 October 2002.

⁸⁸ Ibid, para 291. The ruling occurred even though neither the complaining country Peru nor any of the governments in the Communities had 'accepted' the international standard.

⁸⁹ Veijo Heiskanen, 'The Regulatory Philosophy of International Trade Law', 38(1) Journal of World Trade (2004) 1, at 22 (explaining that the Appellate Body has adopted 'strict scrutiny' in GATT Article XX cases)

⁹⁰ See WTO Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea – Beef)*, WT/DS161,169/AB/R, adopted 10 January 2001, paras 162–66; applied to health measures in WTO Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, para 172

⁹¹ The Appellate Body has not presented an explicit methodology as to how to do the weighing. One scholar has proposed a formula for the Appellate Body's proportionality test. See Sarah H. Cleveland, 'Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility', 5 JIEL (2002) 133, at 169.

availability of those exceptions.⁹²

The second factor – the importance of the values being pursued – would seem justified because more important values should warrant more judicial deference as to their necessity. The problem comes in determining importance in a neutral way. So far, the Appellate Body has not explained how it measures the ‘importance’ of a national ‘value’. The use of the term ‘common’ to qualify the ‘interests or values’ may suggest that a qualifying value has to be pursued not only in the defending country but also in the complaining country.⁹³ Yet nothing in the text of Article XX suggests that the values it covers have to be commonly held.

The third factor – trade impact – is even more problematic.⁹⁴ Making the trade impact or trade-restrictiveness of a public policy a factor in determining whether an Article XX exception is warranted seems misplaced because trade restrictive-ness is not disqualifying in WTO provisions regarding the use of trade policy. For example, a government considering the imposition of an antidumping duty does not have to take into account the resulting trade restrictiveness. Another problem is that the trade restrictiveness of a policy will vary among affected countries. If Country A’s import ban on widgets affects Countries B and C, but only Country B is highly-dependent on widget exports, would it be legitimate for a WTO panel to decide the GATT Article XX issue one way for B and the other way for C? I don’t think so, and yet such a different outcome could happen with a trade impact test. One should also note that the text of Article XX(b) and (d) says nothing about trade impact as a qualifier. Although analysts may differ on this point, in my view, a trade-restrictiveness factor for Article XX did not come into trade law until the Appellate Body’s decision in *Korea – Beef*.⁹⁵

Not only are there problems with each of the three factors, but there would also be a serious problem with the balancing of costs and benefits. If the availability of a GATT public policy exception hinges on the commercial impact of the measure on another country, then the WTO dispute system will be engaging in inter-country comparisons. For example, it will be weighing the trade harm to the exporting country against the health, environmental, or consumer gain to the importing country. Yet such normative judgments will be hard to make in a principled manner. It is one thing to weigh commerce versus health within a polity empowered to enact positive law in both areas (for example, the European Community), but quite another to do the balancing between sovereign countries that do not share common lawmaking.

As we have seen in over 16 years of GATT and WTO jurisprudence regarding General Exceptions, panels have a tendency to add new hurdles to the treaty text. In *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences*, the ‘weighing and balancing’ technique was extended to determine whether the challenged measure was

⁹² See Tatjana Eres, ‘The Limits of GATT Article XX: A Back Door for Human Rights?’, 35 *Georgetown Journal of International Law* (2004) 597 (arguing that Article XX (a,b,d) requires measures to be effective and therefore does not allow trade restrictions to enforce human rights).

⁹³ Gabrielle Marceau and Joel P. Trachtman, ‘GATT, TBT and SPS: A Map of WTO Law of Domestic Regulation of Goods’, in Federico Ortino and Ernst-Ulrich Petersmann (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995–2003* (The Hague: Kluwer Law International, 2004) 275, 315–17.

⁹⁴ The Appellate Body seems to equate trade restrictiveness and market intrusiveness. See WTO Appellate Body Report, *Korea – Beef*, above n 89, para 172 (agreeing with the panel report). The Appellate Body was not clear on what it meant by market intrusiveness.

