

Thèse de Doctorat en cotutelle

**La réglementation multilatérale des subventions et son
application au regard de l'évolution du concept du
développement durable**

**Presentée par Daniel Fornaziero Segura Ramos
Directeurs : Hélène Ruiz Fabri et Umberto Celli Junior**

Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne et Universidade de São Paulo

Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne et Universidade de São Paulo

Thèse de Doctorat en cotutelle

Daniel Fornaziero Segura Ramos

Date de la soutenance : 15 juin 2021, 15h00 (en ligne)

Titre de la thèse : La réglementation multilatérale des subventions et son application au regard de l'évolution du concept du développement durable

Directeurs de la thèse :

Hélène Ruiz Fabri, Professeure, Directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit
procédural

Umberto Celli Junior, Professeur à l'Université de São Paulo

Membres du jury :

Alberto do Amaral Júnior, Professeur à l'Université de São Paulo

Hervé Ascensio, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 – Panthéon
Sorbonne

Michelle Ratton Sanchez Badin, Professeure à l'Université de São Paulo, Fundação Getulio Vargas,
Rapporteure

Hélène Ruiz Fabri, Professeure, Directrice de l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit
procédural, Co-Directrice de la recherche

Umberto Celli Junior, Professeur à l'Université de São Paulo, *Co-Directeur de la recherche*

Gabrielle Marceau, Senior Counsellor Organisation mondiale du commerce, Professeure à
l'Université de Genève, *Rapporteure*

L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci sont propres à son auteur.

Fruit de près de huit années de recherche et de développement professionnel, il me serait impossible de reconnaître de manière appropriée tous les experts qui ont rendu cette thèse possible.

Je voudrais tout d'abord remercier grandement mes co-directeurs de thèse, Madame la professeure Hélène Ruiz Fabri et Monsieur le professeur Umberto Celli Junior pour toute leur aide. Je les remercie de m'avoir encadré, orienté, aidé et conseillé. Nos échanges intellectuels et leurs conseils judicieux ont été indispensables dans cette entreprise.

Madame la professeure Michelle Ratton Sanchez Badin et Madame la professeure Gabrielle Marceau m'ont fait l'honneur d'être rapportrices de ma thèse et d'offrir leur avis constructif sur la base de leur solide et prestigieux parcours. J'ai eu l'honneur de compter de nombreuses fois avec leur analyse technique tout au long de ma vie académique et professionnelle.

Je tiens à remercier Monsieur le professeur Hervé Ascensio et Monsieur le professeur Alberto do Amaral Júnior pour avoir accepté de participer à mon jury de thèse et pour le temps qu'ils ont consacré à l'examen de ma recherche. C'est également un honneur d'avoir la chance de compter avec leur expertise approfondie et leur analyse lucide. Je remercie également Madame Virginie Lanceron pour tout son travail de correction et de relecture professionnelle de ma thèse. Je remercie toutes les personnes avec qui j'ai partagé mes études et notamment ces années de thèse.

Mes derniers remerciements vont à mon épouse Élita de Caria Ramos qui a tout fait pour m'aider, qui m'a soutenu et surtout supporté dans tout ce que j'ai entrepris.

LISTE DES ABBRÉVIATIONS

Accord antidumping – Accord sur la Mise en œuvre de l’Article VI de l’Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994

Accord OTC – Accord sur des obstacles techniques au commerce

Accord SMC – Accord sur les subventions et les mesures compensatoires

Accord SPS – Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires

Accord sur l’OMC – Accord instituant l’organisation mondiale du commerce

ACR – Accords commerciaux régionaux

ADI – Association de droit international

AELE – Association européenne de libre-échange

AEM – Accords environnementaux multilatéraux

BPR – Bonnes pratiques réglementaires

CAFE – Loi de 1975 sur la politique énergétique et les économies d’énergie

CCE – Comité du commerce et de l’environnement de l’OMC

CCNUCC – Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques

CDB – Convention sur la diversité biologique

CE – Communautés Européennes ou Communauté Européenne

CEE – Communauté économique européenne

CIJ – Cour internationale de justice

CITES – Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d’extinction

CITT – Commission interaméricaine du thon des tropiques

CLD – Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification

CMED – Commission mondiale sur l’environnement et le développement

CNUED – Conférence des Nations unies sur l’environnement et le développement

Comité des OTC – Comités des obstacles techniques au commerce

Comité SMC – Comité des subventions et des mesures compensatoires

COP – Conférence des parties

DAES – Département des affaires économiques et sociales

DPCIA – Loi sur l’information du consommateur pour la protection des dauphins

EPA – Agence pour la protection de l’environnement des États-Unis

EPC – Examen des politiques commerciales

ETP – Zone tropicale orientale de l’Océan pacifique est

FAO – Organisation des Nations Unies pour l’alimentation et l’agriculture

GES – Gaz à effet de serre

GIEC – Groupe d’experts intergouvernemental sur l’évolution du climat

Groupe EMIT – Groupe sur les mesures relatives à l’environnement et le commerce international

ICTSD – *International Centre for Trade and Sustainable Development*

IDCP – Programme international pour la conservation des dauphins

IEA – Agence internationale de l’énergie

IISD – *International Institute for Sustainable Development*

Mémorandum d’accord – Mémorandum d’accord sur le règlement des différends

MMPA – Loi de 1972 sur la protection des mammifères marins

NBER – *National Bureau of Economic Research*

OCDE – Organisation de coopération et de développement économiques

ODD – Objectifs de développement durable

OEPC – Organe d’examen des politiques commerciales

OMD – Objectifs du Millénaire pour le développement

ONUDI – Organisation des Nations unies pour le développement industriel

ORD – Organe de règlement de différends

PAGE – Partenariat pour une action sur l’économie verte

PMA – Pays les moins avancés

PNUD – Programme des Nations unies pour le développement

PNUE – Programme des Nations unies pour l’environnement

RCMD – Principe des responsabilités communes mais différenciées

TSD – Traitement spécial et différencié

UE – Union Européenne

UNITAR – Institut des nations unies pour la formation et la recherche

WEF – *World Economic Forum*

SOMMAIRE

Introduction

Première partie : Les subventions – définition, utilisation et impact sur le commerce international

Chapitre 1 : La définition économique d'une subvention

Chapitre 2 : Pourquoi et quand les gouvernements versent-ils des subventions ?

Chapitre 3 : Pourquoi réglementer les subventions à l'échelle multilatérale ?

Deuxième partie : La réglementation des subventions dans le cadre du système commercial multilatéral

Chapitre 1 : L'évolution de la réglementation commerciale multilatérale des subventions : du GATT à l'OMC

Chapitre 2 : Les dispositions relatives aux subventions dans le cadre de l'OMC

Troisième partie : Le concept de développement durable et l'application moderne de la réglementation multilatérale commerciale des subventions

Chapitre 1 : L'évolution du concept de développement durable et ses conséquences sur le système commercial multilatéral

Chapitre 2 : La prise en compte de l'objectif de développement durable par l'Organe d'appel de l'OMC

Quatrième partie : L'application contemporaine des règles de l'OMC sur les subventions eu égard au concept de développement durable et de l'évolution récente du débat multilatéral sur les subventions

Chapitre 1 : L'émergence de politiques industrielles vertes - quels enjeux pour les disciplines multilatérales ?

Chapitre 2 : Les affaires de l'OMC ayant trait à des mesures de soutien aux énergies renouvelables

Chapitre 3 : L'état des débats autour d'une révision de la réglementation commerciale multilatérale des subventions

Conclusions générales et propositions pour une application cohérente des dispositions multilatérales sur les subventions

Bibliographie

Table de matières

Liste des tableaux

Liste des logigrammes

INTRODUCTION

1. La pertinence de l'intervention des États dans l'économie ainsi que ses effets extraterritoriaux est l'un des thèmes centraux du débat économique et politique depuis nombreux siècles. Tout d'abord, la nécessité d'orienter l'économie - et plus largement la société - vers des résultats positifs a conduit les dirigeants politiques à rechercher différents mécanismes en vue d'organiser les facteurs de production et influencer les comportements des individus¹.
2. Dans ce cadre, le recours à des mesures de soutien afin de promouvoir certains types d'activités économiques ou certains groupes sociaux figure depuis longtemps parmi les outils les plus importants de l'arsenal politique des États. Jadis, cela permettait aux monarques de s'attirer les faveurs de secteurs stratégiques tout en favorisant l'exportation de marchandises et l'expansion de leur prestige. Plus récemment, ce type de mesures s'est avéré être un outil inestimable pour faire face aux ralentissements économiques cycliques propres au capitalisme moderne et stimuler la demande afin de sortir les économies de la récession - depuis les crises des années 1920, 1960 et 1970 jusqu'à la crise financière de 2008-2009 et aujourd'hui les graves conséquences économiques engendrées par les mesures adoptées pour lutter contre le COVID-19 -.
3. Jamais clairement définies, les subventions ont été tantôt favorisées tantôt écartées par les économistes avec plus ou moins d'intensité selon l'état des connaissances et des préférences théorico-politiques du moment - mais aussi souvent la bonne santé des budgets des gouvernements -. Ces derniers temps, la doctrine dominante en théorie économique s'est progressivement centrée sur les notions de bien-être et d'externalités positives et négatives (ou défaillances du marché) en cherchant à rationaliser et développer des cadres théoriques

¹ Voir, entre autres : LETICHE, John M. (ed.), *International Economics Policies and their Theoretical Foundations: A Source Book*, Elsevier, 1982, 686 p. ; HOFF, Karla, STIGLITZ, Joseph E., « Modern economic theory and development », in MEIER, Gerald M., STIGLITZ, Joseph E. (eds.), *Frontiers of development economics: the future in perspective*, World Bank, Oxford University Press, 2000, p. 389-459 ; GRUBB, Michael, HOURCADE, Jean Charles, NEUHOFF, Karsten, *Planetary economics: energy, climate change and the three domains of sustainable development*, Routledge, 2014, xxvii, 520 p. ; KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10^e éd., 2015, xxxii, 753 p.

visant à justifier, tout en le conditionnant, l'emploi de différents outils politiques à la disposition des États pour intervenir dans l'économie².

4. À cet égard, les subventions jouent un rôle central en tant qu'outils potentiellement utiles pour compenser les externalités non traitées dans une économie et faire progresser cette dernière vers l'équilibre et la société vers un bien-être plus élevé. Même si elles ne sont souvent pas le « premier meilleur choix » en termes de politiques publiques et qu'elles comportent des risques importants d'utilisation abusive, de capture et de conséquences inattendues, les subventions sont devenues un choix valable pour la plupart des économistes et des politiciens. Rares sont ceux aujourd'hui à nier de manière catégorique la pertinence de leur utilisation sous quelque forme que ce soit et quelles que soient les circonstances.

5. D'autre part, l'interconnexion et l'interdépendance croissantes des économies nationales ont conduit à un besoin accru de mieux comprendre et traiter les effets extraterritoriaux de l'utilisation par les États d'un arsenal de mesures politiques. Fortement marqué par l'approche mercantiliste - retenue par les États en matière de commerce international lorsque les fondements du système actuel ont commencé à être façonnés -, un système commercial multilatéral complexe s'est développé au cours des derniers siècles, caractérisé par un ensemble de règles commerciales internationales fondamentalement axées sur les effets concurrentiels des politiques économiques adoptées par les différents États. En effet, les conséquences économiques négatives importantes de la mise en œuvre de politiques commerciales restrictives de type « chacun pour soi » adoptées après le krach de la Bourse de New York en 1929, associées à une considération collective des avantages économiques d'un commerce international accru pour le bien-être mondial, ont poussé au développement constant d'un cadre juridique international imposant des restrictions à l'utilisation des outils à la disposition des États susceptibles d'affecter le commerce.

6. Par ailleurs, une prise de conscience croissante des conséquences négatives de l'activité économique sur l'environnement - en particulier depuis la seconde moitié du siècle dernier -, a conduit au développement parallèle d'un cadre juridique international complexe

² Voir : MISHAN, Ezra J., « The Postwar literature on Externalities: An Interpretative Essay », *Journal of Economic Literature*, Vol. 9, n° 1, 1971, p. 1-28 ; BATOR, Francis M., « The Anatomy of Market Failure », *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 72, n° 3, 1958, p. 351-379.

et diffus visant la résolution de problèmes environnementaux spécifiques. Ainsi, après des débuts théoriques controversés³, l'interaction entre le système commercial multilatéral et le système environnemental a lentement été consolidée et a conduit à la détermination d'un ensemble commun d'objectifs et de mécanismes fournissant une plate-forme d'action.

7. Cependant, ce n'est véritablement qu'avec la consécration de la notion de développement durable que des bases théoriques et juridiques ont commencé à être élaborées en tant que points de référence normatifs permettant de penser la relation juridique entre les règles des deux systèmes. Avec l'adoption des objectifs de développement durable par les États membres des Nations unies en 2015, ce repère normatif s'est trouvé encore davantage renforcé, offrant un cadre d'action unifié aux décideurs politiques en matière de commerce et d'environnement.

8. Sur le plan commercial, la reconnaissance des notions de développement durable et de protection de l'environnement parmi les objectifs centraux du système commercial multilatéral a joué un rôle déterminant dans l'évolution de l'application de règles commerciales aux politiques commerciales adoptées à des fins environnementales. Cela a notamment fourni un cadre juridique à l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), institué en 1995, lui permettant d'écarter l'approche interprétative retenue par plusieurs groupes spéciaux de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Dans une série de décisions historiques⁴, l'Organe d'appel a ainsi rééquilibré l'application de plusieurs dispositions des accords de l'OMC applicables aux politiques commerciales restrictives liées à l'environnement, en particulier l'Article XX du GATT prévoyant des « exceptions générales ».

9. En conséquence, la logique juridique appliquée à deux des trois principaux outils de politique commerciale dont disposent les États pour influencer sur l'économie - à savoir les

³ Voir MEADOWS, Donella H., MEADOWS, Dennis L., RANDERS, Jorgen et BEHRENS III, William W., *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York, Universe Books, 1972, 205 p. Nous aurons l'occasion de revenir en détail sur cette étude au cours de notre thèse.

⁴ Notamment, dans le cadre d'affaires telles que : *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, WT/DS4AB/R, 20 mai 1996 ; *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998 ; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 3 décembre 2007 ; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012.

« *instruments de commandement et de contrôle* » et les *mécanismes de prix et de marché* - consisterait à leur laisser une marge de manœuvre importante s'agissant de la conception d'une politique spécifique et du choix de l'objectif à atteindre ; tout en s'attachant toutefois à déterminer si les effets préjudiciables éventuels sur le commerce de cette politique peuvent être justifiés par son objectif (c'est-à-dire déterminer s'ils sont cohérents) ou s'ils vont à son encontre (restrictions arbitraires ou déguisées).

10. Cette évolution a répondu à d'importantes préoccupations soulevées par la doctrine et par certains responsables de la politique environnementale lors de la création de l'OMC et de son mécanisme renforcé de règlement des différends. Cependant, les règles applicables au troisième outil politique de la « boîte à outils commerciale » des États, les *mesures de soutien*, n'avaient pas encore été interprétées et appliquées de façon semblable. Pour des raisons historiques et politiques, les règles multilatérales actuelles applicables aux subventions ont été adoptées relativement tardivement. N'ayant été pleinement développée qu'à la fin des années 1980 - fortement influencée par la doctrine économique du « Consensus de Washington »⁵-, la réglementation internationale applicable aux subventions n'a jamais été conçue sur la base de théories économiques et politiques qui envisageraient sa justifiabilité au regard des objectifs légitimes qu'elles poursuivent. Au contraire, son cadre juridique est essentiellement axé sur une neutralisation des effets commerciaux négatifs de leur utilisation.

11. Au fil des ans, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC ont fourni des orientations permettant de préciser les contours normatifs des règles de l'OMC existantes sur le sujet - dont les plus importantes sont celles contenues dans l'Accord sur l'agriculture et dans l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires -. L'approche interprétative initialement retenue - principalement centrée sur une perspective « comptable » des effets commerciaux des subventions - a consolidé une conception restrictive de l'utilisation des subventions. Dans cette optique, dès lors que les mesures de soutien étaient considérées

⁵ L'expression « Consensus de Washington » a été façonnée pour décrire une série de recommandations exprimées par des institutions internationales réunies à Washington (notamment le Fonds Monétaire International et la Banque Mondiale) à la fin des années 1980 visant à ce que les pays en développement équilibrent leurs budgets publics et contrôlent ainsi l'inflation par la voie d'une limitation de l'ingérence de l'État sur l'économie. Voir : WILLIAMSON, John, « What Washington Means by Policy Reform », in WILLIAMSON, John, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, PIIE, 1990, chapitre 2, p. 7-40.

comme relevant du système commercial multilatéral, l'objectif était de les réduire ou de les éliminer ou, à tout le moins, de neutraliser leurs effets. Hormis certaines flexibilités limitées introduites notamment au profit des pays en développement et des pays les moins avancés, très peu de place a été accordée à un débat sur la justifiabilité des subventions au regard des fins légitimes de celles-ci tels les objectifs de développement durable.

12. Une telle approche et la logique juridique qui en découle ne devraient pas être surprenantes si l'on considère le contexte économique et politique de l'élaboration de ces règles. Toutefois, la crise financière de 2008-2009 et, plus récemment, les effets économiques négatifs des mesures adoptées en 2020-2021 pour lutter contre le COVID-19, ont une fois de plus bouleversé le débat portant plus largement sur l'opportunité de l'utilisation des subventions en tant qu'outil politique. En effet, le volume des dépenses de relance engagées par les gouvernements au cours de ces deux crises a fait surgir le spectre d'un conflit potentiel avec le cadre juridique existant de l'OMC relatif aux subventions et a conduit à la résurgence du débat académique et politique sur l'éventuelle nécessité d'une réforme systémique⁶. Il est par ailleurs intéressant de noter que cette situation a également conduit à une évolution des positions politiques habituelles sur le sujet des pays en développement - qui ont réclamé pendant des décennies une plus grande marge de manœuvre en matière d'utilisation des subventions⁷ -, et des pays développés - qui se sont traditionnellement positionnés au niveau international en défaveur des subventions -.

13. D'importantes discussions sur la pertinence de politiques industrielles « douces » ou « dures » visant à garantir un niveau « minimum » de production nationale dans les secteurs « stratégiques » ont ainsi refait surface, renforcées actuellement par des désaccords sur le sujet du « nationalisme vaccinal »⁸. Ce renouveau du débat, associé à la nécessité de plus en

⁶ À cet effet, il est assez illustratif de noter qu'un des premiers rapports du directeur général de l'OMC sur les mesures commerciales prises en réaction à la crise financière de 2008-2009 s'efforce de justifier que les « effets commerciaux microéconomiques » potentiellement négatifs des programmes de relance budgétaire et d'aide financière – souvent discriminatoires – seraient plus que compensés par les effets macroéconomiques positifs pour le commerce d'une demande accrue. Voir : OMC, *Rapport du directeur général à l'OEPC sur la crise financière et économique et sur les faits nouveaux relatifs au commerce*, WT/TPR/OV/W/1, 20 avril 2009.

⁷ Voir : CHANG, Ha-Joon, « Kicking Away the Ladder: Infant Industry Promotion in Historical Perspective », *Oxford Development Studies*, Vol. 31, n° 1, 2003, p. 21-35 ; WADE, Robert H., « What strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of 'development space' », *Review of International Political Economy*, Vol. 10, n° 4, 2003, p. 621-644.

⁸ Voir : BBC NEWS, *New WTO boss warns against vaccine nationalism*, 16 février 2021, disponible sur :

plus indéniable de prendre des mesures urgentes pour modifier radicalement les modèles de production et de consommation afin d'éviter une dégradation irréversible de l'environnement - et d'atteindre les objectifs de l'Accord de Paris sur le climat -, a ouvert la voie au développement de *politiques industrielles vertes*.

14. En effet, un récent rapport du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) indique que si l'économie mondiale a presque quintuplé au cours des cinq dernières décennies, elle a également entraîné la création de « trois crises environnementales interdépendantes » qui affectent la capacité du monde à atteindre le développement durable : le changement climatique, la perte de biodiversité et la pollution. Constatant les conséquences économiques néfastes de la disparition d'un million d'espèces sur les huit millions estimées dans le monde et du dépassement de l'objectif de l'Accord de Paris de limiter le réchauffement de la planète à 1,5 ou 2 degrés Celsius, le rapport inclut parmi ses « cinq principaux messages » l'affirmation suivante :

« The economic, financial and productive systems can and should be transformed to lead and power the shift to sustainability. Society needs to include natural capital in decision-making, eliminate environmentally harmful subsidies and invest in the transition to a sustainable future. [...] Social, economic and financial systems fail to account for the essential benefits society gets from nature and to provide incentives to manage it wisely and maintain its value. The majority of the essential benefits of nature currently have no financial market value despite being the underpinning of current and future prosperity. [...] Achieving the Sustainable Development Goals will require massive shifts and increases in public and private financial flows and investment patterns, including in the water, food and energy sectors. Incentives must be shifted so that investments in sustainable development are financially attractive »⁹.

15. Dans ce débat, les subventions adoptées en vue d'atteindre des objectifs de développement durable - telles les « subventions vertes » - ont un rôle central à jouer. Elles peuvent être utilisées afin d'inciter les économies à s'éloigner des modes de production et de consommation non durables, par exemple en favorisant le développement de nouvelles technologies à faible émission de carbone et respectueuses de la biodiversité - une démarche

<<https://www.bbc.com/news/business-56079088>>, dernier accès le 13.03.2021.

⁹ PNUE, *Making Peace with Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies*, Nairobi, Kenya, PNUE, 2021, p. 13-16.

indispensable identifiée par le rapport -¹⁰. Effectivement, bien que le nombre de subventions vertes jusqu'à présent accordées n'ait pas permis de garantir un abandon rapide des activités économiques nuisibles à l'environnement, elles ont constitué une part importante des mesures de soutien adoptées durant la crise financière et la situation économique actuelle. Le PNUE a constaté qu'environ 23 % de toutes les mesures de relance à long terme adoptées en 2020 par les 50 pays les plus développés pour relancer leur économie après la COVID-19 étaient classées comme « vertes »¹¹.

16. La manière dont ces mesures de soutien de nature écologique s'articulent avec le cadre juridique théoriquement restrictif du commerce multilatéral devient ainsi une question de plus en plus urgente et importante. De fait, le système commercial multilatéral a déjà connu une série de premiers litiges illustrant cette tension. Dans le cadre de trois affaires récentes - *Canada – Énergie renouvelable*, *Inde – Cellules solaires* et *États-Unis – Énergies renouvelables* - le système de règlement des différends de l'OMC a été appelé à appliquer des dispositions commerciales multilatérales à des mesures de soutien adoptées pour promouvoir la production d'énergie renouvelable. Dans l'une de ces affaires - *Canada – Énergie renouvelable* -, l'Organe d'appel s'est éloigné de son approche interprétative traditionnelle et a « ouvert la voie » à l'intégration de certaines externalités environnementales au moment d'appliquer ces dispositions, sans toutefois fondamentalement changer la nature de la logique juridique applicable dans le cadre réglementaire multilatéral. Pour autant, le caractère peu orthodoxe de cette approche - associé à des critiques de longue date dénonçant l'« activisme judiciaire » de l'Organe d'appel -, a conduit certains commentateurs à se demander si l'approche novatrice retenue serait reproduite à l'avenir en ce qui concerne d'autres objectifs légitimes poursuivis à travers l'utilisation de mesures de soutien¹².

¹⁰ *Ibidem*, p. 101-104.

¹¹ PNUE-UNIVERSITÉ D'OXFORD, *Are We Building Back Better? Evidence from 2020 and Pathways to Inclusive Green Recovery Spending*, Nairobi, Kenya, PNUE, 2021, p. 15.

¹² Voir, par exemple : PAL, Rajib, « Has the Appellate Body's Decision in *Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program* Opened the Door for Production Subsidies », *Journal of International Economic Law*, Vol. 17, n° 1, 2014, p. 125-137 ; RUBINI, Luca, « What does the recent WTO litigation on renewable energy subsidies tell us about methodology in legal analysis? The good, the bad, and the ugly », *EUI Working Paper RSCAS 2014/05*, 2014, p. 8-9 ; COSBEY, Aaron, MAVROIDIS, Petros C., « A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies

17. Enfin, les questions relatives à la réglementation des subventions nuisibles à l'environnement dans le cadre du système commercial multilatéral ont également gagné en importance. Les négociations actuelles sur les subventions à la pêche sont une occasion unique d'introduire de nouvelles dispositions dans le système en retenant une approche et une logique juridiques fondamentalement différentes de celles qui président aujourd'hui. De plus, un nombre croissant de parties prenantes et de membres de l'OMC ont récemment indiqué leur intention de s'attaquer au niveau multilatéral aux subventions aux combustibles fossiles et potentiellement à d'autres subventions préjudiciables à l'environnement¹³. Néanmoins, aussi intéressantes que puissent être ces initiatives, on doute qu'elles entraîneront des changements systémiques du cadre multilatéral applicable aux subventions.

18. Ainsi, *l'hypothèse* du présent travail est que la tension latente - et jusqu'à présent essentiellement théorique - entre les impératifs de l'action en faveur du développement durable et la réglementation des subventions du système commercial multilatéral va s'accroître de manière significative dans les années à venir, en particulier lorsque les effets sur la compétitivité et l'intérêt commercial stratégique des États passeront au premier plan avec le réalignement des économies vers des activités plus vertes et à plus faible émission de carbone. Or, un tel affrontement pourrait davantage éroder la confiance dans le système commercial multilatéral et sa légitimité. Il serait également susceptible d'avoir un impact négatif tant sur les efforts déployés pour relever les défis environnementaux mondiaux urgents que sur les avantages importants d'un commerce international accru et d'un système commercial multilatéral stable.

19. La *thèse* que nous allons démontrer - en employant un cadre méthodologique privilégiant une *analyse historique et juridique* rigoureuse, une *revue de littérature* et des *études de cas* - est que le cadre juridique du système commercial multilatéral applicable aux subventions n'est pas ancré sur la même base théorico-économique qui souligne l'existence d'un marché international libéralisé. Pour des raisons historiques et politiques, qui seront

Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, Vol. 17, n° 1, 2014, p. 16.

¹³ Voir, par exemple, la déclaration ministérielle de 2017 du « groupe des Amis de la réforme des subventions aux combustibles fossiles » : OMC, *Déclaration ministérielle sur la réforme des subventions aux combustibles fossiles*, Conférence Ministérielle, Onzième session, WT/MIN(17)/54, WT/L/1031, Buenos Aires, 12 décembre 2017.

examinées, il ne permet donc pas de prendre en compte les externalités positives et négatives liées à des objectifs légitimes de développement durable. En outre, contrairement au cadre juridique applicable aux autres outils politiques dont disposent les États pour intervenir dans l'économie, il n'existe pas de mécanisme général permettant de concilier les obligations commerciales et les impératifs de développement durable à travers l'utilisation de subventions. Cette distinction prend tout son sens lorsqu'elle est comprise à la lumière de l'évolution de l'approche interprétative retenue par l'Organe d'appel en ce qui concerne les dispositions d'autres accords de l'OMC applicables aux mesures réglementaires et tarifaires restrictives pour le commerce. Cette approche interprétative a permis d'atteindre un nouvel équilibre normatif entre les objectifs commerciaux et d'autres objectifs politiques légitimes - ce qui n'est pas le cas pour les subventions -, établissant ainsi une préférence juridique involontaire et artificielle pour l'utilisation d'autres outils politiques. Face aux impératifs croissants de durabilité et à l'évolution des perceptions politiques quant à la pertinence de l'utilisation des subventions, une solution normative devra être trouvée tôt ou tard. Nous aborderons en ce sens quelques-unes des propositions de réforme avancées et présenterons notre propre proposition envisageant un changement systémique permettant de rétablir un certain équilibre et une certaine cohérence de la réglementation du système commercial multilatéral s'agissant des différents outils de politique économique.

20. À cet effet, notre thèse est organisée en quatre parties. La *première partie* examinera les définitions normatives et économiques des subventions, quand et pourquoi elles sont employées et les raisons justifiant leur réglementation au niveau multilatéral. Ces développements nous permettront d'établir leur base politique et économique en visant à comprendre les justifications théoriques qui conduisent les États à utiliser les subventions tout en cherchant à les restreindre au niveau international. La *deuxième partie* identifiera la genèse et l'état actuel du cadre juridique du système commercial multilatéral applicable aux subventions, en abordant ses lacunes et les flexibilités existantes permettant l'utilisation de cet outil à des fins de développement durable. Il sera à cet égard important de bien identifier les contextes historiques et politiques qui ont conduit au cadre existant et quand et comment celui-ci s'est dissocié de certaines des bases théorico-économiques qui ont traditionnellement sous-tendu le système commercial multilatéral. La *troisième partie* explorera l'évolution de la notion de développement durable, son impact fondamental sur le système commercial

multilatéral et sa relation avec celui-ci. On soulignera l'existence d'un processus de convergence lent mais régulier des cadres réglementaires internationaux en matière d'environnement et de commerce en mettant en lumière les conséquences de cette évolution sur les politiques commerciales adoptées pour atteindre les objectifs de développement durable. Enfin, la *quatrième partie* étudiera l'application contemporaine des règles de l'OMC en matière de subventions afin de déterminer si et comment cette convergence et la notion de développement durable ont un impact sur le cadre juridique. On abordera l'état actuel des discussions qui se tiennent à l'intérieur et à l'extérieur de l'OMC sur la réforme des dispositions commerciales multilatérales en matière de subventions adoptées à des fins de protection de l'environnement. On s'intéressera par ailleurs aux approches interprétatives récentes adoptées par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel en nous demandant si elles offrent une solution durable pour intégrer les impératifs de développement durable dans le cadre réglementaire existant. Nous *conclurons* notre thèse en examinant certaines propositions de réforme et en présentant notre propre proposition visant une application cohérente des dispositions du système commercial multilatéral sur les subventions qui permettrait de mieux concilier les objectifs de commerce et de développement durable.

PREMIÈRE PARTIE : LES SUBVENTIONS – DÉFINITION, UTILISATION ET IMPACT SUR LE COMMERCE INTERNATIONAL

21. Cette première partie est dédiée à l'identification de la définition économique des subventions ainsi qu'à une analyse de la logique présidant à leur mise en œuvre, notamment la manière dont ce genre d'intervention de l'État dans l'économie impacte les échanges commerciaux internationaux. La finalité de ce chapitre est ainsi d'établir les bases économiques et pratiques d'un débat portant sur l'intérêt, mais aussi les faiblesses, d'une réglementation de cet outil économique à l'échelle internationale, dans le cadre du système commercial multilatéral.

22. Avant d'approfondir ces différents points, une remarque liminaire s'impose : la présente étude n'étant pas une thèse d'économie, mais de droit international économique, il ne sera pas question, dans ce premier chapitre, d'engager une discussion exhaustive sur les théories économiques qui seront présentées, ni d'en questionner substantiellement la pertinence.

23. En ce sens, les théories économiques abordées serviront à éclairer les différentes questions développées tout au long de la thèse. Le choix d'exposer certaines théories économiques plutôt que d'autres a bien sûr tenu compte de leur pertinence au regard des aspects les plus essentiels de chaque problématique économique étudiée et de leur influence sur les contours de l'encadrement juridique multilatéral. Cependant, la façon dont a été organisée la thèse permet également au lecteur de considérer d'autres théories économiques qui pourraient soutenir (ou critiquer) la mise en œuvre de tel ou tel programme de subvention dans la mesure où nos développements se concentreront - dans la deuxième, troisième et quatrième partie de la thèse - sur la flexibilité et sur les limites de la réglementation multilatérale actuelle quant à la mise en œuvre de tels dispositifs.

24. Autrement dit, la thèse a pour objectif ou vocation d'être neutre et indépendante, notamment vis-à-vis de la question de la justesse économique de ce type d'intervention de l'État dans l'économie. La réponse à celle-ci dépend, en réalité, des faits économiques et sociaux propres à chaque situation empirique, des besoins et moyens des États qui subventionnent des entreprises ainsi que de l'état actuel et de l'évolution des études

économiques qui, comme nous allons le démontrer, se sont fortement développées au fil du temps en opposant des courants théoriques en faveur et en défaveur de l'utilisation de ce dispositif. La présente thèse vise notamment à déterminer si, une fois établies les bases économiques factuelles qui justifieraient (ou non) une intervention de l'État prenant la forme d'une subvention, le traitement juridique de cette situation est cohérent, prévisible et uniformément appliqué. En effet, la prédictibilité et la pertinence de traitement sont des fonctions phares du droit, particulièrement du droit international¹⁴.

25. Une réglementation internationale des subventions est désormais en vigueur, résultat de trois grandes périodes de négociations clés entre puissances économiques qui se sont réunies pour débattre, notamment, des limites d'une telle intervention étatique : l'après-Deuxième Guerre mondiale ; les années 1970 ; la fin des années 1980¹⁵. À cet égard, notre recherche s'est portée sur des ouvrages d'auteurs économiques classiques, couramment traités par la doctrine dominante, qui ont influencé et continuent d'influencer les débats autour de la réglementation internationale des subventions.

26. La théorie économique classique - fortement marquée par les études de Marshall,¹⁶ Pigou¹⁷ et Coase¹⁸ sur l'économie du bien-être, les coûts sociaux, les externalités, les défaillances du marché et les coûts de transaction - a effectivement occupé une place prépondérante dans les discussions qui ont abouti à la réglementation¹⁹. On peut aussi noter l'influence de la théorie des jeux et des études sur l'économie politique qui sont venues

¹⁴ Par exemple, c'est, selon Jackson, l'une des forces du système commercial multilatéral, notamment en permettant aux acteurs économiques et aux gouvernements une plus grande prédictibilité quant à l'action publique ayant des effets extraterritoriaux. JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2^e éd., 1997, p. 107-111 et p. 340-341.

¹⁵ L'évolution historique de la réglementation internationale des subventions sera traitée dans le chapitre 1 de la deuxième partie, cependant il convient dès à présent de noter que les crises économiques qui ont marqué ces périodes (par exemple, la crise des années trente ou les crises du pétrole dans les années 1970) informent aussi les débats et les résultats de ces négociations. Dans la mesure où ces crises ont aussi influencé le débat économique qui fonde le débat réglementaire, il suffira d'étudier directement les principaux contours de ce débat économique pour bien comprendre la réglementation mise en place. Il ne s'agit donc pas de consacrer des développements spécifiques de la thèse à ces événements.

¹⁶ MARSHALL, Alfred, *The Principles of Economics*, Londres, MacMillan, 1890.

¹⁷ PIGOU, Arthur C., *The Economics of Welfare*, Londres, MacMillan, 4^e éd., 1932.

¹⁸ COASE, Ronald H., « The nature of the firm », *Economica*, New Series, vol. 4, n° 16, 1937, p. 386-405.

¹⁹ Voir le prochain chapitre pour une discussion sur les théories de Pigou, Coase et d'autres auteurs classiques qui justifieraient, dans une certaine mesure, une intervention de l'État dans l'économie pour régler les défaillances du marché, y compris à travers l'utilisation des subventions.

éclairer l'élaboration et l'application de la réglementation internationale économique relative aux subventions²⁰. Moins évidente, en revanche, est l'influence de théories économiques plus récentes, surtout celles qui n'ont pas été acceptées par le courant théorique dominant avant les années 1990, époque à laquelle le dernier grand effort de réglementation internationale en la matière a été réalisé²¹.

27. Dès lors, les évolutions de la doctrine économique ont forcément eu un effet sur l'évaluation de la pertinence de la réglementation multilatérale des subventions, surtout si l'on considère que l'objectif de cette dernière est d'imposer des limites à l'adoption d'un outil d'intervention étatique qui vise à influencer le comportement d'agents économiques sur le marché²².

28. En effet, une lecture approfondie de la doctrine traitant de la réglementation internationale sur les subventions, notamment de travaux d'un grand nombre de spécialistes

²⁰ Cette influence est très claire dans les travaux de Bhagwati, Mishan, Krugman, Bagwell et d'autres auteurs qui ont discuté la pertinence de l'utilisation de subventions à partir du dernier quart du XX^e siècle. Les deux prochains chapitres de la thèse traitent aussi de la contribution de ces courants au débat. En bref, l'idée centrale serait que les vicissitudes de l'asymétrie d'informations entre agents économiques, ou encore les défis politiques liés à la conception des politiques publiques économiques, modifient la perception des coûts sociaux et des externalités. Ainsi, des concepts comme le « dilemme du prisonnier », la « théorie commerciale stratégique » et l'influence surdimensionnée de certains secteurs de la société civile sur les agents publics ajoutent des éléments importants au débat sur l'utilisation des subventions comme outils de politique publique et ses conséquences pour le commerce international.

²¹ C'est le cas surtout des théories modernes sur « l'économie comportementale » (« *behavioral economics* »). Ce courant économique profite des contributions de psychologues comme Amos Tversky et Daniel Kahneman qui ont démontré l'effet des biais cognitifs et émotionnels (heuristiques) sur la prise de décision par les agents économiques. L'importance de la contribution de ce courant à l'étude économique a notamment été reconnue en 2002 avec l'attribution du prix Nobel d'économie à Kahneman. Dans la mesure où cette théorie met en cause la logique même des théories économiques classiques, selon laquelle les agents économiques sont des êtres rationnels qui adoptent la meilleure solution logique possible face aux options existantes pour maximiser leur bien-être (et utilité), les considérations apportées par ce courant pourraient remettre en cause la justesse de la réglementation des subventions dans la mesure où, comme nous allons le noter, cette politique publique cherche à influencer les agents sur le marché et à régler les défaillances du marché. Voir, entre autres, AKERLOF, George A., SHILLER, Robert J., *Animal spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*, Princeton University Press, 2009, xiv, 230 p. Ce courant se fait progressivement une place parmi les études sur le commerce international, mais plus lentement dans le cadre du droit international économique. Pour un aperçu général, voir VAN AAKEN, Anne, « Behavioral International Law and Economics », *Harvard International Law Journal*, vol. 55, n° 2, 2014, p. 421-488. Voir aussi, DIMITROPOULOS, Georgios, « Behavioural International Trade Law », *Working Paper*, n° 2016/02, Fifth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law, University of the Witwatersrand, 2016, 24 p.

²² Dans le cadre du chapitre 1 de la quatrième partie de cette thèse, la doctrine sera analysée afin d'y identifier les avancées qui se sont produites dans ce débat ces dernières années, surtout après la crise financière de 2008-2009.

en droit de l'OMC, démontre que la plupart des auteurs se sont fondés sur ce courant traditionnel de la doctrine économique. Leurs études allient l'analyse juridique et le recours à des concepts économiques classiques pour nourrir le débat juridique, une pratique bien établie en droit international économique.

29. Il nous semble, effectivement, qu'une approche combinant des théories économiques, des considérations socio-politiques et historiques et l'analyse juridique s'impose comme une démarche indispensable pour poser les jalons d'un débat pertinent en la matière. En ce sens, Jackson, probablement un des auteurs les plus influents de la doctrine spécialiste du droit du système commercial multilatéral, précise ainsi, dans l'introduction de son ouvrage de référence sur la réglementation internationale des échanges, qu'il adoptera une perspective multidisciplinaire pour étudier la question, même si, en tant que juriste, sa contribution se concentre sur l'analyse juridique des phénomènes étudiés :

« This book is about trade policy. But it is about trade policy in the context of the legal, constitutional, institutional, and political realities that constrain it. These constraints mold policy so much that its resultant form scarcely, if at all, resembles the pure logic of the economic theorist. Yet, the economic theory is clearly part of the "reality." Without the theory the policy would often be directionless, lurching from one inconsistent approach to another. (...) The perspective of this book is that of a legal scholar, of course. (My "comparative advantage" would not realistically support any other perspective.) Yet the goal (...) is to explore the multidisciplinary context of trade-policy rules. Charts, graphs, and formal mathematical proofs will be eschewed here, because fortunately I can rely on the extensive literature and expertise of generous economist friends for them. Nevertheless, I will state the basic economic propositions of international trade policy, and they will lie at the center of this exposition »²³.

30. Cette approche sera aussi la nôtre tout au long de la thèse. Nous emploierons également les outils analytiques offerts par le courant doctrinal de « l'analyse économique du droit ». En effet, comme l'affirment de manière pertinente E. Mackaay et S. Rousseau :

« L'analyse économique du droit rejoint la mission noble de la doctrine dans les systèmes civilistes. Elle est de déceler et d'exprimer l'ordre sous-jacent dans les écrits du droit positif, pour permettre aux juristes

²³ JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2^e éd., 1997, p. 9-10.

de le mieux comprendre et, par l'interprétation des concepts, d'étendre leur logique aux différends inédits susceptibles de se présenter »²⁴.

31. Enfin, il nous semble impératif de déterminer avec précision les bases économiques du débat avant d'étudier la réglementation internationale en la matière. C'est seulement de cette manière qu'il sera possible, à travers *l'interprétation de concepts* et la compréhension de *leur logique*, d'analyser en profondeur la réglementation multilatérale des subventions, sa mise en œuvre et de se demander si, en l'état actuel, celle-ci est apte à résoudre les *différends inédits* qui surgiront probablement dans un futur proche compte tenu des impératifs liés aux défis environnementaux (comme le changement climatique) ou encore de la revalorisation des politiques industrielles depuis la crise financière et la crise sanitaire du COVID-19.

32. Dans cette première partie, le chapitre 1 couvrira les enjeux liés à la définition économique du terme « subventions » et ses conséquences pour la régulation internationale en la matière. Le chapitre 2 aborde les raisons économiques et non économiques pour lesquelles les gouvernements utilisent les subventions comme outil politique, tandis que le chapitre 3 abordera les effets négatifs potentiels de l'outil et les raisons pour lesquelles sa réglementation pourrait être justifiée.

Chapitre 1 : La définition économique d'une subvention

« [T]he term 'subsidy' is one of the most frequently used and infrequently defined in the whole vocabulary of international trade regulation »

MCGOVERN, Edmond, *International Trade Regulation – GATT, The United States and the European Community*, Globefield Press, 1986, p. 312.

« [M]any definitions of the term "subsidy" have been offered by academics, accountants, and trade practitioners, but virtually all definitions have failed to meet the practical needs of policy makers. »

²⁴ MACKAAY, Ejan et ROUSSEAU, Stéphane, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^e ed., 2008, p. 7.

33. Les États ont plusieurs outils à leur disposition pour intervenir dans l'économie afin d'atteindre leurs objectifs socio-économiques en mettant en œuvre leurs attributions régaliennes. Généralement, on identifie trois grands types de dispositifs interventionnistes : i) des instruments de commandement (« *command and control* ») tels que des règlements prescrivant, interdisant ou limitant certains comportements ou biens, ii) des mesures d'information telles des campagnes publicitaires ou politiques d'éducation, et iii) des mesures économiques d'incitation, qui peuvent prendre une forme budgétaire - comme des actions directes financées par le budget public (y compris des prêts publics) - ou fiscale - notamment une imposition (ou un allègement de la charge fiscale) des agents économiques²⁵.

34. Les subventions versées dans le cadre d'une politique publique relèvent de la catégorie des mesures économiques d'incitation et peuvent donc prendre une forme budgétaire ou fiscale. Or, une définition exacte du terme (nécessaire à l'étude scientifique) a échappé à la quasi-totalité des experts ayant étudié la question²⁶. En effet, comme le note le Secrétariat de l'OMC, « [b]ien qu'il soit largement employé en économie, le terme "subvention" est rarement défini »²⁷. Une brève recherche dans les dictionnaires courants, français et anglais, révèle effectivement une difficulté initiale pour l'étude juridico-économique de la notion : un emploi non uniforme de celle-ci.

²⁵ Le Secrétariat de l'OMC retient une définition légèrement différente ; voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 111. D'autres auteurs, en revanche, n'indiquent que deux catégories : les mesures budgétaires et fiscales ; les instruments de commandement. Voir, par exemple, COPPENS, Dominic, *WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints*, Cambridge University Press, 2013, p. 5.

²⁶ Voir : HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 10 ; MCGOVERN, Edmond, *International trade regulation: GATT, the United States and the European Community*, Exeter, Globefield Press, 2^e éd., 1986, p. 312 ; SNAPE, Richard H., « International Regulation of Subsidies », *The World Economy*, vol. 14, n° 2, 1991, p. 140 ; JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2^e éd., 1997, p. 293 ; STEENBLIK, Ronald P., « Subsidy measurement and classification: developing a common framework. Chapter 3 », in *Environmentally Harmful Subsidies: Policy Issues and Challenges*, Paris, OCDE, 2003, p. 104-109 ; BAGWELL, Kyle W., MAVROIDIS, Petros C., « Too Much, Too Little . . . Too Late? », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C., (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 170.

²⁷ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 49.

35. Le dictionnaire *Nouveau Petit Robert* définit la subvention comme une « aide que l'État, qu'une association (de droit public ou privé) accorde à un groupement, une entreprise, une association. Don, subside. Encouragement, secours ». Suivant cette acception, la subvention peut donc être accordée par l'État mais aussi par une association privée à des entités mais non à des individus²⁸. La définition présuppose aussi que le bénéficiaire de la subvention soit « assisté » par la subvention²⁹. L'*Encyclopédie Larousse*, quant à elle, définit la subvention comme une « aide financière versée par l'État ou une personne publique à une personne privée, physique ou morale, dans le but de favoriser l'activité d'intérêt général à laquelle elle se livre »³⁰. Dans ce cas, l'aide, de nature financière, est versée par un organisme public et doit avoir pour finalité de promouvoir une activité « d'intérêt général ». Si cette définition ajoute un élément de *finalité* à la première, elle reste néanmoins muette s'agissant des *effets* de cette intervention sur le comportement des agents économiques ou sur le marché³¹.

36. Les dictionnaires et encyclopédies économiques spécialisés ajoutent d'autres éléments de définition. Selon Colin, une subvention désigne la « somme d'argent que l'État, une collectivité locale ou un organisme privé accorde à un groupement, une association, une entreprise ou une personne pour favoriser le développement d'activités d'intérêt général »³². Cette définition se limite toutefois aux versements financiers et exclut donc les aides fournies à travers des allègements fiscaux ou des prêts publics à des taux avantageux. Cette définition

²⁸ *Le Nouveau Petit Robert : Dictionnaire Alphabétique et analogue de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2002.

²⁹ Selon le Nouveau Petit Robert, une aide est une « assistance financière, économique (à des personnes physiques sans ressources âgées, infirmes, ou à des personnes morales) ». Un exemple serait « le système d'aide aux exportations – incitation ».

³⁰ *Encyclopédie Larousse*, Larousse, 2009 (version aussi disponible en ligne sur : <http://www.larousse.fr/encyclopedia> ; dernier accès le 16.02.2017).

³¹ Une recherche du terme « *subsidy* » dans les dictionnaires de langue anglaise offre un résultat similaire. L'*Oxford English Dictionary*, souvent utilisé par les membres de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux pour éclaircir la signification de termes à l'occasion de différends qui se présentent dans le cadre de l'OMC, propose une définition restreinte de « *subsidy* », limitée aux versements financiers, donc excluant les allègements fiscaux, par exemple. D'autres dictionnaires portent des définitions qui ne se limitent pas aux aides publiques, mais couvrent aussi les aides accordées par des institutions philanthropiques. Pour une analyse de la définition de « *subsidy* » dans les dictionnaires de langue anglaise voir, entre autres : STEENBLIK, Ronald P. « Subsidy measurement and classification: developing a common framework. Chapitre 3 », in *Environmentally Harmful Subsidies: Policy Issues and Challenges*, Paris, OCDE, 2003, p. 104 ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 49.

³² COLIN, Jean-Paul, *Dictionnaire des gros et des petits sous : leur possession et leur privation*, Édition Favre SA, 2010, p. 302.

mentionne, cependant, une finalité économique : l'intervention « favorise » des activités particulières sur un marché.

37. D'autres dictionnaires spécialisés se concentrent davantage sur la *forme* et les *effets* et objectifs économiques des subventions. Ainsi, les définitions proposées par J. Black *et al.*³³, Pearce³⁴ et Bannock *et al.*³⁵ suggèrent que les subventions sont des paiements qui ont pour *effet* que le prix payé par les consommateurs est inférieur aux coûts marginaux encourus par les producteurs (ou inversement, que le prix reçu par les producteurs est plus élevé que celui payé par les consommateurs). Pour Rutherford, une subvention serait l'inverse d'un impôt (« *negative tax* »)³⁶ tandis que Pearce³⁷ et G. Bannock *et al.*³⁸ considèrent que les subventions ont pour *objectif* d'influer sur le marché, la production et/ou la consommation.

38. Enfin, une définition souvent mentionnée par la doctrine est celle offerte par le *Système de Comptabilité Nationale*, publié conjointement par la Division des statistiques de l'Organisation des Nations Unies, le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, Eurostat et l'OCDE. Dans son édition de 2008, le document mentionnait la définition suivante :

« 7.98. Les subventions sont des paiements courants sans contrepartie que les administrations publiques, y compris les administrations publiques non-résidentes, font à des entreprises sur la base du niveau de leurs activités de production ou des quantités ou des valeurs des biens et des services qu'elles produisent, vendent ou importent. Les producteurs résidents et les importateurs peuvent recevoir des subventions. Dans le cas des producteurs résidents, les subventions sont destinées à influencer le niveau de leur production, le prix auquel est

³³ BLACK, John, HASHIMZADE, Nigar, MYLES, Gareth, *Oxford Dictionary of Economics*, Oxford University Press, 3rd ed., 2009, p. 435.

³⁴ « A payment made by the government (or possibly by private individuals) which forms a wedge between the price consumers pay and the costs incurred by producers, such that price is less than marginal costs » (PEARCE, David W. (ed.), *Macmillan Dictionary of Modern Economics*, Macmillan Press Ltd., 4th ed., 1992, p. 413).

³⁵ « An essential characteristic of a subsidy, as distinct from transfer payment, is that it has the object of keeping prices below the factor cost of production » (BANNOCK, Graham, BAXTER, R. E., DAVIS, Evan, *Dictionary of Economics*, Profile Books, The Economist, 1999, p. 397).

³⁶ « A payment by the government to consumers or producers which makes the factor cost received by producers greater than the market price charged to consumers » (RUTHERFORD, Donald, *Dictionary of Economics*, Routledge, 1992, p. 444).

³⁷ PEARCE, David W. (ed.), *Macmillan Dictionary of Modern Economics*, Macmillan Press Ltd., 4th ed., 1992, p. 414.

³⁸ BANNOCK, Graham, BAXTER, R. E., DAVIS, Evan, *Dictionary of Economics*, Profile Books, The Economist, 1999, p. 397.

vendue la production ou la rémunération des unités institutionnelles engagées dans des activités de production. Les subventions ont le même impact que des impôts négatifs sur la production dans la mesure où elles ont un effet sur l'excédent d'exploitation qui est opposé à celui des impôts sur la production.

7.99. Les subventions ne sont pas payables aux consommateurs finals ; les transferts courants que les administrations font directement aux ménages en tant que consommateurs sont traités comme des prestations sociales. Les subventions ne comprennent pas non plus les aides que les administrations peuvent accorder aux entreprises pour financer leur formation de capital ou pour les indemniser des dommages subis par leurs biens de capital ; ces aides sont traitées comme des transferts en capital »³⁹.

39. Même si cette acception offre plus de précisions que celles précédemment citées, en mentionnant des éléments descriptifs et économiques, elle a cependant été critiquée et considérée comme inadéquate par la doctrine, car trop restrictive et centrée sur les effets comptables des subventions⁴⁰. Effectivement, elle n'envisage que les versements directs (forme) faits aux producteurs et importateurs (agents) et ne considère pas leurs effets économiques sur le marché⁴¹.

Section 1 : Définition économique

40. Cette brève analyse nous montre que la détermination d'une définition exacte et amplement acceptée du terme demeure impossible. En effet, les différentes définitions du terme « subvention » varient beaucoup au regard des *formes*, *agents* (payeurs et destinataires ; producteurs et consommateurs), *effets* (coûts, bénéfices, distorsions) et

³⁹ ONU *et al.*, *Système de comptabilité nationale 2008*, 2013, p. 149.

⁴⁰ Voir : HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 9 ; STEENBLIK, Ronald P., « Subsidy measurement and classification: developing a common framework. Chapter 3 », in *Environmentally Harmful Subsidies: Policy Issues and Challenges*, Paris, OCDE, 2003, p. 104 ; FRANÇOIS, Joseph, « Subsidies and Countervailing Measures: Determining the Benefit of Subsidies », in BAGWELL, Kyle W., BERMAN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p.103, 113 ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 53-54.

⁴¹ Il convient de noter, comme nous allons le voir plus précisément dans le chapitre 2 de la deuxième partie de notre thèse, que cette approche « comptable » de la définition de subvention a néanmoins influencé l'évolution de la réglementation des subventions dans le cadre des mesures compensatoires, et surtout pour l'interprétation de la notion de « bénéfice ». On peut noter que l'analyse du bénéfice a reposé, historiquement, sur une approche plus comptable qu'économique.

objectifs de celle-ci⁴². Or, une réglementation pertinente d'une telle intervention exige, au préalable, de limiter ses contours en précisant ses éléments essentiels ainsi que ses effets économiques. Une définition trop étroite exclurait une large gamme de mesures économiques affectant les échanges et rendrait superflu tout effort de réglementation internationale. En revanche, une définition trop large n'est pas non plus souhaitable, car elle engloberait potentiellement toute action étatique ayant des effets sur le marché, attendus ou non⁴³. Or, toute ingérence étatique dans l'économie peut fausser le fonctionnement du marché. Comme le résume A. Sykes, d'un point de vue purement économique :

« [P]erhaps a natural benchmark for identifying subsidization is a hypothetical market equilibrium without the presence of government. The classic economic models of general competitive equilibrium, for example, are entirely decentralized and embody no government sector. When the government enters the picture through tax and expenditure policies, it will alter equilibrium prices and output. Activities for which the net returns are reduced will be discouraged to some degree, and those activities can be said to be "taxed." Activities for which the net returns are enhanced will be encouraged to a degree, and they may be said to be "subsidized." The difficulty with this concept of subsidization is that it is exceedingly difficult to apply as a practical matter »⁴⁴.

41. Dès lors, suivant cette définition purement économique du terme, toute action gouvernementale qui agirait positivement sur la rentabilité relative d'activités économiques et influerait sur l'allocation de ressources serait considérée comme une subvention⁴⁵. En ce sens, la protection des frontières, *via* des tarifs douaniers ou des quotas d'importation, par exemple, aurait un effet identique à celui d'une subvention à la production locale. De même, l'imposition de tarifs ou quotas à l'exportation de biens utilisés comme intrants pour

⁴² Voir ONU *et al.*, *Système de comptabilité nationale 2008*, 2013, p. 51.

⁴³ Voir JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 293 ; SNAPE, Richard H., « International Regulation of Subsidies », *The World Economy*, vol. 14, n° 2, 1991, p. 140-141 ; HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 10.

⁴⁴ SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics*, Online Working Paper n° 186, 2003, p.3.

⁴⁵ Cette approche large de la définition de subvention était répandue parmi la doctrine dans les années 1960 et 1970. Voir SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 842.

l'industrie nationale engendrerait un effet similaire à une subvention versée au niveau de la chaîne d'approvisionnement, en aval⁴⁶.

42. En outre, la construction d'infrastructures générales, comme des autoroutes ou des chemins de fer, a traditionnellement été considérée comme un élément essentiel des attributions régaliennes de l'État. Or, la réalisation de telles œuvres peut être considérée comme un soutien important à l'activité productive. Cette situation pose effectivement question quant aux types de mesures qui sont prises et peuvent être considérées comme des subventions : quelles sont leurs limites et comment sont-elles réglementées ? Par exemple, la construction d'une route qui permet l'accès à une mine de fer doit-elle être considérée comme une subvention à la production (et potentiellement à l'exportation) ? Par ailleurs, la fourniture de services publics universels comme l'éducation, la santé ou encore les services d'incendie et de secours (pompiers), confère incontestablement des bénéfices aux producteurs nationaux dans la mesure où ces services réduisent les coûts de la main d'œuvre spécialisée, augmentent la productivité ou encore réduisent les primes des assurances pour les entreprises nationales. Cependant, peu d'analystes économistes, même parmi les plus libéraux d'entre eux, ont proposé un encadrement de ce genre de mesures à travers la réglementation internationale des subventions⁴⁷.

Section 2 : Définition réglementaire

43. Face à ces difficultés, la voie empruntée par la doctrine et par les agents publics pour respectivement penser et réglementer la matière a été double : d'une part, l'adoption d'une définition pratique et élargie insistant sur la *forme* de la subvention et ses *effets*

⁴⁶ La mesure « équivalent subvention à la production » (ESP) est un exemple d'application d'une approche large du subventionnement. Elle est calculée à partir de la différence entre le prix à la production domestique et le prix mondial et inclut ainsi différentes mesures de « soutien » ; y compris celles visant une protection à la frontière. L'ESP est une méthode de calcul de subventionnement souvent utilisée pour définir le niveau de soutien aux producteurs agricoles. Voir OCDE, FAO, *Perspectives agricoles de l'OCDE et de la FAO 2014*, Éditions OCDE, 2014, p. 259.

⁴⁷ D'autres auteurs offrent des exemples encore plus révélateurs comme les « subventions sociales ou environnementales » offertes par une protection allégée des droits sociaux (normes du travail, droit d'association) ou de la protection de l'environnement ; ou encore le subventionnement du niveau d'activité industrielle actuel pour les générations futures considérant les effets des changements climatiques ou l'épuisement des ressources naturelles. Voir STEENBLIK, Ronald P., « Subsidy measurement and classification: developing a common framework. Chapter 3 », in *Environmentally Harmful Subsidies: Policy Issues and Challenges*, Paris, OCDE, 2003, p. 109.

économiques illustrés par des exemples ; d'autre part, une délimitation de la réglementation internationale afin qu'elle s'applique uniquement aux subventions qui produisent des effets négatifs sur les échanges internationaux⁴⁸. Ainsi, comme l'affirma Jackson, « [a] basic approach is to recognize that there is a vast universe of governmental activity that can be labelled "subsidy" under broad definitions, but to recognize that the international system should not be concerned about all of the contents of this vast universe »⁴⁹.

44. Une partie des efforts réglementaires internationaux s'est ainsi concentrée sur le *degré* de subventionnement et non pas uniquement sur la forme du dispositif, en se posant notamment les questions suivantes : à partir de quand un programme de soutien public fausse-t-il les échanges internationaux de manière trop importante ? Quelle part des coûts de production un État pourrait-il légitimement prendre en charge ? Dans quel cas l'État aurait-il le droit d'agir pour contrer les effets d'une subvention sur son marché ou sur un marché tiers ?⁵⁰ Pour le propos de notre thèse, il importe simplement de souligner le défi représenté par l'absence de définition étroite du terme et ainsi de comprendre que la réglementation internationale en la matière s'est largement basée sur les effets économiques de ce type d'outil sur le marché et sur la forme prise par les programmes de soutien.

45. En outre, bien que l'acception de la subvention adoptée soit large et englobe une grande variété de mesures, il convient de relever trois éléments qui restreignent de manière importante la notion. Tout d'abord, les subventions qui font l'objet de notre étude sont celles accordées par l'État ou par des entités ou individus privés qui agissent au nom, sur ordre ou pour le compte de l'État. Ainsi, les aides versées par des entreprises, associations privées, organisations non gouvernementales ou encore des individus à d'autres agents économiques, sans lien avec l'État, ne sont pas considérées comme des subventions. Par exemple, un transfert de fonds d'une entité privée à une entreprise visant à soutenir les prix ou la production de cette dernière (« subvention croisée ») n'est pas envisagé en tant que

⁴⁸ Nous allons étudier en détail dans le deuxième partie de cette thèse comment cette solution a pris forme tout au long des cycles de négociations du GATT.

⁴⁹ JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 293.

⁵⁰ Voir HUFBAUER, Gary C., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 10.

subvention⁵¹. De même, le soutien apporté à l'activité sociale d'une organisation non gouvernementale par des entités privées, organisations de bienfaisance ou à travers des dons de particuliers ne peut être considéré comme une subvention.

46. Ces exclusions sont logiques dans la mesure où ce genre d'actions n'est que difficilement attribuable à l'État ou même maîtrisable par celui-ci. En outre, la plupart de ces mesures, lorsqu'elles faussent la concurrence ou les échanges internationaux, tombent sous le coup d'autres normes nationales, régionales et internationales⁵².

47. La deuxième restriction réside dans le fait qu'une subvention présuppose un transfert de fonds (direct ou indirect, même potentiel ou simple promesse, garantie) de l'État à des entités privées. Ainsi, une garantie bancaire offerte par l'État contre un prêt privé peut être considérée, *a priori*, comme une subvention même si l'État ne dépense finalement pas d'argent (parce que, par exemple, le débiteur rembourse son prêt à l'État). Ce qui est indispensable est une possibilité réelle de transfert de fonds. De même, un effacement de dettes ou un allègement fiscal relèvent de la définition de la subvention dans la mesure où de telles mesures impliquent un transfert de fonds du budget de l'État au bénéfice des destinataires de la subvention.

48. Cette restriction est importante parce qu'elle limite le concept de subvention aux transferts de fonds et exclut, par exemple, les subventions réalisées à travers une « action réglementaire ». Comme nous l'avons déjà analysé, certaines définitions de la subvention englobent le soutien ou aide accordé/e par l'État à la production ou consommation locale par voie de régulation⁵³. En ce sens, on peut considérer, par exemple, qu'une réglementation exigeant que les informations indiquées sur des labels ou modes d'emploi de biens soient écrites dans la langue officielle du pays où ils sont vendus apporte un soutien aux services de

⁵¹ Pearce, par exemple, considère ce genre de mesures comme des subventions. Un exemple typique est le détournement des profits de la vente d'un produit pour combler les pertes de la production d'un autre produit au sein d'une même entreprise ou groupe privé. Voir PEARCE, David W. (ed.), *Macmillan Dictionary of Modern Economics*, Macmillan Press Ltd., 4th ed., 1992, p. 414.

⁵² Dans le cadre national et régional, généralement le droit de la concurrence régule ce type de mesures. Dans le cadre multilatéral, l'Accord antidumping est pertinent (Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994).

⁵³ Voir SNAPE, Richard H., « International Regulation of Subsidies », *The World Economy*, vol. 14, n° 2, 1991, p. 140-141 ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 50.

traduction et, potentiellement, aux imprimeries locales⁵⁴. De même, une réglementation qui impose l'utilisation de certains produits ou procédures lors du processus de fabrication de biens confère aussi un avantage aux fournisseurs de ces derniers dans la mesure où elle crée une demande à leur profit.

49. Or, bien que ces mesures accordent un soutien à certains producteurs et affectent les prix sur les marchés, leurs coûts ne sont pas supportés par l'État mais par des consommateurs ou d'autres agents économiques. Bien évidemment, ce type de mesures peut créer des distorsions importantes sur le marché et fausser la concurrence. Cependant, ici encore, d'autres règles ont été prévues pour les encadrer⁵⁵.

50. Le troisième élément restrictif de la définition de la subvention est que ses destinataires doivent en tirer un bénéfice. Autrement dit, une subvention n'existe que si l'action étatique produit des *effets sur des prix du marché en faveur de ses destinataires* (directs ou indirects)⁵⁶. Comme nous l'avons relevé, l'une des caractéristiques économiques les plus intéressantes des subventions est que celles-ci créent une différence entre le prix payé par les consommateurs et les coûts supportés par les producteurs de sorte que le prix payé par les consommateurs est inférieur aux coûts marginaux des producteurs⁵⁷. Ainsi, ce type de

⁵⁴ Il est d'usage, dans certains pays, que des produits importés se voient apposer un label autocollant (ou « étiquettes d'importation ») sur le label original avec une traduction des informations destinées aux consommateurs avant leur mise sur le marché.

⁵⁵ Parmi les exemples donnés, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce de l'OMC (« Accord OTC ») est particulièrement pertinent. Dans le cas de l'allègement des réglementations environnementales ou sociales qui, selon certains auteurs, offrent une « subvention » aux producteurs locaux, la portée des règles multilatérales est moins claire. En effet, ce genre de discussion a été au cœur des débats importants qui se sont tenus dans le cadre de l'OMC, ainsi qu'au regard de la réglementation internationale des investissements. Récemment, un nombre important d'accords régionaux commerciaux ont inclus des règles en la matière. Voir STEENBLIK, Ronald P., « Subsidy measurement and classification: developing a common framework. Chapter 3 », in *Environmentally Harmful Subsidies: Policy Issues and Challenges*, Paris, OCDE, 2003, p. 108. Pour une analyse de l'évolution de ces règles dans le cadre des accords commerciaux régionaux, voir MONTEIRO, Jose-Antonio, « Typology of Environment-related Provisions in Regional Trade Agreements », *Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper*, OMC, 2016, 109 p. Pour une analyse sur le débat relatif à la « course vers l'abîme », la dévaluation sociale compétitive et la portée des règles multilatérales du commerce en la matière, voir RAMOS, Daniel, *La prise en compte des droits de l'homme par l'OMC confrontée à l'analyse économique du droit*, Mémoire de Master, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010.

⁵⁶ Une conséquence logique de cette condition est que la subvention doit être accordée à des agents sur le marché en mesure de commercialiser des biens ou services. Ainsi, le soutien à des activités publiques non commerciales (comme la défense nationale) n'est pas considéré comme une subvention. Cette distinction n'est, cependant, pas toujours claire. Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 54.

⁵⁷ Voir, entre autres, BLACK, John, HASHIMZADE, Nigar, MYLES, Gareth, *Oxford Dictionary of Economics*, Oxford University Press, 3rd ed., 2009, p. 435.

dispositif n'est pas sans effets sur les prix des marchés et les échanges internationaux, des conséquences qui expliquent qu'une réglementation internationale a été développée en la matière.

51. En ce sens, si l'intervention étatique se révèle inefficace et n'accorde pas d'*avantages* aux destinataires de la politique publique en question, il n'y aurait pas lieu de la considérer comme une subvention. De même, un transfert de fonds qui n'affecte pas de manière effective les coûts de production et les prix du marché n'est pas une subvention⁵⁸. À titre d'illustration, si une garantie bancaire n'engendre pas des taux de prêt plus intéressants (par exemple, une entreprise peut bénéficier d'un prêt à des conditions bénéfiques sans l'intervention de l'État), il sera difficile de démontrer que la mesure a affecté les prix du marché et donc qu'elle constitue une subvention. De manière comparable, si une entreprise ne parvient pas à obtenir un prêt même avec le soutien de l'État (parce que, par exemple, le marché financier du pays est insuffisamment développé et n'est pas en mesure de fournir le prêt), l'entreprise n'en a pas tiré un bénéfice et on ne peut donc considérer cette intervention comme étant réellement une subvention.

52. Ainsi qu'on le relèvera à plusieurs reprises, ce dernier élément est peut-être le plus complexe à analyser d'un point de vue économique dans la mesure où l'effectivité d'un avantage dépend des conditions réelles d'un marché, qui est souvent affecté par nombre de politiques publiques⁵⁹. Un marché « parfaitement compétitif », sans distorsions, n'est qu'une construction argumentative et n'existe pas dans le monde réel. Cela a pour résultat que l'interprétation et l'application juridique du concept exige une analyse économétrique dont l'étendue et la complexité dépendent de l'approche et de la méthodologie théorique adoptées par le juge. Nous analyserons en détail la manière dont l'Organe d'appel de l'OMC a appliqué ce concept dans le chapitre 2 de la deuxième partie de notre thèse ; on se contentera pour l'instant de préciser que, traditionnellement, et en raison des défis mentionnés, la perspective retenue est une approche presque comptable du terme (« avantage » selon son acception dans le langage de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires de l'OMC) qui tient

⁵⁸ Il convient de relever que ces actions peuvent tout de même faire l'objet d'un encadrement réglementaire, pour d'autres motifs, et, surtout, dans le cadre de la législation nationale de chaque pays.

⁵⁹ Voir SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics*, Online Working Paper n° 186, 2003, p.3.

compte des effets compétitifs de l'intervention sur le marché. Autrement dit, les destinataires d'une subvention en bénéficient s'ils se trouvent, grâce à l'action étatique, dans une position plus avantageuse que celle de leurs concurrents⁶⁰.

53. En somme, la définition de la subvention dans le cadre de sa réglementation internationale est fortement influencée par le raisonnement économique qui tient compte en priorité des conséquences de celle-ci sur la concurrence et les échanges internationaux. Il est évident, voire souhaitable, que cette définition soit restreinte aux interventions étatiques en mesure d'affecter le fonctionnement des marchés.

Section 3 : Qualification des subventions

54. Considérant ces éléments essentiels, il est possible de mettre en évidence trois grands types de subventions. Premièrement, les autorités publiques peuvent procéder à des transferts financiers (directs ou indirects ; effectifs ou potentiels) à destination de producteurs ou de consommateurs. Il s'agit, par exemple, de dons, prêts à des taux avantageux, participations au capital social, garanties bancaires, primes, remboursements, assurances publiques, mécanismes de soutien des prix, etc. Il est possible de mentionner d'autres dispositifs, moins traditionnels, qui ont été mis en œuvre plus récemment, surtout après la crise financière de 2008, tels que l'intervention sur le marché des taux de change (par exemple, à travers l'acquisition de devises étrangères pour faire baisser la valeur de la monnaie nationale) ou encore des mécanismes non traditionnels de politique monétaire (« assouplissement quantitatif »)⁶¹.

⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, 02 août 1999, para. 161.

⁶¹ Au chapitre 2, paragraphe 3, de cette première partie, on analysera brièvement ce genre de politique publique et le débat qui a eu lieu autour de sa mise en œuvre. Pour une analyse de leur caractérisation en tant que subventions et la portée des règles de l'OMC voir : OMC, « The Relationship Between Exchange Rates and International Trade: A Review of Economic Literature », *Note by the Secretariat*, Working Group on Trade, Debt and Finance, OMC, WT/WGTDF/W/57, 27 September 2011 ; MATTOO, Aaditya, SUBRAMANIAN, Arvind, « Currency Undervaluation and Sovereign: A New Role for the World Trade Organization », *The World Economy*, vol. 32, n° 8, 2008, p. 1135-1164 ; LIMA-CAMPOS, Aluisio de, GAVIRIA, Juan Antonio, « A Case for Misaligned Currencies as Countervailable Subsidies », *Journal of World Trade*, Vol 46, n° 5, 2012, p. 1017–1044 ; STAIGER, Robert, SYKES, Alan O., « Currency manipulation' and world trade », *World Trade Review*, vol. 9, n° 4, 2010, p. 583-627. THORSTENSEN, Vera, MÜLLER, Carolina, « How Does International Trade Regulation Addresses Exchange Rates Measures? », *Revista Direito GV*, vol. 10, n° 2, 2015 (disponible en ligne sur : <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201416>).

55. Deuxièmement, les autorités publiques peuvent délaissier des recettes publiques en principe exigibles ou alléger la charge fiscale. Les crédits d'impôt, l'allongement des délais de paiement des impôts, le report du paiement des obligations, la renégociation des dettes publiques, la réduction, déduction ou exonération d'impôts, entre autres mesures, sont autant d'exemples de ce type de subventions.

56. Troisièmement, les pouvoirs publics peuvent procurer des biens ou fournir des services à titre gratuit ou à des prix plus bas que ceux du marché ; par exemple, des tarifs de transport et de fret intérieurs plus favorables, la fourniture d'intrants à la production, des biens aux consommateurs à des prix en-dessous du marché, un accès préférentiel et rapide à des services essentiels à l'activité économique (notaires, légalisation, douaniers, etc.).

57. La qualification de la subvention dépend aussi du nombre de destinataires visés. Lorsque le groupe ou nombre de bénéficiaires est important, on parle de subventions « générales ». Lorsque le groupe ou nombre de bénéficiaires est réduit, il s'agit de subventions « spécifiques »⁶².

58. Enfin, il y a lieu de relever que le terme « subvention » n'est pas utilisé par tous les systèmes juridiques pour définir ce type d'interventions de l'État dans l'économie. En effet, ce vocable est très particulier au système commercial multilatéral. Les cadres réglementaires régionaux et nationaux optent le plus souvent pour des termes qui indiquent plus manifestement une intervention étatique, tels qu'« aide publique », soutien public ou interne⁶³, « incitations fiscales », entre autres. À cet égard, l'exemple le plus illustratif pour notre étude est probablement celui du cadre juridique communautaire européen qui emploie l'expression « aide d'État »⁶⁴. Néanmoins, la présente thèse étant centrée sur la

⁶² Nous allons étudier au prochain chapitre 3 que cette différenciation a, potentiellement, des effets différents sur le marché. Cela a eu un impact important sur la réglementation internationale des subventions.

⁶³ L'Accord de l'OMC sur 'l'agriculture utilise l'expression « soutien interne » pour faire référence au soutien public à la production agricole versé par les Membres de l'OMC et qui affecte les échanges agricoles internationaux.

⁶⁴ Dans le cas du cadre normatif européen, les termes « subventions » et « aides d'État » ont des sens différents : la subvention n'inclut que des prestations positives d'avantages ; les aides d'État couvrent aussi des prestations négatives sous forme d'allègement fiscal. Cette différenciation n'a pas été faite dans notre thèse dans la mesure où 'elle n'est pas pertinente pour le droit de l'OMC. Voir : RUBINI, Luca, *The definition of subsidy and state aid: WTO and EC law in comparative perspective*, Oxford University Press, 2009, xlviii, 448 p.; MICHEAU, Claire, *Droit des aides 'd'état et des subventions en fiscalité : droit de 'l'Union européenne et de 'l'OMC*, Éditions Larcier, 2013, p. 34-36.

réglementation internationale de ce dispositif, nous utiliserons le terme « subvention ». Pour autant, les définitions, règles et théories relatives aux aides d'État et soutiens publics sont venues enrichir notre recherche dans la mesure où elles contribuent à une meilleure compréhension des enjeux de cet outil financier. Nous utilisons alors ces termes en tant que synonymes dans la mesure où leurs contours économiques (formes et conséquences) diffèrent peu dans le cadre de notre analyse.

59. Précisément, l'objectif de ce chapitre est d'éclairer le débat portant sur la définition de la subvention et de démontrer, à tout le moins d'un point de vue économique et au regard de ses effets sur le marché, qu'une distinction réglementaire des diverses formes qu'elle peut prendre n'est pas aisée. Il est aussi important de mettre en avant la définition économique de la subvention pour nous permettre, dans la deuxième partie de notre thèse, de réaliser une comparaison avec la définition adoptée dans le cadre de la réglementation du système commercial multilatéral. Comme nous allons le voir, bien que la définition réglementaire se soit largement inspirée de la définition économique, elle a aussi intégré des particularités liées aux enjeux politico-économiques propres aux négociations commerciales multilatérales.

60. Néanmoins, avant d'analyser les règles multilatérales en la matière, il importe de bien comprendre pourquoi les États décident de verser des subventions (chapitre 2) et quels sont les effets de ces dernières sur les échanges internationaux que la réglementation internationale est censée encadrer (chapitre 3).

Chapitre 2 : Pourquoi et quand les gouvernements versent-ils des subventions ?

61. D'après la théorie économique classique, l'intervention de l'État ne se justifie pas sur un marché parfaitement compétitif⁶⁵. En effet, dans une telle configuration, tous les prix du

⁶⁵ Selon le Secrétariat de l'OMC : « Les marchés sont parfaitement compétitifs lorsque les entreprises peuvent entrer et sortir librement sans que cela ait un coût lorsque les produits sont homogènes et qu'il y a des rendements d'échelle constants, et lorsque les producteurs ou les consommateurs n'ont aucune possibilité d'influer individuellement sur les prix et sont totalement informés. Évidemment, dans la pratique, ces conditions existent rarement, voire jamais » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 59, note de bas de page 30).

marché sont censés refléter les coûts de production supportés (coûts sociaux) et la valeur du bien-être tiré de la consommation des produits par les consommateurs (utilité sociale). Suivant cette hypothèse, les facteurs de production de la société (travail, ressources naturelles, etc.) sont employés de manière optimale, avec, pour résultat, un plus grand bien-être global.

62. Ainsi, le subventionnement d'une activité économique par l'État dans ce cadre induirait une consommation plus élevée que la consommation optimale d'un produit donné (à cause de son bas prix), situation qui affecterait les incitations à l'efficacité en détournant des ressources d'autres secteurs plus efficaces. Par exemple, une subvention inappropriée à l'énergie (essence, électrique) peut conduire à une réduction de son prix et induire une surconsommation en décourageant les investissements dans de nouvelles technologies plus efficaces et en stimulant une surexploitation des ressources naturelles. Le résultat est une absence d'emploi optimal des facteurs de production et de bien-être⁶⁶.

63. Or, nous l'avons dit, dans le monde réel, des marchés parfaitement compétitifs n'existent pas. Le plus souvent, les marchés sont affectés soit par l'action de l'État (par voie réglementaire ou d'outils économiques), soit par des « défaillances du marché ». C'est en cas d'existence de telles distorsions, surtout de défaillances du marché, que la théorie économique majoritaire justifie une intervention étatique dans l'économie.

64. La présente section sera plus particulièrement consacrée à l'étude de la logique économique⁶⁷ qui justifie le versement de subventions : combler les défaillances du marché

⁶⁶ Pour cette raison, la plupart des économistes sont opposés à une utilisation non maîtrisée de l'outil. Voir GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMAN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 123-124.

⁶⁷ On pourrait mentionner aussi des justifications non économiques, c'est-à-dire non-liées à des défaillances de marché, ou même qui diminueraient le bien-être (matériel) global mais qui, cependant, pourraient justifier le versement de subventions. Jackson mentionne plusieurs exemples : politiques redistributives, sécurité nationale, options esthétiques (comme la préférence pour la musique érudite ou la conservation de la vie agricole, etc. Voir JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2^e ed., 1997, p. 21-22). On pourrait également mentionner la sécurité alimentaire ou un certain niveau d'indépendance vis-à-vis du marché international. Il convient de relever ici, cependant, que ces politiques ne se basent pas nécessairement sur les théories économiques qui ont été à la base de la réglementation internationale des subventions (parfois faisant fort d'arguments moraux) et ne seront pas explorées à fond. Nous reconnaissons, toutefois, l'importance potentielle de ces justifications au regard des

et influencer l'action des agents économiques. Pour ce faire, il conviendra de préciser quels sont les défaillances du marché et leurs effets sur les agents économiques ainsi que sur le bien-être global. Puis, il y aura lieu d'exposer quelques exemples concrets de défaillances du marché et de subventions versées pour les combler.

65. À cet égard, préciser la logique économique qui préside à l'utilisation des subventions est une étape indispensable avant d'examiner les limitations qui leur sont imposées par la réglementation internationale. Comme l'affirme de manière pertinente C. Micheau :

« [L]es aides publiques apparaissent comme des instruments décisifs qu'utilisent les gouvernements pour mettre en œuvre leurs politiques. Dans cette perspective, la régulation européenne et internationale (...) procède d'une immixtion dans les compétences souveraines fiscales des États. Dès lors, une telle régulation peut apparaître comme un exercice délicat où il convient de trouver un juste équilibre entre les attributions régaliennes des États et leurs obligations sur la scène internationale »⁶⁸.

66. De ce fait, les limites apportées au versement de subventions doivent être considérées au regard des objectifs et effets économiques de celles-ci, notamment de leurs conséquences économiques sur les échanges internationaux (objet de la prochaine section). C'est en ce sens que la logique économique a une telle importance : les subventions étant des outils essentiels pour mettre en œuvre les politiques économiques des États, leur restriction ne se justifie qu'au regard d'une considération économique aussi importante.

67. Dans cette perspective, il est possible de concevoir deux justifications à la limitation de l'outil par le biais de la réglementation internationale : soit la politique est mal employée et ne produit pas les résultats économiques positifs qui justifieraient son utilisation (la subvention ne pallie pas les défaillances du marché et n'accroît pas le bien-être global) ; soit la subvention produit les résultats envisagés mais avec des conséquences négatives sur les échanges internationaux.

débats réglementaires et nous allons analyser ces justifications dans la section 2 de ce chapitre.

⁶⁸ MICHEAU, Claire, *Droit des aides 'd'état et des subventions en fiscalité : droit de l'Union européenne et de l'OMC*, Éditions Larcier, 2013, p. 23.

68. Comme nous allons l'étudier, la première situation est souvent le résultat de la « capture » de la politique par les intérêts particuliers de secteurs bien organisés de la société. Dans ces cas, la subvention n'est utilisée que pour avantager ces groupes, au détriment des contribuables et des consommateurs⁶⁹. La deuxième situation est plus complexe. Même si une subvention peut se justifier du point de vue du bien-être national, elle peut avoir des effets négatifs sur les échanges internationaux et, par conséquent, sur le bien-être global. Cette question exige donc d'adopter une approche qui ne soit pas limitée aux frontières nationales, mais plutôt un point de vue global que la coopération multilatérale est censée permettre. Dans le cadre de le prochain chapitre, mais aussi tout au long de la thèse, cette perspective ainsi que les défis posés par l'opposition entre logique nationale et logique globale seront abordés. Il s'agira d'analyser la réglementation internationale des subventions au regard de ces objectifs économiques, d'un point de vue multilatéral, afin de déterminer si ces règles sont en mesure de répondre aux défis actuels et futurs.

69. La section 1 explorera les principales défaillances du marché mentionnées pour justifier l'intervention des pouvoirs publics dans l'économie, notamment par le recours à des subventions. La section 2 explorera d'autres justifications non exclusivement économiques ou non basées sur la théorie du bien-être qui sont également soulevées pour justifier l'utilisation de subventions.

Section 1 : Défaillances du marché

70. Tout au long du siècle dernier, plusieurs économistes ont dédié leurs travaux à l'étude de situations caractérisées par des prix du marché ne reflétant pas correctement les coûts sociaux des activités économiques ou l'utilité sociale marginale de la consommation. Il s'agit de cas de défaillances du marché, c'est-à-dire de configurations qui se distinguent par le fait que le marché n'offre pas d'incitations « pertinentes » aux producteurs et/ou consommateurs et où l'allocation des ressources d'une société ne répond pas de manière

⁶⁹ Il est possible de s'interroger ici sur l'intérêt (ou légitimation) d'autres États de freiner l'action mal employée si les effets négatifs sont, dans une large mesure, subis par les citoyens de l'État qui met en œuvre la politique publique. Nous allons analyser en détail ce sujet dans le prochain chapitre.

optimale à l'utilité sociale marginale tirée de la production d'un bien ou d'un service donné. Cette notion a été précisée par Bator :

« What is it we mean by "market failure"? Typically, at least in allocation theory, we mean the failure of a more or less idealized system of price-market institutions to sustain "desirable" activities or to estop "undesirable" activities. The desirability of an activity, in turn, is evaluated relative to the solution values of some explicit or implied maximum-welfare problem »⁷⁰.

71. Dans de telles configurations, il y a ainsi une « sur-utilisation » des facteurs de production dans des secteurs moins efficaces ou une sous-estimation des coûts sociaux marginaux engendrés par la production d'un bien. Dans ces cas aussi, la main d'œuvre est sous-utilisée, les ressources financières sont mal-employées et le marché ne conduit pas au bien-être potentiel le plus élevé⁷¹.

72. La théorie économique classique a identifié plusieurs sources de défaillances du marché : une concurrence imparfaite (monopole, oligopole), des coûts de transaction importants et des asymétries d'information, des rendements d'échelle croissants, des externalités (positives et négatives), entre autres éléments⁷². Dans le cadre de notre étude, centrée sur la réglementation multilatérale des subventions en considérant particulièrement leurs objectifs économiques et effets sur les échanges internationaux, on n'explorera pas de manière exhaustive toutes ces situations. Il conviendra, en revanche, d'examiner les contours économiques de quelques-unes d'entre elles afin de bien comprendre les situations dans

⁷⁰ BATOR, Francis M., « The Anatomy of Market Failure », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, n° 3, 1958, p. 351.

⁷¹ Voir KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 243. Voir aussi GRAAFF Johannes de V., « Taxes and Subsidies », in EATWELL, John, MILGATE, Murray, NEWMAN, Peter (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Macmillan, vol. 4, 1987, p. 608-609.

⁷² Pour une analyse complète de ces situations et, surtout, de leurs interactions avec la théorie économique des échanges internationaux, voir, entre autres : BHAGWATI, Jagdish, « The Theory and Practice of Commercial Policy: Departures from Unified Exchange Rates », *Princeton Essays in International Finance*, n° 8, 1968, 74 p. ; MISHAN, Ezra J., « The Postwar literature on Externalities : An Interpretative Essay », *Journal of Economic Literature*, vol. 9, n° 1, 1971, p. 1-28 ; BATOR, Francis M., « The Anatomy of Market Failure », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, n° 3, 1958, p. 351-379 ; KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, xxxii, 753 p.

lesquelles l'intervention de l'État, par voie de subventions, est justifiable, voire très positive du point de vue du bien-être global.

73. Marshall⁷³ et, plus tard, Pigou⁷⁴ sont largement crédités pour avoir développé la théorie des externalités selon laquelle les prix sur les marchés (« prix privés ») ne reflètent pas nécessairement tous les coûts ou bénéfices sociaux marginaux liés à la production/consommation d'un bien ou service quand des externalités sont présentes. On parle d'externalités positives lorsque la production ou consommation d'un bien ou service produit des effets positifs pour des agents non parties à la transaction. Dans ce cas, le bénéfice ou utilité que des parties tierces ont tiré de la production/consommation n'est pas reflété/e dans le prix payé pour la transaction. Les ressources qui y ont été consacrées sont moins importantes que celles nécessaires pour produire le plus haut niveau de bien-être global potentiel⁷⁵.

74. Un exemple classique est celui de la consommation d'un traitement médical contre une maladie contagieuse. Le médecin est remboursé pour son service (coût privé) et le patient en tire certainement une utilité (bénéfice privé), mais le reste de la société en profite également : la maladie ne se propage pas et le patient peut continuer à contribuer positivement à la société (bénéfice social). Le même argument est souvent utilisé pour expliquer les externalités positives de la consommation de services d'éducation ou de la production d'un produit innovant : l'étudiant ou l'inventeur en tirent un bénéfice, mais également la société au sens large en termes d'accroissement de la productivité et de contribution au bien-être global. Un dernier exemple habituellement mentionné est celui des biens et services environnementaux. Le nettoyage d'un fleuve ou la protection de forêts bénéficient aux

⁷³ MARSHALL, Alfred, *The principles of economics*, MacMillan, 8th ed., 1890, 1920, 627 p.

⁷⁴ PIGOU, Arthur C., *The economics of welfare*, MacMillan, 4th ed., 1920, 1932, 561 p.

⁷⁵ Schwarts et Harper offrent un résumé très clair sur la notion d'externalités et leur bénéfice potentiel pour les échanges internationaux :

« [E]xternalities may exist that cause social costs in fact to be lower than private costs. For if the value that society places on the production of a good is not, for some reason, fully reflected in market transactions, its social value is higher and the costs to society of forgone production are correspondingly lower. Under these conditions, a subsidy in the amount that nonparty beneficiaries would pay if there were a functioning market for the externality can theoretically be justified as increasing efficiency. This kind of subsidy would, moreover, add to, rather than reduce, the gains from trade coupled with specialization, which are predicted by the theory of comparative advantage » (SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 841).

prestataires et consommateurs parties à la transaction, mais aussi aux riverains en aval qui peuvent profiter d'une source d'eau saine⁷⁶.

75. Dans ces cas, les tierces parties bénéficient de la transaction sans supporter aucun coût ; il s'agit de « passagers clandestins »⁷⁷. Il n'existe alors pas d'incitations suffisantes pour que les tierces parties (les « passagers clandestins ») contribuent à la réalisation de la transaction, même s'ils bénéficient aussi du résultat final. Il y a alors une défaillance du marché dans la mesure où ce dernier n'offre pas de récompenses suffisantes aux parties pour l'externalité positive créée. Autrement dit, le prix privé du marché des actions, biens et services qui produisent des externalités positives ne reflète pas leur utilité sociale ou leur contribution au bien-être global (l'utilité sociale marginale excède le coût social marginal).

76. Il y aurait alors un intérêt que l'État agisse sur le marché pour pallier cette défaillance. Comme nous l'avons vu, plusieurs outils sont à sa disposition. L'État peut, par exemple, par la voie d'une réglementation, exiger la conservation de forêts riveraines ou imposer la

⁷⁶ Pour un débat sur les défis causés par les externalités positives au regard de la coopération internationale en matière d'environnement, voir GRUBB, Michael, HOURCADE, Jean Charles, NEUHOFF, Karsten, *Planetary economics: energy, climate change and the three domains of sustainable development*, Routledge, 2014, à partir de la p. 32.

⁷⁷ Le concept de « passagers clandestins » et l'absence d'incitation à une action coopérative ont été analysés dès 1740 par le philosophe écossais Hume dans son œuvre *Traité de la nature humaine*. Selon le philosophe : « There is no quality in human nature, which causes more fatal errors in our conduct, than that which leads us to *prefer whatever is present to the distant and remote, and makes us desire objects more according to their situation than their intrinsic value*. Two neighbours may agree to drain a meadow, which they possess in common; because 'tis easy for them to know each others mind; and each must perceive, that the immediate consequence of his failing in his part, is the abandoning the whole project. But *'tis very difficult, and indeed impossible, that a thousand persons should agree in any such action*; it being difficult for them to concert so complicated a design, and still more difficult for them to execute it; *while each seeks a pretext to free himself of the trouble and expense, and would lay the whole burden on others*. Political society easily remedies both these inconveniences. Magistrates find an immediate interest in the interest of any considerable part of their subjects. They need consult no body but themselves to form any scheme for the promoting of that interest. And as the failure of any one piece in the execution is connected, tho' not immediately, with the failure of the whole, they prevent that failure, because they find no interest in it, either immediate or remote. Thus bridges are built; harbours opened; ramparts raised; canals formed; fleets equipped; and armies disciplined; everywhere, by the care of government, which, tho' composed of men subject to all human infirmities, becomes, by one of the finest and most subtle inventions imaginable, a composition, which is, in some measure, exempted from all these infirmities » (HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, 1739, republié par Oxford Clarendon Press, 1896, p. 275-276 ; italiques ajoutées).

Pour un aperçu actuel du sujet, voir KAUL, Inge, GRUNBERG, Isabelle, STERN, Marc A. (ed.), *Global public goods : international cooperation in the 21st century*, Programme des Nations Unies pour le développement, Oxford University Press, 1999, xxxviii, 546 p.

vaccination obligatoire de groupes vulnérables de la population (enfants, personnes âgées, etc.). Or, à travers ce type de mesures, l'État fait reposer le coût social de son action sur un nombre restreint d'acteurs alors que les externalités positives de celle-ci bénéficient à toute la collectivité.

77. Une alternative serait d'offrir une subvention à la production ou consommation du bien ou service qui produit des externalités positives⁷⁸. Ici, le coût additionnel de l'action (visant à compenser l'utilité additionnelle tirée de la consommation du bien ou service) serait supporté par l'ensemble des contribuables. Reprenant l'exemple de la protection des forêts riveraines, une subvention pourrait être versée sous la forme d'un allègement fiscal portant sur le terrain protégé.

78. Les externalités négatives, au contraire, sont des effets néfastes sur les tierces parties à une transaction, occasionnés par la consommation de certains biens et services dont le coût social n'est pas reflété dans les prix pratiqués sur le marché. Dans ce cas, les coûts sociaux supportés par les tierces parties ne sont pas compensés par les parties à la transaction. Il y a aussi défaillance du marché, car les parties sont incitées à la surproduction ou surconsommation de biens ou services, ce qui engendre une diminution du bien-être global. Alors, l'utilité privée marginale que les parties ont retirée de la transaction est moins importante que son coût social marginal.

⁷⁸ Certains auteurs comme J. Bhagwati considèrent qu'une subvention serait l'outil le plus efficace dans une telle situation pour promouvoir la production d'un bien, surtout au regard des tarifs. Voir BHAGWATI, Jagdish, « The Theory and Practice of Commercial Policy: Departures from Unified Exchange Rates », *Princeton Essays in International Finance*, n° 8, 1968, p. 14-15. Voir aussi : CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, p. 42-44 ; SNAPE, Richard H., « International Regulation of Subsidies », *The World Economy*, vol. 14, n° 2, 1991, p. 144 ; BAGWELL, Kyle., STAIGER, Robert. W., « Will International Rules on Subsidies Disrupt the World Trading System? », *American Economic Review*, vol. 96, 2006, p. 877. D'autres auteurs, comme P. Krugman, sont plus réticents en raison des difficultés liées à l'adoption de politiques publiques bien cadrées et des conséquences sur le marché. Pour ceux-ci, les subventions ne seraient qu'une deuxième meilleure option. Voir KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 244. Voir aussi EATWELL, John, MILGATE, Murray, NEWMAN, Peter (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Macmillan, 1987, p. 609. Enfin, D. Rodrik préfère les tarifs aux subventions dans la mesure où les tarifs seraient plus transparents. Voir RODRIK, Dani, « Tariffs, subsidies, and welfare with endogenous policy », *Journal of International Economics*, vol. 21, n° 3-4, 1986, p. 285-299.

79. L'exemple le plus couramment mentionné par la doctrine pour expliquer les externalités négatives est la pollution⁷⁹. Quand la production ou la consommation d'un bien ou service génère de la pollution, cet effet affecte les parties à la transaction mais aussi des tierces parties qui doivent en subir les conséquences néfastes. Pensons, par exemple, le cas de deux entreprises, A et B, qui exercent la même activité économique et se trouvent donc en concurrence sur le marché. Pour cette activité, les deux entreprises collectent de l'eau d'une rivière et y déversent les résidus toxiques de leur production. L'entreprise A est installée plus en amont de la rivière et génère des externalités négatives pour l'entreprise B, qui subit en conséquence des coûts additionnels de production liés à la purification de l'eau de la rivière. Or, sans intervention sur le marché, l'entreprise A n'aurait pas de motivation à compenser l'entreprise B ou à mieux gérer ses résidus. De plus, la pollution causée tant par l'entreprise A que par l'entreprise B produit des externalités négatives pour tout le reste de la communauté qui dépend de la rivière comme source d'eau.

80. Il y a donc bien ici défaillance du marché, car les coûts privés subis par l'entreprise A mais aussi l'entreprise B ne reflètent pas les coûts sociaux engendrés par leur production. Autrement dit, les prix payés par les consommateurs pour les produits de ces deux entreprises ne reflètent pas les coûts sociaux de leur consommation. Ni l'entreprise A, ni l'entreprise B ne sont incitées à modifier leur comportement sur le marché, une absence de réaction qui a pour conséquence une diminution du bien-être global.

81. Un autre exemple habituellement mentionné est celui de la circulation des voitures. La mise en circulation d'une voiture sur la route génère des effets négatifs pour la collectivité, soit à cause de la pollution émise, soit en raison de l'utilisation d'une ressource limitée (engendrant des embouteillages ou augmentant la possibilité d'accidents, par exemple). Plus le nombre de conducteurs est important, plus les effets négatifs sur chacun des individus le sont également. Le prix privé payé par chaque conducteur pour conduire sur la route ne prend pas nécessairement en compte tous les coûts sociaux. Il y a défaillance du marché dans la

⁷⁹ Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 110.

mesure où, en l'absence d'intervention, le bien-être global net final est moins élevé que le bien-être potentiel⁸⁰.

82. Sur ces questions, la théorie des jeux propose des considérations pertinentes. Supposons que les entreprises A et B précitées partagent un lac au lieu d'une rivière avec le reste de la communauté. Supposons aussi que le coût privé du filtrage des résidus toxiques de leur production est relativement inférieur au coût privé du nettoyage de l'eau du lac. Rationnellement, l'entreprise A et l'entreprise B auraient une incitation à investir dans le filtrage de leurs résidus pour économiser en matière de coûts de nettoyage. Or, dans la mesure où le filtrage des résidus par l'une des parties produit des effets bénéfiques pour l'autre (en réduisant ses coûts de nettoyage), aucune des parties n'est finalement incitée à agir avant de s'assurer de l'action de l'autre. Il s'agit du « dilemme du prisonnier »⁸¹ : chaque partie est incitée à « tricher » pour tirer des bénéfices de l'action de l'autre sans supporter ses coûts. Le « meilleur » résultat pour les deux parties serait la coopération mais l'absence d'information et de confiance en l'autre partie conduit à une défaillance du marché. Dans le même sens, au regard du deuxième exemple précédemment évoqué, chaque conducteur se trouverait dans une meilleure situation s'il coordonnait son utilisation des routes ; un comportement qui permettrait de réduire l'usage d'automobiles, les embouteillages, la pollution générée... Cependant, ici, le grand nombre de « joueurs » et les coûts de coordination (« coûts de transaction ») rendent improbable une solution spontanée⁸².

⁸⁰ Pour d'autres exemples et un aperçu général sur l'évolution théorique du débat, voir MISHAN, Ezra J., « The Postwar literature on Externalities: An Interpretative Essay », *Journal of Economic Literature*, vol. 9, n° 1, 1971, p. 1-28.

⁸¹ Voir : HARDIN, Russell, « Collective Action as an Agreeable n-Prisoner's Dilemma », *Behavioral Science*, vol. 16, 1971, p. 472-481 ; BRAMS, Steven J., « Game Theory », in DORITY JR., William A. (ed.), *International encyclopedia of the social sciences*, vol. 3, Macmillan Reference, 2nd ed., 2008. Pour une analyse détaillée du « dilemme du prisonnier » et de ses effets sur la coopération, voir AXELROD, Robert M., *The evolution of cooperation*, Basic Books, 1984, p. 7-19 et 124-144.

⁸² La théorie des « coûts de transactions », telle que développée par Coase, complète dans une certaine mesure celle des externalités. En termes généraux, les coûts de transactions sont ceux que les agents sur le marché rencontrent pour conclure la transaction : trouver une partie intéressée ; négocier un prix ; rédiger un contrat ; garantir le respect des conditions agréées, entre autres. Selon Coase, ces coûts peuvent empêcher les agents de conclure des transactions qui produiraient un bien-être potentiel plus élevé. Comme l'affirme, en effet, l'auteur :
« In the standard case of a smoke nuisance, which may affect a vast number of people engaged in a wide variety of activities, the administrative costs might well be so high as to make any attempt to deal with the problem within the confines of a single firm impossible. (...) Thus, the government (by statute or perhaps more likely through an administrative agency) may, to deal with the problem of smoke nuisance, decree that certain methods of production should or should not be used (e.g. that

83. Pour pallier cette défaillance, l'État a encore une fois plusieurs options à sa disposition. L'objectif de son intervention serait de garantir que les coûts privés soient équivalents aux coûts sociaux. Autrement dit, l'intervention étatique viserait à « internaliser » dans la transaction les externalités négatives⁸³. Ce faisant, le coût de l'externalité négative serait supporté par les parties à la transaction, qui l'ont produite, et non par des tierces parties ou la collectivité. S'agissant des externalités négatives liées à la pollution, ce raisonnement a pris la forme du principe « *pollueur payeur* ». Les travaux de l'OCDE sur le sujet résument bien les principaux aspects de ce principe ainsi que ses enjeux économiques et commerciaux dans le cadre d'une collaboration internationale visant à lutter contre la pollution :

« 4. Le principe à appliquer pour l'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution, principe qui favorise l'emploi rationnel des ressources limitées de l'environnement tout en évitant des distorsions dans le commerce et les investissements internationaux, est le principe dit "pollueur-payeur". Ce principe signifie que le pollueur devrait se voir imputer les dépenses relatives aux susdites mesures arrêtées par les pouvoirs publics pour que l'environnement soit dans un état acceptable. En d'autres termes, le coût de ces mesures devrait être répercuté dans le coût des biens et services qui sont à l'origine de la pollution du fait de leur production et/ou de leur consommation. D'une façon générale, de telles mesures ne devraient pas être accompagnées de subventions susceptibles

smoke preventing devices should be installed or that coal or oil should not be burned) or may confine certain types of business to certain districts (zoning regulations). The government is, in a sense, a super-firm (but of a very special kind) since it is able to influence the use of factors of production by administrative decision » (COASE, Ronald H., « The problem of social cost », *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, oct., 1960, p. 17

Voir aussi : COASE, Ronald H., « The nature of the firm », *Economica*, New Series, vol. 4, n° 16, nov., 1937, p. 386-405 ; MEDEMA, Steven G. « The Myth of Two Coases: What Coase Is Really Saying », *Journal of Economic Issues*, vol. 28, n° 1, 1994, p. 208-217.

⁸³ Dans le cadre de la théorie des jeux, surtout au regard du dilemme du prisonnier, la doctrine présente plusieurs options ; notamment la « modification des coûts et primes ». Cette option se rapproche conceptuellement de l'internalisation des coûts sociaux. Comme l'affirme R. Axelrod :

« A common reaction of someone caught in a Prisoner's Dilemma is that "there ought to be a law against this sort of thing." In fact, getting out of Prisoner's Dilemmas is one of the primary functions of government: to make sure that when individuals do not have private incentives to cooperate, they will be required to do the socially useful thing anyway. (...) What governments do is to change the effective payoffs » (AXELROD, Robert M., *The evolution of cooperation*, Basic Books, 1984, p. 133).

d'engendrer des distorsions importantes dans le commerce et les investissements internationaux »⁸⁴.

84. Ainsi, selon ce principe, l'outil préféré pour pallier les externalités négatives serait des taxes ou réglementations obligeant directement les pollueurs à internaliser les coûts sociaux liés à la pollution. Or, il y a lieu de relever que ces recommandations du Conseil de l'OCDE s'inscrivent dans le contexte des crises pétrolières des années 1970, période durant laquelle des pays membres de l'OCDE ont décidé de subventionner leurs industries de base, très polluantes, pour faire face à la crise économique et à des taux élevés de chômage. Or ces interventions ont eu des effets néfastes sur les efforts déjà entrepris pour contrôler la pollution. Cela explique, en partie, l'accent mis par l'OCDE sur la condamnation du versement de subventions pour ce type d'industries.

85. Comme nous allons l'étudier dans le cadre de chapitres ultérieurs, bien que cette période soit caractérisée par des similitudes avec la situation post-crise financière de 2008, il convient de noter que ces recommandations du Conseil de l'OCDE reconnaissaient tout de même (par voie d'exception) la possibilité, dans certains cas, de verser des subventions pour parer aux externalités négatives liées à la pollution⁸⁵. Ainsi, le soutien accordé aux entreprises pour l'acquisition de technologies vertes ou l'adoption de procédures moins polluantes ne serait pas nécessairement contraire au principe « pollueur payeur » ; de même, la subvention aux activités de recherche et de développement de technologies vertes ou celle tendant à faire face aux conséquences sur l'emploi de la diminution de certaines activités polluantes pendant des « périodes de transition »⁸⁶.

⁸⁴ OCDE, *Recommandation du Conseil sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international*, 26 mai 1972, C(72)128. Il convient ici de noter que depuis cette recommandation, un débat important a eu lieu, entre autres sujets, sur les effets de la mise en œuvre du principe sur les échanges internationaux et sur la responsabilité économique des consommateurs (souvent dans des pays développés) par rapport aux coûts liés à la pollution générée des pays producteurs de biens très polluants (souvent dans des pays en développement). L'OCDE reconnaîtra les enjeux et l'importance de ce débat deux ans plus tard, dans la *Recommandation du Conseil sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur*, 14 novembre 1974, C(74)223. Pour un débat critique sur l'évolution et mise en œuvre du principe, voir PONTEVES, Elzear de S., « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, vol.12, n° 1, 2008, p. 21-60.

⁸⁵ Comme nous allons le voir dans la troisième partie, les années 1970 ont été des années formatrices du débat autour de la coopération internationale pour la protection de l'environnement, ses effets sur le développement, ainsi que la place du système multilatéral de commerce et des échanges internationaux dans ce débat.

⁸⁶ Voir : OCDE, *Recommandation du Conseil sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international*, 26 mai 1972, Annexe, para. 5 ; OCDE,

86. Ainsi, en théorie, il serait accepté qu'une subvention puisse être accordée afin de promouvoir l'adoption de technologies ou de procédures par les pollueurs de façon à réduire les externalités négatives générées. Comme l'affirme, en effet, le Secrétariat de l'OMC :

« Dans la mesure où l'imposition d'une norme stricte peut se révéler coûteuse, la concurrence internationale peut déclencher une course vers le bas, compromettant ainsi la possibilité de protéger l'environnement par la réglementation dans un contexte de libre-échange. Dans ce cas, des subventions peuvent être justifiées pour aider les entreprises à s'adapter aux nouveaux règlements et éviter les pressions tendant au relâchement progressif de la réglementation environnementale. Ces subventions visent à aider les producteurs à s'adapter en leur évitant de supporter une partie des coûts induits par de nouvelles prescriptions concernant les produits, les procédés ou les méthodes de production. Toutefois, ce type de soutien risque d'avoir un effet pervers en incitant à établir une réglementation plus stricte qu'il n'est nécessaire pour écarter la concurrence »⁸⁷.

87. Une autre possibilité serait de subventionner l'acquisition ou production de biens ou services alternatifs, c'est-à-dire qui ne génèrent pas d'externalités négatives. Dans ce cas, la subvention réduirait les coûts privés des produits et services qui offrent une plus grande utilité sociale relative. Il s'agirait, par exemple, de subventionner le transport public ou de voter un allègement fiscal pour encourager le covoiturage visant à limiter les externalités négatives de l'usage d'automobiles⁸⁸.

88. En tout état de cause, il nous paraît évident, d'après cette analyse, qu'une subvention versée pour répondre à ce genre d'externalités doit être bien ciblée, de manière à pallier la défaillance sans toutefois fausser la concurrence sur le marché. Le défi, comme nous le verrons au prochain chapitre, porte donc non seulement sur l'identification des externalités

Recommandation du Conseil sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur, 14 novembre 1974, C(74)223, paras. III.1.-III.3.

⁸⁷ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 113.

⁸⁸ Par rapport aux subventions liées à l'environnement, le Secrétariat de l'OMC identifie quatre « groupes » de subventions : 1) les subventions visant à éliminer ou réduire le coût externe (externalité négative) induit par l'activité d'une entreprise, telles que les subventions incitant à réduire les émissions ou à améliorer l'efficacité énergétique ; 2) les subventions qui visent promouvoir l'externalité positive résultant de l'activité d'une entreprise, comme les aides à la reforestation, à la recherche sur les bioénergies, à l'introduction de nouvelles technologies respectueuses de l'environnement ; 3) les subventions liées aux coûts du respect de la réglementation environnementale, souvent destinées à l'achat de nouveau matériel conforme à de meilleures normes écologiques ; 4) les subventions destinées à améliorer l'information du consommateur sur les avantages pour l'environnement de la consommation de certains produits plutôt que d'autres. *Ibid.*, p. 113.

mais aussi sur l'encadrement et le calcul du niveau optimal de subventionnement destiné à pallier la défaillance du marché.

89. Tout au long du siècle dernier, se fondant sur ces lignes théoriques générales axées sur l'économie du bien-être et les défaillances du marché, la doctrine économique a étudié d'autres situations pratiques engendrant des défaillances du marché et requérant l'intervention de l'État. Il convient ici d'analyser quelques exemples qui sont particulièrement pertinents dans le contexte de la réglementation internationale des subventions en relevant qu'une grande partie de ces situations relève soit des politiques publiques pour le développement, soit des politiques publiques pour la protection de l'environnement. Par conséquent, il nous paraît tout à fait approprié d'examiner, même brièvement, ces discussions ; sachant que leurs justifications économiques seront étudiées au regard du débat réglementaire lors des prochains chapitres.

Paragraphe 1 : Bénéfices imparfaitement appropriables et industrie naissante

90. Les études portant sur les externalités positives ont notamment mis en évidence la défaillance du marché causée par les « bénéfices imparfaitement appropriables »⁸⁹. À travers cette expression, la théorie économique fait référence au fait que des entreprises participant à un secteur industriel nouveau et novateur génèrent des avantages sociaux pour lesquels elles ne sont pas complètement récompensées. Par exemple, le développement d'une nouvelle technologie, l'accès à de nouveaux marchés, ou encore la découverte d'une structure de coûts sur un marché donné (prix des intrants, fournisseurs, services, etc.) peuvent générer des « effets de retombées » (*spillover effects*) positives pour d'autres agents du marché et augmenter le bien-être global⁹⁰. Ainsi, selon A. Sykes :

⁸⁹ Voir KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 278.

⁹⁰ D'après Schwartz et Harper :

« Some of the knowledge gained will be communicated without payment in exchange to employees, suppliers, customers, and others with whom the firm deals. These benefits, commonly referred to as “spillover effects,” occur for essentially two reasons. First, there are limits on the protection afforded by law to knowledge acquired through innovation. Second, the costs of devising and implementing transactions to capture the value of some of the benefits derived from the innovation (for example, the knowledge gained by a firm supplying inputs) may exceed the amount that could be realized. As a result of these various factors, the amount obtained through private transactions may be less than

« [I]t may be difficult for individuals who invent socially valuable things to recoup their costs of research and development—depending on the nature of the innovation and the efficacy of any intellectual property protection, inventions may be copied by competing sellers and sold at a price that will not allow inventors an adequate return to their efforts. An appropriately calibrated government subsidy for research and development may then be economically desirable »⁹¹.

91. De plus, selon R. Hausmann et D. Rodrik, l'entrepreneur doit faire face à des externalités informationnelles (ou « barrières à l'information »), surtout s'il se trouve dans un pays en développement lorsque la production y est inexistante et n'a donc pu encore indiquer les structures de coût de l'économie - par exemple, coûts des matières premières, fiabilité des fournisseurs, élasticité des prix, coût du capital, etc. Ainsi, si l'entrepreneur décide d'investir, par exemple, dans la fabrication de jouets en bois mais que son marché interne n'offre pas de structures économiques suffisamment avantageuses, il doit subir tous les coûts de son échec. En revanche, s'il réussit, il partagera les bénéfices de son succès avec d'autres entrants sur le marché qui suivront son expérience⁹². Or, une telle situation peut empêcher le déploiement d'activités non traditionnelles et, en fin de compte, freiner le développement économique.

92. La même question a été posée concernant les objectifs des subventions à l'exportation⁹³. D'après cette approche, il serait justifiable de subventionner l'exportation des

the social value of the innovation » (SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 844).

⁹¹ SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics*, Online Working Paper n° 186, 2003, p. 6-7. Voir aussi OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, précité, p. 66.