⁹⁵ See WTO Appellate Body Report, *Korea – Beef*, above n 89, paras 163–64. Alan Sykes argues that the pre-WTO caselaw regarding ‘necessary’ in Article XX, which hinged on using the least-GATT-inconsistent option, was ‘of course, just a linguistic variant of a least restrictive means test’. See Alan O. Sykes, ‘The Least Restrictive Means’, 70 *University of Chicago Law Review* 403 (2003), at 406–07. I do not agree with him, and believe that a substantial transformation has taken place.

cognizable as a health measure under GATT Article XX(b).⁹⁶ The panel weighed the health benefits of the measure to Europe against what the panel perceived as the ‘damage of the measure to the multilateral negotiating framework’, and then decided that this alleged damage was enough for it to refuse to recognize the narcotics control effort as a health measure.⁹⁷ Here the panel was weighing the health benefit to Europe against the damage to the WTO. The panel went on to conclude that the European trade restriction at issue was not ‘necessary’ under Article XX(b) because it could be replaced by a policy of giving more financial assistance, technical assistance, and tariff reductions to drug-affected countries.⁹⁸

Recently, a WTO panel transplanted the GATT balancing test into the rules on trade in services. In the first ‘General Exceptions’ case adjudicated under GATS, in 2004, the panel held that for a measure to be ‘necessary’ under the moral exception in GATS Article XIV(a), the United States was required to negotiate with Antigua to see if a way could be found to avoid the harm associated with the remote gambling services that Antigua’s private sector was offering to US residents.⁹⁹ The fact that the United States had not entered into gambling negotiations was a decisive reason why it lost the case at the panel level. The panel went so far as to say that a US negotiation with Antigua was required even if the United States considered the gambling ban ‘indispensable’.¹⁰⁰ Note that the panel did not suggest that seeking to negotiate was a principle of international law accepted by WTO Members. Instead, the panel discovered the requirement to negotiate by employing the Appellate Body’s ‘weighing and balancing’ test.¹⁰¹ I hope that the panel’s rigid ruling is overturned and note that it may be inconsistent with a prior Appellate Body ruling regarding the balancing test.¹⁰²

In surveying this Article XX jurisprudence, I do not mean to suggest that no national collective preference is safe at the WTO.¹⁰³ My point only is that developments in the application of WTO law should be a central factor in considering whether a new safeguard is needed. In contending that the WTO dispute system ‘has been a faithful guardian’ of collective preferences, Lamy’s paper elides important legal and factual questions. Perhaps Lamy’s view on guardianship is colored by a misunderstanding. For example, he sees the Appellate Body decision in *US – Shrimp* as ‘departing’ from a ‘strict jurisdictional reading’ of GATT Article XX(g), and his paper seems to favor that broader geographic scope.¹⁰⁴ In

⁹⁶ WTO Panel Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/R, adopted as modified by the Appellate Body 20 April 2004, paras 7.209–7.210.

⁹⁷ Ibid

⁹⁸ Ibid, para 7.222

⁹⁹ WTO Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US – Gambling)*, WT/DS285/R, circulated 10 November 2004, paras 6.529–6.533. In reaching this conclusion, the panel found relevant a similar holding in the panel decision in the first *Tuna-Dolphin* case. Ibid, para 6.526 and n 980 (recalling the Appellate Body’s dictum that panels might find unadopted GATT panel reports to offer useful guidance). In my view, any time a WTO panel follows the reasoning of the unadopted 1991 and 1994 *Tuna-Dolphin* reports, the results will prove as mischievous for the WTO as they did for the GATT. The *US – Gambling* report is under appeal and has not been adopted.

¹⁰⁰ WTO Panel Report, *US – Gambling*, above n 98, para 6.534 (suggesting that for the regulation to be ‘necessary’ under GATT Article XX, the United States should first pursue other appropriate measures such as diplomatic overtures or foreign assistance), para 6.562.

¹⁰¹ Ibid, para 6.477.

¹⁰² See WTO Appellate Body Report, *Korea – Beef*, above n 89, para 164 (suggesting that the balancing test does not apply to indispensable measures)

¹⁰³ One analyst has argued that ‘The WTO agreements already provide members with safeguard clauses aimed at preserving collective preferences . . .’. Olivier Cattaneo, ‘Has the WTO Gone Too Far or Not Far Enough? Some Reflections on the Concept of “Policy Space”’, in Andrew D. Mitchell (ed), *Challenges and Prospects for the WTO* (London: Cameron May, forthcoming).

¹⁰⁴ Above n 2, at 7

fact, however, the Appellate Body did not make that departure.¹⁰⁵

In my view, Lamy's proposed safeguard will become more justifiable if trends continue in the WTO to constrict the arteries of domestic regulation. Let me reiterate that the cases discussed in my analysis involve inwardly-directed preferences. The WTO jurisprudence on outwardly-directed preferences is another matter.

In summary, Part V has shown that WTO rules may thwart domestic policies in ways that are unpredictable and unwarranted.¹⁰⁶ Lamy's proposal, however, is not predicated on a supposition that panels may make mistakes or that WTO law itself is too strict. He seems to accept the validity of the caselaw, but still wants to find a way to evade it. In my view, the most compelling justification for a collective preference safeguard may be something that Lamy does not consider; viz., that panels and the Appellate Body may not always be infallible.¹⁰⁷ If an error is made, a collective preference safeguard may offer the defendant government a way out of its compliance obligation while giving the dispute system a chance to refine and correct the jurisprudence in future cases.¹⁰⁸ Thus, the escape valve proposed by Lamy can have systemic value for the WTO as well as value for society in the defendant country.

The uncertainty as to WTO rules is also an important consideration with respect to Lamy's other major policy suggestion. With regard to future trade liberalization, Lamy suggests that 'it is advisable not to push for integration in areas rich in collective preferences'.¹⁰⁹ Whether that advice is sound depends on the degree of strict scrutiny in emerging dispute practice. If WTO rules are applied deferentially to legitimate, non-protectionist national policy, then I would not agree that WTO negotiations should avoid integration in areas rich in collective preferences. For example, there are good political and economic reasons to continue with negotiations on agricultural support, free movement of natural persons, and fisheries subsidies, even though all of these areas may be rich in collective preferences.¹¹⁰

CONCLUSION

In an interconnected world, value-free trade is a fiction. Individuals, groups, and governments are sure to have preferences about international commerce that will complicate voluntary transactions between buyer and seller. Recognizing this difficulty, Lamy wants the

¹⁰⁵ See WTO Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, para 133; W. J. Davey, 'WTO Dispute Settlement Practice Relating to GATT 1994', in *The WTO Dispute Settlement System 1995–2003*, above n 92, 191, 205

¹⁰⁶ See Robert E. Hudec, 'Science and "Post-Discriminatory" WTO Law', 26 *Boston College International & Comparative Law Review* (2003) 185, at 188 (noting that some of the new trade rules formulated during the Uruguay Round are 'calling for international tribunals to second-guess the rationality of a regulatory judgment at the national level').

¹⁰⁷ See Petros C. Mavroidis, 'The Trade Disputes Concerning Health Policy Between the EC and the US', in Ernst-Ulrich Petersmann and Mark A. Pollack, *Transatlantic Economic Disputes* (Oxford: Oxford University Press, 2003) 233, 243 (discussing wrong dispute outcomes).

¹⁰⁸ Of course, where judicial errors occur, the safeguard would only be available when the measure is based on a collective preference, not when the measure stems from legislative logrolling (e.g. the Byrd Amendment) or is dictated by expertise.

¹⁰⁹ Above n 2, at 9. In a footnote, Lamy says that this is true to a point because concentrating on easy integration eventually gives rise to an unbalanced structure

¹¹⁰ Furthermore, the WTO Agreement mandates for negotiations on agriculture and services recognize the sensitivity of non-economic considerations. See Agreement on Agriculture, Article 20(c); GATS Article XIX:2 (due respect).

WTO to experiment with a new safeguard for collective preferences. Lamy is trying to safeguard certain democratic choices at the national level from being overridden in the WTO. Equally important, he is trying to safeguard the WTO from a mercantilist zeal that could undermine public support for the trading system. Lamy's aspiration is appropriate in my view.

Nevertheless, his plan is problematic. The most serious problem is that the underlying principle may be wrong. In other words, it may be wrong for a WTO-illegal law with popular appeal to lead to a different result than a WTO-illegal law not backed by vocal support. Both laws are products of democratic choice. Another serious problem may be that this escape would be more easily available to governments with budget resources to use for compensation than to governments lacking such resources.

On the other hand, the most common objection to Lamy's proposal does not seem especially salient – namely, that it would create an open season for new collective preferences. Although it is true that a new safeguard might slightly reduce the disincentive against violating WTO rules, the disincentives are already low enough to allow WTO-illegal collective preferences to persist, at least in large economies. Moreover, under Lamy's plan, governments have to compensate for a national collective preference.

Whatever the merits of Lamy's safeguard, I doubt the political practicality of adding that rule to the WTO. The difficulty is that many governments would oppose the idea and demand a high front-end payment for accepting it even though each recourse to the safeguard would entail a compensatory payment. Thus, I predict a continuation of the status quo in which powerful governments retain WTO-illegal collective preferences and suffer any ensuing SCOO.