⁹² Voir HAUSMANN, Ricardo, RODRIK, Dani, « Economic Development as Self-Discovery », *National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper*, n° 8952, NBER, 2002, 44 p. K. Hoff et J. Stiglitz développent une théorie similaire pour analyser les externalités informationnelles qui peuvent empêcher le développement des Etats. Voir HOFF, Karla, STIGLITZ, Joseph E., « Modern economic theory and development », in MEIER, Gerald M., STIGLITZ, Joseph E. (eds.), *Frontiers of development economics: the future in perspective*, World Bank, Oxford University Press, 2000, p. 412-413. Voir aussi HOFF, Karla, « Bayesian learning in an infant industry model », *Journal of International Economics*, vol. 43, n° 3-4, 1997, p. 409-436.

⁹³ Voir BAGWELL, Kyle W., MAVROIDIS Petros C., « Too Much, Too Little . . . Too Late? », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 169. Voir aussi SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 847 ; BHAGWATI, Jagdish, « The Theory and Practice of Commercial Policy: Departures from Unified Exchange Rates », *Princeton Essays in International Finance*, n°

produits d'entreprises pionnières pour deux principales raisons : tout d'abord, ces entreprises doivent assumer des coûts d'apprentissage visant à former leurs employés aux conditions d'affaires et aux structures économiques et sociales du marché d'exportation ; d'autre part, elles devront investir pour adapter leurs produits aux goûts, exigences et réalités de ce nouveau marché. Or, les bénéfices liés à ces connaissances acquises « débordent », c'est-à-dire, profitent aussi aux fournisseurs, clients et employeurs de l'entreprise pionnière. De plus, les autres entreprises qui décideront aussi d'exporter vers ce marché profiteront de la réputation du produit national sans avoir contribué à ses coûts initiaux (« *retombées de l'apprentissage par l'exportation* »).

93. De ce fait, la plupart des grandes économies ont établi, à partir des années 1970, des agences d'exportation qui offrent des conseils en matière de prospection de marchés étrangers. Plutôt que de verser des aides financières, ces agences proposent des services de soutien à l'exportation par la voie d'une mise à disposition de bureaux commerciaux, d'aide à la traduction, de conseils sur la conformité avec le cadre réglementaire du pays importateur ou sur le marketing des produits nationaux, etc.⁹⁴

94. La seconde raison vient du fait que les entités privées surestiment systématiquement les dangers liés à l'investissement à l'étranger ou à l'exportation de leurs produits. Par exemple, elles amplifient la possibilité de mesures protectionnistes. Comme le résume J. Bhagwati :

« (1) The private evaluation of risk with respect to sales abroad may be in excess of the social evaluation, which may be more realistic. The private entrepreneur may, for example, exaggerate the risk of losses from a quota being imposed on his sales in a foreign market, whereas the government may have recourse to relief via representation at GATT and/or intergovernmental negotiations, which is underestimated by the private entrepreneurs in question. In such a case, it is not enough merely to provide information to private entrepreneurs; the entrepreneurs may continue to have views concerning the risks of (a) insufficient action by the domestic government and (b) inadequate response by the foreign

8, 1968, p. 13.

⁹⁴ Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 76-77.

government, either or both of which may diverge from the official views »⁹⁵.

95. Par ailleurs, si l'entrepreneur n'arrive pas à récupérer complètement ses investissements à travers des droits de propriété intellectuelle (pour une nouvelle technologie) ou de services d'agencement (pour des informations sur un nouveau marché), une défaillance du marché se produira. Selon le Secrétariat de l'OMC, les données empiriques sur « les avantages externes de l'apprentissage par la pratique [*c'est-à-dire que les nouvelles technologies ou découvertes d'informations développées par des entrepreneurs profitent à d'autres entreprises sur le marché*] ... sont rares mais il en existe pour l'industrie de la transformation chimique et la construction de centrales nucléaires » ; sachant que des études ont « aussi constaté l'existence de retombées de l'"apprentissage par l'exportation" »⁹⁶.

96. Dans les cas mentionnés ci-dessus, les avantages sociaux de la nouvelle industrie sont *a priori* plus importants que les coûts de son développement. Néanmoins, ces avantages n'étant pas (complètement) « appropriables » par les entreprises pionnières, ces dernières n'auraient pas de motivations suffisantes pour investir. Selon cette théorie, les États devraient donc mettre en place des politiques publiques visant à résoudre une telle situation, par exemple, en subventionnant l'activité économique de ces entreprises jusqu'à ce qu'elles puissent récupérer leurs investissements initiaux⁹⁷.

97. Directement lié aux arguments théoriques précédemment présentés, un raisonnement économique justifiant un soutien à « *l'industrie naissante* »⁹⁸ a été aussi mis en avant. Le

⁹⁵ BHAGWATI, Jagdish, « The Theory and Practice of Commercial Policy: Departures from Unified Exchange Rates », *Princeton Essays in International Finance*, n° 8, 1968, p. 13.

⁹⁶ Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 67.

⁹⁷ Selon Schwarts et Harper, cela bénéficierait aussi aux échanges internationaux dans la mesure où les ressources globales seraient alors mieux employées :

« Thus government support for research and development can in principle supply an additional return equal to the value that is not captured in private transactions. If it performs this function, the result is to enhance efficiency by bringing to bear as incentive the true value placed by society on the invention rather than the lesser value manifested in the private transaction. If the combination of public and private action yields a more efficient use of domestic resources because the incentive taken into account more accurately reflects the social value of the innovation, then the world as a whole can share in the benefits of that use through international trade » (SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 845).

⁹⁸ Prebisch est probablement l'économiste le plus étroitement associé aux théories de l'industrie naissante,

principal argument à l'appui de cette intervention est que les nouveaux arrivants sur un marché peuvent retirer des avantages comparatifs significatifs - comme, par exemple, une abondance de main d'œuvre à bas coût, un accès favorisé à des ressources naturelles ou à d'autres intrants, ou encore des méthodes de production ou technologies particulièrement efficaces -, mais ne seraient pas en mesure de déplacer des industries établies en raison de plusieurs défaillances du marché typiques des industries naissantes, telles que des barrières à l'information sur la qualité des produits de la nouvelle entreprise, une méconnaissance des structures de prix du marché, un manque de compétitivité à cause des économies d'échelle du secteur, ou encore des coûts d'entrée trop élevés dans certains secteurs technologiquement avancés⁹⁹.

98. De fait, l'argumentation justifiant une protection et promotion des industries naissantes considère différentes défaillances du marché déjà mentionnées dans notre étude qui, d'après une telle approche, toucheraient particulièrement les nouvelles entreprises et empêcheraient les agents privés de développer le secteur industriel à leur gré. Comme l'affirma G. Grossman en 1990 :

« En Europe et en Amérique du Nord, l'opinion publique se montre de plus en plus favorable à une politique industrielle visant à encourager l'entrée d'entreprises nationales dans de nouveaux secteurs d'activité industrielle. Les activités auxquelles pensent les défenseurs de cette idée sont principalement des activités à forte intensité technologique et à forte intensité de main-d'œuvre qualifiée. (...) Ces spécialistes ont

surtout en raison de son travail pour la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPAL) et aussi en tant que premier Secrétaire Général de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED). Voir PREBISCH Raul, *Change and Development – Latin America's Great Task*, Report Submitted to the Inter-American Development Bank, CEPAL, Santiago, Chile, 1970, xix, 235 p. Sur la discipline de « l'économie du développement », voir aussi : HIRSCHMAN, Albert O., *The strategy of economic development*, Yale University Press, 1958, xiii, 217 p. ; KINDLEBERGER, Charles Poor, *International economics*, R.D. Irwin, 1973, 5th ed., xxviii, 526 p. Pour un aperçu général des théories de « l'économie du développement », voir MEIER, Gerald M., SEERS, Dudley (eds), *Pioneers in development*, Banque Mondiale, Oxford University Press, 1984, x, 372 p.

⁹⁹ Voir, entre autres : PACK, Howard, SAGGI, Kamal, « Is There a Case for Industrial Policy? A Critical Survey », *World Bank Research Observer*, World Bank, vol. 21, n° 2, 2006, p. 267-297 ; WESTPHAL, Larry E., « Empirical Justification for Infant Industry Promotion », *World Bank Staff Working Paper*, n° 445, World Bank, 1981, 38 p. ; EATON, Jonathan, GROSSMAN, Gene M., « Optimal Trade and Industrial Policy under Oligopoly », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, n° 2, 1986, p. 383-406 ; CHANG, Ha-Joon, « Infant Industry Promotion in Historical Perspective – A Rope to Hang Oneself or a Ladder to Climb With? », *Paper prepared for the conference "Development Theory at the Threshold of the Twenty-first Century"*, ECLAC-CEPAL, Santiago, Chili, 28-29 août, 2001, 49 p. ; RODRIK, Dani, « Industrial Policy for the 21st Century », *Kennedy School of Government Working Paper*, n° RWP04-047, 2004, UNIDO, 57 p.

(...) essayé d'identifier les cas où les mécanismes du marché ne permettraient pas d'affecter des ressources aux nouvelles activités, et de trouver des remèdes à ce problème. (...) Ils s'appuient sur l'importance supposée, dans la concurrence industrielle moderne, des économies d'échelle, de l'apprentissage, des externalités résultant de la R-D [recherche et développement], de l'expérience de production, de la formation en cours d'emploi et des liaisons verticales au niveau de la demande, ainsi que des imperfections des marchés des capitaux et des produits dues à une asymétrie d'information »¹⁰⁰.

99. Cet argument a été utilisé dans une large mesure en tant que fondement de plusieurs politiques publiques de protection et de promotion des industries naissantes des pays en développement et a longtemps été soutenu par des institutions internationales de développement telles que la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPAL)¹⁰¹ et la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA)¹⁰², surtout dans les années 1950, 1960 et 1970¹⁰³. Comme le note ainsi le Secrétariat de l'OMC : « On a fait valoir que bon nombre des pays aujourd'hui industrialisés ont appliqué avec succès des politiques de promotion des industries naissantes aux premiers stades de leur développement »¹⁰⁴.

100. Une autre défaillance du marché qui toucherait particulièrement les industries naissantes dans les pays en développement est la situation de « marché financier imparfait ». Dans ce cas, l'absence d'institutions financières bien établies comme, par exemple, des

¹⁰⁰ GROSSMAN, Gene M., « La promotion des nouvelles activités industrielles : analyses et observations récentes », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 14, 1990, p. 130.

¹⁰¹ Pour un aperçu historique et actuel complet des politiques publiques promues par la CEPAL, voir ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN, *El desarrollo económico en los albores del siglo XXI*, CEPAL, Bogotá, Colombia, 2004, lx, 361 p.

¹⁰² Voir, par exemple, le « Rapport économique sur l'Afrique 2015 : L'industrialisation par le Commerce » dans lequel la protection des industries naissantes africaines est présentée comme une politique commerciale indispensable pour le développement industriel :

« Une telle politique [commerciale] doit promouvoir l'efficacité et le dynamisme des entreprises bien établies et protéger l'efficacité des industries naissantes en leur servant de bouclier temporaire contre les aléas de la concurrence internationale. Dans le cas des industries naissantes ou émergentes, la protection tarifaire, conjuguée à différentes activités visant à développer la compétitivité des entreprises dans l'industrie, doit être conçue et mise en œuvre avec soin pour faire face aux externalités » (COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE, *Rapport économique sur l'Afrique 2015 : L'industrialisation par le Commerce*, Addis-Abeba, Éthiopie, 2015, p. xxv).

¹⁰³ Nous allons discuter plus en détail de l'évolution de ce débat et son état actuel dans le chapitre 1 de la quatrième partie de notre thèse.

¹⁰⁴ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 72.

bourses ou banques d'investissement, ne permet pas que des bénéfices courants provenant des secteurs traditionnels de l'économie (comme l'agriculture) soient utilisés pour financer l'investissement de nouveaux secteurs (manufacture), une situation qui limite le développement de nouvelles industries. Autrement dit, l'absence de marché financier mature constituerait une défaillance du marché dans la mesure où elle empêcherait ou limiterait le mouvement et l'allocation de ressources d'une économie vers les secteurs les plus rentables¹⁰⁵. Il serait alors nécessaire, pour permettre que l'économie atteigne le bien-être potentiel le plus élevé, de pallier cette défaillance par la voie, par exemple, de l'établissement d'institutions financières publiques ou d'un subventionnement des taux de prêts privés¹⁰⁶.

101. Le défi posé par les marchés financiers imparfaits dans les pays en développement a notamment été mis en évidence lors de la troisième Conférence internationale des Nations Unies sur le financement du développement, à Addis-Abeba, en 2015. Cent quatre-vingt-treize pays sont alors parvenus à un accord prévoyant des actions en vue de la mobilisation de ressources en faveur du développement, afin notamment de consolider les marchés financiers internes¹⁰⁷. S'agissant des actions prévues, les États membres des Nations Unies participant à la Conférence ont indiqué :

¹⁰⁵ Comme l'affirme le Secrétariat de l'OMC, « [d]ans les pays développés, le secteur financier peut être disposé à accorder des prêts pour financer de tels investissements à risque, mais dans les pays en développement, où il n'existe pas d'outils perfectionnés de gestion des risques, les banques peuvent se montrer hésitantes » Ainsi, « [s]i, pour une raison quelconque, le coût privé du capital est supérieur à son coût social, les pouvoirs publics devraient subventionner le crédit. Par contre, si une défaillance de l'information empêche d'évaluer correctement le risque lié aux nouvelles activités, ils devraient subventionner l'assurance-crédit » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 64-65 et 81-82). Sur la nécessité d'une intervention étatique, voir STIGLITZ, Joseph E., « The role of the state in financial markets », *Conférence annuelle de la Banque mondiale sur l'économie du développement*, Banque mondiale, 1993, p.19-61.

¹⁰⁶ Par exemple, au moment de sa notification au titre de l'article 25 de l'AGCS du 16 mai 2013, la Russie a mentionné le soutien à huit secteurs différents ayant pour objet « d'abaisser les taux d'intérêt à un niveau approprié et de faire ainsi en sorte que le coût du crédit soit le même pour les entreprises industrielles russes et étrangères ». Voir FEDERATION DE RUSSIE, *Nouvelle notification complète au titre de l'article XVI :1 du GATT de 1994 et de l'Article 25 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Comité SMC de l'OMC, G/SCM/N/253/RUS, 16 mai 2013, 32 p.

¹⁰⁷ Selon le paragraphe 33 du Programme d'action d'Addis-Abeba :

« 33. Si elles fonctionnent bien, les banques nationales et régionales de développement peuvent contribuer au financement du développement durable, en particulier dans les segments du marché du crédit où les banques commerciales ne sont pas vraiment présentes et où il existe de vastes lacunes dans le financement, mais il faudrait pour cela des modalités de prêt et des garanties sociales et environnementales appropriées. (...) » (ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement (Programme d'action d'Addis-Abeba)*, Addis-Abeba, ONU,

« 81. Nous constatons que les difficultés d'accès aux moyens de financer le commerce peuvent limiter le potentiel commercial d'un pays et lui faire perdre des occasions d'utiliser le commerce comme un moteur du développement. Nous accueillons avec satisfaction le travail accompli par le Groupe d'experts de l'OMC sur le financement du commerce, et nous nous engageons à étudier les moyens d'utiliser des incitations commerciales pour élargir le financement du commerce conformément aux règles de l'OMC et d'augmenter les crédits commerciaux disponibles, d'améliorer les garanties, les assurances, l'affacturage, les lettres de crédit et les instruments financiers novateurs, notamment en faveur des micro, petites et moyennes entreprises des pays en développement. Nous appelons les banques commerciales à offrir en plus grande quantité des moyens de financer le commerce et à examiner les moyens de remédier aux défaillances du marché des moyens du financement du commerce »¹⁰⁸.

102. De tels arguments relatifs aux défaillances du marché sont, encore aujourd'hui, utilisés pour justifier des politiques industrielles de soutien (y compris à travers un subventionnement) aux industries naissantes telles celles qui sont impliquées dans le développement de nouvelles technologies vertes, d'activité à basse consommation carbone, ou d'énergies renouvelables¹⁰⁹. On reviendra en détail sur ce débat et sa pertinence actuelle pour la réalisation des objectifs de développement durable dans le cadre de la quatrième partie de notre thèse ; toutefois, il convient d'ores et déjà de relever qu'une partie importante de la doctrine économique exprime des préoccupations sérieuses quant à l'efficacité des mesures adoptées pour aider les industries naissantes ainsi qu'à l'égard des conséquences inattendues de ces politiques publiques.

103. Selon ces auteurs, même si l'on reconnaît que le soutien aux industries naissantes aura des retombées positives, les États ne seraient pas les mieux placés pour identifier les risques et les bénéfices de leur action pour pallier les défaillances du marché. Selon P. Krugman, M. Obstfeld et M. Melitz, « [i]n practice it is difficult to evaluate which industry

A/69/L.82, 2015, para. 33. Voir aussi, entre autres, les paragraphes 43 et 44 sur les effets des marchés financiers internes imparfaits sur les petites et moyennes entreprises et les paragraphes 47 et 48 sur leurs effets sur les investissements dans l'infrastructure.

¹⁰⁸ ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Programme d'action d'Addis-Abeba issu de la troisième Conférence internationale sur le financement du développement (Programme d'action d'Addis-Abeba)*, Addis-Abeba, ONU, A/69/L.82, 2015, para. 81.

¹⁰⁹ Pour une analyse complète de l'évolution récente de ce genre de soutien, voir CARVALHO, Maria, *The internationalisation of green technologies and the realisation of green growth*, PhD thesis, The London School of Economics and Political Science (LSE), 2015, 249 p.

really warrant special treatment, and there are risks that a policy intended to promote development will end up being captured by special interests. There are many stories of infant industries that have never grown up and remain dependent on protection »¹¹⁰.

104. En effet, une analyse historique des efforts réalisés en matière de protection et de promotion des industries naissantes semble offrir peu d'exemples concrets de succès. Comme l'affirment H. Pack et K. Saggi, « [o]verall, there appears to be little empirical support for an activist government policy even though market failures exist that can, in principle, justify the use of industrial policy »¹¹¹. En tout état de cause, la doctrine économique est loin de partager une position unique s'agissant de la pertinence des politiques industrielles de promotion des industries naissantes. Pour autant, comme nous aurons l'occasion de le relever tout au long de cette thèse, après la crise de 2008, les gouvernements ont semblé avoir retrouvé un intérêt à mettre en œuvre des politiques industrielles de subventionnement.

Paragraphe 2 : Les biens communs et les biens publics

105. Nous avons déjà analysé les externalités (positives et négatives) liées aux biens et services environnementaux et à leur exploitation. Nous avons aussi relevé les défis qu'ils engendrent en termes de coopération internationale, en particulier au regard de leurs effets (notamment quant au « dilemme du prisonnier »). Il convient à présent de mentionner d'autres questionnements pertinents quant à la mise en œuvre de ce type de politiques publiques relatives aux *biens communs* et *biens publics*.

¹¹⁰ KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 278. Voir aussi KINDLEBERGER, Charles P., *International Economics*, R.D. Irwin, 1973, 5th ed., p. 113. Voir aussi le prochain chapitre pour un aperçu des critiques théoriques adressées à l'utilisation des subventions en général.

¹¹¹ PACK, Howard, SAGGI, Kamal, « Is There a Case for Industrial Policy? A Critical Survey », *World Bank Research Observer*, World Bank, vol. 21, n° 2, 2006, p 267. Voir aussi : WILLIAMSON, John, « Is the “Beijing Consensus” Now Dominant? », *Asia Policy*, n° 13, January 2012, p. 1–16. Voir aussi, sur l'expérience récente, « Special Issue: Industrial Policy in the Post-Crisis Era », *Business and Politics*, vol. 16, n° 4, 2014, p. 481–665. Pour une vision contraire et des exemples historiques de protection des industries naissantes par des pays (aujourd'hui) développés, voir CHANG, Ha-Joon, « Kicking Away the Ladder: Infant Industry Promotion in Historical Perspective », *Oxford Development Studies*, vol. 31, n° 1, 2003, p. 21-35. Voir aussi : WADE, Robert, « Industrial Policy – Better, Not Less », *Témoin devant la CNUCED*, 16 septembre 2014, 38 p., disponible sur : <http://unctad.org/meetings/en/Presentation/tdb61_Rwade_item8_en.pdf>, dernier accès le 15.10.2017 ; RODRIK, Dani, « Industrial Policy for the 21st Century », *Kennedy School of Government Working Paper*, n° RWP04-047, 2004, UNIDO, 57 p.

106. Les *biens communs* (ou biens publics impurs) sont des biens dont l'utilisation est non-exclusive, c'est-à-dire que nul ne peut s'en voir refuser l'usage, mais dont la consommation par une personne limite sa disponibilité pour le reste de la société (consommation rivale)¹¹². L'exemple classique est celui des ressources naturelles épuisables telles que des ressources minérales, des stocks de poissons, du bois de forêt, ou encore des animaux et plantes sauvages. Puisque chaque bien extrait diminue la quantité disponible pour tous, chaque individu est incité à profiter des avantages aussi vite que possible avant qu'un autre ne le fasse. Ainsi, dès lors que « quiconque, sans restriction, peut pêcher en mer, ramasser du bois dans les forêts ou chasser des animaux sauvages, il est probable que les ressources seront surexploitées. Ce phénomène est qualifié de "tragédie des biens communs" »¹¹³, une situation que l'on peut envisager comme une variante du « dilemme du prisonnier » développée par Hardin dans son célèbre article publié dans la revue *Science* en 1968. Précisément, dans cette étude, Hardin explique :

« The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. (...) As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. (...) Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another... But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit-in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all. (...) Even at this late date, cattlemen leasing national land on the western ranges demonstrate no more than an ambivalent understanding, in constantly pressuring federal authorities to increase the head count to the point where overgrazing produces erosion and weed dominance. Likewise, the oceans of the world continue to suffer from the survival of the philosophy of the commons.

¹¹² D'autres exemples de biens publics impurs sont les clubs ou associations, ou encore les parcs privés ou la télévision via satellite. Contrairement aux biens communs, les non-membres sont exclus de l'usage de ce type de biens (biens exclusifs) ; ils peuvent les consommer seulement s'ils font partie du groupe restreint en question. Alors, la consommation par un membre ne limite en rien la disponibilité pour tous les autres membres. Voir KAUL, Inge, GRUNBERG, Isabelle, STERN, Marc A. (ed.), *Global public goods: international cooperation in the 21st century*, Programme des Nations Unies pour le développement, Oxford University Press, 1999, p. 3-5.

¹¹³ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 110.

Maritime nations still respond automatically to the shibboleth of the "freedom of the seas." Professing to believe in the "inexhaustible resources of the oceans," they bring species after species of fish and whales closer to extinction (...) In a reverse way, the tragedy of the commons reappears in problems of pollution. Here it is not a question of taking something out of the commons, but of putting something in-sewage, or chemical, radioactive, and heat wastes into water; noxious and dangerous fumes into the air; and distracting and unpleasant advertising signs into the line of sight. The calculations of utility are much the same as before. The rational man finds that his share of the cost of the wastes he discharges into the commons is less than the cost of purifying his wastes before releasing them. Since this is true for everyone, we are locked into a system of "fouling our own nest," so long as we behave only as independent, rational, free-enterprisers »¹¹⁴.

107. Tout au long du XX^e siècle, et encore aujourd'hui, une grande partie de la coopération internationale en matière de protection de l'environnement a été dédiée à la négociation d'accords multilatéraux environnementaux visant à contrer la « tragédie des biens communs »¹¹⁵. Les échanges internationaux et les politiques commerciales ont occupé une place importante dans ces débats. À cet effet, les subventions peuvent avoir un rôle important à jouer pour éviter la « tragédie des biens communs », notamment parce qu'elles permettent des incitations suffisantes pour éviter une surexploitation de ces biens. Un exemple fréquemment cité est celui du versement fait aux pêcheurs ou chasseurs au titre d'une indemnisation de l'interdiction saisonnière de leurs activités durant les périodes de restockage ou reproduction¹¹⁶.

108. Néanmoins, le subventionnement n'est pas dénué d'effets préjudiciables en termes de conservation des biens communs¹¹⁷. Les subventions ont pour effet de modifier les prix

¹¹⁴ HARDIN, Garrett, « The Tragedy of Commons », *Science*, vol. 162, n° 3859, 1968, p. 1244-1245.

¹¹⁵ Voir étude détaillée, *infra*, chapitre 1, section 2 de la troisième partie de notre thèse.

¹¹⁶ Voir, par exemple, l'aide financière fournie par le gouvernement de Suède aux pêcheurs intitulée « Aid for Temporary Cessation of Fishing Activities ». Union Européenne, « New and Full Notification Pursuant to Article XVI:1 of the GATT 1994 And Article 25 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures », G/SCM/N/253/EU/Add.26, 12 septembre 2013, p. 37-38.

¹¹⁷ Voir les travaux de l'OCDE sur le sujet, notamment PEARCE, David, « Environmentally Harmful Subsidies: Barriers to Sustainable Development », *OECD Workshop on Environmentally Harmful Subsidies*, 7-8 novembre 2002, 18 p. Voir aussi : PORTER, Gareth, « Les subventions et l'environnement : état des connaissances », *Atelier de l'OCDE sur les subventions dommageables pour l'environnement*, 7-8 novembre 2002, 58 p. ; PIETERS, Jan, « Qu'est ce qui rend une subvention dommageable pour l'environnement ? Établissement d'une liste d'éléments clés fondée sur les conditions attachées aux subventions », *Atelier de l'OCDE sur les subventions dommageables pour l'environnement*, 7-8 novembre 2002, 47 p.

relatifs des biens disponibles à la consommation. La théorie économique¹¹⁸ explique que si une subvention ne résout pas (correctement) une défaillance du marché, elle mènera à une surproduction/surconsommation (distorsion) dommageable à l'environnement. De même, si les externalités environnementales (surtout les négatives) ne sont pas prises en compte sur le marché où la subvention est accordée, cette intervention renforcera le problème.

109. Pearce mentionne plusieurs exemples de subventions dommageables pour l'environnement. Plus précisément, s'agissant de leurs effets sur le « capital naturel », l'auteur explique :

« It is well known that many subsidies directly or indirectly contribute to the depletion of natural capital, one of the 'pillars' of sustainable development. The examples are well known: waterlogging and salinisation from subsidised irrigation water; excessive air pollution and greenhouse gas emissions due to transport fuel and stationary energy subsidisation (Larsen, 1994; Michaelis, 1996a, b); deforestation from subsidies to forest clearance and logging, and loss of old growth forests (Sizer, 2000; Day, 1998); over-fishing due to subsidisation of fishing fleets (Milazzo, 1998) »¹¹⁹.

110. De ce fait, les subventions seraient « souvent, voire la plupart du temps » négatives pour l'environnement¹²⁰. Les subventions accordées à des activités très polluantes (soutien aux prix de l'essence, aide aux pêcheries, etc.) ne sont effectivement pas rares et ont fait l'objet de nombreux débats au sein de l'OMC depuis le lancement du cycle de négociations de Doha¹²¹.

¹¹⁸ Voir, par exemple, VAN BEERS, Cees, DE MOOR, André, *Public Subsidies and Policy Failures: How Subsidies Distort the Natural Environment, Equity and Trade and How to Reform Them*, Edward Elgar, 2001, xiv, 143 p. Voir aussi VAN BEERS, Cees, VAN DEN BERGH, Jeroen C.J.M., « Perseverance of Perverse Subsidies and their Impact on Trade and the Environment », *Tinbergen Institute Discussion Paper*, n° 00-005/3, 2000, 22 p.

¹¹⁹ PEARCE, David, « Environmentally Harmful Subsidies: Barriers to Sustainable Development », *OECD Workshop on Environmentally Harmful Subsidies*, 7-8 novembre 2002, p. 11. Voir aussi p. 14 pour un débat sur les effets négatifs des subventions sur le développement de nouvelles technologies vertes.

¹²⁰ PEARCE, David, précité, p. 3. Pearce considère que le fait qu'une subvention puisse être dommageable pour l'environnement ne signifie pas nécessairement qu'elle est indésirable. L'auteur donne l'exemple des subventions versées aux ménages démunis pour assurer leur consommation d'énergie en notant que des compromis entre les objectifs environnementaux, sociaux et économiques doivent aussi être considérés. *Ibidem*, p. 3-5.

¹²¹ Voir chapitre 3 de la quatrième partie pour ce débat.

111. D'autre part, les *biens publics* dits *purs* sont ceux dont l'utilisation est non-exclusive (nul ne peut s'en voir refuser l'usage) et la consommation est non-rivale (le fait qu'il est consommé par une personne ne limite en rien sa disponibilité pour une autre)¹²². Par exemple, le savoir est considéré comme un bien public - lire un livre dans une bibliothèque profite au lecteur et ne limite pas l'acquisition de cette même information par d'autres lecteurs¹²³. De même, l'air pur, la couche d'ozone, le climat terrestre, la biodiversité sont couramment mentionnés en tant qu'exemples de biens publics. Il s'agit souvent de biens et services de grande valeur pour la société mais dont la portée et l'immatérialité posent des défis importants s'agissant de leur gestion¹²⁴.

112. Une caractéristique essentielle des biens publics est relative à leur identification, qui implique de reconnaître l'existence d'une défaillance du marché¹²⁵ : « Le recours au marché pour la fourniture de biens publics peut poser le problème du resquillage. Comme personne ne peut être exclu, chacun est enclin à laisser à quelqu'un d'autre le soin de fournir le bien, d'où la fourniture insuffisante du bien public »¹²⁶. Ainsi, d'après cette approche, les efforts à réaliser pour la protection de l'environnement, la mitigation des changements climatiques,

¹²² Samuelson est largement reconnu comme l'auteur qui a le plus clairement développé le concept économique des biens publics. Voir SAMUELSON, Paul A., « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n° 4, 1954, p. 387. Voir aussi STIGLITZ, Joseph E., « Global public goods and global finance: does global governance ensure that the global public interest is served? », in TOUFFUT, Jean-Philippe (ed.), *Advancing Public Goods*, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 149-150.

¹²³ Les restrictions à l'accès à l'information imposées par les droits de propriété intellectuelle font qu'une partie considérable des informations ont des caractéristiques de biens publics impurs. Voir STIGLITZ, Joseph E., « Knowledge as a Global Public Good », in KAUL, Inge, GRUNBERG, Isabelle, STERN, Marc A. (ed.), *Global public goods: international cooperation in the 21st century*, Programme des Nations Unies pour le développement, Oxford University Press, 1999, p. 308-325.

¹²⁴ D'autres exemples soulevés par la doctrine incluent : la paix, des systèmes juridiques, les vents, le soleil, les abeilles pollinisatrices, l'internet, le système financier global, et même le système multilatéral de commerce. Voir : STIGLITZ, Joseph E., « Global public goods and global finance: does global governance ensure that the global public interest is served? », in TOUFFUT, Jean-Philippe (ed.), *Advancing Public Goods*, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 149-164 ; SANDLER, Todd, « Global and Regional Public Goods: A Prognosis for Collective Action », *Fiscal Studies*, vol. 19, n° 3, 1998, p. 221-247 ; COWEN, Tyler, « Law as a Public Good: The Economics of Anarchy », *Economics and Philosophy*, vol. 8, n° 02, 1992, p. 249-267 ; KAUL, Inge, GRUNBERG, Isabelle, STERN, Marc A. (ed.), *Global public goods: international cooperation in the 21st century*, Programme des Nations Unies pour le développement, Oxford University Press, 1999, xxxviii, 546 p.

¹²⁵ STIGLITZ, Joseph E., « Global public goods and global finance: does global governance ensure that the global public interest is served? », in TOUFFUT, Jean-Philippe (ed.), *Advancing Public Goods*, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 151.

¹²⁶ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 110.

voire même la garantie de la stabilité économique et politique (nationale et internationale) ne pourraient être laissés aux seuls agents économiques sans une intervention des États¹²⁷.

113. Comme dans d'autres cas de défaillances du marché, il n'est pas difficile de concevoir que les subventions aient un rôle essentiel à jouer dans le cadre des politiques publiques mises en œuvre en vue d'assurer la fourniture et manutention des biens publics¹²⁸. On peut ainsi noter que dans les « contributions décidées au niveau national » présentées par les Parties à l'Accord de Paris sur les changements climatiques¹²⁹, les subventions occupent une place importante en tant que « mesures de mitigation » des émissions de CO2 et d'autres gaz à effet de serre (GES)¹³⁰. Le soutien accordé au développement d'énergies renouvelables est l'un des exemples les plus courants¹³¹. Par exemple, en 2013, 15% des mesures de soutien liées à la protection de l'environnement notifiées à l'OMC ont inscrit la lutte contre les changements climatiques parmi leurs objectifs (48 mesures sur 321)¹³². Il est donc manifeste que les subventions demeurent un outil important pour garantir la fourniture ainsi que la préservation des biens communs et des biens publics.

¹²⁷ Quand les externalités positives d'un bien public sont universelles, on parle de « biens publics globaux ». Voir AGERSKOV, Anders H., « Global Public Goods and Development – A Guide for Policy Makers », *Challenges Facing Humanity Seminar Number 6*, World Bank Seminar Series at Kobe and Hiroshima Universities Global Development, 2005, 13 p. En effet, en 2001, la Banque Mondiale a décidé de concentrer ses efforts pour encourager le développement autour de 5 biens publics globaux : maladies transmissibles ; biens communs environnementaux ; informations et connaissances sur le développement ; commerce et intégration économique ; architecture financière internationale. Voir BANQUE MONDIALE, « Poverty reduction and global public goods: a progress report », *World Bank Report*, Development Committee, Banque mondiale, 2001, 15 p.

¹²⁸ Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 91.

¹²⁹ En décembre 2015, 195 pays ont signé le premier accord établissant des obligations universelles sur le climat, adopté dans le cadre de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques (CCNUCC). L'accord définit un plan d'action international basé sur des « contributions décidées au niveau national » visant à maintenir l'augmentation de la température mondiale bien en dessous de 2 degrés Celsius et de mener des efforts encore plus poussés pour limiter l'augmentation de la température à 1.5 degrés Celsius au-dessus des niveaux préindustriels.

¹³⁰ Voir ELKAHWAGY, Rana, GYANCHANDANI, Vandana PISELLI, Dario, « UNFCCC Nationally Determined Contributions: Climate Change and Trade », *CTEI working Papers*, International Economic Law Clinic, Graduate Institute, 2017, p. 11-12.

¹³¹ Voir, par exemple, COTE D'IVOIRE, *Contributions prévues déterminées au niveau national de la Cote d'Ivoire*, 22 septembre 2015, p. 9 ; disponible sur : http://www4.unfccc.int/ndcregistry/PublishedDocuments/C%3CB4te%20d%27Ivoire%20First/INDC_CI_22092015.pdf.

¹³² Voir OMC, *Base de données sur l'environnement 2013*, OMC, 2015. Ce chiffre atteint presque 50% (155 mesures) si on inclut d'autres objectifs liés à la lutte contre les changements climatiques, comme ceux relatifs à la pollution de l'air, aux énergies renouvelables ou à l'efficacité énergétique.

Paragraphe 3 : « Maladie hollandaise » et taux de change surévalués

114. L'expression « maladie hollandaise » (ou « syndrome hollandais ») a été popularisée par la revue *The Economist* en novembre 1977 pour expliquer les effets nuisibles sur l'industrie et l'emploi aux Pays-Bas de la découverte et de l'exploration de gaz naturel dans les années 1960 :

« Large gas reserves had been discovered in 1959. Dutch exports soared. But, we noticed, there was a contrast between "external health and internal ailments". From 1970 to 1977 unemployment increased from 1.1% to 5.1%. Corporate investment was tumbling. We explained the puzzle by pointing to the high value of the guilder, then the Dutch currency. Gas exports had led to an influx of foreign currency, which increased demand for the guilder and thus made it stronger. That made other parts of the economy less competitive in international markets. That was not the only problem. Gas extraction was (and is) a relatively capital-intensive business, which generated few jobs. And in an attempt to stop the guilder from appreciating too fast, the Dutch kept interest rates low. That prompted investment to rush out of the country, crimping future economic potential »¹³³.

115. Cette expression est devenue un concept largement employé par plusieurs économistes pour se référer et examiner des situations similaires comme les effets des exportations de minéraux en Australie et au Chili, de pétrole au Royaume Uni, Norvège et dans les pays membres de l'organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEC), ou bien de produits de base agricoles dans plusieurs pays en développement¹³⁴.

116. De manière générale, la « maladie hollandaise » peut entraîner la désindustrialisation d'un pays de deux manières : directement ou indirectement. Directement, un « boom des ressources naturelles » peut conduire à une désindustrialisation à travers une réallocation des

¹³³ THE ECONOMIST, *What Dutch disease is, and why it is so bad* ; disponible sur : <<http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2014/11/economist-explains-2>>, dernier accès le 30.04.2017.

¹³⁴ Voir, entre autres : CORDEN, Warner M., NEARY, J. Peter « Booming Sector and De-Industrialization in a Small Open Economy », in CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, p. 225-245 ; KRUGMAN, Paul, « The narrow moving band, the Dutch disease, and the competitive consequences of Mrs. Thatcher: Notes on trade in the presence of dynamic scale economies », *Journal of Development Economics*, 1987, vol. 27, n^{os} 1-2, p. 41-55; SACHS, Jeffrey D., WARNER, Andrew M., « Natural resource abundance and economic growth », *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, n° 5398, NBER, 1995, 54 p.

facteurs de production du secteur industriel vers le secteur primaire en expansion. Indirectement, l'expansion (prospérité) d'un secteur largement exportateur et intense en capital (mais peu intense en main d'œuvre) conduit à une appréciation du taux de change dès lors que la rente des exportations en dollars est échangée en monnaie nationale et qu'une bonne partie de ce revenu est dépensée dans l'économie interne du pays (dans des secteurs « non-échangeables » comme les services de construction, entre autres).

117. Cette appréciation « réelle » de la monnaie nationale affecte négativement d'autres secteurs de l'économie ouverts à la concurrence internationale dans la mesure où les produits importés seront relativement moins chers (plus compétitifs) sur le marché domestique. De plus, les exportations dans les secteurs industriels deviendront moins compétitives et perdront ainsi des parts sur le marché international. Autrement dit, le « succès » exportateur d'un secteur serait une « maladie » pour le reste de l'économie.

118. Un argument nuancé cette approche négative est que la « maladie hollandaise » ne serait rien d'autre que l'effet de la spécialisation engendrée par les avantages comparatifs et le commerce international. En ce sens, la désindustrialisation ne serait simplement qu'un signe que le commerce fonctionne correctement. Or, si le capital ou la main-d'œuvre (ou bien d'autres facteurs de production) ne sont pas suffisamment mobiles, il peut y avoir une défaillance du marché, car les pertes en termes de bien-être dans les secteurs traditionnels (le plus souvent, industriels) ne sont pas entièrement compensées par les gains dans les secteurs en expansion¹³⁵. De plus, il y aura une défaillance du marché si le secteur en perte de vitesse est caractérisé par des retombées (ou externalités) positives sur le reste de l'économie qui ne sont pas produites par le secteur en croissance (par exemple, des avancées en termes de technologie et d'efficacité réalisées dans les secteurs industriels encouragés par la compétition internationale)¹³⁶.

¹³⁵ Voir CORDEN, Warner M., « Booming Sector and Dutch Disease Economics: Survey and Consolidation », in CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, p. 262.

¹³⁶ S. Van Wijnbergen relève, par exemple, que le progrès technologique est plus important dans les secteurs ouverts à la concurrence internationale que dans les secteurs non échangeables. Voir VAN WIJNBBERGEN, Sweder, « The 'Dutch disease': A disease after all? », *Economic Journal*, vol. 94, n° 373, 1984, p. 41.

119. Une autre question concerne la durabilité d'une croissance économique basée sur des ressources naturelles épuisables¹³⁷ ainsi que l'instabilité des prix des produits de base sur le marché international¹³⁸. En effet, si le secteur en perte de vitesse a profité de rendements d'échelle croissants¹³⁹ ou de l'apprentissage par la pratique¹⁴⁰, il y aurait un intérêt pour l'État à le soutenir dans la mesure où la fin de la période de prospérité pourrait avoir des conséquences importantes et néfastes pour le développement du pays, si une partie significative des facteurs de production est déplacée vers les secteurs en expansion¹⁴¹. Finalement, d'autres facteurs peuvent être à l'origine d'une surévaluation du taux de change (par exemple, un taux d'intérêt national trop élevé et l'influx consécutif de capital étranger), sachant que les effets sur l'économie d'un pays varient fortement en fonction de la taille de celle-ci et de son degré d'exposition au commerce international¹⁴².

¹³⁷ J. Sachs et A. Warner démontrent l'existence d'une relation négative entre abondance en ressources naturelles et croissance économique dans les années 1970 et 1980. Les auteurs précisent, entre autres, l'effet de la richesse en ressources naturelles sur les flux commerciaux et politiques commerciales mises en place en réaction aux effets de la « maladie hollandaise ». Il convient toutefois de noter que même si les auteurs reconnaissent les effets négatifs de l'abondance de ressources naturelles sur la croissance économique, ils sont opposés au subventionnement des secteurs économiques affectés. Voir SACHS, Jeffrey D., WARNER, Andrew M., « Natural resource abundance and economic growth », *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, n° 5398, NBER, 1995, p. 22-23.

¹³⁸ Voir CORDEN, Warner M., « Booming Sector and Dutch Disease Economics: Survey and Consolidation », in CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, p. 262-263.

¹³⁹ Il s'agit des secteurs avec des coûts d'entrée fixes élevés, à cause, par exemple, de l'importance des investissements dans une infrastructure productive minimale, des droits et taxes administratives ou de l'acquisition de biens d'équipement très coûteux. Comme ses coûts initiaux seront récupérés seulement après le début de l'activité, et qu'ils diminuent relativement après chaque unité produite, on parle des rendements d'échelle croissants. L'industrie pharmaceutique ou celle de l'aviation civile sont des exemples souvent mentionnés de ce type de secteurs. Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 63.

¹⁴⁰ Voir ARROW, Kenneth J., « The economic implications of learning by doing », *Review of Economic Studies*, vol. 9, n° 3, 1962, p. 155-173.

¹⁴¹ Voir KRUGMAN, Paul, « The narrow moving band, the Dutch disease, and the competitive consequences of Mrs. Thatcher: Notes on trade in the presence of dynamic scale economies », *Journal of Development Economics*, 1987, vol. 27, n°s 1-2, p. 41-55. Voir aussi VAN WIJNBERGEN, Sweder, « The 'Dutch disease': A disease after all? », *Economic Journal*, vol. 94, n° 373, 1984, p. 43-49.

¹⁴² Comme l'affirment W. Corden et J. Neary, par exemple, même l'expansion d'un secteur de l'économie occasionné pour une nouvelle technologie peut avoir des effets semblables à la « maladie hollandaise ». Les auteurs mentionnent le cas de la Suisse et les effets de l'expansion des secteurs bancaires et médicaux. Voir CORDEN, Warner M., NEARY, J. Peter, « Booming Sector and De-Industrialization in a Small Open Economy », in CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, p. 225-226.

120. De fait, la question de la dépendance économique à l'exportation de produits de base de plusieurs pays en développement est un sujet central pour le système commercial multilatéral¹⁴³. Le rapport annuel sur le commerce mondial de 2010 publié par l'OMC, consacré au sujet, a résumé les principaux aspects de ce débat du point de vue du commerce international, y compris ses défis au regard de la « maladie hollandaise »¹⁴⁴. Outre des effets économiques nuisibles sur plusieurs secteurs manufacturiers, le document mentionne un affaiblissement des institutions nationales affectées par une lutte politique pour la capture des rentes liées à l'exploitation de richesses naturelles, ainsi que de potentiels conflits civils¹⁴⁵.

121. Plusieurs solutions ont été proposées pour éviter, réduire ou corriger ces effets de la « maladie hollandaise ». Une solution serait, par exemple, d'établir des fonds souverains en monnaie internationale à partir des revenus de l'exportation de ressources naturelles. Cette accumulation d'argent international neutraliserait l'impact monétaire des exportations et préviendrait une trop forte appréciation de la monnaie nationale¹⁴⁶. Les exemples des fonds souverains de la Norvège ou du Botswana sont, à cet égard, souvent mentionnés par la doctrine. Une autre solution serait de limiter les dépenses financées par les rentes du secteur en expansion pour éviter une appréciation des prix dans l'économie interne¹⁴⁷.

122. D'autres options ont également été mentionnées par la doctrine comme la mise en place de taxes et contingents d'exportation, de limitations et taxes sur l'exploitation des

¹⁴³ L'Accord sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) 1947 contenait déjà des dispositions spécifiques pour régler cette question. En particulier, l'article XXXVI :4 du GATT, qui mentionne des principes et des objectifs à l'intersection entre le commerce et le développement, prévoit la possibilité que les parties prennent des mesures visant à améliorer et stabiliser le commerce des produits primaires - ressources naturelles et produits d'énergie, par exemple, importants pour de « nombreuses parties contractantes peu développées » - « à des niveaux équitables et rémunérateurs (...) afin de leur procurer des ressources croissantes pour leur développement économique ». De même, l'article XXXVIII :2(a) du GATT prévoit une action conjointe des parties contractantes, y compris par voie « d'arrangements internationaux », et une coopération afin de stabiliser le marché mondial des produits primaires.

¹⁴⁴ Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010 : le commerce des ressources naturelles*, Genève, OMC, 2010, p. 91-92.

¹⁴⁵ Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010 : le commerce des ressources naturelles*, Genève, OMC, 2010, p. 93-94. Cependant, le Secrétariat soulève aussi des questionnements récents sur la validité empirique du problème qui semble être, *a priori*, plus gérable qu'initialement prévue par la théorie. Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010 : le commerce des ressources naturelles*, Genève, OMC, 2010, p. 95-96

¹⁴⁶ Voir VAN WIJNBERGEN, Sweder, « The 'Dutch disease': A disease after all? », *Economic Journal*, vol. 94, n° 373, 1984, p. 49-53.

¹⁴⁷ Voir CORDEN, Warner M., NEARY, J. Peter, « Booming Sector and De-Industrialization in a Small Open Economy », in CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, p. 239.

ressources naturelles ou encore d'un contrôle du taux de change. Ces mesures ont trois principaux effets : i) elles augmentent les rentes des producteurs de ressources primaires vis-à-vis de celles des consommateurs, ii) elles affaiblissent l'effet nuisible sur les secteurs industriels en réduisant les exportations, et iii) elles ont un effet équivalent à une subvention pour les entreprises en amont qui utilisent les produits de base comme intrants pour leur production¹⁴⁸. Néanmoins, pour une partie de la doctrine économique, au lieu d'adopter des mesures commerciales restrictives, un subventionnement direct des secteurs économiques affectés en utilisant les rendements des taxes sur le secteur en expansion serait une meilleure solution pour éviter la « maladie hollandaise »¹⁴⁹. Précisément, selon cette approche, une politique publique qui taxerait les exportations (ou la production) du secteur en expansion tout en subventionnant les secteurs industriels affectés procéderait à une redistribution des revenus au bénéfice des secteurs en déclin et éviterait les effets délétères de la « maladie hollandaise ».

123. Ainsi, un nombre important de pays en développement ont cherché à parer aux effets négatifs de l'exploitation de leurs avantages naturels à travers le déploiement de leur secteur primaire en subventionnant leur secteur manufacturier, en particulier durant les années 1970

¹⁴⁸ Il y a lieu de relever que ces mesures ne sont pas forcément (ou complètement) règlementées par le système multilatéral du commerce. Comme nous aurons l'occasion de l'analyser dans le chapitre 2 de notre deuxième partie, à l'exclusion des restrictions quantitatives à l'exportation, ou bien des taxes à l'exportation pour certains Membres qui ont adhéré récemment à l'OMC (comme la Chine et la Russie), s'il est vrai qu'économiquement ces mesures fonctionnent comme des subventions (au regard de leurs effets sur le prix du produit de base sur le marché interne), leur encadrement juridique en tant que subventions dans le cadre de l'Accord SMC est discuté.

¹⁴⁹ Voir CORDEN, Warner M., « Booming Sector and Dutch Disease Economics: Survey and Consolidation », in CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, p. 262. Voir aussi VAN WIJNBERGEN, Sweder, « The 'Dutch disease': A disease after all? », *Economic Journal*, vol. 94, n° 373, 1984, p. 53. Voir aussi ROEMER, Michael, « Dutch disease in developing countries : swallowing bitter medicine », *Development discussion paper*, n° 156, Cambridge, MA, Harvard Institute for International Development, Harvard University, 1983, 26 p. Rom proposait, déjà en 1968, un subventionnement des exportations pour les pays en voie de développement caractérisé par un taux de change surévalué. Voir ROM, Michael, « GATT: Export Subsidies and Developing Countries », *Journal of World Trade Law*, vol. 2, 1968, p. 544. Le Secrétariat de l'OMC, à son tour, a affirmé que l'intervention étatique ne se justifie qu'en cas de défaillance du marché et que, dans ce cas, il faudrait éliminer la distorsion ou encourager la prise en compte des retombées positives associées au secteur affecté. Il a aussi affirmé que des options de politique nationale, comme le renforcement des droits de propriété sur les ressources naturelles et la taxation des activités d'extraction, seraient de meilleures options politiques (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010 : le commerce des ressources naturelles*, Genève, OMC, 2010, p. 128 et 147). Finalement, J. Sachs et A. Warner sont opposés à l'utilisation de subventions dans ce cas, affirmant que « there are simpler and more basic policies that can be followed to raise national growth rates, especially open trade » (SACHS, Jeffrey D., WARNER, Andrew M., « Natural resource abundance and economic growth », *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, n° 5398, NBER, 1995, p. 22-23).

et 1980¹⁵⁰. Plus récemment, l'expansion des exportations primaires (minières et de produits de base agricoles) du Brésil et ses effets sur le taux de change et la compétitivité du secteur manufacturier du pays méritent une mention particulière compte tenu de leurs répercussions sur le système commercial multilatéral. Pendant les années 2000, la forte croissance des exportations primaires brésiliennes, encouragée par la demande accrue de matières primaires de l'Asie, a contribué à augmenter la croissance économique du pays. Or, ces exportations ont aussi engendré une forte appréciation du *real* brésilien à partir de 2006, jusqu'à une « surévaluation » de près de 30% en 2010, d'après certains analystes¹⁵¹.

124. Or, l'appréciation réelle de la monnaie brésilienne a eu un impact négatif significatif sur la compétitivité du secteur manufacturier du pays. Comme l'indiquent F. Barbosa Filho et S. Pessôa :

« Brazilian industry is not very competitive. In this sense, one can view Brazilian industry as a “marginal industry” that operates only in “good times”. From 2002 to 2008, unit labor costs increased an average of 9.9

¹⁵⁰ R. Auty a étudié l'expérience d'un nombre important de pays en développement, notamment le Brésil, la Malaisie, l'Indonésie, le Chili, le Pérou, le Ghana, la Russie, le Kazakhstan, l'Ouzbékistan et le Kenya (AUTY, Richard M., « Resource Abundance and Economic Development: Improving the Performance of Resource-Rich Countries », *Research for Action Paper*, n° 44, The United Nations University World Institute for Development Economics Research, Helsinki, 1998, 63 p.). Voir aussi, par exemple, le cas de l'Afrique du Sud analysé en détail par G. Davis. Selon l'auteur, pendant longtemps le pays a essayé de gérer son commerce extérieur, en fournissant un soutien aux exportations et en entreprenant d'autres politiques industrielles. Voir DAVIS, Graham A., *South African managed trade policy: the wasting of a mineral endowment*, Praeger, 1994, viii, 153 p. Sarraf et Jiwanji mentionnent également les cas de Trinidad et Tobago, de la Côte d'Ivoire, de la Jamaïque, du Nigeria et du Mexique. Voir SARRAF, Maria et JIWANJI, Moortaza, « Beating the resource curse: The case of Botswana », *Environment Department Paper*, n° 83, World Bank, Environmental Economics Series, 2001, 23 p.

¹⁵¹ Voir MARÇAL, Emerson F., « Estimando o desalinhamento cambial para países selecionados utilizando análise baseada em fundamentos », *IPEA Nota Técnica*, n° 10, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2012, p. 31-32. L'estimation du niveau de « désalignement » d'une monnaie, c'est-à-dire, la différence entre le taux de change réel d'une monnaie et celui qui serait attendu en tenant compte des fondements de l'économie du pays (taux de change « d'équilibre » de l'économie), est un sujet très débattu dans la doctrine économique. Plusieurs experts se dédient à ce calcul, et même le Fonds Monétaire International (*IMF's Consultative Group on Exchange Rate* – qui publie régulièrement des analyses importantes sur les monnaies du monde), ainsi que plusieurs chercheurs et institutions de recherche (comme le *Peterson Institute for International Economics*), et des institutions financières (comme le Crédit Suisse). Voir, entre autres : ALBEROLA, Enrique, CERVERO, Susana G., LOPEZ J. Humberto, UBIDE, Angel J., « Global Equilibrium Exchange Rates: Euro, Dollar, “Ins,” “Outs,” and Other Major Currencies in a Panel Cointegration Framework », *IMF Working Paper 99-175*, IMF, 1999, 43 p. ; CLINE, William, « Estimating consistent fundamental equilibrium exchange rate », *Working paper Series*, n° 08-6, Peterson Institute for International Economics, 2008, 26 p. ; CREDIT SUISSE, « Valuation of Emerging Markets Currencies », *Debt Trading Monthly*, January 2011, p. 80-91 ; WILLIAMSON, John, *Estimating Equilibrium Exchange Rates*, Institute for International Economics, Washington, D.C., 1994, ix, 300 p.

% per year due to real exchange rate appreciation and despite productivity gains. An extra real exchange rate appreciation combined with productivity reductions would worsen Brazilian industry competitiveness. Thus, even during the period of faster growth rates industry lost some competitiveness in Brazil. The booming labor market, combined with the exchange rate extra appreciation, makes this situation worse »¹⁵².

125. L'appréciation du *real* (combinée à une dépréciation d'autres monnaies importantes, comme le Renminbi ou Yuan chinois) a contribué à un accroissement des importations de biens industrialisés¹⁵³. En réaction à ces effets néfastes sur les échanges internationaux, le Brésil a présenté en avril 2011, au Groupe de travail du commerce, de la dette et des finances de l'OMC (WGTDF) une proposition suggérant un programme de travail prévoyant une recherche académique sur la relation entre les taux de change et le commerce international¹⁵⁴. Puis, le 20 septembre 2011, le Brésil a exposé au même Groupe de travail une deuxième proposition suggérant l'examen des outils et recours commerciaux disponibles dans le cadre du système commercial multilatéral qui pourraient permettre de remédier aux effets des désalignements des taux de change¹⁵⁵.

126. La discussion proposée par le Brésil ne se résumait cependant pas aux questions liées à l'exportation de matières premières et à ses effets sur les taux de change. Elle abordait, de manière plus large, le sujet des mesures prises par les Membres de l'OMC pour faire face à la crise financière de 2008 (notamment l'outil monétaire de « l'assouplissement quantitatif »). En réaction aux effets nuisibles de l'apparent désalignement du taux de change au regard de son secteur manufacturier, le Gouvernement brésilien a décidé de mettre en œuvre une série de mesures de soutien et de protection à destination de plusieurs secteurs dits

¹⁵² BARBOSA FILHO, Fernando de H., PESSÔA, Samuel de A., « Estimates of Fundamental Equilibrium Exchange Rates », *Policy Note*, Meeting of National Economic Organisations, OECD Headquarters, 2014, p. 6.