Lamy's attention to the process of domestic validation has independent merit. Governments exposed to pressures for unwise collective preferences can do a better job engaging in deliberation and promoting public education. Expecting politicians to exhibit that leadership may be utopian.

**Comments on Pascal Lamy:
From Social to World Preferences**

Charles Wyplosz

INTRODUCTION

Few trade negotiators take the time of theorizing on trade negotiations. This is one reason why Pascal Lamy's paper is so very interesting. Another reason is that he tries hard to bridge opposing views based on separate theoretical constructs. Trade theory restricts the scope of trade protection to carefully identified market failures, while the theory of collective preferences provides a broad justification for public interventions in the presence of social needs. Applying both theories to trade negotiations is therefore an interesting undertaking. Given Pascal Lamy's unique experience as trade negotiator, and his upcoming challenge, his views matter.

Two preliminary remarks are in order. First, I am not a trade economist. Many of the issues at stake have been the object of a considerable body of literature that I have followed as a *diletante*, which means that I am not confident that my assertions are always correct. I deliberately take the risk of being proven wrong because I applaud the efforts of *En Temps Réel* at encouraging exchanges between people who rarely, if ever, talk to each other. Second, Pascal Lamy has always tried to straddle the frontier between politics and economics, and this paper clearly reflects this aspect of his thinking. He combines good economics with the kind of ideological approaches that dominate among his political friends, being faithful to both. I am deeply suspicious of ideologically-driven reasoning because I believe that good economics ought to be divorced, as much as is humanely possible, from partisan interests; good economics recognizes the importance of interest groups, of distributive conflicts and of institutional constraints. This is why my comments in many ways do not do justice to Pascal Lamy's efforts at reconciling views that often presented as irreconcilable.

My comments come in three parts. In the next section, I present my understanding of Pascal Lamy's central idea that trade is too important an activity to be left to economists or, more precisely, to economic forces. I recognize his point but suggest that social preferences matter when they differ from one jurisdiction to another. Looking at national differences, I suggest that democracy is usually ill-equipped to deal with such conflicts, not just of interests, but also of social values. In the next section, I take seriously the idea that national social preferences could be part of trade negotiations. Economists instinctively tend to see the use of collective preferences as a backdoor way of justifying protection. This leads me to ask what precisely do we mean when we refer to social preferences. The concept turns out to be rather imprecise and therefore open to manipulation. I conclude that basing trade negotiations on such a concept could be quite dangerous. In the last section, I proceed in the opposite direction. I start by noting that economic principles alone cannot be the basis of trade negotiations. How can social preferences help? The section argues that we should start from the Coase theorem, the idea that non-market interests are best dealt with by allocating property rights. Exploring how this could be done in a few prominent examples, I conclude that the Coase theorem is unlikely to be operational at the world level because we need to establish norms, which requires first to reveal world preferences. Democracy comes back, with the sad observation that there is no such a thing as a world democracy. Trade protection is seen as a second best, but one that favors the rich countries, in effect allowing them to appropriate the underlying property rights.

LINK BETWEEN COLLECTIVE PREFERENCES AND TRADE

Economists traditionally look at trade negotiations in two steps. First, what market failures are invoked to justify protection, and what protection is justified? Second, given that trade has redistributive effects, how can these effects be dealt with?. This second step requires the recognition that trade opening creates many anonymous winners and few vocal losers. Economic theory prescribes that the former compensate the latter, this is called Pareto transfers, but in practice Pareto transfers are rarely implemented. Losers know that and organize themselves in pressure groups that primarily aim at preserving the *status quo*. GATT negotiations, and now the WTO, formalize this tension between economic principles and economic reality, with considerable success but also notable failures. This approach has been the object of massive work, both theoretical and empirical. It is not the approach that Pascal Lamy intends to revisit.