¹⁵³ Pour une analyse approfondie des effets des désalignements des taux de change et leurs liens avec le système multilatéral du commerce, voir : THORSTENSEN, Vera, MARÇAL, Emerson, FERRAZ, Lucas, « Exchange Rate Misalignments and International Trade Policy: Impacts on Tariffs », *Journal of World Trade*, vol. 46, n° 3, 2012, p. 597-634 ; THORSTENSEN, Vera, MARÇAL, Emerson, FERRAZ, Lucas, « Trade Rules and Exchange Rate Misalignments : in search for a WTO solution », *CGTI Studies Working Paper*, 2013, 25 p.

¹⁵⁴ OMC, « La Relation entre les Taux de Change et le Commerce International », *Communication présentée par le Brésil*, Groupe de travail du commerce, de la dette et des finances, WT/WGTDF/W/53, 13 avril 2011.

¹⁵⁵ OMC, « Relation entre les Taux de Change et le Commerce International », *Communication présentée par le Brésil*, Groupe de travail du commerce, de la dette et des finances, WT/WGTDF/W/56, 20 septembre 2011.

« stratégiques », en particulier ceux de l'automobile et de la technologie de l'information. Ces mesures de soutien ont néanmoins été ultérieurement contestées dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC au motif qu'elles produisaient des effets négatifs en matière d'accès au marché brésilien¹⁵⁶.

127. Enfin, il y a lieu de relever qu'une partie importante de la doctrine insiste aussi sur les potentiels dangers d'un subventionnement des secteurs affectés négativement par la « maladie hollandaise ». Premièrement, à la fin de la période d'expansion du secteur exportateur, il est souvent politiquement difficile de limiter ou mettre fin à des politiques de soutien aux secteurs industriels qui ne sont plus justifiées, une situation qui risque d'endommager la position fiscale du pays en question. Deuxièmement, la réinsertion des rentes provenant des taxes sur le secteur en expansion dans l'économie renforce les effets de la « maladie hollandaise » et empêche des gains de productivité dans les secteurs exposés à la concurrence internationale (effet dit « *staple trap* »). Troisièmement, la volatilité des prix des produits de base et les coûts du subventionnement peuvent conduire à un surendettement du gouvernement, surtout si celui-ci accorde des prêts ayant pour garantie les rendements futurs liés à l'exploitation du secteur en expansion. Ainsi, dans une large mesure et sauf rares exceptions, on constate que les pays en développement qui ont versé des subventions et ont mis en œuvre d'autres mesures de soutien afin de protéger leur secteur manufacturier en théorie affecté par la « maladie hollandaise » n'ont pas réussi à atteindre cet objectif¹⁵⁷.

Section 2 : Raisonnements « non exclusivement économiques », non basés sur la théorie du bien-être

128. Le courant théorique dit de l'*économie politique* propose également plusieurs raisonnements justifiant l'intervention étatique dans l'économie, y compris par la voie de subventions. Ces réflexions, qui ont pu se concrétiser dans des politiques publiques, ne se

¹⁵⁶ Voir Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions*, OMC, WT/DS472/R, 30 août 2017.

¹⁵⁷ Sur ce sujet, voir les analyses de doctrine assez complètes développées par M. Sarraf et M. Jiwani, ainsi que par R. Auty : SARRAF, Maria, JIWANI, Moortaza, « Beating the resource curse: The case of Botswana », *Environment Department Paper*, n° 83, World Bank, Environmental Economics Series, 2001, 23 p. ; AUTY, Richard M., « Resource Abundance and Economic Development: Improving the Performance of Resource-Rich Countries », *Research for Action Paper*, n° 44, The United Nations University World Institute for Development Economics Research, Helsinki, 1998, 63 p.

fondent pas nécessairement sur des défaillances du marché ou sur une analyse de leurs conséquences en matière de bien-être global potentiel. Une grande partie de ces propositions invoquent plutôt des justifications basées sur les réalités politiques et sociales des pays, des objectifs moraux ou bien d'autres considérations qui ne s'insèrent pas facilement dans le cadre classique de l'analyse économique. Pourtant, on ne peut aisément rejeter ces réflexions qui, à première vue, se fondent généralement sur le bon sens. Comme l'affirme A. Sykes :

« Even when obvious market failures are absent, some government programs may confer benefits on private sector entities that are collateral to their central purpose and that are not usually seen as harmful. Public education programs may lower the cost of labor for many firms, as noted, but even if such programs might be deemed "subsidies" to private enterprise in a sense, few observers would regard them as objectionable. The best explanation is perhaps that most observers regard public education as contributing to a reasonable distribution of opportunities among citizens. Indeed, in some quarters, education is now viewed as a basic human right »¹⁵⁸.

129. Les exemples de ce type de mesures sont nombreux. Un pays peut décider de subventionner un secteur de son économie pour des raisons culturelles (par exemple, le subventionnement de la production de contenu audiovisuel national, d'instruments musicaux ou d'œuvres d'art...), historiques (en considérant une certaine identité nationale liée à un secteur productif donné...), religieuses (production de textes et d'ouvrages sacrés...), voire même politiques¹⁵⁹. La justification d'une telle intervention étatique dans l'économie n'est donc pas fondée sur des arguments économiques d'efficience (objectif d'augmenter « la part du gâteau ») mais plutôt sur des éléments subjectifs comme la contribution des mesures prises à la paix sociale. Comme l'affirme le Secrétariat de l'OMC :

¹⁵⁸ SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics*, Online Working Paper, n° 186, 2003, p. 6- 7.

¹⁵⁹ Voir l'intéressant débat développé par P. Messerlin sur la réglementation de la culture, notamment sur les mesures de subventionnement de la production ou consommation de biens culturels. Voir MESSERLIN, Patrick, « Regulating culture: has it 'Gone with the Wind'? », *Achieving Better Regulation of Services Conference Proceedings*, Australian National University, Media and Publications, Productivity Commission, 2000, p. 287-318. Pour une vision plutôt positive de la protection des biens culturels nationaux, voir FRANÇOIS, Patrick, VAN YPERSELE, Tanguy, « On the protection of cultural goods », *Journal of International Economics*, vol. 56, 2002, p. 359-369. Pour un aperçu général des éléments développés dans le cadre des négociations multilatérales sur la réglementation du commerce de services, y compris les subventions, voir ROY, Martin, « Audiovisual Services in the Doha Round. 'Dialogue de Sourd', the Sequel? », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n° 6, 2005, p. 923-952.

« Cette valeur résulte de plusieurs caractéristiques, comme la contribution à la cohésion sociale. Parfois, les produits ayant ces caractéristiques ne peuvent pas être fournis par des producteurs privés en quantités suffisantes pour refléter leur valeur sociale réelle. Il existe alors une externalité sociale, et les pouvoirs publics peuvent vouloir intervenir pour accroître la production. La question de savoir dans quelle mesure la libéralisation du commerce représente une menace pour le patrimoine et la diversité culturels fait débat »¹⁶⁰.

130. Dans certains cas, on pourrait donc imaginer qu'une nation souveraine accepte de renoncer à un niveau maximal de bien-être pour atteindre certains objectifs non économiques¹⁶¹.

Paragraphe 1 : Politiques redistributives et d'ajustement

131. Par exemple, on met souvent en évidence le rôle des subventions dans le cadre des politiques publiques redistributives¹⁶², basées sur des raisonnements d'équité et de justice¹⁶³, ou bien des aides versées en vue d'un ajustement, c'est-à-dire pour compenser les effets négatifs sur certains groupes sociaux ou régions de la libéralisation commerciale¹⁶⁴ ou de politiques en matière de développement¹⁶⁵, même si leur résultat final est nettement positif

¹⁶⁰ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 118.

¹⁶¹ Selon W. Corden, au-delà des arguments économiques, une industrie est « socialement optimale », par exemple, parce que le pays est en voie d'industrialisation ou de développement et doit créer des emplois ; alors, les subventions seraient nécessaires. Voir CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, p. 51-56. Jackson fait également référence à plusieurs arguments non économiques qui justifieraient l'utilisation de subventions (arguments basés sur la morale, le sentiment de justesse, l'équité, la nature humaine, la sociologie, l'anthropologie, etc), d'où une approche prudente de la réglementation internationale des subventions. Voir JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 21-25 280-285, 298-299, 346-50

¹⁶² COPPENS, Dominic, *WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints*, Cambridge University Press, 2013, p. 16.

¹⁶³ Bien que plusieurs études récentes mettent en cause l'argument théorique selon lequel l'inégalité ne serait qu'une préoccupation « non économique », au contraire, on peut considérer qu'une véritable défaillance du marché engendrerait des pertes de bien-être global potentiel. Voir STIGLITZ, Joseph E., *The Price of Inequality : How Today's Divided Society Endangers Our Future*, London : Norton, 2012, xxvi, 414 p.

¹⁶⁴ Voir MUSSA, Michael, « The adjustment process and the timing of trade liberalization », *NBER Working Paper*, n° 1458, 1984, 100 p. L'auteur indiquait, déjà en 1984, notamment que « [o]n net, income and wealth should rise due to the reduction in the production distortion loss of excessive protection. But, rarely if ever are the net winners from trade liberalization compelled to compensate the net losers; nor is it clear that they ought to be ». Ainsi, « [t]he key issue with respect to the design of the policy of trade liberalization, therefore, becomes making the appropriate trade-off between reducing the intensity of the income redistribution effects of the liberalization and maintaining the efficiency of the adjustment process ». Voir p. 39-40.

¹⁶⁵ Voir, entre autres, le concept de « croissance antagoniste » (« *antagonistic growth* ») mis en évidence par Hirschman comme une variation concrète de sa proposition théorique de « croissance déséquilibrée » selon

pour la société. La réallocation de ressources d'une économie vers un secteur en expansion, plus efficace ou novateur, peut engendrer des effets nuisibles sur les secteurs économiques traditionnels¹⁶⁶.

132. Par ailleurs, la vague de mouvements nationalistes opposés à la mondialisation, qui a fortement frappé le monde ces dernières années, surtout à partir de 2016, a nourri le débat relatif aux effets négatifs de la libéralisation commerciale sur plusieurs secteurs. Néanmoins, les études économiques démontrent que la réduction, ces dernières décennies, des emplois et des salaires dans certains secteurs, surtout le secteur industriel, dans les pays développés (et aussi dans quelques pays en développement) peut-être davantage attribuée à la technologie et à l'automatisation de la production qu'au commerce. Il est aussi généralement reconnu que l'ouverture commerciale et l'ajustement des économies engendrent des « gagnants et des perdants » mais que le résultat final est plutôt positif¹⁶⁷. Ce débat a de nouveau mis en évidence la nécessité de mettre en œuvre des politiques publiques visant à contrer ces effets

laquelle une partie de la société devra subir une perte de bien-être à un moment donné du développement d'un pays pour que la part totale du bien-être national puisse croître. D'après Hirschman, ni lui, ni ses collègues économistes du développement n'auraient suffisamment tenu compte de ces conséquences politiques et sociales (inégalités) des politiques industrielles qu'ils avaient proposées. HIRSCHMAN, Albert O., « A Dissenter's Confession: "The Strategy of Economic Development" Revisited », in MEIER, Gerald M., SEERS, Dudley (eds), *Pioneers in development*, Banque Mondiale, Oxford University Press, 1984, p. 107-108.

¹⁶⁶ À propos de l'importance de protéger ces secteurs pour des considérations relatives aux effets sociaux négatifs de l'ajustement économique, W. Corden parle de « *conservative social welfare function* ». Selon l'auteur, « any significant absolute reductions in real incomes of any significant section of the community should be avoided ». Voir CORDEN, Warner M., *Trade Policy and Economic Welfare*, Londres, Oxford University Press, 1974, p. 107. Par ailleurs, comme le note le Secrétariat de l'OMC :

« [L]es effets à court et à long terme de la transformation industrielle posent différents problèmes aux décideurs. L'importance des coûts d'ajustement transitoires est fonction de la rapidité et de l'efficacité du processus d'ajustement (...) [L]'évolution à plus long terme des salaires reflète l'évolution de la répartition des revenus entre les différents groupes de travailleurs. S'il existe un risque d'aggravation permanente de l'inégalité dans le pays, les décideurs peuvent envisager d'intervenir pour des raisons d'équité (...) Les pouvoirs publics peuvent décider de subventionner temporairement une industrie s'ils pensent que les individus sous-estiment les coûts d'ajustement. Cela peut être le cas si l'industrie en perte de vitesse est un important employeur régional ou national. Le recul de cette industrie impliquera de nombreux licenciements, ce qui peut avoir de graves répercussions sur l'activité du secteur privé en général au niveau régional ou national » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 108). Ces licenciements peuvent aussi engendrer une vision trop négative des bénéfices du commerce international dans la mesure où les bénéfices sont diffus et les coûts concentrés, ce qui remettrait en cause le processus d'ouverture et de développement de l'économie. Dans ce cas, une aide ciblée, même si elle affecte temporairement négativement le bien-être global, pourrait être justifiée à long terme.

¹⁶⁷ Le rapport sur le commerce international de l'OMC de 2017 a été dédié à ce sujet et a recueilli les plus importantes études à cet égard. Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2017 : Commerce, technologie et emploi*, Genève, OMC, 2017, 185 p.

négatifs, sous peine de déstructurer les cadres normatifs nationaux et internationaux qui ont permis au commerce international de jouer un rôle important en matière de développement¹⁶⁸.

133. Les agents publics auraient ainsi deux choix possibles : soit agir pour accroître l'efficacité des facteurs de production (y compris les travailleurs) afin qu'ils « s'ajustent » au mieux à la nouvelle réalité économique (par exemple, à travers des programmes de remaniement des postes de travail ou de reconversion professionnelle) ; soit verser des subventions à la production nationale, en vue de protéger certains secteurs peu performants, les emplois et ses rendements, des effets néfastes causés par la redirection des ressources économiques vers d'autres secteurs plus performants de l'économie (c'est-à-dire protéger ces secteurs des effets liés au développement d'une économie, en théorie, plus efficace). En effet, même si le résultat final d'une telle situation économique serait, dans l'ensemble, un plus grand bien-être global, un pays peut décider que l'affectation d'un secteur est trop importante pour la société et doit être résolue en priorité, notamment, en encourageant la bonne « qualité » du travail (préférence pour la création d'emplois dits de « cols blancs » ou dans « l'économie numérique »), de plus hauts salaires en espérant des retombées positives sur d'autres secteurs, voire même en tenant compte de considérations esthétiques ou environnementales (justifiant la protection, par exemple, des secteurs de haute technologie, moins polluants en comparaison des industries de base). Les autorités peuvent donc décider de protéger ces secteurs, par voie de subventions, parfois temporaires, afin d'éviter des effets économiques délétères ou pour garantir un ajustement plus souple de l'économie et de la société à une nouvelle configuration.

Paragraphe 2 : Le développement régional

134. Dans le même sens, on peut mentionner l'argumentation en défense de l'aide au « développement régional » qui combine des justifications basées sur des défaillances du marché et des éléments qui ne sont pas exclusivement économiques. Ce raisonnement se fonde, en partie, sur la concentration régionale de la production industrielle envisagée comme un résultat naturel de l'augmentation des rendements d'échelle et des coûts de transport¹⁶⁹. Il

¹⁶⁸ Pour des développements sur ce débat qui s'est tenu après la crise de 2008, voir le chapitre 1 de la quatrième partie.

¹⁶⁹ Voir FUJITA, Masahisa, KRUGMAN, Paul, VENABLES, Anthony J., *The Spatial Economy*, Cambridge,

s'agit d'un argument structurel selon lequel ce processus « auto-entretenu » tend à concentrer la production sur certaines « grappes industrielles »¹⁷⁰ au détriment du développement d'autres régions. Or, une telle situation peut produire des externalités négatives (par exemple, une augmentation du prix de l'immobilier, une pression sur les ressources naturelles ou sur l'environnement local...) qui ne sont pas nécessairement répercutées sur les coûts supportés par les agents économiques qui profitent de la « grappe industrielle ». Toutefois, le développement régional peut aussi engendrer des externalités positives qui ne se seraient pas produites sans l'action de l'État, à défaut de réunion des conditions pour l'essor de ces « grappes industrielles » (par exemple, des infrastructures de transport, des établissements d'éducation supérieure ou encore des réseaux de connectivité).

135. Enfin, d'autres questions non-économiques peuvent être mentionnées s'agissant du soutien accordé au développement régional :

« L'existence de différences dans les niveaux de développement et d'activité économique entre les régions n'implique pas nécessairement une défaillance du système de marché. Cependant, des frictions politiques et sociales risquent de se produire si les écarts de revenu et les différences de possibilités économiques sont trop importants entre les régions d'un pays – entre les zones rurales et urbaines, entre l'arrière-pays et les régions côtières, etc. »¹⁷¹.

136. Dans ce cas, le gouvernement peut aussi décider de subventionner la production régionale. Ce type de subventionnement est assez répandu, utilisé aussi bien par des pays développés que par des pays en développement¹⁷². L'un des outils les plus employés pour promouvoir le développement de régions éloignées des centres de production et de

MIT Press, 2000, xiii, 367 p.

¹⁷⁰ Les exemples de la Silicon Valley en Californie ou encore de centres financiers comme La City à Londres ou La Défense à Paris sont souvent mentionnés. Voir FUJITA, Masahisa, KRUGMAN, Paul, VENABLES, Anthony J., *The Spatial Economy*, Cambridge, MIT Press, 2000, p. 284.

¹⁷¹ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 106.

¹⁷² Comme l'affirme la Commission européenne : « le Fonds européen de développement régional (FEDER) a pour vocation de renforcer la cohésion économique et sociale dans l'Union européenne (UE) en corrigeant les déséquilibres entre ses régions ». Entre 2007 et 2013, dans le cadre de la politique de « cohésion régionale » de l'UE, 346,5 milliards d'euros ont été investis pour compenser des déséquilibres régionaux. Voir http://ec.europa.eu/regional_policy/fr/funding/erdf/. Pour un aperçu des versements durant la période 2007-2013, voir http://ec.europa.eu/regional_policy/fr/information/publications/presentations/2016/presentation-cohesion-policy-delivering-benefits-for-citizens-main-results-2007-2013. La réglementation du Fonds pour la période 2014-2020 a été définie par le Règlement (UE) n° 1301/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013.

consommation est la mise en place de zones de libre-échange. Souvent accompagné de fortes incitations fiscales et d'autres mesures de soutien, ce dispositif a pour objectif de créer des conditions favorables afin que des acteurs privés investissent dans ces régions défavorisées¹⁷³.

Paragraphe 3 : La sécurité nationale et alimentaire

137. Un autre argument non exclusivement économique fréquemment soulevé prend en compte des objectifs liés à la sécurité nationale pour justifier un soutien financier assurant un niveau minimal de production industrielle¹⁷⁴. Suivant ce raisonnement, un niveau minimal de capacité industrielle est nécessaire pour certains produits afin d'assurer leur production en cas de guerre. Autrement dit, un pays ne saurait dépendre exclusivement de ses importations pour certains produits essentiels, au risque de devenir stratégiquement vulnérable. À cet effet, l'administration américaine sous la présidence de Donald J. Trump (2017-2020) a souvent fait référence à cet argument pour justifier l'adoption de nombreuses restrictions commerciales, dont certains programmes de subvention. Plus largement, ainsi comme nous

¹⁷³ Le Brésil a souvent utilisé cet outil financier pour essayer de pallier les défis d'intégration de son vaste territoire, sachant que la production industrielle nationale a historiquement été concentrée dans les régions sud-est du pays, au détriment d'autres régions. Comme le décrit le document de l'OMC portant examen des politiques commerciales du pays publié en 2013 :

« [L]es zones franches pour les importations et les exportations s'entendent des aires créées pour promouvoir le développement et l'intégration régionale des zones frontalières de la région du nord et bénéficiant, de ce fait, d'avantages fiscaux. (...) Huit zones franches ont été créées (Manaus et Tabatinga, dans l'Amazonas ; Macapa/Santana dans l'Amapá, Brasília et Cruzeiro do Sul, dans l'Acre; Boa Vista et Bonfim, dans le Roraima ; et Guajará-Mirim, dans le Rondônia). Toutefois, à la fin de 2012, seules quatre d'entre elles étaient opérationnelles, dont la zone franche de Manaus (ZFM), qui était la seule à avoir des activités de production ; (...). La principale zone franche est celle de Manaus (ZFM) qui, créée en 1967, est un parc industriel conçu comme un pôle de développement de la région de l'Amazonie, visant à promouvoir la formation, à Manaus, d'un centre industriel, commercial et agricole offrant des conditions économiques propices au développement de la région » (OMC, *Examen des Politiques Commerciales : Brésil*, Rapport du Secrétariat, Organe d'examen des politiques commerciales, WT/TPR/S/283/Rev.1, 2013 paras. 3.201-203) (citations internes omises).

¹⁷⁴ Voir, par exemple, la section 232 du « *Trade Expansion Act of 1962* » des États-Unis qui permet aux autorités américaines de lancer des investigations commerciales pour déterminer si l'importation de certains produits stratégiques porte atteinte à l'industrie nationale de telle sorte qu'elle met en cause la sécurité nationale du pays (source : <https://www.bis.doc.gov/index.php/other-areas/office-of-technology-evaluation-ote/section-232-investigations> ; dernier accès le 15.10.2017). L'outil a été utilisé par le Gouvernement américain 15 fois (plus récemment en 2017) pour analyser les effets des importations de produits variés, d'équipements de traitement de produits chimiques sur des produits du pétrole et l'acier.

aurons l'occasion de l'examiner dans la quatrième partie de notre thèse, la renaissance du débat autour des politiques industrielles se base partiellement sur une logique semblable.

138. Dans le même sens, la sécurité alimentaire justifierait un soutien afin d'atteindre un niveau minimal de production agricole¹⁷⁵, la sécurité alimentaire étant l'une des « fonctions » de la production agricole, si l'on considère la « multifonctionnalité » de l'agriculture¹⁷⁶. Comme l'affirma l'OCDE en 1998 :

« [A]u-delà de sa fonction première de fournir des aliments et des fibres, l'activité agricole peut aussi façonner les paysages, apporter des avantages environnementaux tels que la conservation des sols, la gestion durable des ressources naturelles renouvelables et la préservation de la biodiversité, et contribuer à la viabilité socioéconomique de nombreuses zones rurales »¹⁷⁷.

139. De fait, un certain niveau de production agricole engendre aussi plusieurs « produits non marchands » tels les paysages, la biodiversité, l'emploi rural ou encore la protection des animaux. Ces « produits » peuvent être considérés comme des biens publics justifiant une protection de l'État. La défaillance du marché, dans ce cas, serait due au fait que l'agriculteur ne s'approprie pas les externalités (sociales) positives de sa production. Or, cet argument peut être utilisé pour justifier d'autres activités dont l'existence génère des « produits non marchands » socialement désirables, tels que des services de technologie de pointe ou créant des emplois « de qualité », voire ayant un caractère esthétique comme des parcours de golf ou des réserves naturelles et touristiques¹⁷⁸. Certains auteurs relient l'apparition de

¹⁷⁵ Voir INGCO, Merlinda D., MITCHELL, Donald, NASH, John D., « Food Security and Agricultural Trade Policy Reform », in INGCO Merlinda D., NASH, John D. (eds), *Agriculture and the WTO: Creating a Trading System for Development*, Banque Mondiale et Oxford University Press, p. 179-191.

¹⁷⁶ La déclaration de Rome de la FAO sur la sécurité alimentaire mondiale de 1996 prévoit, parmi ses sept engagements, la lutte « contre les ravageurs, la sécheresse et la désertification, considérant le caractère multifonctionnel de l'agriculture » (italiques ajoutés). Disponible sur : <http://www.fao.org/docrep/003/W3613F/W3613F00.HTM>.

¹⁷⁷ OCDE, *Multifonctionnalité : Élaboration d'un cadre analytique*, OCDE, 2001, p. 9.

¹⁷⁸ E. Diaz-Bonilla et J. Tin tracent un parallèle intéressant entre les externalités positives mentionnées par les défenseurs du concept de la multifonctionnalité de l'agriculture et celles mentionnées par les défenseurs du concept de l'industrie naissante et d'un niveau minimal de production industrielle (voir le tableau reproduit de leur étude ci-dessous). Selon les auteurs, il n'y aurait pas de différence logique importante entre les deux « multifonctionnalités ». Voir DIAZ-BONILLA, Eugenio, TIN, Jonathan, « That was Then but this is Now: Multifunctionality in Industry and Agriculture », *TMD Discussion Paper*, n° 94, International Food Policy Research Institute (IFPRI), 2002, 44 p. (tableau à la page 4).

l'argument de la multifonctionnalité à une réaction protectionniste vis-à-vis du développement des exportations agricoles des pays en développement vers les pays développés, appelant un subventionnement du secteur¹⁷⁹.

Paragraphe 4 : La politique commerciale stratégique

140. Finalement, mentionnons un argument qui est apparu relativement récemment dans le débat théorique, celui de la « politique commerciale stratégique » (*strategic trade policy*)¹⁸⁰. Considérée par plusieurs analystes comme une réinterprétation moderne de la « théorie de l'industrie naissante »¹⁸¹ liée à la « théorie de la concurrence imparfaite », la « politique commerciale stratégique » est sous-tendue par une idée principale : certains secteurs économiques très avantageux dépendent d'un marché global pour être viables et ne permettent qu'à un nombre restreint d'agents d'y participer. Les industries des aéronefs civils

INDUSTRY	Employment	NATION-BUILDING	URBANIZATION
	Economies of scale		
	Skilled labor creation		
	Promotion of an entrepreneurial spirit		
	Technological development		
	Knowledge externalities		
	Capital accumulation		
AGRICULTURE	EMPLOYMENT	Food security	ENVIRONMENTAL PROTECTION
		Cultural heritage	
		Reduction of rural-urban income disparity	
		Vital rural communities	
		Social cohesion	

¹⁷⁹ D. Vanzetti et E. Wynen étudient les bases économiques et politiques du sujet ainsi que les effets de l'argument de la multifonctionnalité sur les négociations pour la libéralisation des échanges agricoles, en particulier s'agissant des intérêts des pays en développement. Voir VANZETTI, David, WYNEN, Els « The "Multifunctionality" of Agriculture and its Implications for Policy » in INGO Merlinda D., NASH, John D. (eds), *Agriculture and the WTO: Creating a Trading System for Development*, Banque Mondiale et Oxford University Press, 2004, p. 167-177. Voir aussi : ANDERSON, Kym, « Agriculture's "multifunctionality" and the WTO », *The Australian Journal of Agricultural and Resource Economics*, vol. 44, n° 3, 2000, p. 475-494 ; FREEMAN, Fran, ROBERTS, Ivan, « Multifunctionality: A Pretext for Protection? », *ABARE Current Issues*, Australian Bureau of Agricultural and Resource Economics, vol. 99, n° 3, 1999, p. 1-6.

¹⁸⁰ Voir, OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 65-66. Voir aussi : KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 293-95 ; GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 120.

¹⁸¹ LEDERMAN, Daniel, « Old and new trade policies », *CEPAL Review*, n° 51, décembre 1993, p. 128.

ou des fusées à usage spatial en sont des illustrations. En raison du nombre limité d'entreprises présentes dans ces secteurs, les présupposés de la libre concurrence ne s'appliqueraient pas, ce qui entraînerait des rendements excédentaires pour les entreprises qui y exercent des activités. Dans ce cas, il y aurait une concurrence internationale entre pays pour décider lequel serait en mesure de capter les rendements. Il reviendrait alors à leur gouvernement respectif de soutenir l'industrie nationale face à une concurrence internationale.

141. P. Krugman *et al.* donnent l'exemple de l'industrie de fabrication d'aéronefs civils caractérisée par une demande qui n'est pas suffisante pour qu'Airbus et Boeing produisent un certain modèle d'aéronef de manière concomitante. En effet, dans cette configuration, les deux entreprises subiront des pertes (disons une quantité de 5 chacune). Or, si Boeing bénéficie d'un petit avantage initial (« avantage stratégique »), tous les bénéfices de la production lui reviendront (disons 100) et Airbus ne trouvera aucune motivation à le concurrencer. L'Union européenne pourrait changer cette situation en promettant à Airbus une subvention « stratégique » (disons de 15) si elle produit l'avion. Dans ce cas, Boeing n'aura pas de raison de participer au marché dans la mesure où Airbus va sûrement y participer (dans le pire des cas pour profiter de la subvention que lui garantira 10 de retour sur investissement). Le résultat final serait donc un bénéfice de 115 pour l'entreprise du pays avec un coût de 15 pour le budget national :

« In the simplest case, a subsidy to domestic firms, by deterring investment and production by foreign competitors, can raise the profits of domestic firms by more than the amount of the subsidy. Setting aside the effects on consumers – for example, when firms are selling only in foreign markets – this capture of profits from foreign competitors would mean the subsidy raises national income at other countries' expense »¹⁸².

Paragraphe 5 : Les limites des raisonnements « non exclusivement économiques »

142. Comme nous le verrons plus loin, les critiques adressées à ce type de subventionnement sont similaires à celles à l'égard des subventions en général (difficultés

¹⁸² KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 295.

liées à la détermination de la nécessité de l'action, au montant de la subvention, au bénéfice qui en est retiré, à la « capture » du programme de soutien pas des intérêts particuliers...) ¹⁸³. Or, cet argument, comme d'autres analysés dans cette section, ne se basant pas sur le bien-être ni n'en tenant compte *selon une perspective globale*, souffre d'une certaine « *myopie* » de raisonnement.

143. Par ailleurs, on peut considérer que des raisonnements non économiques relatifs au versement de subventions qui ne prennent pas en considération leurs effets délétères sur d'autres économies souffrent d'une « *illusion des frontières* ». Elles semblent parfaitement raisonnables du point de vue de ceux qui sont d'un côté de la frontière et pas pour ceux qui sont de l'autre côté. Plaçons-nous de l'autre côté ou effaçons les frontières territoriales et l'argument s'effondre de lui-même. Prenons l'exemple de la multifonctionnalité de l'agriculture. Si la conservation d'un certain niveau de production agricole dans un pays se fait au détriment de l'expansion de la production plus efficace (voire sa réduction) dans un autre pays, ne s'agit-il pas de protéger le paysage ou la culture paysanne d'un seul un pays en délaissant l'autre ? N'en serait-il pas de même s'agissant de la préservation d'un secteur industriel stratégique dans un pays au détriment du même secteur dans un autre ¹⁸⁴ ?

¹⁸³ Comme l'affirme le Secrétariat de l'OMC, bien que cette idée soit « simple et séduisante », il s'avère que « [l]es prévisions de ces modèles ont tendance à être sensibles à de petites variations des hypothèses, et les modèles ne tiennent généralement pas compte de la possibilité d'un comportement contraire de la part du gouvernement qui n'a pas eu recours à une subvention » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 66) (citations internes omises). Dans le même sens, G. Grossman affirme que « les interventions stratégiques visent à obtenir des avantages aux dépens des partenaires commerciaux, et risquent donc d'inciter ces derniers à prendre des mesures de rétorsion. Lorsque des pays s'engagent dans cette voie, on risque fort d'aboutir à une surenchère de subventions ou de mesures de protection, nuisible à tous les intéressés » (GROSSMAN, Gene M., « La promotion des nouvelles activités industrielles : analyses et observations récentes », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 14, 1990, p. 131). Voir aussi KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 296-297.

¹⁸⁴ Jackson semble reconnaître partiellement le problème quand il fait allusion aux défis de la mise en œuvre de politiques publiques nationales visant à combler les défaillances du marché sans tenir compte du contexte global :

« Some of the governmental responses suggested in the event of market failure cannot easily be used in a globalized situation. How is a government going to tax foreign people? Suppose a government tries to regulate but a foreign government sees an opportunity to assist its own business participants by lax regulations, a so-called race to the bottom idea or regulatory competition. (...) When one begins to analyze these situations, sometimes with the aid of game theory (particularly the so-called prisoner's dilemma), one is pushed towards international cooperation as a necessary ingredient for handling these issues » (JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 348.)

144. Ces raisonnements, qui ne sont pas fondés sur des arguments d'efficacité économique, comportent aussi des défis logiques au regard de la réglementation commerciale multilatérale sachant que la base théorique économique qui justifierait une telle limitation de la souveraineté des États ne s'applique pas aisément. Nous pensons particulièrement à cinq questions majeures qui se posent à ce sujet.

i) Sur quelles bases se fonder pour réaliser une évaluation de la justesse de l'intervention étatique ?

145. Dans le cadre de son examen de la justification d'une subvention, comment un gouvernement discerne-t-il les faits pertinents en s'assurant que cet outil financier soit bien ciblé pour atteindre l'objectif poursuivi ? Comment éviter, par ailleurs, un « sur-subsidionnement » ou le gaspillage des ressources publiques ? Il s'agit d'une problématique commune à toute utilisation de subventions. Cependant cette tâche d'évaluation nous semble encore plus ardue en l'absence de défaillances du marché évidentes susceptibles de guider l'action étatique.

ii) Quels sont les objectifs « légitimes » de cette intervention ?

146. Parmi tous les objectifs non économiques mentionnés (sociaux, historiques, culturels, nationalistes, esthétiques, etc.), quels sont ceux qui pourraient être considérés comme légitimes ? Autrement dit, lesquels devraient être exclus des règles et efforts de libéralisation commerciale et d'égalisation des conditions économiques ? Par exemple, il nous semble que peu d'experts qui se souviennent des leçons tirées de la période de l'entre-deux-guerres mondiales - caractérisée dans le champ commercial par des politiques dites de « chacun pour soi » (« *beggar thy neighbour* ») - diraient aujourd'hui que l'objectif de détenir davantage de parts du marché international ou plus de richesses au détriment du développement d'autres États est un objectif légitime eu égard aux conséquences historiquement négatives de ce type de politiques publiques¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Même si, de temps en temps, la pertinence même de la libéralisation commerciale peut être remise en cause, comme cela se passe aujourd'hui dans certains pays, il ne nous semble pas qu'une telle critique se fasse contre la croissance économique *globale* ou d'un pays. Au contraire, l'un des arguments principaux de ce type d'approche insiste sur le fait que des États tirent des *avantages commerciaux injustes* au détriment de la

147. Or, si certains objectifs sont plus clairement « non légitimes », comment décider au regard de ceux qui sont légitimes sans recourir à la théorie économique ? Surtout, comment bien justifier l'utilisation de cet outil économique que sont les subventions¹⁸⁶ ? Comme nous le verrons plus loin, plusieurs experts appellent aujourd'hui à instaurer de larges exceptions environnementales (pas forcément basées sur des arguments économiques) dans les règles multilatérales sur les subventions. Quelle sont les justifications politique, morale ou économique sous-tendant la possibilité d'accorder des exceptions aux obligations commerciales multilatérales pour les subventions octroyées en vue de la réalisation de cet objectif environnemental (qui est légitime, bien évidemment) alors que cela n'est pas possible au nom d'autres objectifs comme, par exemple, le développement économique ou l'atténuation des inégalités de revenus ?

iii) Comment éviter les abus ?

148. Il s'agit d'un défi commun à tout système de règles de droit international : d'une part, sont reconnus la souveraineté des États et leur droit de poursuivre des objectifs déterminés au niveau national ; d'autre part, les règles négociées au niveau multilatéral imposent des limitations à l'action étatique au nom d'objectifs communs. Quand les objectifs nationaux relèvent du même « champ théorique » que les objectifs multilatéraux, le débat se réalise sur les mêmes bases et les éléments de l'analyse sont plus aisément déterminés. En revanche, si les règles multilatérales limitant l'utilisation d'un outil économique se fondent sur une certaine théorie ou logique argumentative mais que les arguments avancés pour le justifier reposent sur une autre, quelles sauvegardes ou conditions peuvent être imposées au regard du recours aux exceptions afin d'éviter l'abus ? Comment éviter que les gains et les

croissance économique de pays, secteurs ou régions. L'idée d'*égalité des conditions* semble donc être importante même pour ceux qui critiquent le système.

¹⁸⁶ Les accords de l'OMC reconnaissent plusieurs objectifs légitimes qui justifieraient soit une exception aux règles (comme ceux listés dans les paragraphes a) à j) de l'article XX du GATT), soit le droit d'imposer des régulations internes qui affectent le commerce. L'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, par exemple, liste les objectifs légitimes suivants : la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur (protection du consommateur), la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Or l'article indique aussi que ce sont des objectifs *inter alia*, c'est-à-dire des *exemples* ; il ne s'agit donc pas d'une liste *fermée* d'objectifs pouvant être considérés comme légitimes.

obligations d'un système multilatéral de règles ne soient pas contournés au nom d'objectifs légitimes ?

149. Le texte introductif de l'article XX du GATT offre un raisonnement logique intéressant et potentiellement utile pour ce débat. Selon l'Organe d'appel, ce texte a effectivement pour rôle d'éviter tout abus dans le recours aux exceptions générales et de garantir que les Membres de l'OMC ne les utilisent que de bonne foi¹⁸⁷. De manière générale, pour qu'une violation de l'une des obligations commerciales du GATT puisse être exemptée de sanction, la mesure prise par l'État ne doit pas être appliquée de façon à constituer soit un « moyen de *discrimination arbitraire ou injustifiable* entre les pays où les mêmes conditions existent », soit « une *restriction déguisée* au commerce international. » Autrement dit, la *discrimination* engendrée par la mesure doit *elle-même* être considérée comme justifiable, raisonnable, équitable, voire calibrée à la poursuite des objectifs légitimes de l'intervention étatique¹⁸⁸. Une question importante posée dans la thèse est de savoir si l'article XX du GATT ou un dispositif reposant sur une logique similaire est disponible pour résoudre ce dilemme s'agissant de l'adoption de subventions visant la réalisation d'objectifs non exclusivement économiques.

iv) L'effet négatif sur d'autres économies (discrimination) est-il un élément indispensable pour réaliser les objectifs légitimes de l'intervention étatique ?

150. Si l'on en croit la théorie économique qui justifie l'existence même d'un système commercial multilatéral - parce que les échanges internationaux bénéficieraient à la collectivité dans la mesure où ils encourageraient des modes de production plus efficaces, en permettant un plus grand bien-être global et le déploiement de méthodes et technologies efficaces partout dans le monde -, rien n'empêcherait que le meilleur résultat pour réaliser un objectif légitime soit atteint par la voie d'un commerce international ouvert et équitable

¹⁸⁷ Voir le Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 22. Voir aussi le Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 158.

¹⁸⁸ Voir le chapitre 2 de la troisième partie de notre thèse s'agissant de l'évolution de l'interprétation de l'article XX et son texte introductif par rapport à des mesures prises pour réaliser des objectifs environnementaux et de développement durable.

si les prix et coûts sociaux sont pertinents. En effet, il serait possible de trouver une solution plus efficace pour produire un bien donné sur le marché international. Bien évidemment, pour que les prix et coûts sociaux soient « corrects », les politiques publiques (y compris les politiques environnementales) doivent aussi l'être, c'est-à-dire être effectives, en accordant les prix aux externalités. Ainsi, le commerce international, en soi, ne serait pas un obstacle pour réaliser ces objectifs mais plutôt un outil pour le faire¹⁸⁹.

151. Des politiques économiques qui ne tiennent pas compte de leurs effets sur l'activité économique d'autres pays ou d'éléments d'efficacité économique suivant une perspective globale peuvent difficilement être conciliées avec cette approche. Par exemple, si le subventionnement de l'activité agricole dans un pays donné, justifié au regard de son caractère multifonctionnel, se fait au détriment d'une production agricole plus efficace et moins intense en ressources naturelles, engrais et/ou correctifs agricoles, une partie des justifications de cette intervention n'est pas pertinente, à tout le moins d'un point de vue environnemental global.

152. Cette question a été récemment mise en évidence par plusieurs études sollicitées par le Département de l'Environnement, de l'Alimentation et des Affaires rurales britannique (*Department for Environment, Food and Rural Affairs* - DEFRA) afin de calculer l'impact environnemental (notamment au regard des changements climatiques) des chaînes de production et des modes de consommation des produits agricoles au Royaume-Uni¹⁹⁰. Ces études ont permis de mettre en lumière certaines idées fausses autour du concept de « *food-miles* » qui ont alimenté des campagnes encourageant une consommation locale. Utilisant une méthode d'analyse basée sur le cycle de vie des produits - c'est-à-dire prenant en compte

¹⁸⁹ Cette approche s'est notamment manifestée avec l'adoption des Objectifs de développement durable (ODD) et de l'Agenda 2030. Le commerce, ainsi que le financement, la technologie, le renforcement des capacités et les questions structurelles, sont considérés dans l'objectif 17 comme des moyens de mise-en-œuvre (dits « partenariats ») des autres objectifs. Voir le chapitre 1, section 3 de la troisième partie de notre thèse pour un aperçu général des ODD et leur relation avec le commerce international.

¹⁹⁰ Voir AEA, CRANFIELD UNIVERSITY, MOORHOUSE, Ed, PAUL WATKISS ASSOCIATES, AHDBMS et MARINTEK, « Comparative life cycle assessment of food commodities procured for UK consumption through a diversity of supply chains », *Final report for the Department of Environment, Food and Rural Affairs project FO0103*, Defra, Royaume-Uni, 2008, 60 p. et annexes. Voir aussi WEBB, Jim, WILLIAMS, Adrian G., HOPE, Emma, EVANS, David, MOORHOUSE, Ed, « Do foods imported into the UK have a greater environmental impact than the same foods produced within the UK? », *International Journal of Life Cycle Assessment*, vol. 18, n° 7, 2013, p. 1325-1343.

non seulement le transport mais aussi les modes de production, la consommation d'intrants (y compris énergie, engrais, correctifs, etc.), la consommation d'eau, la productivité du sol, entre autres facteurs - ces études ont pu démontrer la réalité complexe des effets des chaînes de production agricole et le fait que, pour une grande variété de produits, les conséquences environnementales sont souvent moins négatives s'agissant de produits agricoles importés que pour des produits locaux ou régionaux¹⁹¹. Ce constat s'explique par le fait que les émissions de GES, et d'autres conséquences environnementales délétères liées au transport, sont souvent moins importantes que celles causées par une production agricole moins efficace et plus intense en ressources¹⁹².

153. C. Foster *et al.* donnent à cette plus grande efficacité environnementale le nom « d'avantage comparatif environnemental » (*ecological comparative advantage*)¹⁹³. Un

¹⁹¹ Contre-intuitivement, une étude a aussi démontré que des produits biologiques ont souvent plus d'impacts environnementaux, surtout s'agissant de leurs émissions de GES que des produits non-bios, en considération de leur productivité réduite. Voir WILLIAMS, Adrian G., AUDSLEY, Eric et SANDARS, Daniel L., « Determining the environmental burdens and resource use in the production of agricultural and horticultural commodities », *Final report for the Department of Environment, Food and Rural Affairs project IS0205*, Cranfield University et Defra, 2006, 97 p. Voir aussi FOSTER, Chris, GREEN, Ken, BLEDA, Mercedes; DEWICK, Paul, EVANS, Barry, FLYNN, Andrew, MYLAN, Jo, « Environmental Impacts of Food Production and Consumption », *Report to the Department of Environment, Food and Rural Affairs*, Manchester Business School, Defra, 2006, p. 14. N. Scialabba et M. Muller-Lindenlauf, de la FAO, considère, en revanche, que l'agriculture biologique a un potentiel de permettre la réduction des émissions globales de GES de façon significative si elle est mise en œuvre conjointement à des systèmes de capture de carbone dans les pays en développement (où la productivité de l'agriculture traditionnelle est moins importante). Selon les auteurs, le plus grand intérêt de l'agriculture biologique concerne la substitution des engrais synthétiques. Voir SCIALABBA, Nadia El-Hage, MULLER-LINDENLAUF, Maria, « Organic agriculture and climate change », *Renewable Agriculture and Food Systems*, vol. 25, n° 2, 2010, p. 158-169.

¹⁹² Comme l'affirment, par exemple, C. Foster *et al.* :

« 'Local' trolley vs. 'globally-sourced' trolley: Evidence for a lower environmental impact of local preference in food supply and consumption overall is weak; the evidence for the environmental impact of bulk haulage, is not decisive. Since there is a wide variation in the agricultural impacts of food grown in different parts of the world (e.g. in the amounts of water consumed), global sourcing could be a better environmental option for particular foods » (FOSTER, Chris, GREEN, Ken, BLEDA, Mercedes, DEWICK, Paul, EVANS, Barry, FLYNN, Andrew, MYLAN, Jo, « Environmental Impacts of Food Production and Consumption », *Report to the Department of Environment, Food and Rural Affairs*, Manchester Business School, Defra, 2006, p. 15).

Dans le même sens, AEA *et al.* affirment que « when considering the GWP [global warming potential] of food production, to accept that imports from countries where productivity is greater and/or where refrigerated storage requirement is less, will lead to less total GWP than axiomatic preference for local produce », même si les auteurs relèvent aussi que d'autres effets environnementaux doivent être pris en compte pour déterminer le « meilleur » système de production agricole (AEA, CRANFIELD UNIVERSITY, MOORHOUSE, Ed, PAUL WATKISS ASSOCIATES, AHDBMS et MARINTEK, « Comparative life cycle assessment of food commodities procured for UK consumption through a diversity of supply chains », *Final report for the Department of Environment, Food and Rural Affairs project FO0103*, Defra, Royaume-Uni, 2008, p. 56).

¹⁹³ Voir FOSTER, Chris, GREEN, Ken, BLEDA, Mercedes, DEWICK, Paul, EVANS, Barry, FLYNN,

exemple concret, souvent mentionné dans le cadre de ce débat, est celui des roses importées par avion du Kenya au Royaume-Uni comparées aux roses importées par bateau des Pays-Bas. Bien que le fret aérien soit environ 50 fois plus polluant en termes d'émissions de GES par km par kg que le fret maritime¹⁹⁴ et que les fleurs kenyanes aient dû traverser des distances environ 21 fois plus longues, une étude a démontré que les émissions globales de GES provoquées par l'importation des fleurs kenyanes étaient six fois moins importantes que celles engendrées par le transport des fleurs depuis les Pays-Bas¹⁹⁵, en raison des différences de modes de production, de l'ensoleillement, de la productivité du sol, etc.¹⁹⁶.

154. Ces études ont renforcé l'importance de calculer correctement les externalités négatives (et positives) de la production et consommation de biens et services, notamment en prenant en compte le cycle de vie productif. Elles ont aussi démontré que le commerce international peut offrir une voie pour que des solutions plus efficaces, même d'un point de vue environnemental, soient trouvées¹⁹⁷. Bien évidemment, d'autres arguments peuvent être

Andrew, MYLAN, Jo, « Environmental Impacts of Food Production and Consumption », *Report to the Department of Environment, Food and Rural Affairs*, Manchester Business School, Defra, 2006, p. 144.

¹⁹⁴ Les estimations de l'intensité des émissions des modes de transport de passager et de frets varient fortement, en raison des différentes présomptions par rapport à la consommation d'essence, à l'efficacité énergétique et à la charge moyenne. Voir les estimations utilisées par le groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) dans leur cinquième rapport d'évaluation : SIMS, Ralph *et al.*, « 2014: Transport », in EDENHOFER, Ottmar, *et al.* (eds.), *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change, Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, GIEC, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 610. Voir aussi l'une des études souvent citées par l'OCDE dans ses analyses : CRISTEA, Anca D., HUMMELS, David, PUZZELLO, Laura, AVETISYAN, Misak G., « Trade and The Greenhouse Gas Emissions from International Freight Transport », *Journal of Environmental Economics and Management*, Elsevier, vol. 65, n° 1, 2013, p. 170.

¹⁹⁵ WILLIAMS, Adrian G. *et al.*, « Comparative Study of Cut Roses for the British Market Produced in Kenya and the Netherlands », *Précis Report for World Flowers*, 2007, p. 3.

¹⁹⁶ Il convient de noter que depuis cette étude, mises à part les émissions de GES, plusieurs commentateurs ont mis en évidence les conséquences délétères pour la qualité de l'eau du lac Naivasha au Kenya de la production de roses, mais aussi d'autres questions environnementales et sociales. Selon les producteurs kenyans, une grande partie de ces critiques auraient déjà été adressées. Voir THE GUARDIAN, *Air-freight flowers greener than Dutch hothouses, say Kenyans*, 14 février 2007 ; disponible sur : <https://www.theguardian.com/environment/2007/feb/14/kenya.conservationandendangeredspecies>, dernier accès le 03.01.2018. Voir aussi THE ECONOMIST, *Kenya's flower trade: Leaving on a jet plane – The long journey of those special stems*, 04 février 2016 ; disponible sur : <https://www.economist.com/news/middle-east-and-africa/21690077-long-journey-those-special-stems-leaving-jet-plane>, dernier accès le 03.01.2018.

¹⁹⁷ Le Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) reconnaît le rôle positif que le commerce peut jouer pour réduire la pollution de l'air quand le commerce, entre autres, « provide[s] incentives that reveal the true cost of air pollution to society ». Voir STONE, Steven, *The role of trade in tackling air pollution*, PNUE, Direction des ressources et des marchés ; disponible sur : <https://www.unenvironment.org/fr/node/20126>, dernier accès le 03.01.2018.

avancés pour encourager la consommation locale, qui ne sont pas liés à des externalités environnementales (par exemple, contribuer à l'économie et à la culture locales). Toutefois, ces arguments retombent, en général, sur le même écueil de « myopie des frontières » en contribuant ainsi à la mise en œuvre généralisée de politiques mutuellement affaiblissantes (logique de « chacun pour soi »).

v) Une question morale : pourquoi avantager un groupe de citoyens au détriment d'un autre ?

155. Enfin (et lié au point précédent), dans un système économique mondial très interdépendant, les subventions à la production nationale impactent l'économie d'autres pays, surtout quand les biens sont échangés sur un marché international. Dans le cadre des prochains chapitres, nous aurons l'occasion d'étudier ces effets ainsi que les outils disponibles pour les contrer. Cependant, il y a lieu d'ajouter ici une considération non économique, de même nature que celle parfois avancée pour justifier la mise en œuvre de ce type de subvention visant à promouvoir la production et l'emploi nationaux. Pourquoi les citoyens d'un pays ayant les moyens de subventionner son économie (souvent de grandes économies) et de garantir un certain niveau d'activité économique (par exemple, en matière d'agriculture ou d'autres secteurs) auraient-ils plus l'opportunité voire le droit de recevoir des subventions (et d'en tirer des bénéfices supposés) que les citoyens d'un pays ne disposant pas de tels moyens (par exemple, les pays les moins avancés économiquement) ?

156. Par exemple, s'agissant de l'industrie de fabrication d'aéronefs civils et de la « politique commerciale stratégique », quel raisonnement logique et moral peut expliquer que la population d'un pays ayant les ressources pour subventionner la production nationale à un niveau tel que sera exclue la participation d'autres concurrents, même plus efficaces, reçoive tous les bénéfices de cette activité économique ? Bien évidemment, les citoyens du pays qui subventionne peuvent toujours argumenter que les ressources pour le faire sont le résultat de leurs efforts et que le droit de subventionner se fonde sur la souveraineté de chaque État. Mais, oublions la perspective nationale et demandons-nous quelle est la justification de la promotion d'une action qui, du point de vue du bien-être global, conduit à un mauvais

résultat¹⁹⁸ ? Comment éviter que cette logique ne soit reproduite par toutes les collectivités, chacune adoptant des mesures « non-économiques » et mutuellement affaiblissantes ayant pour justification leur propre intérêt étroitement circonscrit ? Surtout, comment accepter des règles internationales ayant une telle logique pour fondement ?

157. Après avoir analysé ces cinq questions majeures, il nous semble indispensable, au moment d'entreprendre la tâche complexe de déterminer les contours de la réglementation internationale des actions publiques intervenant dans l'économie, de prendre en considération des évidences théoriques et des faits économiques démontrables. Des arguments économiques, mais aussi moraux et pratiques/politiques peuvent et même doivent prendre part au débat. Il convient alors de les considérer de manière large et de raisonner en tenant compte de tous les aspects pertinents au regard du but déclaré de l'action étatique. Autrement dit, le fait qu'un objectif ne soit pas exclusivement sous-tendu par des raisonnements économiques ne devrait pas justifier l'absence d'examen minutieux de sa pertinence sachant qu'il peut entraîner des conséquences nuisibles pour d'autres économies. Ne pas le faire, au-delà des effets négatifs produits sur le bien-être global, risquerait d'encourager des appels au populisme et d'engendrer des règles et politiques sclérosées qui conduiraient à augmenter les tensions entre les peuples dans une véritable course à l'abîme¹⁹⁹.

158. Surtout, d'un point de vue normatif international, les obligations commerciales contraignantes sans fondement théorique manquent de légitimité. Ce constat est d'autant plus vrai dans les moments de mise en cause de la globalisation²⁰⁰. S'il est exact, comme l'affirme

¹⁹⁸ Comme le font valoir A. Green et M. Trebilcock :

« Even in the cases where strategic trade theory appears to provide a domestic benefit greater than the cost of the subsidy, from a global perspective the result is merely a transfer from one (potentially lower-cost) exporting country to another, and may allow monopoly profits (harming importing countries) » (GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 124).

¹⁹⁹ Voir, entre autres, les arguments soulevés par A. Green et M. Trebilcock en relation avec le « dilemme du prisonnier » au regard de la politique commerciale stratégique et la probabilité que cette « stratégie » cause des « guerres de subventions ». Voir GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 122 et 149.

²⁰⁰ Voir le chapitre 1 de la quatrième partie sur le développement du débat sur les mesures de soutien à la production industrielle nationale.

C. Micheau, que le soutien à la production nationale relève de la fonction régaliennne de chaque État et doit être mis en œuvre chaque fois que des considérations de politique publique le justifient²⁰¹, même si cela est contraire au bien-être potentiel, il doit aussi être considéré que cette action étatique ne doit pas engendrer des coûts économiques et sociaux pour les citoyens d'autres pays²⁰².

159. Tout au long de ce chapitre, nous n'avons certainement pas abordé toutes les situations dans lesquelles le versement d'une subvention pourrait être économiquement justifié. Il existe, en effet, d'autres configurations susceptibles de requérir une intervention de l'État dans l'économie²⁰³. Nous nous sommes concentrés sur une analyse des principales lignes théoriques, les plus pertinentes pour notre sujet de thèse, qui sont à l'origine d'un débat multilatéral.

160. Ce qui nous semble évident est que la théorie économique majoritaire du XX^e siècle requerrait que l'intervention de l'État dans l'économie soit justifiée - celle-ci pouvant se faire à travers le recours à divers outils économiques tels que les subventions - et que ces justifications étaient plus largement admissibles lorsqu'elles étaient fondées sur des arguments de nature économique, notamment des défaillances du marché.

161. Il convient, à présent, de concentrer notre attention sur des éléments et considérations théoriques justifiant l'encadrement des subventions à l'échelle multilatérale.

²⁰¹ MICHEAU, Claire, *Droit des aides d'état et des subventions en fiscalité : droit de l'Union européenne et de l'OMC*, Éditions Larcier, 2013, p. 23.

²⁰² Jackson semble adopter une position semblable quand il affirme que le pays qui décide de subventionner son économie doit subir tous les coûts de son action. Ainsi, un « test » additionnel mesurant l'incidence des règles internationales sur les subventions serait celui de la « distorsion extraterritoriale ». JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 23 et 298-299.

²⁰³ On note, par exemple, des « défaillances de coordination » qui empêcheraient le développement d'une activité économique donnée sans celui d'un autre secteur interdépendant. L'exemple souvent mentionné est celui de l'aéroport et de l'infrastructure hôtelière : il n'y aurait pas de flux dans un aéroport sans une chaîne d'hôtel à disposition des visiteurs et ces derniers ne peuvent accéder aux hôtels sans l'aéroport. Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 80.

Chapitre 3 : Pourquoi réglementer les subventions à l'échelle multilatérale ?

162. Un commentaire intéressant revient fréquemment dans les travaux de la doctrine économique majoritaire portant sur la réglementation multilatérale des subventions. Les experts économiques s'interrogent souvent sur la raison pour laquelle des États importateurs souhaitent une limitation du subventionnement de leurs partenaires commerciaux, surtout des subventions à l'exportation²⁰⁴. D'un point de vue purement économique, plus précisément au regard de la consommation, le subventionnement de la production (ou exportation) par un pays A bénéficie aux consommateurs du produit importé dans un pays B. La réduction des prix dans le pays B, financée par les citoyens du pays A, « libère » ainsi des ressources dans le pays B pouvant être utilisées pour des activités productives plus rentables. Ainsi, les pertes économiques du secteur en concurrence seraient généralement compensées par des gains pour l'ensemble de l'économie²⁰⁵. Comme le notent G. Hufbauer et J. Erb :

²⁰⁴ Voir, entre autres : KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th éd., 2015, p. 134 ; BAGWELL, Kyle W., MAVROIDIS Petros C., « TooMuch, Too Little . . . Too Late? », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 169-170 ; SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics Online Working Paper*, n° 186, 2003, p. 10-11.

²⁰⁵ Comme l'affirme le Secrétariat de l'OMC :

« La baisse du prix mondial est un élément commun aux subventions à la production et aux subventions à l'exportation lorsque le pays qui subventionne est un grand pays. Cette baisse aura des conséquences à la fois négatives et positives pour les partenaires commerciaux du pays. Les producteurs de produits concurrents devront faire face à la concurrence des exportateurs subventionnés dont les prix sont inférieurs, tandis que les consommateurs des produits importés moins chers y gagneront. Les pays qui sont importateurs nets du produit subventionné pourraient donc tirer globalement avantage des subventions »

Voir aussi l'explication de cette dynamique dans KENEN, Peter B., *The International Economy*, Cambridge University Press, 4th éd., 2000, x, p. 175-177.

Dans le même sens, A. Sykes explique, en des termes généraux, que les nations bénéficient d'une réduction des prix des produits qu'elles importent : « [t]he net gain to an importing nation from lower priced imports does not depend in any way on the reason why price declines—a price decline due to foreign subsidies has the same economic consequences in the standard case as an equivalent price decline due to other factors » (SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics Online Working Paper*, n° 186, 2003, p. 10). K. Bagwell et P. Mavroidis affirment quant à eux que, s'agissant de cette réduction du prix international du bien, les pays importateurs devraient envoyer une « lettre de remerciement » aux pays qui l'ont subventionnée. Voir BAGWELL, Kyle W., MAVROIDIS Petros C., « TooMuch, Too Little . . . Too Late? », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press,

« An economist might, therefore, ask why the international community should concern itself with the subsidy practices of its member nations. After all, if one nation wishes to subsidize production or exports in the name of infant-industry arguments, second-best policies, or simply to assuage particular industries, isn't the resulting economic distortion principally the misfortune of the subsidizing nation? »²⁰⁶.

163. Certes, le mauvais emploi des subventions peut s'avérer coûteux pour le pays et causer d'importantes distorsions de marché et en termes d'allocation de ressources dans une économie. De telles considérations appellent certainement un encadrement de ce type de dispositif financier au niveau national. Cependant, pourquoi la communauté internationale serait-elle concernée par cette difficulté propre à ce pays exportateur ?

164. Le raisonnement théorique sous-tendant la décision des États de négocier des limitations à leur souveraineté par voie d'accords commerciaux a fait l'objet de nombreuses analyses dépassant le propos de notre thèse. Regan, par exemple, a très clairement présenté les lignes théoriques économiques générales qui expliquent ces engagements internationaux²⁰⁷. S'agissant plus particulièrement des subventions, L. Rubini et J. Hawkins mentionnent un grand nombre d'experts qui ont traité la question²⁰⁸. Le Secrétariat de l'OMC a lui-même contribué à l'analyse du sujet²⁰⁹. Bien évidemment, nous nous servirons de leurs réflexions lorsqu'elles seront pertinentes pour nos développements. L'approche que nous avons retenue de cet aspect du sujet est néanmoins moins ambitieuse, consistant à nous concentrer sur une étude des conditions historiques ayant conduit à une réglementation

2010, p. 169.

²⁰⁶ HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 5.

²⁰⁷ REGAN, Donald, « What are Trade Agreements For? Two Conflicting Stories Told by Economists, with a Lesson for Lawyers », *Journal of International Economic Law*, vol. 9, n° 4, 2006, p. 951-988. Voir aussi : BAGWELL, Kyle, STAIGER, Robert W., *The Economics of the World Trading System*, Cambridge, The MIT Press, 2002, 224 p. ; KRUGMAN, Paul, « What Should Trade Negotiators Negotiate About », *Journal of Economic Literature*, vol. xxxv, n°3, 1997, p. 113-120.

²⁰⁸ RUBINI, Luca, HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, xvii, 142 p.

²⁰⁹ Dans un document de travail destiné au personnel, il est précisé que les règles commerciales sur les subventions ne doivent pas poser des conditions peu précises au point de permettre ni un abus ni une utilisation inefficace ou encore un emploi trop limité, empêchant que des pays utilisent des subventions pour pallier des défaillances du marché ou les conduisant à ce qu'ils soient obligés d'utiliser des politiques moins efficaces, comme les tarifs douaniers. Voir BROU, Daniel, CAMPANELLA, Edoardo, RUTA, Michele, « The Value of Domestic Subsidy Rules in Trade Agreements » », *Staff Working Paper ERSD-2009-12*, World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2009, 18 p.

multilatérale des subventions. Auparavant, nous nous focaliserons sur une présentation des conséquences de la mise en œuvre de subventions sur l'économie globale, qui pourraient justifier une réglementation de cet outil à l'échelle multilatérale. Ce point est particulièrement intéressant pour le propos de la présente thèse. Il sera étudié en détail lorsque nous analyserons la réglementation adoptée à travers ces prismes théoriques.

165. De manière générale, on peut déceler deux types de raisonnement économique concernant l'encadrement des subventions au niveau international. Premièrement, à l'instar de n'importe quelle autre intervention de l'État dans l'économie (par exemple, à travers des tarifs douaniers) et comme déjà mentionné, les subventions modifient l'allocation des ressources dans une économie donnée et affectent, également, le bien-être global. Mal employée, une subvention peut donc réduire le bien-être potentiel d'une économie. Dans une perspective globale, les pays auraient donc intérêt à coopérer et à définir des lignes générales visant une bonne utilisation des subventions afin de garantir le plus grand bien-être global et ainsi éviter lesdites « subventions inutiles » (« *wasteful subsidies* »). Suivant une perspective nationale, un pays pourrait aussi décider d'édicter des règles encadrant le versement de subventions, en s'autolimitant, afin d'éviter des effets négatifs.

166. Un deuxième type de raisonnement consiste à considérer qu'une subvention, même si elle est bien employée, peut avoir des effets négatifs sur certains secteurs de l'économie d'un autre pays et/ou affecter les échanges internationaux ainsi que des avantages négociés multilatéralement. Ces « externalités négatives » des subventions à l'égard du commerce international devraient donc être encadrées.

167. Avant d'examiner chacun de ces raisonnements, il convient de concentrer notre attention sur les défis particuliers attachés au versement de subventions. De tels défis sont importants dans la mesure où ils peuvent mettre en cause la pertinence de l'intervention étatique, même dans le cas où celle-ci serait justifiable. Ces considérations démontrent donc la pertinence des raisonnements économiques pour justifier une réglementation des subventions.

168. La section 1 décrira ainsi les défis liés à l'utilisation des subventions comme outil de politique économique. La section 2 traitera des retombées négatives sur le bien-être global

de la mauvaise utilisation des subventions, tandis que la section 3 se concentrera sur leurs effets extraterritoriaux. Enfin, la section 4 examinera les aspects généraux d'un régime réglementaire international qui pourraient être justifiés compte tenu des éléments décrits dans les sections précédentes.

Section 1 : Défis liés au versement de subventions : quelques précautions

169. En premier lieu, il importe de relever que la doctrine économique n'encourage pas toujours le versement de subventions :

« Economists in general do not favor subsidies (with the potential exception of certain instances of market failure) because they induce consumers to demand too much of the (lower-priced) good and producers to produce too much. For example, subsidies to electricity producers induce consumers to increase their use of electricity and electricity producers to increase their supply. There is a distortion of resource allocation away from other, more efficient uses of resources (or lower-cost suppliers in the case of subsidies to specific firms) because of the subsidy »²¹⁰.

170. Effectivement, lorsqu'il s'agit de pallier plusieurs défaillances du marché à travers une intervention de l'État, le versement de subventions n'est pas nécessairement un dispositif de premier choix. Par exemple, sur des marchés financiers imparfaits, des lignes de crédit directes subventionnées ne constituent que l'une des alternatives envisageables et leur pertinence dépendra des caractéristiques du marché. Une analyse au cas par cas est donc nécessaire²¹¹. De même, sur un marché imparfaitement compétitif, des règles adaptées et une coopération en matière de droit de la concurrence résoudraient plus directement la défaillance²¹². Pour les externalités positives découlant du savoir – comme les retombées des connaissances acquises par les entrepreneurs ou encore celles provenant des nouvelles technologies et qui profitent aussi à d'autres personnes à part l'inventeur –, les droits de

²¹⁰ GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMAN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 123-124 (citations internes omises).

²¹¹ STIGLITZ, Joseph E., « The role of the state in financial markets », *Conférence annuelle de la Banque mondiale sur l'économie du développement*, Banque mondiale, 1993, p. 19-61.

²¹² Ce sujet a notamment fait l'objet de négociations dans le cadre de l'OMC jusqu'en 2004. Pour plus d'informations, voir : https://www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/comp_f.htm.

propriété intellectuelle, comme des brevets, sont généralement considérés comme la première option pour garantir une rémunération efficace des novateurs²¹³. D'autre part, s'agissant des efforts visant à atténuer les changements climatiques, le FMI, l'OCDE et la Banque mondiale appellent à la détermination d'un prix global des émissions de GES, une solution envisagée comme étant la plus cohérente pour promouvoir une transition économique vers une économie à faible émission de carbone²¹⁴. Ainsi, pour plusieurs défaillances du marché, le versement d'une subvention ne serait qu'une « deuxième meilleure option »²¹⁵.

171. Cependant, même pour le courant économique traditionnel, quand bien même la subvention peut ne pas être le meilleur outil pour pallier une défaillance du marché, elle peut constituer la seule alternative viable. Par exemple, comme nous l'avons vu, les droits de propriété intellectuelle seraient, en théorie, une meilleure option de politique publique pour s'assurer que les retombées positives du savoir et de la technologie profitent à ceux qui ont assumé le risque et ont investi dans le développement de ces secteurs. Or, lorsque ces droits sont inexistantes, inefficaces ou insuffisants, un subventionnement de la recherche pourrait se justifier²¹⁶. Ainsi, les réalités politiques et sociales peuvent déterminer qu'une deuxième, troisième, voire quatrième option est la seule valable²¹⁷.

²¹³ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 91.

²¹⁴ Voir leur déclaration conjointe, avec des dirigeants de plusieurs pays, sur le sujet : <<http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2016/04/21/leaders-set-landmark-global-goals-for-pricing-carbon-pollution>> ; <<http://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2015/10/19/leaders-unite-in-calling-for-a-price-on-carbon-ahead-of-paris-climate-talks>>. Voir aussi : HALLEGATTE, Stephane *et al.*, « Shock Waves: Managing the Impacts of Climate Change on Poverty », *Climate Change and Development Series*, Banque mondiale, 2016, p. 199 ; FARID, Mai *et al.*, « « After Paris: Fiscal, Macroeconomic, and Financial Implications of Climate Change », *IMF Staff Discussion Note*, FMI, SDN/16/01, 2016, p. 5.

²¹⁵ KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 244.

²¹⁶ Voir SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics*, Online Working Paper, n° 186, 2003, p. 6-7. Voir aussi : KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 244 et 278 ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 91.

²¹⁷ Il convient de noter que la considération selon laquelle une politique publique peut ne pas être la « meilleure option » ou celle avec le moins d'effets économiques négatifs sur le marché et, pourtant, être considérée comme « nécessaire » et, finalement, acceptable du point de vue normatif compte tenu des réalités politiques, économiques, voire sociales du pays qui l'adopte n'est pas étrange dans le droit de l'OMC. Effectivement, l'un des éléments de l'analyse de la « nécessité » d'une mesure commerciale dans le cadre de l'application de l'article 2.2 de l'accord OTC, ainsi que des Articles XX:a, b et d du GATT, est de nature « comparative » : comparer la mesure prise par le Membre avec des mesures de substitution possibles qui pourraient être

172. Pour autant, dans ces cas, on ne saurait nécessairement donner carte blanche à l'action étatique, ni nier les éventuels effets économiques nocifs des subventions. En effet, même les partisans du versement de subventions reconnaissent que, dans certaines situations, leur mise en œuvre pose des défis majeurs. Certes, la majorité de ces défis ne sont pas exclusifs aux subventions mais, au moment d'examiner la pertinence d'une réglementation de ces dernières, il convient d'aborder brièvement cette question.

Paragraphe 1 : Difficulté d'identification du besoin d'agir

173. Si plusieurs situations théoriques peuvent justifier l'intervention de l'État dans l'économie, les défaillances du marché, les externalités (positives ou négatives) non réglées et les faits économiques concrets sont en général beaucoup plus complexes et difficiles à discerner en pratique. Dans un marché donné, il peut y avoir un nombre important d'interventions (de l'État ou non) et des particularités peuvent caractériser ce marché et fausser la concurrence. Un marché peut, par exemple, contenir un nombre trop petit ou trop important d'acteurs, une configuration qui altérerait les prix. Il se peut également qu'un marché n'ait pas encore absorbé un choc de prix occasionné par une catastrophe naturelle. De plus, des interventions étatiques sur un marché peuvent avoir des retombées et effets inattendus sur d'autres, en amont ou en aval.

174. Dans cette mesure, « isoler » un marché spécifique et identifier toutes les défaillances potentielles qui l'affectent est une tâche irréalisable. Comme l'affirmèrent Schwarts et Harper dès 1972 :

« In fact, however, much (perhaps all) government support can be defended as being a “correction” rather than a “distortion” of the market process. The need for correction is said to derive from the existence of “externalities”, that is, cost or benefits that are borne or reaped by

raisonnablement disponibles et moins restrictives pour le commerce que ne l'est la mesure contestée et qui confèrent le même niveau de protection à l'objectif légitime poursuivi. Voir Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012, para. 320. Il a cependant lieu de relever qu'une mesure de substitution peut ne pas être *raisonnablement disponible* pour un Membre de l'OMC eu égard aux « coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles » pour sa mise en œuvre, surtout dans les pays en développement, comme l'ont reconnu le Groupe spécial et l'Organe d'appel lors de l'affaire *Brésil – pneumatiques rechapés*. Voir Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, OMC, WT/DS332/R, 12 juin 2007, para. 7.208. Voir aussi Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 03 décembre 2007, para. 175.

nonparties to a transaction and are not therefore taken into account in the market process. As a result, the issue is not that of identifying and remedying “distortions” but rather of determining if a particular measure on balance “corrects” or “distorts” the market process, that is, whether it increases or decreases the efficiency with which resources are allocated. Resolution of this question turns upon theoretical and empirical judgements about how well the domestic political system performs the tasks of deciding what intervention should be undertaken and implementing the program that is adopted »²¹⁸.

175. Effectivement, d'un point de vue économique, la détermination de la pertinence de verser des subventions repose, dans un premier temps, sur la capacité des agents publics à identifier convenablement les besoins d'intervention dans l'économie. Or, une partie de la doctrine économique se demande si l'État est mieux placé que des acteurs privés pour déterminer si les prix des marchés sont « corrects » compte tenu de la complexité d'une telle analyse²¹⁹. Comme le notent Pack et Saggi à propos des politiques industrielles :

« The range and depth of knowledge that policymakers would have to master to implement successful policy is extraordinary. They would have to be accurately informed about an enormous range of complex questions, understand their relevance, and be able to accurately evaluate subtle differences. (...) Acknowledging that a first-best policy would argue for the government to address such market failures or externalities, the task is daunting. Quite apart from the dangers of optimal policy being subverted by industries and firms that would benefit, the sheer knowledge and skill requirements would exceed that possessed by almost any institution, including the best consulting firms »²²⁰.

176. De fait, Schwartz et Harper relèvent que cette approche théorique ne se manifeste presque jamais en réalité dans la mesure où il n'existe pas, en pratique, de cas dans lesquels

²¹⁸ SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 833-34.

²¹⁹ Voir, par exemple, KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 245-246. Voir aussi : PANAGARIYA, Arvind, « Evaluating the Case for Export Subsidies », *Policy Research Working Paper*, n° 2276, Groupe de recherche sur le développement, Banque mondiale, 2000, p. 24 ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 82-84.

²²⁰ PACK, Howard, SAGGI, Kamal, « Is There a Case for Industrial Policy? A Critical Survey », *World Bank Research Observer*, World Bank, 2006, vol. 21, n° 2, p. 281-282. Dans le même sens et sur les capacités institutionnelles des pays en développement, voir LEVY, Brian, « An institutional analysis of the design and sequencing of trade and investment policy reform », *World Bank Economic Review*, 1993, vol. 7, n° 2, p. 247-262.

les subventions publiques reflètent parfaitement les préférences sociales. Les auteurs complètent brièvement leurs réflexions en affirmant que « [n]either of these assumptions, of course, accords with the reality of how decisions are made in the political process. The choice is not between a market system that does not take account of externalities and a political process that perfectly records and corrects the externalities. In fact, both alternatives are imperfect »²²¹.

177. A chaque moment historique ou nouveau courant théorique qui promeut l'emploi de subventions, un appel à la prudence est lancé au regard des difficultés liées à l'identification de situations concrètes pour lesquelles il est pertinent d'agir. Par exemple, réagissant à propos de l'intérêt renouvelé des gouvernements, à la fin des années 1980 et au début des 1990, pour une utilisation « stratégique » des subventions en vue de promouvoir les entreprises nationales de technologie de pointe, G. Grossman a pu affirmer :

« [L]es arguments avancés en faveur des subventions publiques à certaines nouvelles activités s'appuient sur des descriptions qualitatives détaillées du marché et, souvent, sur des paramètres spécifiques qui décrivent les conditions du marché. Ces arguments ne sont pas d'application générale, et on ne peut pas considérer que les conditions nécessaires pour qu'une intervention soit utile seront satisfaites dans la majorité des cas concernant des entreprises de haute technologie. La nature des problèmes rend inévitable une analyse cas par cas »²²².

178. De semblables considérations peuvent être avancées au regard du débat actuel né durant l'après-crise de 2008 (voir *infra*).

Paragraphe 2 : Difficulté de détermination du montant adéquat de la subvention

179. Une fois identifié un besoin d'agir, il est nécessaire de déterminer le montant et la durée de la subvention envisagée afin qu'elle pallie effectivement la défaillance du marché en question. On peut alors se demander quelle est la valeur effective de l'externalité positive

²²¹ SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p.

²²² GROSSMAN, Gene M., « La promotion des nouvelles activités industrielles : analyses et observations récentes », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 14, 1990, p. 130. Dans le même sens, R. Snape affirma : « The appropriate policy is very sensitive to the assumptions made regarding the structure of markets and competitors's responses, and inappropriate policies easily do more harm than good » (SNAPE, Richard H., « International Regulation of Subsidies », *The World Economy*, vol. 14, n° 2, 1991, p. 146).

ou négative identifiée ? D'autre part, pendant combien de temps l'État doit-il intervenir sur le marché pour corriger la défaillance ?

180. Par exemple, comme le note le Secrétariat de l'OMC quant au soutien gouvernemental apporté à la recherche fondamentale conduite au sein des entreprises, « il est difficile de déterminer exactement quelle compensation permettrait aux entreprises d'internaliser les retombées positives. Toute aide excédant ce montant constituerait une subvention destinée à des activités de R-D qui seraient de toute façon rentables »²²³. Il s'agit pourtant d'un défi important pour l'État, le « sur-subsidationnement » étant doublement problématique : d'une part, il s'agit d'un gaspillage de ressources publiques qui pourraient être employées pour traiter d'autres défaillances du marché ou bien pour financer l'action publique ; d'autre part, la « subvention inutile » bénéficie à l'entreprise concernée au détriment de ses concurrents ou d'autres secteurs, faussant ainsi le marché et l'allocation des ressources dans l'économie du pays concerné.

181. C'est pourquoi il est important que l'État détermine le montant adéquat des subventions qu'il verse en vue d'égaliser les prix sur le marché aux coûts sociaux des biens, mais aussi qu'il y mette fin lorsque celles-ci ne se justifient plus, sous peine de causer des effets négatifs sur son économie²²⁴.

²²³ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 54.

²²⁴ S'agissant des bénéfices engendrés par la protection de l'environnement et par la réduction des émissions de GES et ses retombées positives pour d'autres secteurs, l'initiative « Golden Standard » représente un effort intéressant et novateur. En coopération avec le Secrétariat de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC), le projet essaye de développer des méthodologies et normes pour calculer, en dollars américains, la valeur ajoutée des programmes d'atténuation des émissions de GES. Selon le projet, chaque tonne de CO₂ mitigée par des programmes certifiés « Golden Standard » produirait une retombée financière d'un montant situé entre USD\$21 et USD\$177 pour d'autres objectifs de développement durable comme, par exemple, d'une réduction des maladies respiratoires. Malgré les défis et questionnements (valables) sur la méthodologie employée par le projet, ces chiffres ont l'avantage de traduire dans un langage très clair les externalités positives des efforts d'atténuation des changements climatiques. Voir : CCNUCC, *Accelerating Progress Towards Sustainable Development Goals: New Partnership between UNFCCC Secretariat and Gold Standard*, CCNUCC press release, 04 avril 2017, disponible sur : <<http://newsroom.unfccc.int/climate-action/unfccc-and-gold-standard-announce-collaboration-to-accelerate-sdgs-implementation/>>, dernier accès le 14.01.2018 ; GOLD STANDARD FOUNDATION, *The Real Value of Robust Climate Action: Impact Investment Far Greater than Previously Understood – A Net Balance Report for The Gold Standard Foundation*, The Gold Standard Foundation, 2014, 57 p., disponible sur : <http://www.goldstandard.org/sites/default/files/documents/goldstandard_impactinvestment.pdf>, dernier accès le 14.01.2018.

182. L'importance de déterminer de manière appropriée le montant des subventions distribuées pour pallier une défaillance du marché, afin de ne pas « sur-corriger » le problème ou d'apporter un soutien inutile (et déformant du marché), a notamment été mise en évidence lors de l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*. En raison de son importance au regard de la prise en compte des externalités environnementales dans le cadre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (« Accord SMC »), nous allons étudier cette affaire en détail dans le cadre du chapitre 2 de la quatrième partie de notre thèse. À présent, il suffira de relever qu'en l'espèce, l'Organe d'appel a indiqué qu'un soutien financier qui assurerait aux producteurs d'énergie un prix *plus élevé* que celui qui serait nécessaire pour garantir la réalisation des objectifs énergétiques du pays serait assujéti à l'application des règles de l'Accord SMC et serait donc passible de questionnement au cadre du système de règlement de différends de l'OMC²²⁵.

Paragraphe 3 : Difficulté de bien cibler la subvention

183. Un troisième défi lié au versement de subventions est de garantir que celles-ci profitent bien à ceux qui en ont besoin. En fonction de la nature de la défaillance du marché, le bénéficiaire des subventions peut être un secteur économique, certaines branches industrielles, des entreprises individuelles, un groupe social ou même une activité spécifique (comme la recherche et le développement).

184. D'après la théorie économique du bien-être, le principe du « ciblage » (*targeting principle*)²²⁶ établit qu'une intervention étatique sur l'économie doit cibler le plus étroitement possible la défaillance du marché en question, c'est-à-dire directement traiter l'élément

²²⁵ Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, paras. 5.227-228.

²²⁶ Les études clefs réalisées par J. Bhagwati et Ramaswami, en 1963, et Johnson en 1965, ont démontré qu'une subvention ciblée à la production est une intervention optimale (en comparaison des tarifs douaniers) face à une défaillance du marché engendré par la sous-production d'un bien ayant des retombées sociales positives. Le principe a depuis été réaffirmé et élargi par la doctrine économique dominante pour défendre la position selon laquelle une action étatique efficace doit être ciblée sur la défaillance du marché marginale. Voir BHAGWATI, Jagdish, RAMASWAMI, V. K., « Domestic Distortions, Tariffs and the Theory of Optimum Subsidy », *Journal of Political Economy*, 1965, vol. 71, n° 1, p. 44-50 ; et le fameux article de Johnson intitulé « Optimal Trade Intervention in the Presence of Domestic Distortions », reproduit au chapitre 4 de son ouvrage : JOHNSON, Harry G., *Aspects of the theory of tariffs*, G. Allen and Unwin, 1971. Pour une vision contraire, voir RODRIK, Dani, « Tariffs, subsidies, and welfare with endogenous policy », *Discussion Papers in Economics*, Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, Princeton University, 1984, vol. 21, n° 3-4, p. 285-299.

source d'inefficacité. Comme le note le Secrétariat de l'OMC s'agissant des externalités environnementales et du versement de subventions :

« Une question importante est de savoir si les subventions environnementales devraient être transversales ou destinées à un secteur particulier. Dans la mesure où le problème environnemental est propre à un secteur, il est justifié, d'un point de vue économique, de cibler la subvention sur ce secteur. C'est pour cela que les subventions environnementales visent le plus souvent les secteurs relativement plus pollueurs (comme l'énergie et les transports) ou les secteurs utilisant beaucoup de ressources naturelles (comme les pêcheries ou la foresterie) »²²⁷.

185. Or, s'assurer que l'intervention étatique vise précisément à régler la défaillance identifiée est, en pratique, une tâche très complexe. La littérature juridique est remplie d'exemples mettant en évidence les efforts nationaux et internationaux entrepris à cet égard mais qui ont finalement échoué. Par exemple, depuis longtemps, la Banque mondiale tente d'améliorer l'efficacité de ses programmes d'aide au développement. Une étude datant de 1990 a ainsi analysé la théorie et la pratique du « principe du ciblage » au regard des programmes d'aide de la Banque mondiale et a mis en lumière trois facteurs qui empêcheraient que 100% de l'aide fournie profite effectivement à ceux qui en ont besoin : une absence de données et des coûts liés à la recherche de ces informations, des effets inattendus de l'intervention économique sur le marché ciblé, et des réalités politiques délicates associées à une capacité administrative insuffisante dans les pays bénéficiaires²²⁸. Ainsi, plusieurs auteurs ont insisté sur le fait que les programmes de soutien devraient davantage tenir compte de ces facteurs empiriques, examiner les situations au cas par cas, afin de s'adapter à la réalité, ce même s'ils n'atteignent pas un niveau de ciblage idéal. Quelques années plus tard, une nouvelle étude a démontré que les programmes d'aide publique au développement ont souvent pour conséquence fortuite de financer indirectement des activités économiques non-ciblées originellement, donc qui *a priori* ne nécessitaient pas ces ressources²²⁹.

²²⁷ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 114 (citations internes omises).

²²⁸ Voir BESLEY, Timothy, KANBUR, Ravi, « The principles of targeting », *Policy, Research, and External Affairs working paper*, n° WPS 385, Banque mondiale, 1990, 35 p.

²²⁹ Voir, DEVARAJAN, Shantayanan, SWAROOP, Vinaya, « The Implications of Foreign Aid Fungibility for

186. D'autres politiques de subventionnement ont plus récemment été mises en question, non seulement au regard de leurs objectifs mais aussi de leur manque d'efficacité, c'est-à-dire leur échec à profiter aux bénéficiaires ciblés. En effet, des programmes d'aide sociale, comme ceux visant à garantir un accès à l'eau²³⁰ ou la sécurité alimentaire²³¹, ont à plusieurs occasions failli à leur finalité : apporter un soutien aux plus démunis. La critique adressée à de tels programmes se concentre ainsi sur une dénonciation d'un ciblage insuffisant, impropre ou inefficace des bénéficiaires, une lacune qui a pour conséquence que les programmes profitent en réalité autant aux riches qu'aux pauvres.

187. Des reproches et préoccupations analogues ont été soulevés à l'occasion des débats actuels autour de la question de la pertinence d'une réglementation internationale plus stricte des subventions aux combustibles fossiles et à la pêche. Si le pouvoir discrétionnaire de mettre en place de tels programmes de subvention est souvent défendu au regard de leur importance sociale, certains experts ont mis en évidence le fait que ces programmes ne

Development Assistance », *Policy Research Working Paper*, n° 2022, Banque mondiale, 1998, 16 p. Les auteurs ont déterminé qu'une partie de l'activité financée aurait été exécutée même en l'absence de soutien financier. Pour autant, l'aide aurait eu pour effet de « libérer » des ressources pour financer d'autres activités non prévues initialement par le programme, en ayant ainsi des effets inattendus sur l'économie. La même logique peut être, en théorie, extrapolée à d'autres programmes de subventions ciblés à des secteurs ou activités spécifiques. Les auteurs proposent ainsi des programmes d'aide au développement moins ciblés, c'est-à-dire non liés à des projets spécifiques mais plutôt à des budgets publics d'investissement.

²³⁰ Une étude réalisée conjointement par les Communautés européennes et par le Partenariat eau et assainissement (WUP) a mis en évidence la difficulté de garantir que les subventions versées pour assurer un accès à l'eau potable dans plusieurs pays d'Afrique profitent effectivement à ceux qui en ont vraiment besoin. Dans plusieurs cas, les grands consommateurs d'eau du secteur industriel ont été les plus grands bénéficiaires de ces programmes. Voir WATER UTILITY PARTNERSHIP (WUP), *Better Water and Sanitation for the Urban Poor: Good Practice from Sub-Saharan Africa*, Renforcement des capacités partenariat eau et assainissement, Kenya, Communautés européennes et Partenariat eau et assainissement, 2003, 98 p.

²³¹ Des programmes universels de subvention alimentaire sont souvent critiqués au motif qu'ils ne profitent qu'aux pauvres, mais au contraire bénéficient dans une plus grande mesure aux ménages riches étant donné qu'en termes absolus ces derniers se procurent des biens subventionnés en plus grande quantité. Plusieurs études ont analysé les efforts réalisés par les gouvernements pour régler cette problématique, souvent en recourant à l'auto-ciblage (« *self-targeting* ») ; par exemple, en ciblant des produits alimentaires réputés inférieurs. Or, même dans ces cas, certains programmes ont encore failli à garantir un subventionnement profitant effectivement à ceux qui en avaient besoin, comme l'a démontré l'étude de la Banque mondiale sur le programme de subvention alimentaire en Egypte. Voir : TUCK, Laura, LINDERT, Kathy, « From universal food subsidies to a self-targeted program : a case study in Tunisian reform », *World Bank discussion papers*, n° WDP 351, Banque mondiale, 1996, 109 p. ; ADAMS, Richard H., « « Self-Targeted Subsidies: The Distributional Impact of the Egyptian Food Subsidy System », *Policy Research Working Paper*, n° 2322, Banque mondiale, 2000, 42 p.

profitaient pas toujours à ceux qui avaient été initialement visés^{232,233}. Nous aurons l'occasion d'examiner ultérieurement, avec précision, les négociations qui ont eu lieu sur le sujet des subventions à la pêche et aux combustibles fossiles. Cependant, il importe d'ores et déjà de relever que le défi posé par la problématique d'un ciblage correct des subventions complexifie davantage autant qu'il renforce l'intérêt de ce débat.

188. Enfin, s'agissant des programmes de soutien à la recherche et au développement ou pour la promotion de nouvelles technologies, quelques auteurs défendent l'idée qu'une subvention horizontale, c'est-à-dire qui vise à augmenter le niveau de recherche dans le pays entier au lieu de cibler certains secteurs privilégiés, serait plus efficace et bénéfique pour l'économie, car moins susceptible d'être mal employée et/ou de produire des effets inattendus sur le marché²³⁴. Toutefois, d'autres auteurs considèrent que les subventions n'offrent pas la meilleure solution en termes de politiques publiques en raison de la difficulté de bien cibler les défaillances de marché, notamment celles qui affectent la production²³⁵.

189. Un deuxième défi à relever selon la doctrine a trait à la possibilité d'une « capture » des subventions par leurs bénéficiaires²³⁶. Selon ce courant doctrinal, dans la mesure où les

²³² Voir : COADY, David, FLAMINI, Valentina, SEARS, Louis, « The Unequal Benefits of Fuel Subsidies Revisited: Evidence for Developing Countries », *IMF Working Papers*, WP/15/250, 2015, 24 p. ; et GARG, Vibhuti, SHARMA, Shruti, CLARKE, Kieran, BRIDLE, Richard, « Kerosene Subsidies in India: The status quo, challenges and the emerging path to reform », *Kerosene To Solar Swap Policy Brief #1*, IISD, 2017, p. 3.

²³³ Selon J. Jacquet et D. Pauly, la majorité des subventions à la pêche profite aux opérations de pêche industrielle à grande échelle et non aux petits pêcheurs artisanaux. En effet, les auteurs font valoir que les subventions à la pêche sont généralement préjudiciables à la pêche artisanale. Voir JACQUET Jennifer L., PAULY Daniel, « Funding priorities: big barriers to small-scale fisheries », *Conservation Biology*, vol. 22, n° 4, 2008, p. 833. De plus, des programmes de subvention expressément ciblés aux pêcheurs artisanaux présentent aussi des défis, comme l'ont démontré Dahou *et al.* Les auteurs mentionnent l'échec de plusieurs programmes mis en place au Sénégal pour aider les pêcheurs de petite escale au long des dernières décennies. Pour certains programmes, le bénéfice a été capté par des acteurs en aval, comme les grossistes et distributeurs. Voir DAHOU, Karim, MONDE, Enda T., CRODT, M. Dème, et DIOUM, A., « Support Policies to Senegalese Fisheries », in UNEP, *Fisheries Subsidies and Marine Resource Management: Lessons Learned from Studies in Argentina and Senegal*, Genève, UNEP, 2002, p. 28, 31 et 47. Voir aussi SUMAILA, U. Rashid, LAM, Vicky, LE MANACH, Frédéric, SWARTZ, Wilf, PAULY, Daniel, « Global Fisheries Subsidies », Fisheries Economics Research Unit & Sea Around Us project, UBC Fisheries Centre, Canada, *note préparée pour la Direction générale des politiques internes du Parlement européen*, IP/B/PECH/IC/2013-146, 2013, 44 p.

²³⁴ Voir, entre autres, NEARY, J. Peter, « R&D in Developing Countries: What Should Governments Do? », *CEP Discussion Paper*, n° 0464, Centre for Economic Performance, 2000, 11 p.

²³⁵ GROSSMAN, Gene M., « La promotion des nouvelles activités industrielles : analyses et observations récentes », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 14, 1990, p. 130. Dans le même sens, voir PACK, Howard, SAGGI, Kamal, « Is There a Case for Industrial Policy? A Critical Survey », *World Bank Research Observer*, World Bank, vol. 21, n° 2, 2006, p. 273.

²³⁶ Voir SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international

bénéficiaires d'une subvention (un secteur, certains producteurs ou certains consommateurs) seront probablement politiquement mieux organisés que ceux qui doivent financer l'action publique (la société en général), ou ceux qui subiront les effets économiques d'une subvention mal employée (citoyens, consommateurs et/ou concurrents), il est possible, voire probable, que la subvention entraîne une plus mauvaise allocation des ressources, soit en raison d'une identification erronée d'une défaillance du marché, soit parce que cette défaillance a été surestimée. Plus le groupe de bénéficiaires est restreint, mieux il est politiquement organisé ; donc plus la subvention est ciblée, plus elle est vulnérable à des « intérêts spéciaux »²³⁷.

190. Finalement, d'autres auteurs relient le degré de ciblage de la subvention aux capacités gouvernementales d'éviter sa capture. Comme l'affirme Lall, « [t]he lower the capabilities of the government, the lower the degree of selectivity that it can safely be entrusted with »²³⁸. Il ne s'agit pas d'un défaut spécifique aux pays en développement. Le Secrétariat de l'OMC mentionne effectivement plusieurs exemples de subventions dans divers pays au sujet desquelles « une corrélation entre le subventionnement et l'influence politique des bénéficiaires » a été relevée²³⁹.

191. En tout état de cause, le constat suivant lequel plus une subvention est ciblée plus le risque d'une mauvaise utilisation de cette dernière est élevé s'avère contraire à la théorie du

trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 850-851. Voir aussi : KINDLEBERGER, Charles P., *International Economics*, R.D. Irwin, 5th ed., 1973, p.113 ; KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 278 ; GROSSMAN, Gene M., « La promotion des nouvelles activités industrielles : analyses et observations récentes », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 14, 1990, p. 132 ; SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics*, Online Working Paper, n° 186, 2003, p. 7.

²³⁷ Plusieurs auteurs ont analysé les justifications de l'économie politique pour expliquer l'utilisation de mesures protectionnistes (tarifs douaniers ou subventions par exemple) en faveur de certains groupes, mais pas d'autres. Voir, entre autres, BALDWIN, Robert E., « The Political Economy of Protectionism », in BHAGWATI, Jagdish N. (ed.), *Import Competition and Response*, University of Chicago, 1982, p. 263-292. Voir aussi : GROSSMAN, Gene M., HELPMAN, Elhanan, « Protection for Sale », *The American Economic Review*, vol. 84, n° 4, 1994, p. 833-850 ; ETHIER Wilfred J., « The Political Economy of Protection », in BERNHOFEN D., FALVEY R., GREENAWAY D., KREICKEMEIER U. (eds.), *Palgrave Handbook of International Trade*, Palgrave Macmillan, 2013, p. 295-320.

²³⁸ LALL, Sanjaya, « Selective policies for export promotion: Lessons from the Asian Tigers », *WIDER Research for Action* 43, United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU/WIDER), 1997, p. 51.

²³⁹ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 68.

ciblage. Il conviendrait ainsi, en théorie, que les gouvernements trouvent un équilibre entre l'efficacité attendue d'un ciblage étroit de la subvention sur un groupe de bénéficiaires spécifique et les impératifs ainsi que limitations de la capacité étatique visant à éviter la capture de cet outil par des intérêts particuliers.

Paragraphe 4 : Difficulté de déterminer l'efficacité du programme de subventions

192. Bien qu'il s'agisse d'un défi commun auquel doivent répondre les économistes par rapport à tout type d'intervention de l'État dans l'économie, la détermination de l'efficacité du programme de subvention est elle aussi une tâche extrêmement complexe. Il nous semble évident que les avantages tirés de la correction ciblée d'une défaillance du marché (gains d'efficacité) doivent l'emporter sur les dépenses financières réalisées par l'État dans le cadre d'un programme de subventionnement. Or, comme le fait valoir G. Grossman, il n'est pas certain que tout l'investissement réalisé par l'État pour mettre en œuvre une politique soit considéré :

« (...) Lorsque les pouvoirs publics peuvent prélever des impôts forfaitaires, la valeur des recettes publiques est égale à leur coût social, si bien que des subventions ciblées doivent être utilisées dans tous les cas où elles ont une incidence positive directe sur l'affectation des ressources. Cependant, dans la réalité, les impôts sont loin d'avoir un caractère forfaitaire. Des travaux empiriques ont montré que la collecte de fonds entraînait une charge supplémentaire non négligeable. On est donc conduit à penser qu'il convient de faire preuve de prudence dans l'application des subventions »²⁴⁰.

193. Pourtant, comme nous l'avons déjà noté, il n'est pas rare que des politiques de subventionnement se maintiennent pendant des années sans produire les effets souhaités ou sans que leur efficacité soit vérifiée²⁴¹. Un exemple illustratif et pertinent d'un programme ambitieux de subventionnement « vert » est celui de la politique agricole commune (PAC).

²⁴⁰ GROSSMAN, Gene M., « La promotion des nouvelles activités industrielles : analyses et observations récentes », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 14, 1990, p. 131. Aux coûts mentionnés par G. Grossmann on pourrait encore ajouter, par exemple, le coût de fonctionnement du service public chargé d'administrer le programme ou de le superviser et contrôler afin d'éviter éventuels abus.

²⁴¹ Voir KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, Pearson, 10th ed., 2015, p. 278. Voir aussi OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 78.

194. En 2013, l'Union européenne (UE) a reformulé en profondeur sa politique agricole commune. En effet, depuis 2003, la PAC concentrait l'essentiel du soutien financier européen à l'agriculture, qui se faisait par la voie de paiements directs découplés de la production et destinés à compléter les revenus des producteurs agricoles. Les paiements directs étaient conditionnés au respect de certaines conditions liées à la sécurité alimentaire, à la protection de l'environnement, ainsi qu'aux normes relatives à la santé et au bien-être des animaux. La réforme de 2013, considérée comme la première « refonte complète de l'ensemble du programme », a consacré une nouvelle structure pour les paiements directs et notamment prévu davantage d'éléments pour déterminer un prix adéquat de subventionnement en considérant les externalités « vertes » de la production agricole. Précisément, selon la Commission européenne :

« Les agriculteurs devraient être récompensés pour les biens publics environnementaux qu'ils fournissent (tels que les paysages, la biodiversité des terres agricoles, la stabilité climatique) même s'ils n'ont pas de valeur marchande. Par conséquent, un nouvel instrument relevant du premier pilier (le « paiement vert ») est axé sur la fourniture de biens publics environnementaux, ce qui constitue un changement majeur dans le cadre politique »²⁴².

195. Les « paiements verts » sont ainsi devenus une composante majeure de la PAC pour la période 2014-2020, représentant environ 30 % du budget des paiements directs (€12 milliards par an) et presque 8% du budget total de l'UE. De plus, la réforme a aussi exigé qu'au moins 30 % du budget de chaque programme de développement rural (deuxième pilier) soient réservés au financement de mesures volontaires ayant un impact bénéfique sur l'environnement et le climat.

196. Nonobstant cette priorité accordée par la réforme aux externalités environnementales positives de la PAC, en décembre 2017, la Cour des comptes européenne a déclaré que le « verdissement » de la PAC avait conféré « une complexité accrue au régime d'aide au revenu », mais « encore aucun bénéfice pour l'environnement ». D'après l'analyse de la Cour²⁴³, en dépit des dépenses considérables qui ont été réalisées, le programme a été

²⁴² COMMISSION EUROPÉENNE, « Présentation de la réforme de la PAC 2014-2020 », *Brief: Les perspectives de la politique agricole*, n°5, DG Agriculture et développement rural, Unité d'Analyse de la politique agricole et perspectives, décembre 2013, p. 5.

²⁴³ L'analyse de la Cour se base sur une évaluation de subventions versées à des agriculteurs dans cinq pays

largement inefficace parce qu'il a produit des changements limités dans les pratiques agricoles. Les pertes sèches de la politique résulteraient principalement du fait que les exigences d'écologisation sont généralement peu élevées et reflètent en grande partie des « pratiques agricoles normales ». Autrement dit, la Cour a considéré que, même en l'absence de paiement, une bonne partie des pratiques subventionnées auraient de toute façon été mises en œuvre. Selon les auditeurs, les aides financières ont conduit à modifier les pratiques agricoles seulement sur 5 % des terres agricoles de l'UE²⁴⁴.

197. De plus, en raison des nombreuses possibilités d'exemption, la plupart des agriculteurs (65%) peuvent bénéficier de subventions sans respecter les obligations d'écologisation (diversification des cultures, maintien de prairies permanentes, développement de zones d'intérêt écologique...). En outre, la complexité accrue introduite par la réforme engendrerait un chevauchement des mesures de « verdissement » avec d'autres instruments « verts » de la PAC, notamment les normes existantes en matière de bonnes conditions agricoles et environnementales des terres (BCAE). Le « verdissement de la PAC » souffrirait aussi d'un manque de détermination d'objectifs spécifiques et des réalisations attendues :

« Une logique d'intervention aboutie fait défaut pour le verdissement. La Commission n'a pas établi d'objectifs spécifiques, ni fourni aucune autre indication sur les effets que le verdissement est susceptible d'induire, concernant l'environnement et le climat. Toute évaluation de l'efficacité de l'intervention pâtira en outre du fait que la situation de référence (en particulier pour ce qui est de la biodiversité et de la qualité des sols, y compris leur teneur en carbone organique) n'est qu'imparfaitement connue »²⁴⁵.

198. Les auditeurs ont ainsi soutenu, entre autres, que les agriculteurs ne devaient recevoir de paiements de la PAC que s'ils se conformaient à un ensemble de normes environnementales de base, faute de quoi des sanctions financières devraient être imposées. Pour les projets agricoles qui ont mis en place des pratiques d'écologisation plus ambitieuses

membres : Grèce, Espagne, France, Pays-Bas et Pologne. Voir COUR DES COMPTES EUROPÉENNE, « Le verdissement : complexité accrue du régime d'aide au revenu et encore aucun bénéfice pour l'environnement », *Rapport spécial*, n° 21/2017, Cour des comptes européenne, 2017, 59 p.

²⁴⁴ COUR DES COMPTES EUROPÉENNE, « Le verdissement : complexité accrue du régime d'aide au revenu et encore aucun bénéfice pour l'environnement », *Ibidem*, p. 29-36.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 55.

que cette référence de base, le financement devait refléter les coûts encourus et les pertes de revenus des agriculteurs, tandis que les actions plus programmatiques devaient impliquer des objectifs de performance précis (comme la biodiversité). Les auditeurs ont aussi considéré que la grande latitude d'action conférée aux États membres dans la mise en œuvre de ce « verdissement » n'a pas été utilisée au profit des objectifs environnementaux de la politique. Au contraire, les États auraient utilisé ces nouvelles mesures de manière à alléger au maximum la charge pesant sur les agriculteurs et sur les services en charge de l'État²⁴⁶. En conclusion, les auditeurs de la Cour des comptes européenne ont indiqué que les faibles résultats positifs pour l'environnement résultant du « verdissement » de la PAC n'étaient pas en mesure de justifier la part importante du budget alloué aux mesures d'écologisation, ni la complexité administrative introduite dans la PAC.

199. Ces difficultés pour assurer l'effectivité du « verdissement de la PAC » sont illustratives des défis auxquels les gouvernements, y compris des pays développés, doivent faire face quant à l'utilisation de subventions pour atteindre des objectifs déterminés dans le cadre de politiques publiques²⁴⁷. De plus, même lorsque ces objectifs sont censés être atteints, la question qui se pose toujours est de savoir si d'autres interventions n'auraient pas eu des résultats encore plus positifs avec moins d'investissement public. H. Pack et K. Saggi notent en ce sens que certaines politiques industrielles, qui ont eu du « succès » au regard de leur objectif de promouvoir la croissance d'une activité économique sectorielle, peuvent *in fine* s'avérer négatives si le secteur aidé n'est pas celui qui est économiquement optimal et qu'il a été développé au détriment d'autres, plus dynamiques. Selon les auteurs, « (...) the relevant counterfactuals are unavailable, and what may appear to be a successful industrial policy may

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 43-44. Voir aussi la réaction de la Commission européenne annexée au Rapport.

²⁴⁷ Un autre exemple similaire et récent est celui de la subvention accordée par le gouvernement du Royaume Uni pour le « verdissement des systèmes de chauffage » (« *green heating* »). Selon son examen par le *National Audit Office*, le programme lancé en 2011 n'aurait pas atteint son objectif de réduire les émissions de GES de façon satisfaisante parce que le gouvernement ne disposait pas d'une estimation fiable du montant des participants qui avaient été surpayés et qui ne s'étaient pas conformés à la réglementation, ni de l'impact de l'abus du programme par certains participants. Voir FINANCIAL TIMES, *Green heating subsidy 'not value for money', says watchdog*, 23 février 2018 ; disponible sur : < <https://www.ft.com/content/9e1d09a0-17e9-11e8-9e9c-25c814761640> >, dernier accès le 30.09.2018.

not be the first-best outcome from a country's perspective. Merely doing something well need not imply that one might not be better at something else »²⁴⁸.

200. Une logique similaire peut être appliquée à la promotion des technologies ou processus « verts » de production. La vitesse de l'évolution technologique exige une attention particulière des autorités et une révision fréquente des programmes de soutien. Par exemple, l'énergie solaire est à présent considérée comme une alternative écologiquement préférable aux sources d'énergie fossiles. Il est toutefois aussi reconnu que, malgré des avancées récentes, cette technologie n'est toujours pas compétitive au regard des sources traditionnelles d'énergie qui, en outre, reçoivent souvent des subventions. De ce fait, plusieurs experts défendent une subvention ciblée et efficace des technologies solaires²⁴⁹. Or, une telle subvention peut s'avérer être une barrière au développement de nouvelles technologies susceptibles d'avoir une empreinte environnementale encore plus réduite. Dès lors, le ciblage des subventions au bénéfice de certaines technologies peut engendrer des conséquences inattendues sur le marché, en agissant dans un sens contraire aux objectifs originaux²⁵⁰. Le ciblage est important pour l'efficacité de la mesure. Or, dans ce cas, la promotion du résultat environnemental envisagé est préférable à celle d'une technologie particulière. Il convient, par ailleurs, de relever l'importance de mettre en place un dispositif de révision périodique de l'efficacité et de la pertinence des programmes.

Paragraphe 5 : Difficulté de supprimer un programme de soutien financier

201. Enfin, dans la mesure où, comme nous l'avons relevé, le groupe de bénéficiaires d'une subvention est plus restreint et souvent mieux organisé politiquement que ceux qui financent le programme de soutien, mettre fin à une aide financière, même si celle-ci n'est plus justifiée, peut s'avérer difficile. À ce sujet, G. McMahon a analysé plusieurs

²⁴⁸ PACK, Howard, SAGGI, Kamal, « Is There a Case for Industrial Policy? A Critical Survey », *World Bank Research Observer*, World Bank, 2006, vol. 21, n° 2, p. 274.

²⁴⁹ Nous aurons l'occasion d'examiner les appels lancés en faveur de réformes réglementaires visant à accommoder des telles subventions dans le cadre de la réglementation multilatérale du commerce dans le chapitre 3 de la quatrième partie de notre thèse.

²⁵⁰ Une logique similaire justifie l'obligation inscrite à l'article 2.8 de l'Accord sur des obstacles techniques au commerce (Accord OTC). L'article exige que « dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives ».

programmes de subventions mis en place dans des moments de croissance économique engendrée par la découverte de ressources naturelles ou une hausse des prix des produits de base. L'auteur indique qu'une telle expansion économique augmente la pression sur les gouvernements afin qu'ils mettent en œuvre des programmes de redistribution de la rente et qu'ils indemnisent les entreprises affectées par le développement du secteur extractif²⁵¹. Cependant, une fois que cette croissance s'atténue, il est politiquement très difficile pour les autorités de réduire le montant du subventionnement à des niveaux cohérents avec la collecte limitée d'impôts²⁵².

202. Comme le notent A. Green et M. Trebilcock, les autorités éprouveront des difficultés à mettre fin à une subvention mal employée, car :

« The officials may face losses (such as a loss of votes or revenue for reelection) because they have imposed costs on consumers and taxpayers (and an overall loss to the country as a whole). However, these losses are likely to be lower than the benefits to concentrated interests because the more diffuse consumer and taxpayer interests face information and collective action asymmetries »²⁵³.

203. Il s'agit d'un défi similaire à celui soulevé par le danger que le dispositif d'aide financière soit capté par des intérêts particuliers en cas de ciblage trop étroit, surtout s'il est concentré sur des secteurs ou groupes de bénéficiaires particuliers. L'ensemble des défis mentionnés par la doctrine et analysés dans cette section ont fait l'objet d'études réalisées par l'école dite du « *Public Choice* » (choix public)²⁵⁴. L'impossibilité ou incapacité étatique

²⁵¹ Voir notre analyse de l'utilisation des subventions pour pallier les défaillances du marché engendrées par l'expansion du secteur extractif d'une économie (« maladie hollandaise ») dans le chapitre 2, section 1, paragraphe 3 de cette partie.

²⁵² Voir McMAHON, Gary, « The Natural Resource Curse : Myth or Reality ? » *mimeo*, Development Institute, World Bank, 1997, 39 p. Voir aussi AUTY, Richard M., « Resource Abundance and Economic Development: Improving the Performance of Resource-Rich Countries », *Research for Action Paper*, n° 44, The United Nations University World Institute for Development Economics Research, Helsinki, 1998, p. 52.

²⁵³ GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 120.

²⁵⁴ L'État ne serait pas un agent neutre au service de l'intérêt général mais plutôt une entité constituée d'agents soumis à la contrainte de la réélection et à l'économie politique. Dans ce sens, les mesures économiques étatiques doivent être examinées en considérant l'effet de la pression politique (et financière) sur les individus qui les adoptent et les efforts démocratiques sous-jacents pour la capture de la rente. La théorie du « choix public » est donc naturellement sceptique à propos de l'intervention de l'État dans l'économie. Voir CHERVALIER, Benoît, *Le tour de l'économie en 30 étapes*, Dunod, 2010, p. 154.

de surmonter ces défis est analysée comme une « défaillance de l'État » (dans les précédentes sous-sections, nous avons donné plusieurs exemples de programmes de subventionnement qui avaient échoué en raison de telles défaillances)²⁵⁵. Dans les cas où le coût social d'une défaillance du marché est suffisamment faible pour qu'on puisse ne pas lui accorder d'importance - il est inférieur au coût administratif de l'intervention ou au coût des défaillances de l'État -, l'action étatique ne serait pas justifiée. Ce calcul est davantage pertinent quand l'intervention est « sélective »²⁵⁶, c'est-à-dire lorsque la subvention vise à pallier la défaillance à travers une intervention ciblée qui exige un choix de bénéficiaires ou de secteurs particuliers de la part de l'État.

204. Néanmoins, il y a lieu de relever que même en reconnaissant ces défis et l'existence de défaillances de l'État, plusieurs auteurs mettent en garde contre leur surestimation²⁵⁷. Pour eux, l'existence d'asymétries d'informations et de déficiences de capacité administrative n'annule pas l'existence d'importantes défaillances du marché engendrées par l'action des entités privées, comme une concurrence déloyale, un monopole ou encore la corruption du secteur privé. L'État jouera toujours un rôle important pour les pallier, y compris par la voie

²⁵⁵ Selon G. Grossman :

« (...) les avantages que la collectivité pourrait retirer d'une politique volontariste risquent fort d'être anéantis si les entreprises ont la possibilité de s'engager dans la recherche d'une rente, qui équivaudra à un gaspillage de ressources, ou si le poids politique des bénéficiaires potentiels devient le critère de sélection prépondérant, aux dépens de la valeur économique intrinsèque des mesures envisagées » (GROSSMAN, Gene M., « La promotion des nouvelles activités industrielles : analyses et observations récentes », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 14, 1990, p. 132).