Instead, he brings to bear an apparently wholly different logic. He starts with the appealing observation that trade opening – a part of the so-called globalization process – shakes established social patterns. The debate on agricultural policies well illustrates this point. Agricultural protection is a well-known source of economic inefficiencies: it hurts consumers by keeping prices above free-trade levels and it prevents the developing countries from exploiting their most obvious comparative advantage. A symptom of protection is overproduction along with high prices in the North, poverty and development traps in the South. How can agricultural trade protection be justified? Enters the principle of collective preferences. People in the North care not just about getting food of the best quality at the lowest price, which is what free markets deliver, at least if they are exempt from significant failures. They care about health issues, as the mad cow crisis powerfully illustrated, which requires traceability and other measures that may actually undermine the comparative advantage of the South. They also care about landscapes in their rural areas, which stand to be deeply altered if trade openness were to significantly shrink the ranks of farmers. In the end, therefore, removing trade protection may provide effectiveness gains, even contribute to the end of under-development in some of the poorest countries in the world, but it could violate deeply-felt collective preferences in the North. This one reason why there is so much protection for a very small industry.

This example is easy to grasp but the argument is much wider. Trade openness often involves specialization, which means that some economic activities develop somewhere and disappear elsewhere. Whole industries may thus be closed, not just disenfranchising skilled workers but also dissolving social bonds that have been the cement of social life in localities, sometimes even region. A good example, dear to France, is the end of mining in the North and in the East. At the regional level, there was a strong preference for keeping such industries. At the national level, the prospect for efficiency gains have outweighed regional preferences. How do we deal with such conflicts? Pareto transfers – they were plentiful in that rare instance – may compensate miners for job losses, but what about their children, and the children of their children? What about the sense of community solidarity that has made these regions operate as tightly-knit communities, rich with traditions that have shaped lifestyles? Collective preferences do matter, but at what level are they determined? We now face a head-on conflict between local social preferences and wider gains in living standards. Democracy theory should be the response, but it is not. A centralized country will favor the general national interest, a decentralized country will not. Which is preferable? There is no answer, there cannot be a general answer from democracy theory principles alone.

SHOULD TRADE NEGOTIATIONS EXPLICITLY RECOGNIZE COLLECTIVE PREFERENCES ?

Collective preferences have been loosely defined so far; in his contribution, Pascal Lamy does not provide a precise definition either. Sociologists sometimes refer to social preferences as an essential characteristic of a society, given by history and basic values. Economists prefer to link them to individual preferences, and I will follow this approach for two reasons: first, because it is the theory that I know; second, because I fail to understand how basic values can exist outside individual preferences in a democratic society.

Economic theory typically derives social preferences from individual preferences over particular choice possibilities. This process of aggregation of individual preferences raises many deep issues, which have been the subject of considerable work for well over two centuries. Should we sum some inevitably arbitrary measure of individual preferences, in essence mimicking elections? In doing so, we face the impossible task of weighting weak and strong preferences, but which really means comparing individual preferences. Should we instead limit ourselves to identify outcomes that are preferred by some while not being less desirable for others, a principle called Pareto dominance? At the operational level we also need to design processes that reveal individual preferences, and democracy is the obvious solution, but the devil lies in the details. To start with, individuals may conceal their true preferences for a variety of reasons. Eliciting true preferences under all circumstances has been found to be mission impossible. Then, we face the Condorcet paradox, warning us that collective preferences may exhibit undesirable characteristics, opening the door to misrepresentation and even manipulation. Another question is when do we consider that a majority is sufficient: does 50% of the votes represent the right benchmark, should it be 50% of the people or more when some views are strongly held? Finally comes the tantalizing issue of bundling: collective preferences cover the huge range of issues, each of which separates people in different majorities. General elections for president or parliament mix up preferences on many issues, leaving governments with considerable discretion when deciding on each of them. Case by case referenda could be seen as the response but how can we be sure that voters do not bundle issues and use referenda for strategic purposes? Even in countries which, like Switzerland, have a long practice of direct democracy, bundling is often present, especially when a referendum is also an expression of approval of the policymakers who ask the question. As soon as strategic considerations come into play, and this is the rule rather than the exception, bundling occurs and social preferences cannot be extracted from individual preferences. Collective preferences are not just difficult to derive, they are nearly impossible to determine.

For this reason, injecting collective preferences in trade negotiations may create more harm than help. Every negotiator may refer to his country's collective preferences to argue for some degree of protection or to extract some concession from others, but there is no way of telling whether these are true preferences or just a construct cleverly developed by particular interest groups. In the case of agricultural protection, for instance, there may well be an attachment to rural landscape, but how do we know how citizens balance this preoccupation with economic effectiveness and higher income levels? Economics teaches us to deal with trade-offs: rare are the situations where a decision is clearly best – Pareto-superior in economics jargon – so that a trade negotiator is entitled to stake out a firm position.