²⁵⁶ Lall définit assez clairement les notions de mesures de promotion « permissives » et « positives ». Les politiques permissives sont celles qui traitent des distorsions qui empêchent l'activité économique privée. Très peu d'experts seraient ainsi opposés à leur mise en application. Les politiques positives, quant à elles, sont les actions de l'État qui visent à promouvoir l'activité économique en s'attaquant aux déficiences structurelles de l'économie. Elles peuvent être fonctionnelles, c'est-à-dire viser à pallier les défaillances sans influencer sur l'allocation des ressources (comme l'investissement dans les domaines de l'infrastructure ou de l'éducation), ou encore sélectives, si elles visent activement à diriger des ressources de l'économie vers un secteur ou activité donné/e. Voir LALL, Sanjaya, « Selective policies for export promotion: Lessons from the Asian Tigers », *WIDER Research for Action*, n° 43, United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU/WIDER), 1997, p. 1-4.

²⁵⁷ Voir, entre autres : HOFF, Karla, STIGLITZ, Joseph E., « Modern economic theory and development », in MEIER, Gerald M., STIGLITZ, Joseph E. (eds.), *Frontiers of development economics: the future in perspective*, World Bank, Oxford University Press, 2000, p. 391 ; RODRIK, Dani, « Industrial Policy for the 21st Century », *Kennedy School of Government Working Paper*, n° RWP04-047, 2004, UNIDO, p. 16-25 ; LALL, Sanjaya, « Selective policies for export promotion: Lessons from the Asian Tigers », *WIDER Research for Action*, n° 43, United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU/WIDER), 1997, p. 46-50 ; LEVY, Brian, « An institutional analysis of the design and sequencing of trade and investment policy reform », *World Bank Economic Review*, 1993, vol. 7, n° 2, p. 247-262.

de subventions. En ce sens, il serait plus pertinent d'élaborer des mesures de politique économique qui tiennent compte de ces défis. Il sera également toujours possible d'améliorer les capacités administratives de l'État et de créer des mécanismes de freins et contrepoids²⁵⁸.

205. Lall a tenté de résumer, de façon quelque peu véhémence, la position de ce courant théorique quant à une aversion trop stricte envers des subventions sélectives :

« While there is no doubt that this wholesale move to liberalization has many desirable effects, reducing the scope for inefficient interventions and corruption that past policies have exhibited, our argument suggests that by ignoring the legitimate and important role of selectivity it goes too far. The genuine constraints that exist on the use of selective instruments need to be addressed directly, since it is possible to remedy them. They are presently going by default, crushed by the Washington juggernaut and the impenetrable mantras of formal neoclassical economics »²⁵⁹.

Section 2 : Effets sur le bien-être global d'une mauvaise utilisation des subventions

206. L'examen de ces défis et défaillances des gouvernements nous conduit à analyser une première logique économique internationale vis-à-vis de la régulation des subventions. Dans une économie globale très interconnectée, on pourrait soutenir que la défaillance d'un État en raison d'une mauvaise utilisation d'un dispositif financier produit aussi une externalité négative pour la collectivité globale. En théorie, une mauvaise allocation de ressources internes, même si elle se fait au profit des consommateurs et/ou producteurs d'un autre pays, empêche la collectivité de profiter d'une plus grande efficacité économique²⁶⁰. À ce type de

²⁵⁸ Dans ce sens, K. Hoff et J. Stiglitz affirment que « [t]oday we recognize that government failures can be critically important. But we also recognize that they need to be, and often can be, explained; with appropriate institutional design, they can even be limited » (HOFF, Karla, STIGLITZ, Joseph E., « Modern economic theory and development », in MEIER, Gerald M., STIGLITZ, Joseph E. (eds.), *Frontiers of development economics: the future in perspective*, World Bank, Oxford University Press, 2000, p. 391).

²⁵⁹ LALL, Sanjaya, « Selective policies for export promotion: Lessons from the Asian Tigers », *WIDER Research for Action*, n° 43, United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU/WIDER), 1997, p. 52.

²⁶⁰ De même, selon A. Sykes, la possibilité d'une mauvaise utilisation des subventions, et les distorsions qui en découleraient, serait effectivement l'une des justifications économiques d'une réglementation des subventions :

« Many subsidies simply transfer resources to well-organized interest groups without remediating any demonstrable market failure. From the standpoint of an economist, this last group of subsidies can be an appropriate target of legal discipline (...) » (SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », 2003, *University of Chicago Law & Economics*, Online Working Paper, n° 186, p. 7).

politiques, D. Regan donne le nom de « politiques nationales irrationnelles » (*domestically irrational policies*)²⁶¹.

207. Cette perspective exige une approche holistique et globale du bien-être potentiel, que certains qualifieraient certainement de paternaliste. Or, si l'on postule que les bénéfices tirés d'un système commercial intégré découlent des gains de productivité engendrés par les échanges internationaux, il nous paraît aussi logique d'un point de vue économique de considérer que la diminution de cette efficacité au plan national affecte également des marchés tiers²⁶².

208. Ainsi, les États auraient, en théorie, un intérêt à garantir que leurs partenaires commerciaux n'utilisent pas l'outil de la subvention de façon à créer davantage de distorsions du marché que celles qu'ils peuvent pallier, à tout le moins pas à des niveaux pouvant affecter considérablement les avantages économiques qu'ils peuvent retirer de leurs relations commerciales²⁶³. Cette problématique pourrait justifier une meilleure coopération afin d'identifier des défaillances du marché communes et de déterminer le meilleur dispositif (économique ou non) à utiliser avec un ciblage précis de l'action de façon à éviter des gaspillages ou une mauvaise allocation des ressources.

209. La coopération internationale en matière de changements climatiques est un exemple intéressant d'États qui agissent de concert en vue de déterminer la meilleure façon de pallier une défaillance globale du marché, en l'espèce, les externalités négatives des émissions des GES²⁶⁴. Il en est de même du travail des banques ainsi que des fonds régionaux et globaux

²⁶¹ Selon l'auteur, « [t]he 'domestic irrationality story' takes the next step and suggests that trade agreements should aim to suppress all trade-affecting policies that are domestically irrational » (REGAN, Donald, « What are Trade Agreements For? Two Conflicting Stories Told by Economists, with a Lesson for Lawyers », *Journal of International Economic Law*, vol. 9, n° 4, 2006, p. 968.

²⁶² G. Hufbauer et J. Erb considèrent ce fait comme l'une des raisons justifiant des restrictions aux subventions. Les auteurs affirment que « as used in practice (if not in economic theory), subsidies generally reduce world economic efficiency and thereby diminish the gains of international exchange to all nations » (HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 21). Dans le même sens, voir JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 282.

²⁶³ Voir SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 840.

²⁶⁴ Par exemple, dans le cadre du « mécanisme de technologie » de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC), les États coopèrent pour identifier les technologies les plus pertinentes et aptes à contribuer à l'atténuation et adaptation aux changements climatiques. Ces technologies

pour le développement. Les efforts collectifs pour assurer une correcte utilisation des fonds et lignes de crédits visent certainement à garantir leur efficacité, mais aussi que les défaillances du marché ou les objectifs de politiques publiques identifiés soient palliés/réalisés afin de surmonter les obstacles au développement²⁶⁵.

210. Enfin, la coopération sectorielle peut aussi être justifiée, au moins en partie, par cette perspective. Par exemple, les négociations au G20 qui se tiennent afin d'« éliminer progressivement et de rationaliser à moyen terme les subventions inefficaces aux combustibles fossiles » peuvent être justifiées en tant qu'efforts pour garantir des « règles du jeu équitables » sur le marché international. Mais, comme la déclaration le reconnaît elle-même, le débat porte aussi sur les externalités négatives de ces « subventions inefficaces », notamment dans la mesure où elles « encouragent la surconsommation, restreignent notre sécurité énergétique, font obstacle à l'investissement dans des sources d'énergie propre et portent atteinte aux efforts de lutte contre le changement climatique »²⁶⁶. Un raisonnement semblable peut aussi être appliqué aux négociations relatives aux aides d'État dans le secteur de l'aviation civile. Les règles adoptées contribuent à former un marché plus juste mais visent aussi à éviter une mauvaise allocation des ressources économiques qui s'y trouvent ainsi qu'à relever les défis liés aux présupposés de la politique commerciale stratégique²⁶⁷.

font ensuite l'objet d'un soutien de la part des États ou d'efforts de diffusion technologique dans le cadre de ce propre mécanisme. Voir CCNUCC, « Technology and the UNFCCC: Building the foundation for sustainable development », *note informative de la CCNUCC*, 2016, 12 p. De plus, depuis la 23^e Conférence des Parties (COP 23), en 2017, les parties contractantes de la CCNUCC ont appelé les organismes subsidiaires de la CCNUCC à débattre de mesures (y compris de soutien) pertinentes en matière d'agriculture pour faire face aux changements climatiques. Voir FCCC/SBSTA/2017/L.24/Add.1. Voir aussi le résultat des cinq ateliers dédiés au sujet dans le cadre de l'Organe subsidiaire de conseil scientifique et technologique : FCCC/SBSTA/2014/INF.2, FCCC/SBSTA/2015/INF.6, FCCC/SBSTA/2015/INF.7, FCCC/SBSTA/2016/INF.5 et FCCC/SBSTA/2016/INF.6.

²⁶⁵ Ce fait est rappelé dans nombre d'études qui ont été réalisées par la Banque mondiale, par exemple, sur les effets et l'efficacité des programmes de subventions financés avec les fonds de l'institution. Plusieurs de ces études ont déjà été mentionnées dans la thèse, dans le cadre de chapitres et sections précédentes.

²⁶⁶ Voir G20, *Déclaration des chefs d'états et de gouvernements*, Sommet du G20 à Pittsburgh, 24-25 septembre 2009, Pittsburgh ; disponible en français [traduit par le G20 Research Group] sur <<http://www.g20.utoronto.ca/2009/2009communiqu0925-fr.pdf>>, dernier accès le 03.02.2018.

²⁶⁷ Le système commercial multilatéral contient un accord plurilatéral spécifique sur le sujet : l'Accord relatif au commerce des aéronefs civils. Cet accord inclut des dispositions spécifiques (Article 6) concernant des aides publiques, crédit à l'exportation et commercialisation des aéronefs. En particulier, les parties à cet accord ont convenu de tenir compte « des facteurs spéciaux qui jouent dans le secteur aéronautique, en particulier les aides publiques largement pratiquées dans ce domaine, de leurs intérêts économiques internationaux, et du désir des producteurs de tous les signataires de participer à l'expansion du marché mondial des aéronefs civils ».

211. La coopération et la réglementation internationales peuvent aussi servir des intérêts purement nationaux. Comme nous l'avons noté, il peut s'avérer difficile pour un gouvernement de « résister » à la pression de groupes internes défendant des intérêts particuliers en refusant d'accorder ou de maintenir des subventions. Un accord international en la matière fournirait une alternative réglementaire utile pour éviter de telles pressions et défaillances des gouvernements et circonscrire l'utilisation de l'outil financier. Tandis que le débat serait déplacé du cadre national au cadre international et encadré en tant que question plus générale de garantie de l'égalité des conditions d'une concurrence internationale, les intérêts seraient plus diffus que dans le cadre d'un soutien ciblé à un groupe spécifique et, donc, politiquement plus réalisables²⁶⁸. Pour se référer à cette approche, on emploie souvent les expressions imagées « se ligoter soi-même » (*tie your own hands*) ou « s'attacher au mât » (*mast tying*), en référence à l'acte mythique d'Ulysse²⁶⁹.

212. En conclusion, des arguments basés sur les effets potentiellement négatifs pour le bien-être global peuvent être soulevés pour justifier, dans une certaine mesure, une réglementation internationale des subventions. Peut aussi être avancé un argument relevant de l'économie politique qui ne peut complètement être expliqué sans avoir recours à des éléments tirés de la théorie des jeux.

Section 3 : Effets sur d'autres économies et marchés

213. Le deuxième raisonnement économique au regard de l'encadrement des subventions à l'échelle internationale tient compte de leurs effets sur d'autres économies et marchés.

214. En premier lieu, il se peut qu'une subvention effectivement justifiée au regard de défaillances d'un marché interne et utilisée de façon efficace produise des effets nuisibles sur certains secteurs de l'économie d'un autre pays. Une telle situation peut être considérée

²⁶⁸ REGAN, Donald, « What are Trade Agreements For? Two Conflicting Stories Told by Economists, with a Lesson for Lawyers », *Journal of International Economic Law*, vol. 9, n° 4, 2006, p. 967.

²⁶⁹ Voir TAIGER, Robert W., TABELLINI, Guido, « Do GATT rules help governments make domestic commitments? », *Economics and Politics*, vol. 11, n° 2, 1999, p. 109-144. Voir aussi BROU, Daniel, CAMPANELLA, Edoardo, RUTA, Michele, « The Value of Domestic Subsidy Rules in Trade Agreements », *Staff Working Paper ERSD-2009-12*, World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2009, p. 10. Sur l'applicabilité de cette théorie au secteur agricole, voir JANOW, Merit E., STAIGER, Robert W., « Canada – Dairy: Canada – Measures Affecting the Importation of Dairy Products and the Exportation of Milk », *World Trade Review*, vol. 2, n° S1 (WTO Case Law of 2001), 2003, p. 247-248.

comme une conséquence attendue de l'intervention étatique. Dans la mesure où un État intervient dans l'économie et pallie une défaillance du marché, le résultat serait une meilleure allocation des ressources et un potentiel gain de productivité. Par conséquent, une partie de la production peut devenir rentable pour les exportations, ou encore remplacer des importations. Du point de vue de l'efficacité et du bien-être globaux, le subventionnement serait avantageux pour la collectivité, y compris dans d'autres pays. Cependant, ses effets peuvent toucher particulièrement certains secteurs sensibles des économies qui, lorsqu'ils sont suffisamment organisés, peuvent assurer la protection de leurs intérêts²⁷⁰.

215. Dans ces situations, il est très commun d'entendre un appel à une intervention étatique pour *niveler le terrain de jeu* et contrer le *commerce injuste*, particulièrement lorsque l'augmentation de la capacité productive a été permise grâce à un soutien étatique²⁷¹. Il est évidemment très difficile de déterminer si une subvention se justifie ou non d'un point de vue économique sans avoir accès aux faits du marché concerné, plus encore si l'interlocuteur représente exclusivement les intérêts du secteur affecté dans un autre pays. Il est aussi particulièrement difficile pour les dirigeants d'un pays de ne pas réagir de façon à protéger l'intérêt de leurs producteurs sans ces informations, d'autant plus si les bénéfices économiques pour leurs citoyens sont largement diffus. Ce qui est manifeste pour ces acteurs, en revanche, ce sont les effets nuisibles ciblés sur leurs activités économiques. En ce sens, la

²⁷⁰ Comme le note R. Snape :

« As so often occurs in economic policy, there is a conflict here between the interests of the nation as a whole and the interests of one section of it. And, also as so often happens, those whose interests may be harmed are likely to be more concentrated and to have a larger per capita loss than those who gain, even though the gainers and the total gain, respectively, may greatly exceed those who lose and the total loss. In the political race, then, the specific interests that are harmed by imports, including those imports that are subsidized as exports by foreign governments, are likely to have a head start » (SNAPE, Richard H., « International Regulation of Subsidies », *The World Economy*, vol. 14, n° 2, 1991, p. 147).

²⁷¹ Durant notre recherche, un élément est ressorti de manière évidente : plusieurs périodes historiques ont été caractérisées par d'importants débats sur la réglementation des subventions. À chaque période, les discours publics (et politiques) sur le sujet ont le plus souvent été centrés autour du principe de *justesse* et d'*égalité de la concurrence*. En 1987, D. Irwin et J. Bhagwati, notant l'intérêt renouvelé pour la notion aux États-Unis, affirment cependant que dès la fin du XIX^e siècle, la notion de « commerce juste » (*fair trade*) était utilisée pour requérir une protection commerciale des industriels britanniques afin de faire face à la concurrence internationale qui contestait l'hégémonie économique du Royaume-Uni. Le même phénomène est noté par Schwarts et Harper en 1972, R. Snape en 1991, et notamment pour le moment politique actuel. Voir : BHAGWATI, Jagdish N., IRWIN, Douglas A., « The Return of the Reciprocity – US Trade Policy Today », *The World Economy*, Vol 10, n° 2, 1987, p. 111-112 ; SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 837-838 ; SNAPE, Richard H., « International Regulation of Subsidies », *The World Economy*, vol. 14, n° 2, 1991, p. 146.

coopération internationale pourrait permettre de limiter de tels effets et de contenir les réactions.

216. En deuxième lieu, les subventions peuvent annuler les bénéfices découlant de l'accès à des marchés acquis après des décennies de dures négociations. Plus précisément, trois effets sont à craindre : i) les subventions accroissent les exportations d'un pays A vers un pays B, annulant la protection du marché interne du pays importateur assurée par des tarifs douaniers ; ii) les subventions accroissent les exportations du pays A vers un pays C et déplacent celles du pays B, en annulant l'accès négocié du pays B au marché du pays C ; iii) les subventions réduisent les exportations des pays B ou C vers le pays A, en affectant l'accès négocié au marché du pays A²⁷². Dès lors, négocier une libéralisation commerciale sans prévoir des mesures encadrant les subventions risquerait de laisser la porte ouverte à des dispositifs qui peuvent fausser la concurrence et annuler les avantages tirés des termes d'échange qui ont conduit à cette libéralisation.

217. Cette considération nous amène à un troisième argument lié aux effets des subventions sur les échanges internationaux : les subventions (comme d'autres instruments de politique commerciale) peuvent être utilisées pour manipuler les termes de l'échange au détriment des partenaires commerciaux. Faisant allusion aux études de K. Bagwell et R. Staiger, A. Sykes résume de manière pertinente une telle approche :

« Much of the modern economic theory of international trade agreements emphasizes their role in addressing international externalities associated with trade policy. The dominant “terms of trade” theory suggests that governments impose a negative externality on trading partners when they enact trade restrictions such as tariffs. A tariff often forces foreign exporters to lower their prices to remain competitive. Assuming that governments focus on the economic well-being of their own citizens and not foreigners, the loss of profit for foreign firms is ignored by governments acting unilaterally (and thus “externalized”). The loss of profit also reflects deterioration in the

²⁷² JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 280-281. Voir aussi : SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics Online Working Paper*, n° 186, 2003, p. 2 ; GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 124.

“terms of trade” for foreign nations (the ratio of the price received for their exports to the price paid for their imports), and a concomitant reduction in their economic welfare. International trade agreements provide an opportunity to eliminate these negative externalities through the exchange of reciprocal market access commitments. Extending this logic to the realm of subsidies, a case for international legal regulation of subsidies would arise when subsidization imposes negative externalities on other nations in the trading community through deterioration in their terms of trade (or the economic equivalent) »²⁷³.

218. En ce sens, même si le volume des exportations reste constant, l'érosion des termes de l'échange serait une externalité négative pour le pays affecté par la subvention. Sans une coordination et réglementation internationales, des États auraient donc un intérêt à prendre des mesures unilatérales pour améliorer les termes de l'échange à leur avantage. Or, de telles actions unilatérales conduiraient à un résultat nettement négatif pour tous. Il s'agit d'une situation typique du dilemme du prisonnier. Par conséquent, la restriction imposée à tous les participants à l'accord commercial serait nettement positive²⁷⁴.

219. Il y a lieu de relever que, dans ces deux derniers cas - annulation de l'accès aux marchés négociés et érosion des termes de l'échange -, plus le nombre de bénéficiaires de la mesure est restreint (ou « spécifique »), plus ses effets sont importants étant donné, comme on l'a vu, que la mesure est susceptible d'affecter les prix des biens échangés. Il sera intéressant d'analyser plus loin dans la présente thèse, après avoir réalisé une présentation de la réglementation multilatérale, la différence entre les notions de « ciblage » - élément théoriquement important pour une intervention efficace dans l'économie - et de « spécificité » - élément qui, d'après les analyses économiques étudiées dans cette section, renforce les externalités négatives sur les termes de l'échange²⁷⁵. S'il est vrai que ces deux

²⁷³ SYKES, Alan O., « The Limited Economic Case for Subsidies Regulation », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, p. 1 (citation interne omise). K. Bagwell et R. Staiger présentent les lignes générales de cette théorie et la manière dont les négociations commerciales internationales peuvent aider à éviter le « dilemme du prisonnier ». Voir le deuxième chapitre dans BAGWELL, Kyle, STAIGER, Robert W., *The Economics of the World Trading System*, Cambridge, The MIT Press, 2002.

²⁷⁴ BROU, Daniel, CAMPANELLA, Edoardo, RUTA, Michele, « The Value of Domestic Subsidy Rules in Trade Agreements », *Staff Working Paper ERSD-2009-12*, World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2009, p. 8-9.

²⁷⁵ Cette question n'a pas échappé à l'analyse du Secrétariat de l'OMC, qui note :

« En ciblant l'aide de manière à ce qu'elle aille à la population, à l'industrie ou à l'entreprise visée on réduit le coût social du programme de subventions. Mais, en un sens, ce principe est contraire à l'esprit des Accords de l'OMC, qui considèrent qu'une subvention pose problème lorsqu'elle est spécifique. Cela tient à ce que, plus une subvention est spécifique, plus grande sera l'aide apportée

notions ne sont pas identiques, il y a aussi lieu de relever, comme nous l'avons déjà fait, que certaines défaillances du marché peuvent exiger des interventions ciblées à l'égard de certains acteurs spécifiques du marché (par exemple, les producteurs de biens « verts », dont les externalités environnementales positives ne sont pas rémunérées par les marchés).

220. Une quatrième considération importante est celle de la possibilité qu'un subventionnement stratégique accordé par un pays mène à une réaction comparable de la part de ses partenaires commerciaux. En effet, l'approche en termes de politique commerciale stratégique, que nous avons précédemment analysée, considère par exemple que les entreprises et pays auront un intérêt à être pionniers sur des marchés de technologie de pointe considérant les bénéfices potentiels qu'ils peuvent en retirer. Or, le subventionnement stratégique peut conduire à un niveau trop élevé de soutien étatique, au-delà de ce que pourraient justifier d'éventuelles retombées positives de la technologie, engendrant ainsi un gaspillage et une mauvaise allocation des ressources²⁷⁶. De même, une réduction des impôts afin d'attirer des investissements directs étrangers et encourager la venue de grandes entreprises peut aboutir à une « concurrence fiscale dommageable ». À cette défaillance, prévue dans la théorie des jeux, on donne souvent le nom de « course vers le bas » (ou abîme) ou de « guerre des subventions »²⁷⁷.

à un secteur ou à une entreprise, ce qui peut avoir aussi un effet plus important sur la production et le commerce. Notre intention n'est pas d'exagérer ce conflit possible, mais c'est seulement de souligner que les pouvoirs publics doivent procéder à un dosage minutieux pour faire en sorte que la poursuite d'objectifs légitimes au moyen de subventions n'aille pas à l'encontre de leurs obligations au titre d'accords internationaux » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 121). Il convient de noter que le Secrétariat offre quelques éléments de réponse à cette question aux pages 224-225 du rapport.

²⁷⁶ En effet, selon l'analyse de C. van Beers et J. van den Bergh, trois secteurs – agriculture / pêche, transport et énergie – concentrent 81% de l'ensemble des subventions globales, affectant 66% du commerce international. Si on rajoute les manufactures, 87% des subventions mondiales affectent 97% du commerce global. Ces chiffres démontrent autant une concentration sectorielle des subventions que leur impact sur les échanges. Les auteurs notent aussi que les secteurs les plus concernés par les subventions sont ceux qui produisent le plus d'émissions de GES et d'autres externalités environnementales négatives. Voir VAN BEERS, Cees, VAN DEN BERGH, Jeroen C.J.M., « Perseverance of Perverse Subsidies and their Impact on Trade and the Environment », *Tinbergen Institute Discussion Paper*, n° 00-005/3, 2000, p. 12-13.

²⁷⁷ Comme le notent G. Hufbauer et J. Erb, « because other countries envy the early lead or adjustment avoided, subsidies may provoke emulation. Emulation will bring a spiral of wasteful distortion (as in shipbuilding) or overinvestment in seemingly promising technologies (as in supersonic aircraft) » (HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 21). Sur le risque que les subventions à l'exportation conduisent à des « guerres de subventions », voir

221. Dans le cadre du chapitre 1 de la quatrième partie de notre thèse, nous aurons l'occasion d'étudier des illustrations récentes de ces deux phénomènes comme, par exemple, la concurrence entre entreprises pour développer l'industrie solaire ou bien les incitations fiscales à l'investissement accordées après la crise de 2008. Ici, nous contenterons de poser cette question économique théorique en soulignant qu'une réglementation internationale des subventions peut à cet égard offrir une solution valable.

222. Enfin, un dernier argument, cette fois-ci autant économique que moral, peut être soulevé. Dans un monde caractérisé par une liberté de subventionnement de la production/exportation de biens et de services, les pays ayant réellement les moyens (grandes économies, pays développés) d'en verser (pour pallier des défaillances du marché ou bien pour des raisons de concurrence ou manipulation des termes de l'échange) le feront tandis que ceux qui ne le peuvent pas en subiront les conséquences négatives. Le subventionnement de la production agricole dans les pays développés est un sujet de débats et de critiques pour les pays en développement, dans le cadre du système commercial multilatéral, depuis des décennies. L'argument généralement avancé consiste à considérer que ces subventions à la production agricole versées dans les pays développés dépriment les prix globaux et empêchent les producteurs ruraux des pays en développement de réaliser une activité économique rentable²⁷⁸. Selon une étude de la Banque mondiale de 2002, le subventionnement du secteur agricole dans les pays développés représente une perte d'environ 11,6 milliards de dollars américains par année pour les pays en développement²⁷⁹.

223. Cette question a également été au cœur du cycle de négociations de Doha, dit « Cycle du développement », et explique la frustration de plusieurs États et experts quant à l'absence

GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMAN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 124.

²⁷⁸ Voir INGO, Merlinda D., NASH, John D., « What's at Stake? Developing-Country Interests in the Doha Development Round », in INGO Merlinda D., NASH, John D. (eds), *Agriculture and the WTO: Creating a Trading System for Development*, Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, p. 9.

²⁷⁹ En relation avec d'autres mesures protectionnistes, la Banque mondiale estime que la perte annuelle s'élève à \$100 milliards par année. Cette valeur est environ deux fois plus élevée que celle de l'aide au développement versée par les pays développés chaque année. BANQUE MONDIALE, *Globalization, Growth and Poverty: Building an Inclusive World Economy*, World Bank and Oxford University Press, 2002, p. 53 et 59.

de progrès sur le sujet²⁸⁰. Même si ce subventionnement ne concerne que le secteur agricole, il peut potentiellement avoir des effets néfastes sur toute l'économie des pays en développement, surtout si leur économie n'est pas suffisamment diversifiée²⁸¹. En effet, selon Pearce, « subsidy policies in the developed world have a serious impact on poverty in the developing world, impeding the chances for sustainable development in the countries that most need to achieve it »²⁸². En conséquence, une réglementation des subventions à l'échelle globale pourrait aussi être justifiée par des arguments d'équité. Il convient de noter, en conclusion, que la question ne se limite pas aux relations nord-sud mais concerne aussi le cadre sud-sud dans la mesure où les pays émergents disposent de plus en plus des capacités financières nécessaires à la promotion de leurs secteurs productifs²⁸³.

Section 4 : Quelle réglementation internationale au sens économique ?

224. Étant donné toutes les considérations que nous avons développées ci-dessus, quelle réglementation internationale en la matière serait logique et pertinente d'un point de vue économique ? La considération économique particulière à laquelle on attache le plus

²⁸⁰ Comme nous allons le préciser, on a pu relever une avancée importante sur le sujet récemment. En effet, lors de la dixième Conférence ministérielle qui s'est tenue à Nairobi en décembre de 2015, les Membres de l'OMC se sont engagés à supprimer les subventions à l'exportation pour les exportations de produits agricoles, en considérant les besoins des pays pauvres importateurs de denrées alimentaires. OMC, *Décision ministérielle sur la concurrence à l'exportation*, Dixième session de la Conférence ministérielle, Nairobi, WT/MIN(15)/45, WT/L/980, 21 décembre 2015.

²⁸¹ Par exemple, en 2002, dans le cadre du Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC (CCE), l'Arabie Saoudite a fait valoir l'impact négatif des subventions à la production de charbon (ainsi que d'autres sources d'énergie) versées dans les pays développés sur l'économie des pays en développement producteurs de pétrole. ARABIE SAOUDITE, « La taxation de l'énergie et les subventions et incitations en sa faveur dans les pays de l'OCDE et leurs incidences économiques et commerciales sur les pays en développement, en particulier les pays en développement producteurs et exportateurs de pétrole », *Communication de l'Arabie saoudite au Comité du commerce et de l'environnement*, WT/CTE/W/215 TN/TE/W/9, 23 septembre 2002, 19 p. Il est intéressant de noter que l'Arabie Saoudite demandait aussi une « refonte des taxes sur le carburant afin de prendre en compte la teneur en carbone ». Selon ce Membre, les taxes sur les carburants dans les pays de l'OCDE pénalisaient les produits pétroliers tandis que les taxes sur le charbon étaient négligeables. Ainsi, l'Arabie Saoudite appela à la fin du subventionnement du charbon et à des « mesures de taxation prises par les pays développés (...) plus sensibles au carbone ».

²⁸² PEARCE, David, « Environmentally Harmful Subsidies: Barriers to Sustainable Development », *OECD Workshop on Environmentally Harmful Subsidies*, 7-8 novembre 2002, p. 9.

²⁸³ Voir EVENETT, Simon, J. « The BRICS Trade Strategy: Time for a Rethink », *17th GTA Report*, Global Trade Alert, CEPR, 102 p. Voir aussi le chapitre 1 de la quatrième partie de la présente thèse pour une analyse du débat sur les politiques industrielles adoptées après la crise de 2008, y compris celles mises en œuvre par des pays émergents.

d'importance est certainement celle que l'on jugerait appropriée pour fonder une réglementation internationale.

225. S'agissant du premier argument, selon lequel les subventions devraient être encadrées en fonction de leur capacité à affecter le bien-être global quand elles sont mal employées, les effets de celles-ci sur les flux commerciaux ne seraient qu'une considération secondaire. En effet, si une subvention avait des effets sur les flux commerciaux tout en étant justifiée parce qu'elle permet de pallier des défaillances du marché, ces effets seraient attendus et bénéfiques. En revanche, dans ce cas, des exceptions aux règles éventuellement négociées, tenant compte ou non des différents niveaux de développement, ne se justifieraient que par rapport à des questions d'économie politique. Les flexibilités accordées devraient, en théorie, être décidées au cas par cas, selon la probabilité de défaillance du gouvernement²⁸⁴. Dès lors, l'espace politique laissé aux États serait le résultat de la différence entre le bien-être potentiellement augmenté par l'intervention étatique et celui affecté par la défaillance étatique. Aussi, aucun raisonnement logique ne peut justifier d'empêcher l'utilisation des subventions. Il y aurait plutôt lieu d'imposer des freins et contrepoids afin de vérifier leur bonne utilisation et éviter ainsi que le bien-être ne soit négativement affecté.

226. Une telle proposition, très rationnelle et objective, ne serait certainement ni politiquement, ni même moralement, acceptable au niveau international. L'idée qu'une institution globale décide de l'emploi correct et efficace d'un outil de politique publique nationale ne serait pas aisément acceptée par tous. Or, une telle logique sous-tend la réglementation multilatérale du commerce. L'Accord sur les obstacles techniques au commerce de l'OMC (l'Accord OTC) reconnaît effectivement expressément la valeur des

²⁸⁴ Lall propose des éléments de réflexion similaires à cette logique :

« If there were the possibility of a rational choice of strategy differentiated by country, then the optimal one would take into account present and future government capabilities. This is in theory - in reality governments do not choose strategies on a realistic assessment of their own capabilities and limitations. External advisors or analysts may be able to provide such an assessment, but there is little guarantee that a government will base its strategy on such advice. If strategies of more general applicability were to be recommended, what would they be? If governments were really intent on copying what they regarded as each other's 'best practice' without regard to their own failures and weaknesses, the best general strategy may be the one aimed at the lowest common denominator of capabilities, i.e. one with a fairly low level of selectivity » (LALL, Sanjaya, « Selective policies for export promotion: Lessons from the Asian Tigers », *WIDER Research for Action*, n° 43, United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU/WIDER), 1997, p. 51).

outils prévus par l'Accord²⁸⁵ pour réaliser des objectifs légitimes de politique publique et établit des règles visant à éviter un abus protectionniste des outils ou que les mesures prises deviennent des barrières non nécessaires au commerce²⁸⁶. Par exemple, l'une des règles de l'Accord impose aux Membres de l'OMC, autant que possible, de définir « des règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives »²⁸⁷. Une autre disposition établit que les réglementations ne doivent pas être « plus restricti(ves) pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime »²⁸⁸. De plus, le Comité des OTC sert de forum de coopération et d'échange d'expériences ayant pour but de développer des mesures OTC plus efficaces et efficaces²⁸⁹. Cet exemple démontre qu'une telle logique n'est pas complètement absente du système commercial multilatéral et pourrait donc servir de base pour des règles similaires en matière de subventions. Dans le cadre du prochain chapitre, il y aura lieu d'examiner la réglementation internationale sur les subventions finalement adoptée et de la comparer avec cette logique.

227. Alternativement, si l'objectif central de la réglementation est d'éviter une manipulation des termes de l'échange ou bien des effets négatifs sur les échanges internationaux ainsi que sur la concurrence qui pourraient mettre en cause les gains permis

²⁸⁵ Ce sont des règlements techniques, des normes et des procédures d'évaluation de la conformité (Accord OTC, Annexe 1).

²⁸⁶ Le préambule de l'Accord OTC affirme que :

« [R]ien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord ».

²⁸⁷ L'idée étant qu'une prescription descriptive empêche des nouvelles technologies ou méthodes plus efficaces d'avoir accès au marché et de réaliser les mêmes objectifs à un coût moins important. Cette obligation est très pertinente, par exemple, pour des technologies environnementales. Voir Article 2.8 de l'Accord OTC.

²⁸⁸ Voir Article 2.2 de l'Accord OTC.

²⁸⁹ Un exemple est celui de la coopération et de l'échange d'expériences en matière de bonnes pratiques réglementaires (BPR), un sujet inscrit à l'agenda du Comité des OTC depuis des années. Plusieurs efforts ont été réalisés sur le sujet, y compris une compilation par le Secrétariat des « sources concernant les BPR » (G/TBT/W/341) ainsi que des débats visant à établir une « liste non exhaustive des mécanismes volontaires et des principes connexes se rapportant aux BPR » (G/TBT/32). Voir OMC, *Septième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'accord sur les obstacles techniques au commerce au titre de l'article 15.4*, Comité des OTC, G/TBT/37, 03.12.2015, p. 2-4.

par la libéralisation commerciale, une première étape serait de déterminer les effets des subventions sur le commerce. À cet égard, si les « gains » de la libéralisation commerciale s'expliquent par sa contribution à une allocation efficace des ressources dans l'économie globale et l'augmentation du bien-être général, il nous semble également important, même si cela se fait de façon secondaire, de déterminer si la mesure ne résout pas une défaillance du marché, en contribuant ainsi également au bien-être global. Dès lors, une réglementation internationale économiquement cohérente et pertinente établirait des règles afin d'éviter, ou réduire, les effets sur les échanges des interventions légitimes et interdire celles dont l'application aurait pour seul but ou résultat une manipulation de termes de l'échange. Si une mesure est légitime et règle une défaillance du marché mais a pour conséquence d'affecter les échanges internationaux, une action correctrice pourrait se justifier plutôt que d'annuler ses effets tout court et pour toujours. Dans ce cas, de telles mesures correctrices ne se justifieraient que si elles sont temporaires. Il en est de même pour une réduction progressive des barrières commerciales dont la durée est justifiée par des considérations de politique économique et d'ajustement social.

228. Indépendamment de la force des arguments de chaque approche analysée, il nous paraît manifeste que les justifications économiques (et non-économiques) de l'utilisation de subventions abondent et qu'une réglementation internationale appropriée devrait tenir compte de tous les éléments identifiés tout au long de ce chapitre. Il convient de ne pas perdre de vue, non plus, l'importante dimension politique et sociale donnée à l'utilisation souveraine d'un tel outil d'intervention étatique²⁹⁰. Même s'il s'agit d'une source de friction permanente entre le droit, la coopération internationale et l'action des États - édicton de normes au niveau international vs. souveraineté étatique - il nous semble encore plus délicat d'essayer de justifier des limitations à l'action économique des États sans avoir recours à des arguments objectifs développés à l'égard de concepts théoriques largement acceptés. Comme l'affirme, tout en nuances, Jackson :

²⁹⁰ Les questions économiques et politiques liées à l'utilisation des subventions sont variées et complexes, comme Jackson le rappelle dans son chapitre dédié au sujet : « The perplexities of subsidies in international trade ». Voir JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 247 – 274.

« Behind all this it must be recognized that subsidies are an exceedingly important, even crucial tool of national governments in facilitating their sovereign capacity to promote legitimate governmental policies to serve their constituents. There is no way that a government can “give up subsidies” under any broad definition of the term “subsidies” »²⁹¹.

229. Il est ainsi nécessaire d’analyser avec attention les conditions historiques, politiques et sociales qui ont finalement permis l’adoption et le développement d’une réglementation internationale assez stricte en la matière.

²⁹¹ JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 294. Dans le même sens, également sur la réglementation communautaire en la matière, C. Micheau affirme :

« [L]es aides publiques apparaissent comme des instruments décisifs qu’utilisent les gouvernements pour mettre en œuvre leurs politiques. Dans cette perspective, la régulation européenne et internationale des interventions des pouvoirs publics par le biais de dispositifs fiscaux procède d’une immixtion dans les compétences souveraines fiscales des États. Dès lors, une telle régulation peut apparaître comme un exercice délicat où il convient de trouver un juste équilibre entre les attributions régaliennes des États et leurs obligations sur la scène internationale » (MICHEAU, Claire, *Droit des aides d’état et des subventions en fiscalité : droit de l’Union européenne et de l’OMC*, Éditions Larcier, 2013, p. 23).

DEUXIÈME PARTIE : LA RÉGLEMENTATION DES SUBVENTIONS DANS LE CADRE DU SYSTÈME COMMERCIAL MULTILATÉRAL

« The economic and other policies concerning the use of subsidies in international trade, and the permitted responses to those subsidies, are perplexing and controversial. »

JACKSON John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2^e ed., 1997, p. 281.

230. La deuxième partie de notre thèse est consacrée à l'étude des règles actuelles du système commercial multilatéral régissant les subventions afin de mettre en évidence les flexibilités, exceptions et options qui permettent aux États de tenir compte de considérations non commerciales, notamment de leurs objectifs de développement durable, dans la mise en œuvre de leurs programmes de subvention. Les règles particulières applicables aux pays en développement (*traitement spécial et différencié* dans le langage de l'OMC) sont également analysées. Enfin, cette réglementation est confrontée aux impératifs économiques, sociaux et politiques étudiés dans la première partie de notre thèse.

231. La réglementation des subventions dans le cadre du système commercial multilatéral est le résultat d'au moins cinq décennies de négociations. Pour autant, ces dernières trouvent leur source dans une importante évolution historico-politique commencée il y a des siècles et caractérisée par une importance croissante des subventions, notamment de leurs impacts extraterritoriaux. Il nous paraît de ce fait indispensable d'analyser, dans un premier temps, les conditions et les prémisses de ces discussions afin de mieux comprendre la réglementation finalement votée. Le chapitre 1 sera ainsi dédiée à l'identification et à l'étude des précédents et contextes historiques qui ont conduit à une réglementation multilatérale des subventions. Ensuite, le chapitre 2 examinera en détail les disciplines actuelles de l'OMC applicables aux subventions.

Chapitre 1 : L'évolution de la réglementation commerciale multilatérale des subventions : du GATT à l'OMC

232. Dans le cadre de la première partie de notre thèse, nous avons exposé et analysé les différentes théories économiques qui peuvent justifier une réglementation multilatérale des subventions. Ainsi, nous avons relevé que bien que ces théories n'aient pas toutes été

développées lors des négociations du GATT, les problèmes économiques et de coordination sous-jacents à une utilisation généralisée des subventions se faisaient déjà sentir au moins depuis la seconde moitié du XVIII^e siècle.

233. L'étude du contexte historique dans lequel ces défis ont initialement émergé offre des éléments de réflexion intéressants pour comprendre la réglementation multilatérale décidée *in fine*.

Section 1 : Les origines historiques du débat²⁹²

234. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, plusieurs États-nations ont envisagé les primes à la production et à l'exportation comme des outils stratégiques en vue d'atteindre des objectifs mercantilistes²⁹³. Ces dispositifs correspondaient bien à une démarche mercantiliste qui mélangeait politique externe, conquête militaire et mesures commerciales en poursuivant un objectif de contrôle de nouveaux territoires, de développement de l'industrie mais aussi de l'agriculture nationales ainsi que de maintien de balances commerciales positives.

235. Or, l'utilisation généralisée de ces procédés interventionnistes conduira à une véritable « guerre des subventions » et aura des effets nuisibles sur les finances des États. En

²⁹² Plusieurs auteurs ont exploré les origines de la réglementation multilatérale des subventions à partir de différents points de départ et en mettant l'accent sur différentes périodes historiques. Peu, en revanche, l'ont fait de manière systématique. Pour l'élaboration de cette sous-section, notre thèse a eu recours principalement aux ouvrages suivants : HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, 283 p. ; LÓPEZ, Juan J. P., *The Concept of State Aid under EU Law: From international market to competition*, Oxford University Press, 2015, 304 p. ; IRWIN, Douglas A., « Multilateral and bilateral trade policies in the world trading system: an historical perspective », in DE MELO, Jaime et PANAGARIYA, Arvind (eds.), *New Dimensions in Regional Integration*, Cambridge University Press, 1993, p. 90-119 ; LAMPE, Markus, « Explaining nineteenth-century bilateralism: economic and political determinants of the Cobden–Chevalier network », *Economic History Review*, vol. 64, n° 2, 2011, p. 644–668 ; LÉVY, Raphaël-Georges, « Le Commerce allemand », *Revue des Deux Mondes*, 4^e période, tome 146, 1898, p. 868-896 ; LAZER, David, « The Free Trade Epidemic of the 1860S and Other Outbreaks of Economic Discrimination », *World Politics*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 447-483 ; CADIER, Gabrielle, « Les conséquences du traité de 1860 sur le commerce franco-britannique », *Histoire, économie & société*, vol. 7, n° 3, 1988, p. 355-380 ; PIGMAN, Geoffrey A., *Trade Diplomacy Transformed: Why Trade Matters for Global Prosperity*, Palgrave, XVI, 2016, 257 p.

²⁹³ En France, par exemple, Jean-Baptiste Colbert, contrôleur général des finances de Louis XIV, a mis en œuvre plusieurs politiques commerciales protectionnistes, dont notamment des primes à la production et à l'exportation, durant la deuxième moitié du XVII^e siècle, pour faire face à la compétition stratégique avec les manufactures étrangères, surtout anglaise et hollandaise, remplacer les importations et développer la production du Royaume. Voir LAMONTAGNE, Roland, « L'influence de Colbert sur l'œuvre de Jean Talon », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 6, n° 1, 1952, p. 49-51.

1776, Adam Smith condamnait ainsi déjà les primes à l'exportation en les qualifiant d'« autre expédient de gaspillage du système mercantile »²⁹⁴. En France, deux ans plus tôt, Anne Robert Jacques Turgot, contrôleur général des finances de Louis XVI, dans une célèbre lettre adressée au jeune roi, avait considéré les subventions et dons royaux comme l'« un des plus grands obstacles à l'économie » ainsi que comme des sources de discrimination injustifiable au profit de bénéficiaires proches de la Couronne et au détriment de la population générale des contribuables. De plus, selon Turgot, la situation contribuait à encourager la corruption et à accroître le mécontentement parmi le peuple²⁹⁵.

236. Pour sa part, aux États-Unis, Alexander Hamilton releva également, en 1791, les dangers et difficultés engendrés par l'emploi de subventions pour l'économie interne²⁹⁶. Selon son « Rapport sur les manufactures » destiné au président de la Chambre des représentants américains, les effets des primes octroyées par d'autres gouvernements sur la concurrence internationale seraient le facteur prépondérant justifiant son adoption aussi par le gouvernement américain. S'agissant en particulier de la possibilité qu'elles conduisent à

²⁹⁴ Comme cité dans HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 45.

²⁹⁵ Sur les solutions pour rétablir l'équilibre financier du Royaume et les défis posés au regard des intérêts spéciaux créés par la politique de subventionnement, Turgot affirma :

« (...) il n'y a qu'un moyen. C'est de réduire la dépense au-dessous de la recette (...). Sans cela, le premier coup de canon forcerait l'État à la banqueroute. On demande sur quoi retrancher ; et chaque ordonnateur, dans sa partie, soutiendra que presque toutes les dépenses particulières sont indispensables. Ils peuvent dire de fort bonnes raisons ; mais comme il n'y en a pas pour faire ce qui est impossible, il faut que toutes ces raisons cèdent à la nécessité absolue de l'économie. (...) Votre Majesté sait qu'un des plus grands obstacles à l'économie, est la multitude des demandes dont elle est continuellement assaillie, et que la trop grande facilité de ses prédécesseurs à les accueillir, a malheureusement autorisées. Il faut, Sire, vous armer contre votre bonté de votre bonté même ; considérer d'où vous vient cet argent que vous pouvez distribuer à vos courtisans, et comparer la misère de ceux auxquels on est quelquefois obligé de l'arracher par les exécutions les plus rigoureuses, à la situation des personnes qui ont le plus de titres pour obtenir vos libéralités. » « Lettre de Turgot au Roi, contenant ses idées générales sur le ministère des finances, qui venait de lui être confié », le 24 août 1774, in DAIRE, Eugène et DUSSARD, Hippolyte, *Œuvres de Turgot*, réimpression de l'éd. de 1844, p. 165-169, mis à disposition en ligne par la Bibliothèque Nationale de France sur : <<http://visualiseur.bnf.fr/CadresFenetre?O=NUMM-5729&I=171&M=imageseule>>, dernier accès le 03.03.2018.

²⁹⁶ Hamilton a mentionné plusieurs théoriciens pour expliquer les enjeux de l'utilisation des primes à la production, les études de Adam Smith étant prédominantes dans ses références. Voir « Alexander Hamilton's Final Version of the Report on the Subject of Manufactures [5 December 1791] », *Founders Online*, US National Archives, disponible sur : <<http://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-10-02-0001-0007>>. [Original source: *The Papers of Alexander Hamilton*, vol. 10, *December 1791–January 1792*, ed. Harold C. Syrett, New York, Columbia University Press, 1966, p. 230–340.]

la mise en œuvre de subventions compétitives de la part d'autres États, le rapport explique avec pertinence :

« But the greatest obstacle of all to the successful prosecution of a new branch of industry in a country, in which it was before unknown, consists, as far as the instances apply, in the bounties, premiums and other aids which are granted, in a variety of cases, by the nations, in which the establishments to be imitated are previously introduced. It is well known (and particular examples in the course of this report will be cited) that certain nations grant bounties on the exportation of particular commodities, to enable their own workmen to undersell and supplant all competitors, in the countries to which those commodities are sent. Hence the undertakers of a new manufacture have to contend not only with the natural disadvantages of a new undertaking, but with the gratuities and remunerations which other governments bestow. To be enabled to contend with success, it is evident, that the interference and aid of their own government are indispensable »²⁹⁷.

237. Même si de tels enjeux étaient connus depuis la fin du XVIII^e siècle, ce ne sera que durant la seconde moitié du XIX^e siècle que des efforts systématiques au niveau international seront menés pour régler cette question. La période débutant en 1860, marquée par la prévalence du libéralisme économique, a vu la multiplication d'accords bilatéraux commerciaux conclus par les nations européennes²⁹⁸. L'un des objectifs phares de cette coopération commerciale internationale accrue était de limiter le recours aux primes à la production et, surtout, à l'exportation²⁹⁹. La France, l'Autriche, l'Italie, la Suisse, la Belgique et le *Zollverein* allemand ont tous signé des accords visant à libéraliser les échanges et à restreindre l'utilisation de subventions et donc leurs effets sur les marchés. Ainsi, en 1923, 29 accords commerciaux, dont 22 signés avant 1900, contenaient des règles relatives aux

²⁹⁷ « Alexander Hamilton's Final Version of the Report on the Subject of Manufactures [5 December 1791] », *Founders Online*, US National Archives. Il convient de noter que même si Hamilton défendait que dans la « course naturelle des choses » l'économie conduirait librement à la création de manufactures « efficaces » sans l'aide de l'État, l'utilisation de subventions et d'autres mesures protectionnistes par d'autres États justifierait des mesures protectionnistes de la part des États-Unis, sans lesquelles l'industrie américaine ne pourrait se développer.

²⁹⁸ Voir LAZER, David, « The Free Trade Epidemic of the 1860S and Other Outbreaks of Economic Discrimination », *World Politics*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 447-483.

²⁹⁹ Voir PIGMAN, Geoffrey Allen, *Trade Diplomacy Transformed: Why Trade Matters for Global Prosperity*, Palgrave, 2016, p. 99-100.

subventions³⁰⁰. Même si elle a largement échoué à remplir ces objectifs³⁰¹, cette vague de coopération internationale démontre que d'importants efforts ont très tôt été réalisés en la matière. Ces efforts ont influencé les négociations futures sur la matière.

238. Cette première période de fort libre échange durant la seconde moitié du XIX^e a été suivie d'un renforcement du mouvement dit du « commerce juste » (*fair trade*) à la fin du siècle, encourageant la protection des économies nationales contre des importations favorisées par des mesures de soutien directes et indirectes³⁰². C'est effectivement à cette époque que plusieurs lois prévoyant des contremesures aux importations subventionnées ont été adoptées, par exemple aux États-Unis (1890), en Belgique (1892), en Angleterre (1899) et au Canada (1904). On fit alors valoir que c'était l'échec de la réglementation de la question des primes au niveau international qui avait conduit à l'adoption de mesures unilatérales³⁰³. Celles-ci auront une influence sur la détermination de la réglementation multilatérale des subventions actuellement en vigueur, notamment quant à la relative « liberté » accordée aux États pour adopter des mesures nationales unilatérales afin de faire face à un commerce « injuste » subventionné.

239. La concurrence internationale entre les grandes nations sur un nombre restreint de matières premières tout au long du XIX^e siècle avait intensifié les tensions et les conflits commerciaux internationaux³⁰⁴. Le produit probablement le plus symbolique de ces

³⁰⁰ Voir l'assez complète description de la période dans le chapitre 2 de LÓPEZ, Juan J. P., *The Concept of State Aid under EU Law: From international market to competition*, Oxford University Press, 2015, 304 p.

³⁰¹ Voir IRWIN, Douglas A., « Multilateral and bilateral trade policies in the world trading system: an historical perspective », in DE MELO, Jaime et PANAGARIYA, Arvind (eds.), *New Dimensions in Regional Integration*, Cambridge University Press, 1993, p. 102-103.

³⁰² Les primes dites « indirectes » comprenaient, entre autres, des exemptions fiscales aux produits manufacturés contenant certains intrants, les avantages indirects découlant des estimations gonflées ou dégonflées des quantités produites, des gains résultant des ristournes (*drawbacks*) excessives, et des droits et des avantages découlant des grandes différences entre les droits d'importation et les droits d'accise.

³⁰³ Voir LÓPEZ, Juan J. P., *The Concept of State Aid under EU Law: From international market to competition*, Oxford University Press, 2015, chapitre 2, note de bas de page 29.

³⁰⁴ Voir, par exemple, l'analyse de la politique commerciale allemande par Lévy, notamment par rapport aux effets des subventions accordées par le gouvernement allemand sur l'économie française ainsi que leurs conséquences sur la politique étrangère et la sécurité de la France. Le fort accent mis sur des questions stratégiques et de sécurité dans son analyse donne une image très pertinente des relations commerciales à la fin du XIX^e siècle. Voir LÉVY, Raphaël-Georges, « Le Commerce allemand », *Revue des Deux Mondes*, 4^e période, tome 146, 1898, p. 868-896. Sur les primes dans le secteur naval et les relations franco-britanniques, voir CADIER, Gabrielle, « Les conséquences du traité de 1860 sur le commerce franco-britannique », *Histoire, économie & société*, vol. 7, n° 3, 1988, p. 375.

différends était le sucre dont l'importance économique et sociale pour plusieurs pays européens ainsi que leurs colonies et ex-colonies (comme les Indes occidentales, le Canada, les États-Unis, l'Argentine et le Brésil), explique le recours répandu à des mesures de soutien et les préoccupations de ces pays quant à la compétitivité de leurs producteurs nationaux.

240. Ayant pour finalité de réglementer le marché international de ce produit, un premier accord international, la Convention de Paris, proposa dès 1864 des règles communes applicables aux subventions accordées aux producteurs et exportateurs de sucre³⁰⁵. Puis, après plusieurs décennies de négociations, la Convention de Bruxelles relative au régime des sucres (Convention de Bruxelles) a finalement été signée en 1902 dans le but d'« égaliser les conditions de la concurrence entre les sucres de betterave et les sucres de canne de différentes provenances »³⁰⁶. Son Article premier prohiba ainsi les primes « directes et indirectes dont bénéficieraient la production ou l'exportation des sucres »³⁰⁷.

241. La Convention de Bruxelles adopta par ailleurs une définition assez large des sucres³⁰⁸ ainsi que des subventions³⁰⁹. Néanmoins, l'élément probablement le plus remarquable de ce document a été la création d'une « Commission permanente » dotée du pouvoir d'adopter des décisions contraignantes par vote majoritaire afin de garantir la mise en œuvre de l'accord. En effet, selon l'Article 4 de la Convention, toute partie était obligée

³⁰⁵ La Convention, signée par le Royaume Uni, la France, la Belgique et la Hollande, bientôt disparaîtra, cédant la place à de nouveaux efforts internationaux sur le sujet. Voir MOURA FILHO, Heitor, « Pioneering multilateralism: the sugar agreements 1864 – 1914 », *MPRA Paper*, n° 5208, University Library of Munich, Germany, 2006, p. 3.

³⁰⁶ La convention fût signée par les gouvernements de neuf États : Allemagne, Autriche-Hongrie, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Pays-Bas et Suède-Norvège. Le Luxembourg, le Pérou, la Suisse et finalement la Russie ont rejoint la Convention les années suivantes. Disponible sur : <<https://archive.org/details/laconventionrel01bourgoog>>, dernier accès le 04.03.2018.

³⁰⁷ Il convient de relever que la Convention avait pour but de régler les problèmes de coordination qui affectaient les échanges internationaux autant que de contrer les intérêts des cartels sucriers qui avaient garanti la protection et l'octroi de subventions généreuses de la part de plusieurs gouvernements au détriment des consommateurs. Sur cet aspect, voir MOURA FILHO, Heitor, « Pioneering multilateralism: the sugar agreements 1864 – 1914 », *MPRA Paper*, n° 5208, University Library of Munich, Germany, 2006, p. 7-11.

³⁰⁸ Selon son article premier, « sont assimilés au sucre les produits sucrés tels que confitures, chocolats, biscuits, lait condensé et tous autres produits analogues contenant en proportion notable du sucre incorporé artificiellement ».

³⁰⁹ L'article premier détermine que « tous les avantages résultant directement ou indirectement, pour les diverses catégories de producteurs, de la législation fiscale des États » seront soumis à la prohibition. L'article mentionne aussi six exemples concrets, dont, par exemple, les exemptions d'impôt, les excédents de rendement ou encore les avantages résultant des impôts connexes à l'importation de sucre au-dessus des limites établies par la Convention.

de « frapper d'un droit spécial, à l'importation sur [son] territoire, les sucres originaires de pays qui accorderaient des primes à la production ou à l'exportation »³¹⁰. En outre, il revenait à la Commission permanente créée par l'Article 7 de la Convention de « constater l'existence des primes », d'en évaluer le montant et de les notifier aux États contractants qui devaient prendre des mesures compensatoires non inférieures « au montant des primes directes ou indirectes accordées dans le pays d'origine ».

242. Comme l'a noté G. Pigman, la Commission permanente de la Convention de Bruxelles a ainsi été la première institution internationale créée pour administrer un accord multilatéral négocié dans le but de régir les relations commerciales. Il s'agit d'une innovation inventée par des diplomates en vue de faire face au non-respect qui avait compromis l'efficacité des accords commerciaux internationaux durant la seconde moitié du XIX^e siècle³¹¹. Une telle institution, dotée du pouvoir de déterminer le montant du subventionnement accordé aux produits exportés d'un pays et d'obliger l'imposition de droits compensatoires à tous les États contractants, est d'autant plus remarquable qu'il n'existe pas de nos jours d'institution similaire. Comme nous allons l'analyser, le système commercial multilatéral qui sera créé au cours des décennies suivantes du XX^e siècle ne parviendra jamais à proposer une structure institutionnelle aussi stricte³¹².

³¹⁰ Il y a lieu de relever la nature exceptionnelle de cette obligation pesant sur les parties contractantes d'imposer des droits compensateurs contre des produits importés subventionnés. En effet, cette obligation est l'une des raisons la plus importantes pour lesquelles le Royaume-Uni, traditionnellement en défaveur de mesures de nature protectionniste, s'opposera à la signature des conventions sucrières tout au long des dernières décennies du XIX^e siècle. Voir MOURA FILHO, Heitor, « Pioneering multilateralism: the sugar agreements 1864 – 1914 », *MPRA Paper*, n° 5208, University Library of Munich, Germany, 2006, p. 7.

³¹¹ Selon l'auteur :

« The notion of creating an institution to facilitate multilateral diplomacy concerning international trade issues was a late nineteenth century innovation by diplomats in recognition of the substantial added layer of complexity that the effects of multiple bilateral trade agreements upon one another created. Beyond recognizing that multilateral trade agreements were the most effective way of overcoming the problems that overlapping bilateral agreements created, (...) institutions made observing and enforcing multilateral agreements viable. Institutions encompassed rule-books for multilateral trade amongst their members, procedures for resolving disputes when they arose, and, importantly, organizations to administer the rules and dispute resolution procedures. Multilateral agreements also gave organizations the capacity to amend the rules that they administered and to admit new signatories or members. » (PIGMAN, Geoffrey Allen, *Trade Diplomacy Transformed: Why Trade Matters for Global Prosperity*, Palgrave, 2016, p. 100.)

³¹² Une considération importante qui milite contre une telle obligation d'imposition est que, comme nous l'avons étudié dans le cadre de notre premier chapitre, l'importation de produits subventionnés peut être largement bénéfique à l'économie du pays importateur. Ainsi, l'adoption de contremesures serait une option de

243. La Convention de Bruxelles et la Commission permanente jouèrent efficacement leur rôle³¹³ jusqu'au déclenchement de la Première Guerre mondiale. La « Grande Guerre », qui a démantelé les accords et mis fin aux efforts de coopération commerciale, a été suivie d'une nouvelle période marquée par des mesures protectionnistes votées tout au long des années 1920. Toutefois, le relatif succès de la Convention de Bruxelles avait déjà établi le multilatéralisme comme une « alternative conceptuelle ainsi qu'une possibilité pratique » pour répondre aux enjeux liés à l'emploi de subventions³¹⁴.

244. Effectivement, après la Grande Guerre, la Société des Nations organisa plusieurs conférences économiques durant lesquelles la coordination des États sur la question des subventions a été l'un des sujets récurrents. La première Conférence de ce type, qui s'est tenue en 1927, a réuni des experts sur plusieurs sujets de l'économie internationale qui n'étaient censés être liés à aucun gouvernement en particulier. L'objectif déclaré de cette Conférence était d'établir l'état de l'art des connaissances économiques et de créer les conditions politiques nécessaires pour que les États adoptent les recommandations des experts³¹⁵.

245. Le rapport issu de la Conférence, qui a réuni 194 experts venant de 50 États, aborde ainsi les sujets les plus importants de l'époque relatifs à l'économie, la stabilité et la paix mondiales, y compris le commerce et les subventions. En particulier, traitant des « moyens indirects de protéger le commerce national », le rapport note une « disparité d'opinions »

politique publique nationale qui devrait mettre en balance les intérêts des secteurs affectés par les importations et les bénéfices pour l'économie du pays de l'importation des biens. Bien évidemment, le résultat de cette équation dépendra des particularités de chaque pays. On pourrait en tout cas réfléchir sur la viabilité d'une telle option réglementaire dans le cas des subventions ayant des effets négatifs non seulement économiques mais aussi environnementaux ou allant à l'encontre des objectifs de développement durable et de l'Agenda 2030, par exemple. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans notre quatrième partie, chapitre 3.

³¹³ En effet, dès à sa première année de fonctionnement, la Commission permanente imposera des mesures compensatoires aux importations de sucre provenant d'Espagne, de Russie, du Danemark, de Roumanie et du Japon. Afin d'assurer l'imposition rapide de droits compensateurs, la Commission a décidé d'utiliser temporairement le montant des droits déjà appliqués par les États-Unis sur ces pays. Voir PIGMAN, Geoffrey Allen, *Trade Diplomacy Transformed: Why Trade Matters for Global Prosperity*, Palgrave, 2016, p. 106. Les exportations de sucre du Brésil ont aussi fait l'objet d'une investigation par la Commission permanente, en 1904, qui a finalement décidé de ne pas imposer de contremesures.

³¹⁴ Voir MOURA FILHO, Heitor, « Pioneering multilateralism: the sugar agreements 1864 – 1914 », *MPRA Paper*, n° 5208, University Library of Munich, Germany, 2006, p. 25.

³¹⁵ Voir RUNCIMAN, Walter L., « The World Economic Conference at Genève », *The Economic Journal*, vol. 37, n° 147, 1927, p. 465-472.

parmi les experts sur la « question des subsides direct et indirects » et décide, par conséquent, de « se contenter d'éclairer l'opinion publique sur la vraie nature et les conséquences inévitables de ces pratiques et mesures » :

« Pendant les années qui ont suivi la guerre, on a assisté, dans différents pays, au développement des barrières de tarifs et, simultanément, à une tendance de plus en plus grande à recourir à des subsides gouvernementaux. Ceci fut fait plus particulièrement sous la forme indirecte d'octroi de crédits ou de garanties de risques, destinés à aider plus ou moins temporairement, en raison de l'état anormal de l'économie mondiale, l'industrie du pays et l'exportation de ses produits. Le fait que des subsides sont, dans certaines circonstances, présentés comme moins préjudiciables à la liberté du commerce que les tarifs douaniers ne rend pas moins grande l'obligation de souligner les dangers cachés qui accompagnent ce moyen de favoriser la production et l'exportation. Plus grand sera le nombre de pays qui y auront recours, plus il sera difficile pour les autres pays de s'abstenir de suivre leur exemple. La restauration des conditions saines du commerce international se heurte donc à un réel obstacle dans cet expédient. La Conférence attire l'attention des différents États sur la vraie nature des subsides directs ou indirects, qui est d'être un palliatif, et émet le vœu que, dans la mesure du possible, ces États s'abstiennent d'y recourir »³¹⁶.

246. Si le message des experts quant aux subventions était franc et direct, la profonde crise économique qui a fait suite au crash de la bourse de New York deux ans plus tard a renforcé l'attrait et l'appétit des États pour des mesures protectionnistes. Pour autant, et de façon quelque peu surprenante, les États n'ont pas cessé de se réunir dans le cadre de la Société des Nations pour y tenir des débats économiques.

247. Dans le cadre de la Conférence monétaire et économique de 1933, un point sur les débats relatifs aux subventions a été fait par le président de la « Sous-Commission des primes et subsides »³¹⁷ qui nota, tout d'abord, que « [l]'influence que de nombreuses catégories de primes et subsides peuvent exercer sur les relations économiques internationales n'a pas été

³¹⁶ SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Actes de la Conférence Économique Internationale tenue à Genève du 4 au 23 mai 1927*, Communiqué au Conseil et aux Membres de la Société, Rédigés par la Section économique et financière, C.356.M.129.1927.II. [C.E.I. 46], volume 1, Genève, 1927, p. 254.

³¹⁷ Voir SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Rapports approuvés par la Conférence monétaire et économique le 27 juillet 1933 et règlements du bureau et du comité exécutif*, Communiqué au Conseil et aux Membres de la Société, C.435.M.220.1933.II. [Conf.M.E.22(I).], Londres, 1933, p. 33-40.

contestée au sein de la Sous-Commission ». Les parties étaient aussi d'accord pour prendre comme base de discussion les conséquences négatives des subventions du point de vue du commerce international et non des économies nationales. Cependant, en raison de fortes divergences d'opinion et de la situation particulière des transports maritimes³¹⁸, fortement subventionnés et contrôlés, la Sous-Commission se borna finalement à communiquer un résumé de ses travaux avec l'intention de fournir « une base utile pour des discussions ultérieures ».

248. De fait, le rapport met bien en évidence une diversité de points de vue et les enjeux d'une éventuelle réglementation en la matière. Plusieurs délégations y font référence au concept de subventions « antiéconomiques » et appellent à leur réduction ou abolition. Les délégations de la Norvège et des Pays-Bas, soutenues par la Danemark et la Suède, proposèrent ainsi la fin de la « politique antiéconomique de subsides gouvernementaux » destinés aux constructions navales et à la navigation menée par toutes les nations impliquées dans le commerce de ce secteur. De même, l'Allemagne considéra que la Sous-Commission devait concentrer ses efforts sur une mise en cause des « mesures d'assistance qui donnent à la production un avantage artificiel et antinaturel aux dépens de la concurrence étrangère »³¹⁹.

249. Cependant, c'est la délégation du Royaume-Uni qui présenta les arguments économiques les plus développés sur les conséquences des subventions « antiéconomiques ». En effet, rappelant la « nécessité vitale d'un désarmement économique en ce qui concerne l'échange des marchandises et de services » notamment dans le secteur naval, le Royaume-Uni fit valoir que « les subventions antiéconomiques » accordées à la navigation maritime avaient pour effet de « priver le commerce international des transports par mer qui sont les plus efficaces et le meilleur marché, dans la mesure où les entreprises de navigation privées

³¹⁸ Selon le président :

« [L]es subsides à la navigation ont fait l'objet d'un examen particulièrement approfondi, en raison de leur répercussion sur l'organisation des transports maritimes et du marché des frets. Plusieurs délégations, appartenant à des pays dont le rôle est spécialement important au point de vue de la navigation maritime, ont été d'avis que la discussion relative à la possibilité d'une réglementation de cette matière ne pourrait utilement se poursuivre que lorsqu'auraient disparu les circonstances spéciales qui ont entamé l'ajournement de certains travaux de la Conférence. » SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Rapports approuvés par la Conférence monétaire et économique le 27 juillet 1933 et règlements du bureau et du comité exécutif*, Communiqué au Conseil et aux Membres de la Société, C.435.M.220.1933.II. [Conf.M.E.22(I).], Londres, 1933, p. 18.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 34-35.

ne sauraient coexister avec les entreprises de navigation fortement subventionnées par l'État ».

250. Il a ainsi été considéré que la concurrence internationale dans le secteur conduirait les pays qui n'accordaient pas encore de subventions « soit à protéger leur navigation, soit à lui allouer des subventions » et, enfin, que la « marine marchande d'État » remplacerait « les navires construits et exploités selon les principes économiques normaux » avec des conséquences « fortement préjudiciables sur le commerce mondial ». Le Royaume-Uni releva également les « effets fâcheux des subventions » pour les pays qui les accordent dans la mesure où l'excédent de capacité engendré par de telles mesures réduirait les bénéfices de fret de tous les navires, ce qui aboutirait à la nécessité d'augmenter les subventions, conduisant ainsi à un cercle vicieux. Enfin, selon la délégation britannique, « les pays qui accordent des subventions souffrent autant que ceux qui n'en accordent pas et peut-être davantage encore, car ils surchargent leur budget et appauvrissent leurs clients »³²⁰.

251. Le représentant des États-Unis, de son côté, doutait de la pertinence de procéder à une distinction entre un soutien dit « naturel » et un soutien considéré comme « antiéconomique »³²¹. Effectivement, le rapport n'est pas très explicite s'agissant de savoir si les délégations considéraient comme « antiéconomiques » toutes les subventions ou s'il existait une façon « économique » de concéder des aides. D'autre part, plusieurs délégations ont demandé la limitation du champ d'application des règles multilatérales afin d'en exclure certaines subventions.

252. Par exemple, l'Allemagne se montra défavorable à une restriction des mesures visant la reconstruction « naturelle » des systèmes économiques nationaux, des « mesures qui s'imposent surtout pour la protection de son agriculture ainsi qu'en vue de rendre les chômeurs à l'activité industrielle et productive »³²². Quant à la France, bien qu'étant en

³²⁰ *Ibid.*, p. 35-36.

³²¹ *Ibid.*, p. 36.

³²² Selon le délégué allemand, « [d]e telles mesures sont d'ailleurs dans l'intérêt des autres pays puisqu'elles tendent à augmenter le pouvoir d'achat », *Ibid.*, p. 33-34. Il est intéressant de noter que l'Allemagne, tout comme l'Italie, considéraient les subsides comme une « forme de protectionnisme » et, ainsi, leur abolition devait faire partie des négociations réciproques mais aussi des « mesures économiques et financières nécessaires au rétablissement de l'économie mondiale ».

faveur d'un accord international visant à abolir ou restreindre les subsides et primes d'origine gouvernementale ainsi qu'à établir « des règles de loyauté dans les échanges », elle appela à une différenciation entre les subventions à l'exportation et les subventions domestiques qui « peuvent se justifier par la nécessité d'éviter les conséquences sociales redoutables que pourrait entraîner la disparition ou l'arrêt de certaines industries ou exploitations »³²³. De même, la Finlande appela à des exceptions dans le cas des remboursements de droits de douane pour les marchandises exportées, de crédits d'exportation et de tarifs d'exportation des chemins de fer. Enfin, l'Irlande défendit l'exemption de plusieurs subventions prises pour contrer le protectionnisme d'autres nations ainsi que celles nécessaires aux « États qui ne sont encore qu'au début de leur évolution industrielle »³²⁴.

253. Ces écarts de points de vue, puis le déclenchement de la Deuxième Guerre mondiale, ont une fois de plus interrompu les efforts multilatéraux entrepris et empêché la conclusion d'un accord. Pour autant, les fondements, positions et enjeux en la matière étaient déjà délimités.

254. Ce bref aperçu historique de l'origine des débats relatifs à une réglementation internationale des subventions démontre que les enjeux économiques et politiques, nationaux comme internationaux, liés à l'utilisation des subventions étaient déjà largement connus par plusieurs théoriciens ainsi que des hommes et femmes politiques depuis au moins la fin du XVIII^e siècle. Afin de les étudier plus en détail, on pourrait concevoir deux voies théoriques distinctes. Une coopération internationale aurait pu être mise en place afin de régler les défaillances économiques et de coordination identifiées et veiller à une utilisation plus efficace des subventions, évitant ainsi un surendettement collectif et la capture de rentes par des intérêts particuliers sans pour autant nier les avantages de cet outil, y compris pour les échanges et relations économiques internationales. Cependant, comme nous l'avons relevé, le contexte historique, la logique économique propre au mercantilisme et l'approche politique et stratégique retenue des relations commerciales ont fait que cette voie n'a jamais été plus qu'une possibilité théorique.

³²³ *Ibid.*, p. 34. Selon la délégation française, « [t]ant qu'elles n'affectent que l'économie nationale, elles ne sauraient faire l'objet de règlements internationaux. »

³²⁴ *Ibid.*, p. 34.

255. L'alternative choisie a donc été une coopération internationale visant, dès l'origine, la neutralisation des effets des subventions sur la compétition globale, fortement marquée par la notion de *justesse* des échanges ainsi que le principe de concurrence. Une telle approche, qui repose sur une vision conditionnellement restrictive de l'outil, sera effectivement déterminante. Elle sera au fondement des négociations multilatérales en la matière qui aboutiront finalement aux règles aujourd'hui établies. En ce sens, le *bien-fondé* d'une mesure – ou compatibilité avec les règles adoptées – ne dépend pas nécessairement de sa justification ou rationalité *économique* ou de son identification en tant qu'« *anti économique* » (comme l'a noté le délégué américain lors de la Conférence monétaire et économique), mais plutôt de ses *effets sur d'autres marchés et économies*. Suivant cette logique, les subventions à l'exportation sont donc des « candidates naturelles » à une réglementation stricte.

256. Finalement, et peut-être en raison de l'échec des accords conclus durant la seconde moitié du XIX^e siècle en vue de restreindre le subventionnement compétitif et l'action des cartels internationaux, la dernière conséquence de cette évolution historique a été que les contre-mesures nationales prises contre le *dumping* entendu au sens large sont devenues un élément « naturel » de la scène commerciale internationale³²⁵.

Section 2 : La Charte de La Havane et l'adoption du GATT

« Whatever the analytic merits of a purist free trade, turn-the-other-cheek approach, the Great Depression taught the world that protective policies can quickly and destructively spread from nation to nation. Because the concentrated interests of producers command greater political support than the diffuse interests of consumers, national governments find it much easier to emulate the vices of protection than the virtues of free trade ».

HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 8

³²⁵ Il est intéressant de noter que la proposition d'accord présentée par la délégation américaine en la matière à la fin de la Conférence de 1933 reconnaissait le droit aux pays d'adopter des :

« [D]roits additionnels imposés aux marchandises considérées comme faisant l'objet d'un "dumping" au sens strict du mot, c'est-à-dire aux marchandises vendues à l'exportation à un prix inférieur au prix du marché intérieur ou bénéficiant directement ou indirectement de subsides gouvernementaux ou autres (ces droits additionnels étant limités à la différence des prix ou au montant des subsides dans la mesure où ceux-ci pourront être déterminés). » SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Rapports approuvés par la Conférence monétaire et économique le 27 juillet 1933 et règlements du bureau et du comité exécutif*, Communiqué au Conseil et aux Membres de la Société, C.435.M.220.1933.II. [Conf.M.E.22(I).], Londres, 1933, p. 42.

257. Après la Deuxième Guerre mondiale, les conséquences néfastes des mesures économiques protectionnistes dites « chacun pour soi » (« *beggar thy neighbour* ») qui avaient été prises, étaient dans la tête des négociateurs qui voulaient éviter un retour aux conditions et pratiques économiques ayant contribué au déclenchement de la Deuxième Guerre mondiale. Les pays alliés ont donc décidé de créer un système multilatéral de règles qui régirait les principales facettes des relations économiques des nations. Comme l’a noté Jackson :

*« The political goal arose from the view that the interwar economic problems were caused in part for World War II. The Great Depression, the mishandling of policy toward Germany after World War I, and other similar inter-war circumstances weighed heavily on the minds of policy-makers who wanted to design post-World War II institutions that would prevent the recurrence of these problems. For example, Harry Hawkins who was at the time, Director of the office of Economic Affairs of the U.S. Department of State, said in a 1944 speech, “Trade conflict breeds noncooperation, suspicion, bitterness. Nations which are economic enemies are not likely to remain political friends for long”. »*³²⁶

³²⁶ JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2^e éd., 1997, p. 13. Il y a lieu de noter que l’idée selon laquelle des relations commerciales harmonieuses sont des conditions nécessaires pour maintenir la paix était assez répandue parmi les experts et les hommes politiques de l’époque. Les « 14 points » pour la paix du président américain Woodrow Wilson en 1918 incluaient déjà, dans le point 3, « le retrait, autant que possible, de toutes les barrières économiques, et l’établissement d’une égalité des conditions de commerce parmi toutes les nations désirant la paix et s’associant pour la maintenir. ». Plus tard, l’ancien Secrétaire d’État américain Cordell Hull recevra le prix Nobel de la paix en 1945 en raison, entre autres, de ses efforts pour un commerce international libre. Hull argumenta avec notoriété que la Deuxième Guerre mondiale n’aurait jamais eu lieu si l’Allemagne et la France avaient échangé plus de biens et de services. Ainsi, faisant allusion aux efforts de Hull et aux « actes d’agression économiques » des années 1930, le Président américain Harry Truman promouvra en 1947 des négociations pour une Organisation Internationale du Commerce envisagée comme une condition *sine-qua-non* pour la paix, en affirmant, entre autres, que « *at this particular time, the whole world is concentrating much of its thought and energy on attaining the objectives of peace and freedom. These objectives are bound up completely with a third objective--reestablishment of world trade. In fact the three--peace, freedom, and world trade--are inseparable. The grave lessons of the past have proved it.* » (discours disponible sur : <<https://www.trumanlibrary.org/publicpapers/index.php?pid=2193&st=trade&st1=>>, dernier accès le 10.06.2018). Dans le même sens, à l’ouverture de la première session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l’emploi, le représentant du Royaume Uni argumenta que les travaux pour la création d’une Organisation Internationale du Commerce serait « *an essential part of the work of the United Nations in their endeavour to stabilise peace that they should achieve an agreement as to the manner in which the nations can co-operate for the promotion of the highest level of employment and the maintenance of demand, and can bring some degree of regulation into world trade commerce.* » (ECOSOC PREPARATORY COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT, *Verbatim report of the first plenary meeting*, held at Church House, Westminster, S., 7.1, on Tuesday, 15th October, 1946, E/PG/T/PV/I. p.4). Enfin, d’aucuns considèrent encore le système multilatéral du

258. La Conférence de Bretton Woods, tenue en juillet 1944, créa deux institutions phares de ce système : les relations monétaires, initialement ancrées sur l'étalon-or, seraient régies par le Fonds Monétaire International tandis que la Banque Mondiale (originellement Banque internationale pour la reconstruction et le développement – BIRD) aurait comme objectif de financer la reconstruction des économies dévastées par la guerre³²⁷. Puis, la création de l'Organisation des Nations Unies (ONU) l'année suivante garantirait un forum permanent pour la coopération et la coordination des États au sens large, c'est-à-dire y compris une coopération économique au sein du Conseil économique et social (ECOSOC).

259. Cependant, il était encore nécessaire d'établir une structure institutionnelle pour encadrer les relations commerciales. Dès en 1944, durant les négociations de Bretton Woods, il était évident pour les négociateurs que les efforts menés pour rétablir des relations économiques sur des bases durables ne seraient pas efficaces si les politiques commerciales n'étaient pas régies et coordonnées par le biais d'un véritable système commercial

commerce comme un facteur de maintien de la paix face aux défis actuels qui affectent la mondialisation. Faisant allusion aux mesures de riposte adoptées pendant les années 1930 et à l'importance d'un cadre multilatéral pour gérer les tensions économiques, le président français Emmanuel Macron, lors de son discours du 30 mai 2018 à l'OCDE, affirma en effet : « *nous avons choisi le repli, la guerre commerciale, rapidement devenue la guerre, tout court. Personne, quelques éclaireurs mis à part, n'a alors pensé utile ou nécessaire de protéger et de développer l'embryon de cadre multilatéral mis en place après la boucherie de 1914-1918. Nous en commémorons cette année le centenaire, nous connaissons très bien ce chemin, tout particulièrement dans notre pays, et ce serait folie de le suivre à nouveau* » (discours disponible sur : <<http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-en-ouverture-de-la-session-ministerielle-de-l-ocde-presidee-par-la-france/>>, dernier accès le 10.06.2018). Sur le sujet, voir IRWIN, Douglas A. « Trade Liberalization: Cordell Hull and the Case for Optimism », *Maurice R. Greenberg Center for Geoeconomic Studies Working Paper*, Council on Foreign Relations, 2008, 36 p. Voir aussi BHAGWATI, Jagdish, « A convincing case for free trade found in the history books », *The National*, 27 juin 2011, disponible sur : <<https://www.thenational.ae/business/a-convincing-case-for-free-trade-found-in-the-history-books-1.430780>>, dernier accès le 12.06.2018.

³²⁷ Il est intéressant de noter que la stabilité monétaire et économique nécessaire pour garantir la fluidité du commerce international était l'une des principales justifications données par les négociateurs pendant la conférence de Bretton Woods. Voir, par exemple, la déclaration du Président américain Franklin Delano Roosevelt à l'ouverture des négociations de Bretton Woods en 1944 dans laquelle il affirma que :

« The program you are to discuss constitutes, of course, only one phase of the arrangements which must be made between nations to ensure an orderly, harmonious world. But it is a vital phase, affecting ordinary men and women everywhere. For it concerns the basis upon which they will be able to exchange with one another the natural riches of the earth and the products of their own industry and ingenuity. Commerce is the life blood of a free society. We must see to it that the arteries which carry that blood stream are not clogged again, as they have been in the past, by artificial barriers created through senseless economic rivalries. » US DEPARTMENT OF STATE, *Proceedings and Documents of the United Nations Monetary and Financial Conference, vol. I Bretton Woods, July 1-22, 1944*, Publication 2866, International Organization and Conference Series I, 3, p. 73

multilatéral³²⁸. Ainsi, le règlement VII présenté pour adoption au moment de la conclusion de la Conférence de Bretton Woods, intitulé « Problèmes internationaux économiques », recommanda aux gouvernements présents de conclure, le plus tôt possible, un accord ayant pour objet de :

- « 1) réduire les obstacles au commerce international et par d'autres moyens promouvoir des relations commerciales internationales mutuellement avantageuses ;
- 2) assurer la commercialisation ordonnée des produits de première nécessité à des prix équitables pour les producteurs et les consommateurs ;
- 3) traiter les problèmes spéciaux d'intérêt international qui découleraient de la cessation de la production à des fins de guerre ; et
- 4) faciliter, par la coopération, l'harmonisation des politiques nationales des Etats membres visant à promouvoir et à maintenir des niveaux élevés d'emploi et à élever progressivement le niveau de vie »³²⁹.

260. Ainsi, en 1945, un processus de négociation était lancé par les États-Unis en vue de la conclusion d'un accord multilatéral prévoyant une réduction réciproque des tarifs douaniers. En février 1946, le processus était élargi. Le règlement n° 1 de l'ECOSOC convoqua une Conférence internationale sur le commerce et l'emploi afin de « compléter les mesures économiques concertées qui ont déjà été prises, par de nouvelles mesures internationales concernant directement les entraves au commerce et les discriminations qui s'opposent au développement des échanges multilatéraux, et par un accord entre les nations qui cherchent à favoriser le plein emploi »³³⁰. Une commission préparatoire était alors établie pour réfléchir³³¹ aux objectifs suivants :

³²⁸ *Ibidem*, entre autres, aux p. 332, 430, 748 et 863.

³²⁹ Voir US DEPARTMENT OF STATE, *Proceedings and Documents of the United Nations Monetary and Financial Conference*, vol. II Bretton Woods, July 1-22, 1944, Publication 2866 International Organization and Conference Series I, 3, p. 1196.

³³⁰ U.N. ECOSOC, Res. 1/13, 18 février 1946 – E/1. La décision est mentionnée sur le document ONU, *Resolutions adopted by the Economic and Social Council during its 1st session held in London from 23 January to 18 February 1946*, Lake Success, N.Y. UN, 1946 E/1st sess./Resolutions, p. 173-174.

³³¹ Les 19 membres originels de la commission étaient les suivants : Australie, Belgique, Brésil, Canada, Chili, Chine, Cuba, Tchécoslovaquie, France, Inde, Liban, Luxembourg, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Norvège, Union Sud-Américaine, Union des Républiques socialistes soviétiques, Royaume-Uni, États-Unis d'Amérique. L'Union soviétique ne participera finalement pas aux discussions préparatoires, car elle n'a pas jugé possible de consacrer un temps suffisant aux questions importantes qui feraient l'objet de la discussion de la Commission, étant la seule économie entièrement planifiée parmi les 19 participants. U.N. ECOSOC, *Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment*, verbatim report of the first plenary meeting, held at Church House, Westminster, S., 7.1, E/PG/T/PV/I, 15 October 1946, p. 2-3. Voir aussi l'analyse de NEUMANN, Peter « The Relationship between GATT and the United Nations », *Cornell*

- a) accord international tendant à porter et à maintenir l'emploi et l'activité économique à un niveau élevé et stable ;
- b) accord international sur les réglementations, restrictions et discriminations affectant le commerce international ;
- c) accord international relatif aux mesures tendant à entraver les échanges commerciaux ;
- d) accord international concernant les ententes intergouvernementales relatives à certaines marchandises ; et
- e) création d'une organisation internationale du commerce, qui serait une institution spécialisée des Nations Unies, dotée d'attributions dans les domaines mentionnés.

Une telle démarche met aussi en évidence l'importance de tenir compte « de la situation particulière des pays où l'industrie manufacturière commence seulement à se développer et des problèmes qui se posent au sujet de marchandises qui donnent lieu à des aménagements particuliers sur le marché international »³³².

261. De plus, on peut noter que la portée de ces négociations était assez large et couvrait la plupart des questions commerciales et économiques qui avaient affecté les relations internationales des grandes puissances économiques occidentales durant les derniers siècles. Il est aussi manifeste que la question des subventions faisait partie intégrante des débats, y compris leurs effets sur la concurrence internationale ainsi que leur contribution au développement des industries naissantes. Les débats qui ont débuté en octobre 1946 à Londres et qui se sont achevés en mars de 1948 à la Havane ont repris la plupart des positions et sensibilités soulevées lors des débats qui s'étaient tenus dans le cadre de la Société des Nations.

262. Pour lancer et encadrer les discussions, en septembre 1946, les États-Unis proposèrent une Charte de l'Organisation Internationale du Commerce (OIC)³³³. Cette proposition initiale abordait déjà la plupart des éléments et politiques économiques susceptibles d'affecter les échanges internationaux, y compris des dispositions sur le droit du travail, le contrôle des investissements et les taux de change. Elle incluait aussi des règles sur les subventions en mettant l'accent sur les effets commerciaux de leur utilisation plutôt que sur leur potentielle utilité économique. La Charte proposée reconnaissait par ailleurs le droit

International Law Journal, vol. 3, n° 1, 1970, p. 63-78.

³³² U.N. ECOSOC, Res. 1/13, 18 février 1946 – E/1.

³³³ US DEPARTMENT OF STATE, « Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations », *Publication 2598*, Commercial Policy Series 93, septembre 1947.

des Membres d'adopter des mesures nationales pour contrer les effets négatifs des subventions versées par d'autres Membres sur leur marché interne (droits compensateurs – Article 11). Elle prévoyait aussi un rôle important pour la future OIC afin d'encadrer la coopération en matière de subventions pouvant avoir des conséquences négatives sur les échanges internationaux. L'Article 25 de la Charte proposée n'imposait toutefois pas de restrictions trop importantes à l'égard des subventions domestiques et se concentrait en revanche sur la prohibition des subventions à l'exportation en prévoyant quelques exceptions³³⁴. Les pays disposaient ainsi, selon la Charte proposée, d'une large marge de manœuvre pour verser des subventions.

263. Les négociations sur la Charte envisagée ont commencé en octobre-novembre 1946, durant la première session de la commission préparatoire qui a eu lieu à Londres. Cette première réunion aura d'importantes conséquences sur le futur de la réglementation des subventions à l'échelle multilatérale. D'une part, c'est dans ce cadre que les pays en voie d'industrialisation ou caractérisés par une industrialisation encore faible ont mis l'accent sur l'importance potentielle des subventions et autres mesures protectrices pour le développement de leurs économies et ont réussi à inclure cette perspective dans les négociations. Cependant, c'est aussi durant cette réunion qu'un conflit de positions a ouvert le chemin à une réglementation internationale des subventions initialement assouplie et à une

³³⁴ L'article 25 de la Charte de l'OIC proposée par les États-Unis en septembre 1947 incluait l'obligation de notifier une subvention, ses effets anticipés et son « raisonnement », si cette subvention « opérait » de façon à accroître les exportations d'un produit ou à en réduire les importations (25.1). S'il était déterminé, par l'OIC, qu'un préjudice grave (« *serious injury* ») serait occasionné (ou menacerait) au commerce d'un Membre, le Membre adoptant la subvention devrait en discuter avec le(s) Membre(s) ou avec l'OIC, la possibilité de la limiter. La disposition prévoyait aussi une prohibition générale des subventions (directes ou indirectes) à l'exportation ou des subventions ayant pour résultat l'exportation d'un produit à un prix inférieur au prix comparable du produit similaire vendu sur le marché domestique, sauf si résultant de l'exemption des produits exportés des taxes et droits perçus sur les produits similaires lorsqu'ils sont consommés sur le marché intérieur (ou la remise des droits ou taxes qui se sont accumulés). (25.2). A été aussi prévu un mécanisme pour régler la question des produits en « offre globale excédentaire astreignante » (« *in burdensome world surplus* ») et pour en assurer le contrôle de la production et consommation au niveau global (25.3a). En cas d'échec de ces mesures concertées, les obligations de transparence et de négociation (25.1) ainsi que la prohibition de subventions à l'exportation (25.2) seraient suspendues pour ces produits (25.3b). De plus, nonobstant les exceptions, aucun Membre pourrait subventionner les exportations de manière à obtenir une part du commerce mondial sur le produit excédant la part qu'il avait lors de la période représentative précédente (25.3c). La Charte proposée chargeait l'OIC de procéder aux déterminations nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions de l'article 25 (25.4). Enfin, les subventions aux produits primaires n'étaient pas couvertes par l'article 25, étant encadrées par le chapitre VI relatif aux « arrangements intergouvernementaux sur les produits de base ».

coopération sur la potentielle utilisation positive de l'outil, décentralisée et découplée du système multilatéral de règles.

264. Les débats qui ont eu lieu lors de cette première session se sont déroulés au sein de 5 commissions : I^{re} Commission - Emploi et activité économique ; II^e Commission - Politique commerciale générale ; III^e Commission - Pratiques commerciales restrictives ; IV^e Commission - Arrangements intergouvernementaux sur les produits de base ; et V^e Commission - Administration et Organisation. Au troisième jour des négociations, l'Australie - soutenue par le Brésil, l'Inde, la Chine, le Liban et le Chili - a proposé d'inclure dans les débats la question du développement industriel³³⁵. Il a alors été décidé que le sujet relevait des débats organisés au sein des commissions I^{re} (qui prend alors pour nom « Emploi, activité économique et développement industriel »)³³⁶ et II^e (politique commerciale) et que les deux commissions devaient dès lors organiser des réunions conjointes afin de traiter le sujet de manière holistique (« Commission mixte du développement industriel »).

265. Dans le cadre de cette commission mixte, bien que des pays développés aient eux-mêmes reconnu que certaines politiques publiques pourraient contribuer au développement industriel, tous n'étaient pas d'accord sur la pertinence des options avancées par des pays en développement, surtout s'agissant des restrictions quantitatives aux échanges. En effet, certaines délégations de pays industrialisés avaient une préférence explicite pour l'emploi de subventions³³⁷. Mais, dans le même temps, de façon quelque peu contradictoire, des

³³⁵ U.N. ECOSOC, E/PC/T/EC/3, 16 octobre 1946. Selon l'Australie, le sujet de « l'aide positive au développement industriel des pays sous-développés » devrait être inclus dans l'agenda des négociations. L'Australie proposait, entre autres, « a new topic relating to industrial development to be inserted, designed to provide for positive aid in such development, to *establish qualitative standards by which prospective development can be judged*, to recognise the legitimacy of reasonable protection as an instrument of development » (italiques ajoutées). Il est intéressant de noter que l'OIC pouvait ainsi jouer non seulement un rôle de *contrôleur* des subventions quant à leurs effets sur les échanges, mais aussi de *promoteur* de mesures positives pour le développement.

³³⁶ Voir U.N. ECOSOC, E/PC/T/EC/4, 17 octobre 1946.

³³⁷ Par exemple, à l'occasion de la réunion de la Commission mixte du 27 octobre de 1946, le représentant du Royaume-Uni, James R. C. Helmore, identifia trois objectifs principaux du travail de la Commission préparatoire : élever la productivité ; diversifier les économies ; assurer le développement industriel. Selon l'orateur, la coopération internationale dans le cadre de l'OIC pourrait aider les pays à réussir leur développement industriel et il existerait des outils plus ou moins pertinents pour ce faire :

« D'abord, il importe de découvrir les industries dont le rendement est satisfaisant et qui valent la peine d'être développées. C'est là surtout un problème intérieur, mais qui n'exclut pas l'entr'aide internationale, surtout dans le domaine des connaissances techniques, et aussi dans l'afflux de capitaux nécessaires au développement industriel. L'organisation de cette entr'aide pourrait être

négociations se déroulaient au sein de la I^{re} commission sur la question des limitations à imposer aux subventions en fonction de leurs potentiels effets de distorsion sur les flux commerciaux³³⁸. C'est ainsi que les débats ont pris deux chemins différents sur le sujet des aides au développement : l'un envisageant ces mesures, notamment les subventions, comme des restrictions au commerce ; l'autre considérant que ces mêmes mesures, surtout les aides gouvernementales, ont un rôle à jouer pour le développement industriel. Cette dichotomie qui, comme on l'a auparavant noté, caractérisait déjà les débats internationaux antérieurs à la Deuxième Guerre mondiale, a influé sur le déroulement des négociations au sein de la commission préparatoire³³⁹.

266. Par ailleurs, sur la suggestion des États-Unis, une nouvelle direction pour les discussions a été suivie afin de « négocier des arrangements concrets pour l'assouplissement des tarifs et des barrières commerciales de toutes sortes », par voie de « négociations

confiée à l'O.I.C., à la Banque Internationale où à certains organes du Conseil économique et social. Il propose que l'observateur de la Banque Internationale fasse une déclaration à ce sujet. Deuxièmement il faut trancher la question de la protection, à accorder aux industries nouvelles dans leur phase de démarrage. Ceci intéresse non seulement les pays moins évolués, mais tous les pays, car à moins qu'il existe une structure industrielle complètement figée, la nécessité se fait toujours sentir de lancer de nouvelles entreprises. On propose généralement trois méthodes pour protéger les nouvelles industries des pays moins évolués (il convient toutefois de noter qu'on a attaché, trop d'importance au facteur protectionniste) ; (i) Par des subventions, méthode qui, contrairement à ce que l'on croit d'habitude, est aussi bien à la disposition des pays riches que des pays pauvres. (ii) Au moyen de contingentements, méthode très répréhensible aussi bien pour les pays du développement industriel récent, que pour les pays anciennement industrialisés. (iii) Par la protection douanière, méthode qui fait l'objet des débats de la II^e Commission ; ce moyen autorise de grands espoirs surtout si l'on a recours à des méthodes sélectives. » (U.N. ECOSOC, *Première session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des Nations Unies*, II^e Séance de la Commission mixte du développement industriel, procès-verbal, E/P/T/C.I&II/6, 26 octobre 1946, p. 4)

³³⁸ Le 17 novembre 1946, la Commission mixte du développement industriel a proposé la modification de la Charte envisagée afin de laisser « une large marge de liberté dans l'emploi des subventions » [E/PC/T/C.I&II/18 p. 11]. Un sous-comité composé des délégués des États-Unis, du Royaume Uni et de l'Inde a par ailleurs débattu sur le sujet et arrivé à la conclusion qu'il ne fallait pas modifier les articles sur les subventions dans la mesure où l'article 25 de la Charte proposé « *would permit, without serious qualification, the use of governmental subsidies for the purpose of establishing and expanding a manufacturing industry* » [E/FC/T/C.II/60, 21 novembre 1946]. Dans le même sens, le document E/PC/T/C. I & II/19 de la Commission mixte du 20 novembre 1946 affirme que : « *La Commission mixte a reconnu d'une manière générale que le projet américain de Charte laisse une large mesure de liberté dans l'emploi des subventions et qu'elle autorise aussi le recours aux tarifs protecteurs, là où les tarifs ne sont pas conventionnellement liés à un taux maximum par suite d'accords négociés volontairement entre Etats membres ainsi que l'envisage la Charte* ».

³³⁹ Voir l'intéressant résumé des discussions sur ce sujet dans le rapport final de la première session - U.N. ECOSOC, *Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/33, novembre 1946, p. 16-17.

mutuellement avantageuses visant à la réduction substantielle des droits de douane et à l'élimination des préférences »³⁴⁰.

267. À la fin de la première session, il a ainsi été décidé : i) sur demande des pays en voie de développement, d'inclure le sujet du développement industriel et de la potentielle pertinence de mesures restrictives y compris d'aides d'État dans les débats et dans la Charte proposée, ainsi que l'éventuel rôle de l'OIC pour aider les pays à adopter de bonnes politiques de développement (annexe 8 du « Projet de Londres »³⁴¹) ; ii) sur suggestion des États-Unis, de lancer des négociations spécifiques sur un accord multilatéral visant la réduction des tarifs douaniers (qui aboutiront à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce - GATT) – ces négociations étant censées faciliter les négociations vers l'OIC si des actions « concrètes » pour l'élimination des barrières au commerce étaient prises (annexes 7 et 10)³⁴² ; iii) de créer un comité de rédaction qui se réunirait de janvier à février 1947 à New York en préparation de la deuxième session de la commission préparatoire qui se réunirait à partir d'avril 1947 à Genève (annexes 5 et 6).

268. La première session a produit une deuxième version de la Charte (« Projet de Londres »³⁴³) assez différente de celle proposé par les États-Unis. On y trouve mentionnée l'importance potentielle des subventions pour le développement industriel dans un nouveau chapitre intitulé « Développement économique » (qui deviendra le Chapitre III de la Charte finalement adoptée – la Charte de La Havane)³⁴⁴. En particulier, l'Article 11 (Article 10 de

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 47-48 – annexe 7.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Il est intéressant de noter qu'à la fin de la première session, toute une structure institutionnelle était déjà prévue pour être mise en place, y compris un Secrétariat (« *provisional agency* ») et des procédures permettant l'accession d'autres parties intéressées, dans le cas où le GATT serait adopté avant que l'OIC n'entre en vigueur. L'annexe 10 du « draft de Londres » prévoyait aussi l'entrée en vigueur provisoire du Chapitre sur les politiques commerciales générales de façon à « sauvegarder la valeur des concessions tarifaires négociées ». On peut ainsi argumenter que cet accord intérimaire, strictement conçu pour régir et préserver les concessions négociées, laissait peut de marge pour un débat plus large sur la coopération économique internationale en matière de politiques commerciales (y compris sur les subventions). Voir U.N. ECOSOC, *Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/33, novembre 1946, p. 48-52 – annexe 10. Voir aussi l'intéressante analyse des potentielles motivations et conséquences juridiques de cette situation dans NEUMANN, Peter « The Relationship between GATT and the United Nations », *Cornell International Law Journal*, vol. 3, n° 1, 1970, p. 63-78.

³⁴³ U.N. ECOSOC, *Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/33, novembre 1946, p. 27-41 – appendix.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 27-28. Les articles 11 (mesures antidumping et mesures compensatoires) et 25 (subventions) de la Charte proposée par les États-Unis seront numérotés 17 et 30, respectivement dans les drafts de Londres et

la version finale adoptée de la Charte) prévoyait une coopération internationale, dans le cadre de l'OIC, pour le développement économique. Ainsi, l'OIC, en collaboration avec d'autres institutions internationales comme l'ECOSOC, s'était vu accorder un rôle de consultante et d'assistance technique pour aider un pays membre à mettre en œuvre son « programme de développement économique ». De plus, l'Article 13 reconnaissait l'importance potentielle de « l'assistance gouvernementale pour le développement économique » de façon à « promouvoir l'établissement ou la reconstruction de certaines industries ». Cette disposition mettait en place une procédure permettant à l'OIC d'aider les pays désireux d'adopter des mesures de développement industriel dérogeant aux règles de la Charte à choisir les meilleures options et trouver des solutions mutuellement acceptables par les autres Membres affectés.

269. Il y a lieu de relever que le débat sur la latitude laissée aux États pour verser des subventions visant leur développement (ou reconstruction) industriel ne peut être dissocié du débat plus large sur l'utilisation de mesures de protection pour le développement économique qui a marqué les négociations sur l'OIC. L'adoption d'un chapitre sur le développement économique et industriel signifiait que l'OIC aurait un rôle à jouer pour aider (et contrôler) les pays membres dans leur utilisation d'outils protectionnistes aux fins de développement économique (restrictions quantitatives, mesures de fiscalité interne différenciée, réglementations restrictives, préférences douanières entre États voisins, etc.). Cela a été possible grâce à une concession des États-Unis pour tenir compte des souhaits et intérêts des pays en voie d'industrialisation. Néanmoins, cette ouverture n'a pas été bien acceptée par une partie importante du corps politique américain qui considéra la possibilité d'adoption de mesures protectionnistes comme une corruption de l'esprit de la proposition initiale de l'OIC et comme étant contraire aux principes fondamentaux d'un libre commerce global. On peut ainsi considérer que cette concession a contribué à une absence de soutien à la ratification de la Charte de La Havane aux États-Unis et à la création de l'OIC³⁴⁵.

de New York. Dans le draft suivant, celui de Genève d'août 1947, l'article sur les mesures antidumping et les droits compensatoires deviendra l'article 33 (34 dans la version finale de la Charte de La Havane), et celui sur les subventions sera réparti entre les articles 25 à 29 (25-28 dans la Charte de La Havane).

³⁴⁵ Voir une analyse assez complète des enjeux aux États-Unis dans TOYE, Richard, « Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Trade Organization, 1947-1948 », *The International History Review*, vol. XXV, n° 2, juin 2003, p. 253-305.

270. En mars 1947, le projet de New York est publié par le comité de rédaction, avec une nouvelle version de la Charte de l'OIC ainsi qu'une première version du GATT³⁴⁶. En avril 1947, la deuxième session de la commission préparatoire débute. S'agissant des subventions et aides d'État, la même dichotomie demeure dans les débats qui se tiennent à Genève : d'un côté, l'effet négatif des primes et des subventions sur le commerce international, la production et l'économie est reconnu par les négociateurs dans le cadre des négociations portant sur le chapitre commercial (désormais Chapitre IV) ; d'un autre, les besoins de développement économique et industriel des pays « relativement peu développés », ainsi que le rôle positif des aides d'État et du protectionnisme à cet égard, sont aussi reconnus dans le cadre des discussions relatives au chapitre sur le développement économique (désormais Chapitre III)³⁴⁷. En août 1947, les négociations ont pris fin à Genève. Un projet final de Charte de l'OIC (« Projet de Genève ») est alors envoyé pour la « Conférence mondiale » qui aura lieu à la Havane (Cuba) en novembre 1947³⁴⁸.

271. Le Projet de Genève n'apporte de changements majeurs quant à la question des subventions. Il développe plus en détail les dispositions du Chapitre sur le développement économique (Chapitre III), précisant en particulier les dispositions des Articles 10 (« Coopération pour le développement économique ») et 13 (« Aide gouvernementale au développement économique ») qui permettent l'adoption de mesures contraires aux dispositions sur les politiques commerciales (Chapitre IV), et définissant plus clairement le rôle de l'OIC pour déterminer la justesse des mesures proposées et leur pertinence au regard du développement économique. De plus, les dispositions sur les subventions du Chapitre IV ont été reprises et développées, permettant l'action unilatérale des États visant à contrer les effets sur leurs marchés nationaux de subventions versées par d'autres Membres (« Droits

³⁴⁶ U.N. ECOSOC, *Report of the Drafting Committee of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/34, du 20 janvier au 25 février 1947.

³⁴⁷ Sur les visions diamétralement opposées du rôle du protectionnisme (notamment les restrictions quantitatives) pour le développement industriel des pays « peu développés », voir les débats lors de la réunion spéciale de la Commission A qui s'est tenue le 1^{er} juillet 1947 (U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des Nations Unies*, Commission préparatoire en Commission A., 22^e séance, E/PC/T/A/PV/22, 1^{er} juillet 1947). Il est révélateur de noter que les positions exprimées lors de ces discussions n'ont pas fondamentalement changé de celles qui ont actuellement lieu sur le rôle du protectionnisme pour le développement.

³⁴⁸ U.N. ECOSOC, *Report of the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/186, 22 août 1947.

compensatoires » - Article 33) et imposant une réglementation des subventions affectant les exportations et importations (désormais prévues dans les Articles 25 à 29). Ces dispositions demeurent, cependant, assez souples vis-à-vis des subventions, exception faite des subventions à l'exportation qui sont prohibées³⁴⁹.

272. Si la commission préparatoire a achevé ses travaux en proposant un projet de dispositions pour la Charte de l'OIT, les négociations sur le GATT se sont quant à elles poursuivies avec intensité. Le 30 octobre 1947, celles-ci ont finalement abouti, à Genève, à l'adoption du GATT ainsi que d'un « Protocole portant application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ». Le GATT a été signé par 23 pays, y compris la France et le Brésil. L'Accord reprend en grande partie les dispositions du Chapitre IV (« Politique commerciale ») du Projet de Genève de Charte de l'OIT, avec toutefois quelques différences importantes en matière de réglementation des subventions. Nous allons ainsi étudier en détail les dispositions du GATT les plus pertinentes sur les subventions dans le cadre du prochain chapitre. Cependant, mentionnons dès à présent deux différences fondamentales entre ces deux textes.

273. Tout d'abord, le GATT, tel qu'il a été adopté en octobre 1947, ne contient aucune disposition spécifique sur les subventions aux exportations (Articles 26 à 29 du Projet de Genève). Cette importante lacune ne sera comblée que plus de quinze ans plus tard et seulement partiellement. Deuxièmement, bien que le GATT reprenne les Articles 13 et 14 du Projet de Genève – qui permettent aux parties contractantes, à la condition d'être autorisées

³⁴⁹ Il convient de noter que les pays « peu développés », notamment l'Inde, Cuba, le Chili et d'autres, ne considéraient pas la large mesure de liberté accordée pour verser des subventions comme une flexibilité forcément positive pour leur développement. Au contraire, ils pensaient que ce serait essentiellement les pays développés qui auraient la capacité de les utiliser. De plus l'absence de restrictions de cet outil protectionniste tandis que leur dispositif préféré, les restrictions quantitatives, était interdit était perçue comme une discrimination inacceptable actée dans le draft de la Charte de l'OIC. Précisément, sur les subventions, Cuba affirma :

« Nous n'aurions pas demandé mieux que de supprimer les subventions, comme nous n'aurions pas demandé mieux que de supprimer les contingents. Mais, tandis qu'on crie haro sur les contingents, les subventions paraissent être une méthode orthodoxe, normale et parfaitement correcte. On a l'air d'oublier pourtant qu'un pays économiquement fort peut toujours se servir de l'argent pour favoriser l'écoulement d'un produit artificiel et le favoriser aux dépens d'un pays agricole. Ceci est prôné comme une mesure orthodoxe, normale et correcte, et cependant les subventions sont parfois purement artificielles et, que l'on me pardonne le mot, elles sont parfois employées d'une manière tout à fait immorale par rapport aux petites nations qui souvent ne font pas partie d'un système bancaire mondial complexe. » (*ibidem*, p. 36)

par l'ensemble des parties, d'adopter des mesures transitoires et/ou contraires aux règles commerciales visant le développement économique – le GATT ne reproduit aucune des autres dispositions dans le Chapitre III sur le développement économique. Le GATT ne comprend notamment pas de dispositions reconnaissant l'importance des mesures de coopération en vue du développement économique, ni d'article visant à promouvoir les investissements internationaux. De même, on ne relève aucune disposition portant sur l'importance de la coopération en matière d'emploi ou sur le recours contre des « pratiques commerciales restrictives » (monopoles et concurrence). Enfin, ne figure non plus aucune règle relative aux accords intergouvernementaux sur les produits de base.

274. Le GATT fait ainsi figure d'accord « intérimaire » presque exclusivement concentré sur la conservation d'avantages commerciaux négociés. S'agissant des subventions dont le fort potentiel d'affectation des flux commerciaux était connu depuis des siècles, le GATT ne contient qu'une disposition centrée sur la transparence. Le GATT ne retient pas non plus le rôle envisagé pour l'OIC en tant que forum de débat, d'encadrement et de promotion de bonnes pratiques quant aux mesures prises pour le développement économique, l'investissement international et la promotion du plein emploi.

275. C'est dans cet esprit qui a marqué le débat sur le rôle des mesures de protection pour le développement des pays peu industrialisés (y compris les subventions) que les négociations finales sur la Charte de l'OIC ont repris le 21 novembre de 1947 à la Havane. L'inclusion d'un grand nombre de nouveaux pays en développement aux négociations à Cuba a changé l'équilibre relatif finalement atteint³⁵⁰. Ces États ont en effet demandé davantage de marge de manœuvre, notamment au regard de l'Article 13, pour l'adoption de mesures visant le développement industriel qui seraient déroatoires au Chapitre IV de la Charte (sur la politique commerciale), notamment des restrictions quantitatives. En conséquence, le pouvoir appartenant à l'OIC de contrôler ces mesures a été légèrement assoupli dans la version finale de la Charte de La Havane et les pays en développement se sont vu reconnaître la possibilité d'adopter des mesures de protection censées être nécessaires pour leur

³⁵⁰ Si 23 pays ont signé le GATT fin octobre 1947, les négociations à la Havane ont réuni 56 parties.

développement avant même l'obtention d'une permission de l'OIC. L'analyse de la pertinence de ces mesures pour le développement ne serait dès lors réalisée qu'*a posteriori*.

276. Avec encore d'autres modifications apportées au Projet de Genève initial, cependant moins pertinentes pour le sujet de notre thèse, la Charte a finalement été signée le 24 mars 1948. Bien que certains analystes aient envisagé cette « flexibilisation » finale de la Charte comme portant le *coup de grâce* à la possibilité que celle-ci soit ratifiée par les États-Unis, il ne s'agissait en réalité pas de la position des négociateurs américains qui, dans un mémo envoyé à Washington, ont célébré de la manière suivante le résultat des négociations de La Havane :

*« Broader scope and greater detail than any previous conference or agreement on economic relations; substance of Charter, unlike UNESCO [UN Educational, Scientific and Cultural Organization], WHO [World Health Organization], etc., pertains to vital economic interests; functions of ITO, unlike those of FAO [Food and Agriculture Organization], ILO [International Labour Organization], etc., go beyond study and recommendation – commitments in Charter limit freedom of action; commitments more numerous and more far reaching than in Bretton Woods Agreements – unaccompanied by any provision of financial assistance »*³⁵¹.