This is why trade economists tend to see the collective preference argument as a potential front for interest group pressure. This presumption is certainly not contradicted by past experience with trade negotiations. Early GATT rounds aimed at reducing classic trade protection in the form of tariffs. Following significant tariff reductions, subsequent rounds had to confront loopholes in the form of non-tariff barriers (NTBs) that were erected as a way to circumvent tariff agreements. In many ways, replacing tariffs with NTBs is a step backward: their costs are implicit and hard to measure, they can be implemented in a myriad of ways, some of them difficult to pinpoint. From a political economy viewpoint, NTBs have the additional disadvantage of transferring the equivalent of tax collection to exporters who enjoy higher prices once they are licensed; This opens the door to untold alliances between exporters and their authorities in charge of allocating export rights. This may be why it has taken years for trade negotiations to agree that NTBs should become a key target for negotiations once tariffs have been successfully brought down. It is hard not to think of the recent emergence of collective preferences as a new tool of protectionism, replacing the now-discredited NTBs. And it seems that, much as NTBs have proven to be more pernicious than tariffs, collective preferences could be used as a more pernicious instrument than NTBs. The reason is that collective preferences cannot be assessed with any precision; it would be enough for a government to state that strong collective preferences are involved to justify trade protection measures. It seems that a law of protection is emerging: the more trade negotiations progress in reducing the previously fashionable protection devices, the more pernicious are the barriers to trade promoted by interest groups.

Of course, none of this is meant to imply that the collective preference argument is always and everywhere used as a front for protection; rather it suggests that the generalization of the argument has the potential of becoming the conduit for a new form of protectionism. This potential is especially worrisome once we realize that the concept of collective preferences itself is unavoidably vague and therefore subject to manipulation by never-defeated protectionist interests.

HOW TO RECOGNIZE COLLECTIVE PREFERENCES ?

Yet, it is not possible to reject off-hand the idea that some countries may have strong non-economic reasons to seek some protection. An obvious example is military procurement since it involves technological secrets that affect national security. This point is not challenged, except of course when it is used to justify protection in dubious cases. Pascal Lamy offers an interesting generalization of this point when he argues that a pure market logic tilts the balance too far towards individual preferences. He notes that markets aggregate individual economic preferences but leave out non-economic preferences; “citizens are erased behind customers”, he argues.

This is undoubtedly true, but here again looms the risk of manipulation, if not outright confusion. Take, for example the case of health, mentioned by Pascal Lamy. We know that health is a classic example of market failure, but what does this imply for trade? Health services are essentially not traded, so they cannot be a concern; there is no justification for protecting doctors and nurses, once their competence can be certified. Pharmaceuticals and technical equipments, on the other hand, are traded and subject to a serious market failure. It takes the form of free riding: heavy investment in research stands to bear no return if imitation is easy. We know that the solution is international agreements on patents, not trade protection.

This example can be generalized. Patents determine property rights: in order to encourage research in drugs, society has long recognized that discoveries must belong to discoverers. But society also recognizes that granting monopoly rights to discoverers may stifle further research ; this is why patents are of limited duration. The fundamental point here is that many market failures are best addressed by establishing property rights ; this is the Coase theorem. In the case of drug research, property rights over specialties are temporarily attributed to labs and then fall in the public domain.

It turns out that many of the issues that Pascal Lamy identifies as reflecting collective preferences can best be dealt with using the Coase theorem. The application of this principle requires deciding on a case by case basis who is given a particular property right to an hitherto non-market good and then letting the market put a price tag on this right. The decision on property rights reflects a basic collective preference and the market value of this right reflects the value that society attributes to the particular preference while preserving economic effectiveness. The point is best illustrated with three examples.

A first example is the environment, a non-market public good. Markets do not recognize that some goods are “dirty”, but society thinks differently, and rightly so. Goods can be intrinsically dirty, for instance cars and fertilizers; other goods are dirty because they use dirty intermediate goods or because of their production process, like steel or electricity. Should we ban trade in dirty goods, or tax them? Obviously, national preferences differ, so an agreement is bound to be hard to reach on such steps. Rich countries, which value highly the environment will say yes, poor countries, which do not have the means to care so much about the environment, will say no. The answer from the Coase theorem is to first assign property rights and then let the market determine the value of these rights, which can then be traded. The Kyoto protocol is a good example of how this can be done in a way that recognizes national preferences while preserving economic effectiveness. Of course, the US refusal to join also illustrates a national preference, but precisely expressed the wrong way, through a political position rather by letting the markets speak.

A second example is child labor. Child labor is repulsive to rich countries, but it is tolerated – possibly even considered normal – in poorer countries much as it was tolerated in most of Europe as recently as in the 19th century. Trade barriers on exports manufactured with child labor input would be imposing rich country values on poor countries, punishing along the way rich country consumers and poor country firms and workers. If the barriers were to succeed and lead to the end of child labor in poor countries, it could be a moral victory for rich country activists, but it could make living conditions even worse for the unemployed children in poor countries. Here again, differences in national preferences need to be reconciled in a way that allows each country to make a reasoned choice, without imposing moral values. The basis for some form of international intervention is that this practice hurts some people in the global village, just like nude sunbathing hurts some sensitivities on beaches. The solution is to use the Coase theorem and this is what is done with nudism: nude sunbathers are free to practice their hobby but they are asked to rent beaches where others can go if they wish.¹¹¹ If the world’s majority is against child labor, the basic property right should be that children do not work. Countries that disagree would have to pay for the right to employ children. Of course, this is impractical for many reasons: we don’t know what the world’s majority thinks, it would be impossible to monitor and it would be equally offending to trade rights to child labor on organized markets. Tariffs on goods produced by children could then emerge as a second or third best solution, assuming that it is enforceable. It may be justified because the property right solution is likely to fail.

¹¹¹ This is the market solution. In France, unsurprisingly perhaps, nude beaches are paid for by local municipalities.

The third example also concerns the labor market. Most European countries favor a high degree of labor protection. The result is high labor costs – and high unemployment where social protection is badly designed – and a tendency towards specialization in capital intensive goods. Some countries argue that their social preference in this area puts them at a competitive disadvantage – they are right – and wish to “harmonize” labor protection, in effect seeking to impose their own norms upon other countries. The debate is not just North vs. South, it is also prominent within the European Union. How can opposing national preferences be made compatible among countries that trade with each other? Are tariffs or NTBs the solution? A far better approach, again, is to apply the Coase theorem: each country has the right to choose its own degree of social protection. This is indeed currently the case. Who pays for what, then? As matters stand, there is no need for any international agreement. Those countries that wish to have the highest and least inefficient social protection pay for this national collective preference in terms of reduced competitiveness in terms of lower living standards and higher unemployment. They remain free to alter their choice if they feel that the price is too high. Of course, some of these countries would like to reverse the situation and have the others pay for the right to low social protection. This would amount to changing the property right: instead of leaving the choice free, we could agree on an international – or, within the EU, a European – basic level of social protection and trade rights to do less, much as the Tokyo protocol allocates rights to pollute more than the accepted norm. Viewed this way, we can see that debates on acceptable social norms, a pet topic of some rich countries, is really a debate on what is the basic property right and who should pay or receive payments for deviations from the norm. It is a perfectly respectable debate that conceals huge economic interests behind moral arguments.

These three examples illustrate various aspects raised by the application of collective preferences to trade. They suggest a few conclusions. First, divergent social preferences should not be stated in moral terms. Preferences naturally differ across civilizations and even over time within civilizations. Second, there should not be any attempt by some groups of countries to impose their own social preferences on other countries. Third, and as a consequence, the choice of an international standard is really a choice of a property rights, which in turn leads to transfer payments. This is both about non-market values and about big money, deeply intertwined. Who is to make such a choice? In principle, the people of the world – or all Europeans in the EU – should determine what is the norm. But there is currently no scope of running worldwide referenda on such dividing issues; not only is democracy limited to a small part of humanity but bundling and strategic voting would surely distort any referendum. Absent a method of determining world preferences, it becomes impossible to implement the Coase theorem. The Kyoto protocol is a rare example of an effort to define worldwide property rights on a non-market good, but it is only partly successful. Fourth, then, trade protection can be an alternative, as illustrated in the case of child labor. Yet, trade barriers are more effective in the hands of the rich countries because this is where purchasing power lies. Using the trade system therefore amounts to have the rich countries imposing their own social preferences on the poor countries, as they *de facto* determine the world norm and make those countries that do not agree bear the costs. Put differently, the rich countries capture the underlying property rights. This is an old tradition in mankind’s history, ranging from masters and slaves to imperial powers. I am not sure that I am in favor of perpetuating it.