277. La Charte ainsi signée a retenu une approche étendue des concepts de commerce international et de coopération économique. Elle comprend des règles multilatérales visant à garantir un système commercial juste, prévisible et non-discriminatoire et prévoit aussi un cadre juridique et institutionnel propice à la coopération s'agissant de la croissance économique, du développement industriel, du plein emploi et des investissements transnationaux. Par ailleurs, une analyse des objectifs fixés par la Charte de La Havane met parfaitement en évidence une dualité quant à la finalité de l'action de l'OIC dédiée à

³⁵¹ Memo, "Outcome of United Nations Conference on Trade and Employment", 18 mars 1948, USNA, RG 43, ITF, box 154. Dans le même sens, Will Clayton, le négociateur chef des États-Unis à la Havane, affirma : « [t]his may well prove to be the greatest step in history toward order and justice in economic relations among the members of the world community and toward a great expansion in the production, distribution, and consumption of goods in the world ». Citations incluses aux pages 301-303 de TOYE, Richard, « Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Trade Organization, 1947-1948 », *The International History Review*, vol. XXV, n° 2, juin 2003, p. 253-305. En tout état de cause, probablement influencée par le Plan Marshall et d'autres développements politiques aux États-Unis, la Charte n'a jamais été ratifiée par le Congrès américain et l'OIC n'a pas vu pas le jour.

l'encouragement de la croissance économique globale par la voie du commerce international mais également le développement industriel, particulièrement des pays peu industrialisés :

« À CET EFFET, [les parties signataires] prennent individuellement et collectivement l'engagement d'encourager les mesures nationales et internationales qui permettront d'atteindre les objectifs ci-après :

1. Assurer une ampleur toujours croissante du revenu réel et de la demande effective, développer la production, la consommation et les échanges des biens, et contribuer ainsi à l'équilibre et à l'expansion de l'économie mondiale.

2. Aider et stimuler le développement industriel ainsi que le développement économique général, particulièrement en ce qui concerne les pays dont le développement industriel est encore à ses débuts, et encourager le mouvement international des capitaux destinés aux investissements productifs.

3. Faciliter à tous les pays l'accès, dans des conditions d'égalité, aux marchés, aux sources d'approvisionnement et aux moyens de production qui sont nécessaires à leur prospérité et à leur développement économique.

4. Favoriser, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, la réduction des tarifs douaniers et des autres entraves au commerce, ainsi que l'élimination des discriminations en matière de commerce international.

5. Permettre aux différents pays, en multipliant les possibilités d'accroissement de leur commerce et de développement de leur économie, d'éviter le recours à des mesures qui pourraient désorganiser le commerce mondial, réduire l'emploi productif ou retarder le progrès économique.

6. Faciliter, grâce au développement de l'entente mutuelle, des consultations et de la coopération, la solution des problèmes intéressant le commerce international dans les domaines de l'emploi, du développement économique, de la politique commerciale, des pratiques commerciales et de la politique des produits de base. »

278. Par comparaison, relevons que seuls les principes posés dans les paragraphes 1, 3 et 4 (en italiques ajoutés ci-dessus) figurent dans le GATT adopté en 1947. On peut ainsi considérer que ce dernier a repris les dispositions qui visent à contrôler et pallier les effets négatifs sur les échanges internationaux des subventions (même si cela s'est fait de façon plutôt légère et peu contraignante initialement) mais sans reprendre celles permettant une

coopération positive en matière d'aides d'État en vue de favoriser le développement industriel et économique (voir le tableau comparatif ci-dessous). Comme on l'a déjà noté, ce choix s'explique par l'objectif très spécifique du GATT qui est de garantir les avantages commerciaux et l'accès aux marchés négociés par les parties contractantes.

Tableau 1 – Dispositions de la Charte de l'OIC les plus pertinentes en matière de subventions et d'aides d'État et leurs dispositions équivalentes dans le GATT

Dispositions les plus pertinentes sur les subventions et les aides d'État	Charte de l'OIC	Dispositions reprises par le GATT
Développement industriel et économique et mesures de coopération	Articles 8 à 10	Sans équivalent dans le GATT tel qu'adopté en 1947 – inclusion de la Partie IV en 1965
Investissements internationaux et moyens de favoriser le développement économique	Articles 11 et 12	Sans équivalent dans le GATT tel qu'adopté en 1947
Aide de l'État en faveur du développement industriel et économique et mesures transitoires	Articles 13 et 14	Article XVIII – considérablement modifié après la révision de 1954-1955
Traitement national et exemption pour les subventions	Article 18	Article III:8
Réglementation des subventions	Articles 25-28	Article XVI – restrictions aux subventions à l'exportation ajoutées partiellement et pour quelques parties contractantes après la révision de 1955-1956
Droits antidumping et compensateurs	Article 34	Article VI
Annulation des avantages du fait des mesures non contraires aux dispositions de la Charte	Articles 93.1(b) et 94	Article XXIII:1b)
Recours contre des « pratiques commerciales restrictives » (monopoles et concurrence)	Articles 46-51	Sans équivalent dans le GATT tel qu'adopté en 1947
Accords intergouvernementaux sur les produits de base	Articles 55-70	Sans équivalent dans le GATT tel qu'adopté en 1947
Relations et coopération avec les Nations Unies	Article 86	Sans équivalent dans le GATT tel qu'adopté en 1947– inclusion de la Partie IV en 1965

Relations avec d'autres organisations intergouvernementales et possibilité d'incorporation dans le système multilatéral	Article 87	Sans équivalent dans le GATT tel qu'adopté en 1947 – inclusion de la Partie IV en 1965

279. Ce qu'il convient surtout de relever au sujet de ce débat est que les pays en développement pensaient trouver dans la Charte de l'OIC un outil rendant possible une coopération positive en matière de développement industriel et économique, y compris par la voie de l'utilisation de subventions ou d'autres mesures protectionnistes. Ainsi, l'absence de dispositions en ce sens dans le GATT tel qu'adopté en 1947 marquera les futures discussions et influera, jusqu'à nos jours, sur la position des pays en développement dans le cadre du système commercial multilatéral.

280. La Charte a toutefois créé une véritable organisation internationale, disposant d'une personnalité juridique propre et de fonctions clairement définies et délimitées. L'OIC a été intégrée au système onusien et la Charte a prévu des dispositions encadrant la relation juridique entre l'OIC et d'autres systèmes de règles. Par exemple, son Article 86, paragraphe 3 a prévu que, malgré les dispositions adoptées et les fonctions exercées par l'OIC, le système commercial multilatéral ne s'immiscerait pas dans les sujets relatifs à la paix internationale, ni dans « des questions d'ordre essentiellement politique » dans le but « d'éviter un conflit d'attributions entre les Nations Unies et l'Organisation ». Peut-être plus intéressant encore, son Article 87 prévoyait déjà une potentielle future coopération avec d'autres institutions économiques (gouvernementales ou non), voire la possibilité d'une intégration ou incorporation d'organisations intergouvernementales plus spécialisées dans le système commercial multilatéral.

281. Enfin, la Charte a aussi prévu une restriction plus importante aux subventions à l'exportation et une coopération accrue en matière de commerce des matières premières et de politiques commerciales affectant les produits agricoles. Le GATT, en revanche, n'a repris qu'un nombre limité de ces dispositions. Pourtant, très tôt durant les décennies suivant l'adoption du GATT, le sujet des subventions reprendra une place centrale dans les débats relatifs à la coopération multilatérale en matière d'échanges internationaux, en prenant deux directions opposées.

282. Premièrement, en Europe, les subventions sont devenues des outils incontournables au regard des efforts de reconstruction des industries dévastées par la guerre qui ont notamment réalisés dans le cadre du Plan Marshall. En effet, les années 1950 et 1960 ont été caractérisées par une intervention croissante de l'État dans l'économie, en tant que moteur et promoteur de la croissance économique. Ce constat a conduit à d'importantes discussions au sein du GATT ainsi qu'à des efforts accrus afin de mieux maîtriser cet outil interventionniste que sont les subventions (voir le prochain chapitre).

283. Deuxièmement, l'échec de l'OIC comme enceinte de coopération internationale en matière de développement économique et industriel a créé une lacune qui sera ultérieurement comblée avec la création de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), l'Organisation des Nations unies pour le développement industriel (ONUDI), ainsi que plusieurs organismes régionaux spécifiquement compétents en matière de développement économique (comme la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes – CEPAL ou la Commission économique pour l'Afrique – CEA).

284. L'absence de dispositions qui auraient permis un débat positif sur les aides d'État visant le développement dans le cadre du système commercial multilatéral a eu des conséquences importantes sur l'évolution des règles commerciales. Il en a été de même au sein des institutions centrant leur action sur le développement économique et industriel. Cependant, comme nous allons l'analyser au cours de notre thèse, ces organismes ont souvent adopté une approche diamétralement opposée à la position retenue par le système commercial multilatéral quant aux bénéfices, dangers et effets extraterritoriaux liés à l'utilisation des subventions.

285. Initialement dénué de cadre juridique permettant de régir les intérêts parfois divergents entre l'ouverture commerciale et l'emploi des subventions aux fins de développement industriel (comme prévu dans la Charte de La Havane), le système commercial multilatéral s'est de plus en plus écarté des débats et prescriptions développées au sein des enceintes de coopération économique internationales et régionales (voir notre

quatrième partie, chapitre 1)³⁵². Cette situation est devenue contradictoire dans la mesure où les membres de l'OMC sont désormais, dans une large mesure, les mêmes que ceux de ces institutions globales. Or, ce jeu de « tir à la corde », entre restriction des règles commerciales et promotion de certains organismes de développement économique, ne nous paraît guère optimal du point de vue de la coopération internationale économique et une source potentielle de gaspillage des ressources publiques. L'objectif de développement économique (et, de nos jours, de développement durable), même s'il est *a priori* partagé par toutes ces institutions, semble effectivement parfois faire l'objet de lectures fondamentalement divergentes quant à l'efficacité et la pertinence des outils de promotion industrielle et des restrictions commerciales.

286. L'OIC ne verra cependant jamais le jour, faute de ratification par de grandes puissances économiques, y compris les États-Unis. Le GATT demeurera ainsi le seul accord multilatéral régissant l'utilisation des subventions pour les décennies suivantes, jusqu'à l'adoption du Code des subventions de Tokyo, et constitue encore de nos jours la base réglementaire internationale des politiques commerciales.

Chapitre 2 : Les dispositions relatives aux subventions dans le cadre de l'OMC

287. Le droit de l'OMC est l'une des branches du droit international les plus développées, tant du point de vue de la nature des textes juridiques, des accords et des décisions adoptés que de l'interprétation de leurs dispositions dans le cadre du système de règlement des différends du GATT puis de l'OMC³⁵³. Une analyse détaillée et exhaustive de toutes les

³⁵² Jusqu'à l'adoption de l'article XXXVIII du GATT en 1965 qui appelle les PARTIES CONTRACTANTES à « tendre à établir en matière de politique commerciale et de politique de développement une collaboration appropriée avec les Nations Unies et leurs organes et institutions, y compris les institutions qui seront éventuellement créées sur la base des recommandations de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement » (formulation qui ressemble un peu à celle d'un paragraphe de la Charte de La Havane).

³⁵³ La création de l'OMC en 1994 s'est accompagnée d'un développement important des procédures de règlement des différends dans le cadre du système multilatéral du commerce. L'un des points les plus importants a été le changement de la procédure d'adoption des décisions prises en cas de différends (« rapports » dans le langage du système multilatéral) d'une procédure par consensus, selon laquelle la partie perdante pouvait toujours bloquer l'adoption de la décision, vers une procédure par « consensus inversé », c'est-à-dire que la décision n'est pas adoptée, et ainsi contraignante, pour les parties à l'affaire seulement si tous les Membres de l'OMC se prononcent contre son adoption, y compris la partie gagnante. Le processus de règlement a aussi été considérablement renforcé et la création d'un Organe d'appel a permis un raffinement de l'analyse juridique

dispositions relatives aux subventions dépassant le champ de notre thèse, nous allons nous concentrer sur une identification des règles les plus pertinentes, celles qui imposent des obligations et limites à l'action étatique, autrement dit, les dispositions qui bornent l'emploi, par les États membres de l'OMC, de cet outil visant à favoriser l'exécution d'objectifs légitimement déterminés dans leurs politiques publiques.

288. Nous allons aussi analyser de quelle manière l'interprétation de ces règles et leur application à des cas concrets, par des groupes spéciaux et par l'Organe d'appel de l'OMC, ont contribué à l'identification de limites générales encadrant la portée des règles multilatérales sur les subventions. Il convient de noter à cet égard que le droit de l'OMC est un corpus juridique vivant et dynamique. Depuis 2014, environ 17 nouveaux rapports ont été publiés chaque année dans le cadre du système de règlement des différends³⁵⁴, apportant des éléments importants d'interprétation de l'Accord SMC ainsi que des dispositions de l'OMC ayant trait aux subventions. Ainsi, une analyse trop détaillée des dispositions dans leur état actuel, parce qu'elles évolueront, serait contre-productive.

289. Notre étude mettra surtout en évidence la différence qui existe entre une définition économique des subventions et la définition réglementaire retenue par le système commercial multilatéral. L'analyse permettra notamment de déterminer les limites d'action des États membres de l'OMC en matière de subventions et de souligner les diverses restrictions prévues en ce qui concerne l'utilisation de cet outil économique en faveur de biens industriels, de biens agricoles et de services.

290. Nous allons ainsi commencer par l'étude des dispositions les plus pertinentes du GATT en la matière (section 1) en relevant certains éléments particulièrement intéressants

des dispositions, un renforcement des compétences juridiques, ainsi que plus de stabilité et de prédictibilité juridiques du système. Sur le sujet, voir LACARTE-MURÓ, Julio et PIÉROLA CASTRO, Fernando, « Comparing the WTO and GATT Dispute Settlement Mechanisms: What was accomplished in the Uruguay round ? », in LACARTE-MURÓ Julio et GRANADOS, Jaime (eds.), *Inter-governmental Trade Dispute settlement: Multilateral and Regional Approaches*, Cameron May, 2004, p. 31-60 et BURDA, Julien « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : Vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *Revue québécoise de droit international*, vol. 18, n° 2, 2005, p. 1-37. Voir aussi les remarques de Jackson sur le sujet lors de son entretien avec le Secrétariat de l'OMC en 2012, disponible sur : < <https://youtu.be/Ef0e6bbRRSs>>, dernier accès le 21.03.19.

³⁵⁴ Rapports des groupes spéciaux et/ou Organe d'appel dans le cadre des nouveaux différends ou au cadre de la procédure de mise en conformité des différends déjà tranchés (Article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends).

quant à cette réglementation, comme, par exemple, la réforme des dispositions relatives aux aides d'État pour le développement (Article XVIII) ou l'adoption de la Partie IV du GATT sur le commerce et le développement. Puis, nous allons nous concentrer sur une étude de la réglementation multilatérale adoptée après le cycle de négociations d'Uruguay et la création de l'OMC à travers plusieurs accords : l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC – section 2), l'Accord sur l'agriculture (section 3), l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC – section 4:1), et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS – section 4:2).

Section 1 : Les dispositions les plus pertinentes du GATT relatives aux subventions

291. Bien que les règles du GATT relatives aux subventions ne soient pas très étendues ni particulièrement élaborées, le principe de non-discrimination et ses dispositions connexes imposent de véritables restrictions aux subventions visant à favoriser le développement durable, surtout s'agissant de certaines modalités de subventions « vertes » largement employées de nos jours (par exemple, un programme de tarifs de rachat garantis pour l'énergie renouvelable avec des prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale).

292. Nous allons par ailleurs tenter de préciser les conséquences juridiques et politiques de certaines interprétations des dispositions du GATT en nous concentrant sur les plus pertinentes au regard de notre analyse des subventions versées suivant des objectifs de développement durable. Pour ce faire, nous délimiterons, dans un premier temps, les règles applicables avant, dans un second temps, d'en relever les exceptions.

293. Comme nous allons le voir, durant les décennies qui ont suivi l'adoption du GATT, de nouvelles dispositions applicables aux politiques industrielles ont été ajoutées à ce dernier dans l'objectif de préciser la relation entre le système commercial multilatéral de règles et les mesures prises pour le développement industriel et économique. Dans le même temps, et peut-être paradoxalement, les règles spécifiques aux subventions ont été graduellement renforcées. Le résultat final de ces évolutions est un système complexe caractérisé par de multiples obligations et exceptions, cela sans que n'ait véritablement été organisé un débat

approfondi portant sur l'efficacité et la pertinence des mesures proposées ni mis en place une enceinte appropriée pour ce faire.

Paragraphe 1 : Article VI - reconnaissance du droit d'imposer des mesures antidumping et droits compensatoires

294. L'Article VI du GATT reproduit les dispositions relatives aux mesures antidumping et aux droits compensatoires de l'Article 34 de la Charte de La Havane. À la condition du respect de certaines restrictions, l'article reconnaît le droit des parties contractantes d'adopter des mesures unilatérales en vue de neutraliser un dumping ou une subvention qui « cause ou menace de causer un dommage important » (« *material injury* ») à une branche de production nationale établie ou qui « retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale ».

295. Comme nous l'avons déjà relevé, cette possibilité ouverte aux États est un élément essentiel du système commercial multilatéral au regard de l'échec des efforts interétatiques visant depuis plus d'un siècle à contrecarrer collectivement l'effet négatif des primes à la production et à l'exportation sur les échanges internationaux. En résumé, l'Article VI introduit un élément essentiellement unilatéral dans un cadre multilatéral. Ainsi, accompagnant le développement de cette pratique unilatérale et la reconnaissance de sa légitimité, le système multilatéral se contentera d'imposer des limitations et obligations procédurales quant à l'utilisation de ces types de mesures. Essentiellement, il s'agit de limitations portant sur le montant maximum des droits compensateurs et déterminant un effet commercial négatif minimum permettant leur emploi afin d'éviter des abus.

296. Par ailleurs, il convient de noter que le paragraphe 6 b) de l'Article VI permet aux PARTIES CONTRACTANTES³⁵⁵, de manière collective, d'accorder à une partie contractante la possibilité d'imposer des droits antidumping ou compensateurs aux importations sur son territoire, quand bien même celles-ci ne causeraient ou ne menaceraient

³⁵⁵ Dans le langage du droit du GATT, la référence aux « PARTIES CONTRACTANTES » en majuscules signifie les parties contractantes du GATT prise dans leur ensemble (Article XXV du GATT). Cette distinction est utilisée tout au long de l'Accord et était nécessaire dans la mesure où celui-ci n'avait pas de personnalité juridique propre, car il sera intégré au cadre de la Charte de l'OIC et donc relèvera de la personnalité juridique de cette organisation une fois créée.

pas de causer un dommage important à une branche de production sur son territoire, mais plutôt sur le territoire d'un autre exportateur de ce produit.

297. Cette disposition reprend l'esprit des mesures prévues dans le cadre de la Convention de Bruxelles sur le commerce des produits sucriers qui imposaient aux parties contractantes l'adoption de mesures compensatoires contre des importations subventionnées même si leur propre économie n'était pas négativement affectée (voir la section 1 du chapitre précédent). L'objectif de cette disposition serait de protéger les intérêts (et droits commerciaux négociés) des parties contractantes tierces. Cependant, si dans le cadre de la Convention de Bruxelles, la Commission permanente avait le pouvoir d'imposer à la partie contractante importatrice l'application de telles mesures compensatoires, dans le cadre du GATT, non seulement les PARTIES CONTRACTANTES doivent avaliser la demande d'imposition des droits mais la demande elle-même doit être faite par la partie contractante importatrice³⁵⁶.

298. Néanmoins, alors qu'au cours des quelques années d'application de la Convention de Bruxelles, la Commission a imposé la mise en œuvre de plusieurs droits compensateurs à ses parties contractantes, aucune demande semblable n'a jamais été adressée aux PARTIES CONTRACTANTES (ou à l'OMC) depuis l'adoption du GATT.

³⁵⁶ Il est intéressant de noter qu'au cours de la session de révision de 1954-1955 plusieurs parties contractantes ont proposé des réformes importantes à ce mécanisme. Par exemple, l'Australie et la Nouvelle Zélande ont proposé de supprimer l'exigence d'approbation préalable des PARTIES CONTRACTANTES pour l'imposition de mesures compensatoires en faveur de tierces parties. Les Pays-Bas ont pour leur part proposé de consacrer aux PARTIES CONTRACTANTES le droit d'imposer à une partie contractante de mettre en place des droits compensateurs ou droits anti-dumping, à l'image de la prérogative de la Commission de la Convention de Bruxelles. Aucune de ces propositions n'ont cependant été retenues. Les réformes finalement approuvées à la fin de la session de révision (et entrées en vigueur en 1957) ont ajouté la deuxième phrase du présent paragraphe 6(b) ainsi que le paragraphe 6(c) de l'Article VI du GATT. L'ajout au paragraphe 6(b) renforce le rôle des PARTIES CONTRACTANTES en ce qui concerne les droits compensateurs et confirme qu'elles « autoriseront la perception d'un droit compensateur dans les cas où *elles constateront* qu'une subvention cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production d'une autre partie contractante exportant le produit en question sur le territoire de la partie contractante importatrice » (accentuation ajoutée). L'ajout au paragraphe 6(c) prévoit la possibilité d'imposer des droits compensateurs avant l'autorisation des PARTIES CONTRACTANTES « dans des circonstances exceptionnelles où tout retard pourrait causer un tort difficilement réparable. » Voir GATT, *Rapport du groupe de travail n° III (Révision) - Entraves au commerce autres que les restrictions quantitatives ou les tarifs douaniers*, L/334, 1^{er} mars 1955.

Paragraphe 2 : Article XVI - dispositions spécifiques relatives aux subventions

A. Article XVI, Section A : Subventions en général – transparence

299. Le GATT, tel qu'adopté en octobre de 1947, ne contenait que peu de dispositions portant directement sur les subventions. Ainsi, s'agissant notamment du contrôle des *subventions affectant les échanges* (Articles 25 à 28 de la Charte de La Havane), l'Article XVI du GATT dans sa version originale n'a reproduit que l'Article 25 du Projet de Genève (Article XV:1 du GATT actuel). Cette disposition, qui était déjà incluse dans la proposition originale des États-Unis pour la Charte de l'OIC, et qui est toujours en vigueur aujourd'hui, établit deux obligations quant aux « subventions en général » :

- i) notification par écrit de l'importance, nature, effets et justification de toute subvention (y compris toute forme de soutien des prix) qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations ou de réduire les importations d'une partie contractante ;
- ii) au cas où cette subvention cause ou menace de causer un *préjudice grave* (« *serious prejudice* ») aux intérêts d'une autre partie contractante, la partie contractante qui l'accorde « examinera, lorsqu'elle y sera invitée », avec les parties contractantes intéressées ou avec les PARTIES CONTRACTANTES, « la possibilité de limiter la subvention » (italiques ajoutés).

300. On peut alors noter que la notion de subvention est assez large et l'étendue de l'obligation de transparence relativement importante. Les parties contractantes du GATT sont obligées de notifier, en détail, toute « subvention » qui a « directement ou indirectement » pour effet d'affecter les échanges³⁵⁷. Or, il convient de relever que le GATT ne propose pas de définition juridique du terme « subvention ». En effet, la notion de

³⁵⁷ En 1962, la périodicité des notifications « complètes » des subventions a été établie à chaque 3 ans, complétées par des notifications annuelles de nouvelles subventions (GATT, *Procedures for Notifications and Reviews under Article XVI:1*, 11S/58, 1962). Une décision du Comité des subventions et des mesures compensatoires a modifié la périodicité à chaque 2 ans à présent, y compris pour les nouvelles obligations de transparence introduites par l'Accord SMC (OMC, Minutes des réunions du Comité SMC du 8 mai 2003 et du 3 août 2005, G/SCM/M/46, para. 43, et G/SCM/M/53, para. 35).

« subvention » de l'Article XVI n'a jamais été clairement définie. Le Groupe spécial établi en 1959 pour analyser l'évolution de l'utilisation des subventions depuis l'adoption du GATT et l'efficacité de l'Article XVI (« Groupe spécial des subventions ») a toutefois noté sur le sujet :

« Le Groupe ne voit ni la nécessité ni la possibilité de rechercher une interprétation commune de ce qui constitue une subvention. Il serait probablement impossible d'arriver à une définition qui engloberait, à l'exclusion de toute autre, toutes les mesures que le terme employé à l'article XVI devait recouvrir dans la pensée des auteurs »³⁵⁸.

301. Au cours des années d'application du GATT, plutôt que de développer une définition juridique du terme, les parties contractantes se sont ainsi concentrées sur une identification des « types » spécifiques de subventions qui pourraient affecter le commerce et/ou être considérées comme des « formes de soutien de prix », au cas par cas.

302. Cependant, comme nous l'examinerons plus loin, l'Accord SMC a établi une définition propre de la « subvention ». En effet, pour qu'une mesure soit considérée comme constituant une subvention au regard de l'Accord, celle-ci doit obligatoirement contenir certains éléments et être notifiée. Les notions de « bénéfice » et de « spécificité » sont ici particulièrement pertinentes. Or, la question de savoir si cette définition s'applique aussi au terme « subvention » tel qu'employé dans le GATT ne reçoit pas de réponse claire. D'une part, on pourrait considérer que l'Accord SMC est un « traité successif portant sur la même matière » que le GATT. Dans ce cas, le principe de la *lex posteriori* tel qu'il est inscrit à l'Article 30, paragraphe 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (« Convention de Vienne ») s'appliquerait et la définition de la « subvention » de l'Accord SMC s'imposerait dans le cadre de l'application du GATT, limitant ainsi la notion à ses contours établis par l'accord postérieur³⁵⁹.

³⁵⁸ GATT, *Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961, para. 25.

³⁵⁹ Article 30, paragraphe 3 de la Convention de Vienne :

« 3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ».

303. D'autre part, l'Accord SMC pourrait être considéré comme un « guide » pour l'interprétation du GATT, soit en tant « qu'accord [ou instrument] ayant [un] rapport » avec le GATT (Article 31, paragraphe 2 a) et b) de la Convention de Vienne), soit en tant « qu'accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet ... de l'application » des dispositions du GATT (Article 31, paragraphe 3 a) de la Convention de Vienne)³⁶⁰. Dans ce cas, la définition de la « subvention » de l'ASCM servirait d'élément interprétatif pour la mise en œuvre de l'Article XVI du GATT, limitant aussi son champ d'application. Une telle interprétation pourrait être corroborée par le fait que le texte prédécesseur, le Code sur les subventions et droits compensateurs de Tokyo, établissait clairement sa relation avec l'Article XVI du GATT – il était effectivement qualifié d'*Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII du GATT*.

304. Or, le Code de Tokyo ne proposait pas de définition de la « subvention ». L'ASCM, pour sa part, n'offre pas de connexion textuelle très claire quant à la définition de la « subvention » telle que mentionnée dans l'accord, son champ d'application et les dispositions correspondantes du GATT³⁶¹. Il se limite effectivement à des références très précises aux dispositions du GATT pour certaines obligations (comme, par exemple, la définition des mesures de « soutien des revenus ou des prix » – article 1.1a)2) – ou pour l'interprétation de l'expression « préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre » (note de bas de page 13). Cela dit, certains auteurs identifient dans l'Article 32.1 un lien textuel et

³⁶⁰ Article 31, paragraphes 2 a) et b) et 3 a) de la Convention de Vienne :

« 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;

b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;... ».

³⁶¹ Exception faite des mesures compensatoires pour lesquels l'Article 10 de l'Accord SMC établit ce qui suit :
« Article 10 : Application de l'article VI du GATT de 1994

Les Membres prendront toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'imposition d'un droit compensateur à l'égard de tout produit du territoire d'un Membre qui serait importé sur le territoire d'un autre Membre soit conforme aux dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et aux conditions énoncées dans le présent accord. Il ne pourra être imposé de droits compensateurs qu'à la suite d'enquêtes ouvertes et menées en conformité avec les dispositions du présent accord et de l'Accord sur l'agriculture ».

rationnel qui imposerait une interprétation « harmonieuse » et holistique des deux corpus juridiques, y compris en ce qui concerne l'applicabilité de l'Article XX du GATT aux dispositions de l'Accord SMC³⁶². L'Article 32.1 établit ainsi qu' :

« 32.1 Il ne pourra être prise aucune mesure particulière contre une subvention accordée par un autre Membre, si ce n'est conformément aux dispositions du GATT de 1994, *tel qu'il est interprété par le présent accord* »(italiques ajoutées).

305. La note interprétative générale relative à l'Annexe 1A (« Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises ») de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC (« Accord sur l'OMC ») pourrait être aussi évoquée pour étayer l'interprétation que la définition de subvention de l'Accord SMC emporte sur celle du GATT.

« En cas de conflit entre une disposition d[u GATT] et une disposition d'un autre accord figurant à l'Annexe 1A de l'[Accord sur l'OMC], *la disposition de l'autre accord prévaudra* dans la limite du conflit »(italiques ajoutées).

306. Nous aurons l'occasion de revenir sur le sujet, cependant il est d'ores et déjà important ici de tenir compte de l'approche retenue par l'Organe d'appel quant à la relation juridique entre les dispositions des différents accords de l'OMC. Comme on le verra à plusieurs reprises tout au long de notre étude, plutôt que de se fier aux principes *lex posteriori* ou *lex specialis*, l'Organe d'appel s'est davantage fondé sur le principe d'interprétation du droit international dit de *l'effet utile*³⁶³. En effet, selon l'Organe d'appel, l'interprétation des disciplines internationales « doit donner sens et effet à tous les termes d'un traité. Un

³⁶² Voir par exemple, TRACHTMAN, Joel P., « WTO Law Constraints on Border Tax Adjustment and Tax Credit Mechanisms to Reduce the Competitive Effects of Carbon Taxes », *National Tax Journal*, vol. 70, n° 2, 2017, p. 491. Voir notre débat approfondi sur le sujet dans le chapitre 1 de la quatrième partie de notre thèse.

³⁶³ Ainsi que déduit par l'Organe d'appel de la règle établie à l'Article 31 de la Convention de Vienne selon laquelle il convient d'interpréter un accord eu égard à son *contexte*. Voir Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 18-19. Voir aussi l'Affaire *Japon – Boissons alcooliques II* à l'occasion de laquelle l'Organe d'appel affirme qu'un « principe fondamental de l'interprétation des traités découlant de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 est celui de l'effet utile (*ut res magis valeat quam pereat*). » Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, p. 14. Enfin, voir aussi l'invocation du principe par l'Organe d'appel dans les affaires suivantes : Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, 16 janvier 2003, para. 271 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999, para. 81 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Produits laitiers*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, 13 octobre 1999, para.133 ; et Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Terres rares*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014, para. 5.135.

interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité »³⁶⁴.

307. De ce fait, lorsque l'Organe d'appel a dû analyser la relation entre différentes règles des Accords de l'OMC et au lieu de déterminer celle qui prévaudrait ou bien quels termes juridiques s'appliqueraient en priorité à la situation d'espèce, il a de préférence procédé à une interprétation garantissant l'application effective et simultanée des obligations découlant des différents accords ou règles spécifiques applicables. Par exemple, s'agissant des obligations de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'agriculture, l'Organe d'appel a affirmé que leurs dispositions font « *tou[te]s deux "partie intégrante" du même traité, l'Accord sur l'OMC, et sont "contraignant[e]s pour tous les Membres" » ... et « celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à toutes, harmonieusement »*³⁶⁵. Ainsi, dans le cadre de l'OMC, les obligations prévues dans les différents accords s'appliquent « *de manière cumulative »*³⁶⁶. À cet effet, il convient de noter que la note interprétative à l'Article 32.1 de l'Accord SCM *supra cité* établit que la « disposition ne vise pas à empêcher que des mesures soient prises, selon qu'il sera approprié, au titre d'autres dispositions pertinentes du GATT de 1994. »

308. Nous aurons l'occasion de revenir sur le sujet de la relation normative entre les différents accords de l'OMC et l'approche retenue par l'Organe d'appel à l'occasion de notre analyse de la portée de l'objectif de développement durable et des exceptions de l'Article XX du GATT sur les règles de l'OMC régissant les subventions. Il convient toutefois ici de noter brièvement que l'Organe d'appel a déjà eu l'occasion de se prononcer de manière spécifique sur le lien entre les règles de l'Accord SCM et l'Article XVI du GATT. En effet, dans l'affaire *États-Unis – Traitement fiscal des “sociétés de ventes à l'étranger”* (États-

³⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 25-26. Pour une analyse de l'application du principe de l'effet utile par l'Organe d'appel, voir, entre autres, CAMERON, James et GRAY, Kevin R., « Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 256-258.

³⁶⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, para. 549. Voir aussi Rapport de l'Organe d'appel, *Argentine – Chaussures (CE)*, WT/DS121/AB/R, 14 décembre 1999, paras. 81 et 95. Sur la relation entre les obligations de l'Accord SMC et celles de l'Accord sur l'agriculture, voir la section 3:3 du présent chapitre ci-dessous.

³⁶⁶ Voir, en particulier, l'examen par l'Organe d'appel de la relation entre les obligations sur les sauvegardes dans le cadre du GATT et l'Accord sur les sauvegardes dans le Rapport de l'Organe d'appel, *Argentine – Chaussures (CE)*, WT/DS121/AB/R, 14 décembre 1999, paras. 81-89.

Unis – FSC), lors de son analyse de la portée d'une « décision » au regard de l'Article XVI du GATT quant à l'interprétation de l'expression « subvention à l'exportation » de l'Accord SMC, l'Organe d'appel a affirmé :

« [L]es dispositions de l'Accord SMC ne donnent pas d'indication précise quant au rapport entre les dispositions en matière de subventions à l'exportation de l'Accord SMC et l'article XVI:4 du GATT de 1994. En l'absence de toute orientation textuelle spécifique, nous devons déterminer le rapport entre les articles 1.1 a) 1) et 3.1 a) de l'Accord SMC et l'article XVI:4 du GATT de 1994 sur la base des textes de l'ensemble des dispositions pertinentes. Même un examen rapide de l'article XVI:4 du GATT de 1994 montre que celui-ci est extrêmement différent des dispositions en matière de subventions de l'Accord SMC (...) Pour commencer, *l'Accord SMC contient une définition expresse du terme "subvention" qui ne figure pas à l'article XVI:4*. En fait, comme nous l'avons noté précédemment, l'Accord SMC énonce un vaste ensemble de nouvelles disciplines en matière de subventions à l'exportation qui va "largement au-delà de la simple application et de la simple interprétation des articles VI, XVI et XXIII du GATT de 1947". ... Ainsi, *le fait de savoir si une mesure est ou non une subvention à l'exportation au sens de l'article XVI:4 du GATT de 1947 ne donne aucune orientation permettant de déterminer si cette mesure est une subvention à l'exportation prohibée au sens de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC.* »³⁶⁷ (notes de bas de page omises, accentuations ajoutées)

309. Si la définition de la « subvention à l'exportation » de l'Article XVI du GATT ne « donne aucune orientation » pour l'interprétation de la notion dans le cadre de l'Accord SMC en raison des différences importantes entre les dispositions pertinentes et le champ d'application distinct de chaque accord, l'inverse doit aussi être vrai, à tout le moins en ce qu'il impliquerait une interprétation *restrictive* de la notion de subvention et du champ d'application de l'Article XVI du GATT³⁶⁸. Il nous semble ainsi plausible d'accepter que la

³⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – FSC*, WT/DS108/AB/R, para. 117.

³⁶⁸ Le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Coton upland* semble avoir adopté une approche différente de celle de l'Organe d'appel. Dans ce rapport, le Groupe spécial considéra en effet que « l'article XVI:3 ne s'applique qu'aux subventions à l'exportation telles qu'elles sont maintenant définies dans l'Accord sur l'agriculture et l'Accord SMC » (Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Coton upland*, WT/DS267/R, para. 7.1016). Le Groupe spécial cherchait à répondre à l'argument du Brésil selon lequel l'article XVI:3 créait de nouvelles obligations par rapport à tout type de subvention. D'après le Groupe spécial, le fait que l'article XVI:3 était placé sous la section B intitulée « Dispositions additionnelles relatives aux subventions à l'exportation », ainsi que l'adoption de l'Accord sur l'agriculture et de l'Accord SMC, indiquaient que cette disposition était limitée aux « subventions à l'exportation ». Cet argument nous paraît davantage logique et pertinent dans la mesure où si l'interprétation brésilienne était acceptée, il s'agirait d'une restriction aux subventions « en

définition de la « subvention » de l'Article XVI soit plus large que celle retenue dans l'Accord SMC³⁶⁹ (ou l'Accord sur l'agriculture et tout autre accord de l'OMC), établissant ainsi des obligations singulières et relativement indépendantes de celles prévues par les autres accords de l'OMC³⁷⁰.

310. La remarque est encore plus pertinente en matière d'obligation de transparence quant à des subventions à la consommation, non-spécifiques ou de caractère horizontal ayant une incidence importante sur l'environnement telles que les subventions aux combustibles fossiles ou aux pêcheries. Si la définition de la « subvention » de l'Accord SMC primait celles du GATT, il est probable que la majorité de ces subventions échapperaient à l'obligation de transparence dans le cadre du système multilatéral³⁷¹. Pourtant, comme nous aurons l'occasion d'en discuter dans le chapitre 3 de notre quatrième partie, le besoin de transparence accrue est l'un des facteurs clés des efforts réformateurs entrepris à l'égard de

général » qui irait à l'encontre du droit d'accorder des subventions domestiques à la production agricole nationale, un droit expressément reconnu par l'Accord sur l'agriculture (soutien interne). Il s'agirait donc d'un potentiel conflit direct entre les règles des accords de l'OMC, régi par l'article 21:1 de l'Accord sur l'agriculture et par la Note interprétative générale relative à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC. En tout état de cause, il ne nous paraît pas correct d'étendre la portée de cette analyse pour considérer, d'une manière générale, qu'après l'adoption de l'Accord sur l'agriculture et de l'Accord SMC le concept de « subvention » du GATT est restreint à ce qui est énoncé dans ces deux accords. Comme nous allons le voir, il est parfaitement possible d'interpréter les obligations introduites par tous ces accords de manière harmonieuse, cumulative et complémentaire. Le Groupe spécial semble reconnaître cette éventualité (para. 7.1003).

³⁶⁹ L'Organe d'appel, dans l'affaire *Brésil – Taxation*, semble avoir confirmé cette différenciation, à la majorité des voix, quand il a refusé l'argument du Brésil selon lequel la définition de la subvention de l'Accord SMC s'imposait sur celle du GATT (Article III:8). Un Membre de l'Organe d'appel, même s'il était d'accord avec la décision finale du groupe, s'est cependant dissocié de la décision, notamment en ce qui concerne la portée de la définition de la subvention de l'Accord SMC pour celle du GATT. Pour ce Membre :

« Eu égard aux liens textuels entre la définition d'une subvention établie à l'article 1.1 de l'Accord SMC et les dispositions du GATT de 1994 traitant des subventions, ainsi qu'à l'objet et au but de l'Accord SMC et à sa relation avec le GATT de 1994, je ne vois pas de raison pour laquelle le terme "subventions" dans le cadre du GATT de 1994, y compris l'article III:8 b) devrait avoir un sens différent de la définition d'une subvention établie à l'article 1.1 de l'Accord SMC. » (Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, para. 5.128)

³⁷⁰ Il convient de noter que le Secrétariat de l'OMC ne semble pas avoir une position très claire sur le sujet. Selon le « Manuel de coopération technique concernant les prescriptions en matière de notification prévues par l'Accord SMC », les Membres de l'OMC sont censés notifier « toute subvention définie par l'Accord [SMC] » quand celles-ci sont spécifiques (Article 25.2 de l'Accord SMC). Il rajoute qu'« [e]n outre, l'art. XVI: 1 du GATT prescrit la notification de toute subvention (spécifique ou non) qui a directement ou indirectement des effets sur le commerce ». Voir OMC, *Manuel de coopération technique concernant les prescriptions en matière de notification prévues par l'Accord SMC*, révision de mai 2019, p. 3, disponible sur <https://www.wto.org/french/tratop_f/scm_f/scm_notification_handbook_f.pdf>, dernier accès le 18.12.2020.

³⁷¹ Voir, par exemple, CASIER, Liesbeth, FRASER, Robin, HALLE, Mark et WOLFE, Robert, *Shining a Light on Fossil Fuel Subsidies at the WTO: How NGOs can contribute to WTO notification and Surveillance*, GSI Report, IISD, janvier 2014, 29 p.

ce type de subvention. L'application effective de la disposition relative à la transparence de l'Article XVI du GATT pourrait ainsi jouer un rôle important en la matière³⁷².

311. En tout état de cause, il importe de noter que l'absence d'éléments précis de définition de la subvention dans le GATT permet une interprétation large du terme. Cela semble d'ailleurs être l'approche retenue par plusieurs groupes spéciaux, groupes de travail et des affaires qui ont abordé le sujet au regard de l'application du GATT pendant des décennies jusqu'à la création de l'OMC³⁷³. Dans ces instances, plutôt que de se concentrer sur le fait de savoir si les mesures en question adoptées par la partie contractante pouvaient être considérées comme des « subventions » au regard du GATT, les participants se sont davantage demandé si celles-ci affecteraient les échanges.

312. Cependant, aucun point de repère concernant l'effet sur le commerce qui entraînerait l'obligation de notifier une subvention n'a jamais été défini. L'Article XVI:1 soumet à notification toute subvention qui a « directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations ... ou de réduire les importations ». Dès lors, en théorie, n'importe quel effet pourrait donner lieu à une obligation de transparence prenant la forme d'une notification, indépendamment de son importance. Certainement, cet effet est moins important que celui donnant droit à une partie contractante affectée de demander des consultations, c'est-à-dire un « préjudice grave » à ses intérêts commerciaux. Selon le Groupe spécial des subventions, l'effet d'accroissement des exportations ou de réduction des importations serait un exercice théorique, et non pragmatique, qui consisterait à déterminer quelle serait la situation « à défaut de subvention » - c'est-à-dire, quels seraient les flux d'importation et d'exportation dans le cas hypothétique d'absence de mesure de soutien³⁷⁴. Ce type d'analyse aboutit

³⁷² En effet, le texte de l'Article 25.10 de l'Accord SMC semble indiquer l'intention des Membres de l'OMC d'assurer le respect des obligations de transparence par rapport aux subventions dans le cadre des deux accords. En effet, l'article stipule :

« Tout Membre qui estimera *qu'une mesure* d'un autre Membre qui a les effets d'une subvention n'a pas été notifiée conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article XVI du GATT de 1994 et à celles du présent article pourra porter la question à l'attention de cet autre Membre. Si la subvention alléguée n'est pas ensuite notifiée dans les moindres délais, le Membre pourra la porter lui-même à l'attention du Comité. » (italiques ajoutées)

³⁷³ Voir le tableau 2 ci-dessous mentionnant une liste non exhaustive de ces instances.

³⁷⁴ GATT, *Rapport sur les subventions*, Groupe spécial des subventions et du commerce d'État, L/1160, 23 mars 1960, paras. 9 et 10.

forcément à une conclusion presque automatique sur les effets commerciaux des subventions à la production :

« De l'avis du groupe, il est légitime de supposer qu'une subvention qui stimule la production aura pour résultat, en l'absence de mesures de compensation telles qu'une subvention à la consommation, d'accroître les exportations ou de réduire les importations »³⁷⁵.

313. Par conséquent, n'importe quelle subvention à la production qui réussit à encourager la production interne sans pour autant avoir un impact sur les échanges, celui-ci étant « neutralisé » par d'autres mesures, doit être notifiée à l'OMC. Étant donné la définition très large de la « subvention » de l'article XVI du GATT, on peut s'attendre à ce qu'en pratique, en tenant compte des leçons économiques étudiées dans la première partie de la thèse, un très grand nombre de parties contractantes du GATT aient une ou plusieurs mesures à notifier. Or, la notification effective de mesures de soutien à la production par les parties contractantes du GATT est un défi pour le système commercial multilatéral depuis sa création³⁷⁶. Il s'agit encore de nos jours de l'un des problèmes les plus importants identifiés par les États membres de l'OMC.

B. Article XVI, Section A: Subventions en général – consultations sur les subventions causant un « préjudice grave »

314. Bien que l'obligation de transparence établie par l'Article XVI:1, première phrase, soit importante et étendue, les conséquences de l'adoption d'une subvention par une partie contractante sont assez limitées. Selon l'Article XVI:1, deuxième phrase, la partie contractante qui met en place un programme de subventions n'est en effet *invitée* à consulter

³⁷⁵ *Ibidem*, para. 10. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *CCE – Oléagineux I* s'est basé sur cette interprétation pour confirmer la « supposition » qu'une « subvention qui stimule la production aura pour résultat... d'accroître les exportations ou de réduire les importations », contrairement à l'argument de la CEE. Le rapport du Groupe spécial a été adopté. Rapport du Groupe spécial, *CCE – Oléagineux I*, L/6627 – 37S/86, 25 janvier 1990, para. 154.

³⁷⁶ Déjà en 1961, le Groupe spécial des subventions avait noté dans son Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI que « [l']article XVI, qui vise à assurer aux PARTIES CONTRACTANTES une connaissance exacte de la nature et de l'étendue des subventions pratiquées par les divers pays, a manqué partiellement son but du fait que certaines parties contractantes se sont abstenues de notifier les subventions qu'elles versent. » Le Groupe spécial avait aussi relevé que « moins de la moitié des parties contractantes ont présenté des notifications » et que « certains de ces pays appliquent des subventions ». Le Brésil et la France figuraient parmi les pays n'ayant pas notifié leurs subventions. Voir GATT, *Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961.

les parties affectées, ou collectivement les PARTIES CONTRACTANTES, que si son programme cause ou menace de causer un *préjudice grave*³⁷⁷ aux intérêts commerciaux d'autres parties³⁷⁸. De plus, c'est la partie contractante accordant la subvention qui examine la possibilité de limiter la subvention. Dès lors, il est difficile de déterminer si la partie est obligée d'accepter cette « invitation » ou si, en conséquence des débats, elle serait obligée de limiter la subvention. La souplesse du texte implique plutôt un comportement de bonne foi de la part des parties.

315. Indépendamment de l'objectif originel des parties contractantes du GATT, la pratique démontre que l'Article XVI:1 et son mécanisme de consultation n'ont pas réussi à offrir une voie efficace de règlement des litiges engendrés par des subventions affectant les flux commerciaux. Les parties contractantes n'ont eu recours à des consultations dans le cadre du mécanisme de l'Article XVI:1 que *six fois* de 1947 à 1973, et seulement à de rares occasions depuis lors³⁷⁹. De plus, la plupart des consultations ont eu lieu entre 1950 et 1958 et ont concerné des subventions à l'exportation de produits agricoles.

316. L'absence d'obligation claire de résultat et le constat que ces consultations n'ont dans aucun cas conduit à l'abandon de la subvention en question³⁸⁰ peuvent expliquer le fait que le mécanisme, pourtant toujours en vigueur, ne semble pas vraiment être considéré comme une option viable par les États membres de l'OMC.

³⁷⁷ Plusieurs affaires qui ont été traitées dans le cadre du GATT ont permis de préciser des éléments d'analyse à propos de l'expression « préjudice grave » (voir par exemple l'affaire *CE – Exportations de sucre (Australie)*, L/4833) que l'Accord SMC a par ailleurs développé en détail. Précisément, la note de bas de page 13 de l'Accord SMC lie directement l'expression utilisée aux deux accords. Nous allons discuter de sa définition dans le cadre de la section suivante.

³⁷⁸ Il est intéressant de noter que l'Article VI du GATT permet la neutralisation d'un potentiel « dommage important » à l'industrie nationale causé par une subvention (préoccupation économique et sociale) tandis que l'Article XVI tend plutôt à parer à un « préjudice grave » aux intérêts commerciaux des parties contractantes. Comme on le verra plus loin, l'Accord SMC adopté en 1994 intégrera les deux notions et inclura celle d'annulation ou compromis des « avantages résultant directement ou indirectement du GATT », une notion déjà prévue à l'Article XXIII du GATT de 1947.

³⁷⁹ Voir GATT, *Droit compensateurs et subventions intérieurs qui stimulent les exportations*, Groupe de travail 1 sur les obstacles non tarifaires, note d'information du secrétariat, GATT, COM.IND/W/98, 14 mars 1973, para. 5.

³⁸⁰ Voir l'analyse des six consultations par le Groupe spécial des subventions : GATT, *Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961. Voir aussi le tableau 2 ci-dessous qui résume ces consultations.

Tableau 2 – Consultations réalisées dans le cadre de la procédure spéciale prévue par l’Article XVI:1 du GATT (1947) entre 1947 et 1973

	Plaignant	Défendeur	Mesure	Solution
1950	Chili	Australie	Subvention au nitrate de sodium	Accord entre les parties
1952	Grèce	États-Unis	Subventions à l’exportation de raisins de Smyrne	Réduction « légère » de la subvention
1955	Italie et Union Sud-Africaine	États-Unis	Subventions à l’exportation d’oranges	Réduction de la subvention de 75 à 50 cents par caisse
1956	Danemark	États-Unis	Subvention à l’exportation de volailles	Aucun résultat notifié
1957	Danemark et autres ³⁸¹	Royaume-Uni	Subvention à la production d’œufs	Mesure adoptée pour éviter le détournement des marchés ciblés
1958	Australie	France	Subvention à l’exportation de blé et de farine de blé	Accord entre les parties

317. Les débats qui ont eu lieu dans le cadre du Conseil du GATT en novembre 1980 sur le programme de subventionnement des exportations de sucre des Communautés économiques européennes (CEE) est illustratif des défis attachés à l’application des règles introduites par l’Article XVI:1 du GATT. Selon l’Australie, avec le soutien du Brésil et d’autres parties affectées, l’objectif de cette disposition serait d’obtenir de la partie contractante qui maintient une subvention une présentation des actions envisagées pour annuler le « préjudice grave » identifié³⁸². Selon les CEE, en revanche, les parties contractantes n’avaient « aucune obligation sous l’Article XVI:1 » de limiter les subventions. De plus, d’après les CEE, si les parties contractantes n’arrivaient pas à se mettre d’accord sur une éventuelle limitation de la subvention, l’Article XVI:1 ne prévoyait aucune conséquence et les plaignants devaient avoir recours à d’autres mécanismes du GATT³⁸³.

318. Les parties ne se sont pas mises d’accord et, à défaut de compromis, la position des CEE semble s’être imposée³⁸⁴. Cette interprétation nous paraît cohérente avec l’objectif des négociateurs du GATT/OIC de laisser une large marge de manœuvre aux États pour

³⁸¹ Pays-Bas, Belgique, Suède et République fédérale d’Allemagne.

³⁸² GATT, *Communautés européennes – Restitutions à l’exportation du sucre – Examen au titre de l’article XVI:1*, Rapport au Conseil, L/5113, 20 février 1981, para. 11.

³⁸³ *Ibidem*, para. 22. Voir aussi GATT, *Procès-verbal de la réunion du Conseil*, C/M/143, 9 octobre 1980, p. 5-8.

³⁸⁴ Pour une analyse détaillée de cette affaire, ainsi que d’autres liées aux subventions à l’exportation des produits agricoles accordées par les CEE, voir MCMAHON, Joseph A. « The Agreement on Agriculture », in Patrick F.J. Macrory, Arthur E. Appleton et Michael G. Plummer (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Heidelberg, Springer Verlag, vol. 1, 2005, p. 197-200.

l'adoption de subventions. En tout état de cause, il nous semble évident que le mécanisme introduit par l'Article XVI:1 du GATT n'a pas réussi à éviter le versement de subventions qui affectent le commerce, ni à résoudre d'éventuels litiges à ce sujet. Effectivement, la majorité des débats portant sur des programmes de subventions affectant les échanges ont eu lieu dans le cadre de consultations et procédures de règlement des différends formels en application d'autres mécanismes du GATT, surtout celui prévu par l'Article XXIII (consultations sur l'annulation d'un avantage du GATT)³⁸⁵.

319. Ce dispositif est progressivement devenu la procédure de référence pour résoudre des différends commerciaux portant sur des subventions, jusqu'à la création de l'OMC et l'adoption de règles plus strictes en matière de subventions³⁸⁶. D'autres mécanismes ont aussi été utilisés, comme les consultations prévues à l'Article XXII du GATT ou bien la création de groupes spéciaux ou de travail pour traiter ces cas particuliers (voir le tableau 3 ci-dessous pour une liste non-exhaustive de ces groupes).

Tableau 3 – Groupes spéciaux et de travail et autres débats pertinents en matière de réglementation multilatérale des subventions du GATT

Nom	Date	Dispositions étudiées, modifiées
Deuxième session des PARTIES CONTRACTANTES	1948	Transposition des dispositions sur les subventions à l'exportation de la Charte dans le GATT – non-acceptée
Groupe de travail No. III (Session de Révision) - Entraves au commerce autres que les restrictions quantitatives ou les tarifs douaniers	1954-55	Transposition des disciplines sur les subventions à l'exportation de la Charte dans le GATT – acceptée avec des modifications
Groupe spécial des subventions	1959-61	Rapport sur les subventions, analyse de l'application et efficacité de l'Art. XVI du GATT

³⁸⁵ Voir la publication récente du Secrétariat de l'OMC essaye d'analyser de manière structurée les différentes modalités de consultation prévues dans le cadre du GATT : OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 1: Overview and one-page case summaries*, Genève, OMC, 2018, p. 11-13.

³⁸⁶ Dans un nombre très restreint d'affaires relatives à l'Article XXIII:1b) (consultations sur l'annulation d'un avantage du fait d'une mesure « non-contraire » aux dispositions du GATT), le Groupe spécial a décidé qu'une subvention octroyée par une partie contractante annulait les avantages résultant du GATT même si la subvention elle-même n'était pas contraire aux dispositions de l'Accord. Voir, par exemple, les affaires *Australie – Sulfate d'ammonium* (CP.4/39, 03 avril 1950) et *CCE – Oléagineux I*. (L/6627 – 37S/86, 25 janvier 1990). Cependant, le nombre restreint d'affaires, ainsi que l'incertitude quant à la manière de traiter une mesure qui ne viole pas les règles du GATT, ne nous semble pas être une alternative offrant une solution durable aux effets négatifs des subventions sur l'économie et le commerce d'autres parties. En tout état de cause, certains commentateurs défendent l'idée qu'une telle option serait préférable à une réglementation étroite et juridictionnalisée des subventions comme celle que nous avons aujourd'hui. Voir une analyse de ce débat et d'autres propositions sur le sujet dans le chapitre 3 de la quatrième partie de notre thèse, ainsi que nos conclusions générales.

Groupe spécial sur l’ajustement des taxes à la frontière	1968-71	Clarifie la portée de la note interprétative à l’Article XVI – les impôts directs ne sont pas couverts par l’exemption
Groupe de travail 1 – subventions à l’exportation, droit compensateurs et subventions intérieurs	1970-73	Débats sur de potentielles réformes – base pour le Code de Tokyo
Code des subventions de Tokyo	1979	Interprétation des dispositions du GATT ; prohibition des subventions à l’exportation des produits non-primaires
Comité du GATT sur les subventions	1980-94	Créé par le Code sur les subventions de Tokyo, a débattu de questions générales ainsi que d’affaires spécifiques au cadre du Code de Tokyo
Comité du GATT sur l’agriculture	1982-94	Créé par décision du Conseil en 1982, a débattu de questions générales ainsi que d’affaires spécifiques
Groupe consultatif des Dix-Huit – Le GATT et les subventions	1984	Analyse de la logique économique, des défis liés aux subventions et de l’(in)efficacité des dispositions du GATT

C. Article XVI, partie B : Dispositions additionnelles relatives aux subventions à l’exportation

320. Comme l’affirme le Secrétariat de l’OMC, « au cours des premières années du GATT, les règles relatives aux subventions, qui étaient énoncées à l’article XVI, n’étaient ni bien élaborées ni contraignantes »³⁸⁷. Effectivement, l’Article XVI du GATT tel qu’adopté en 1947 n’a pas reproduit les Articles 26 à 28 de la Charte de La Havane qui imposaient des restrictions supplémentaires aux subventions à l’exportation. Autrement dit, le GATT, dans sa version originale, n’imposait guère de restrictions à l’égard des subventions aux exportations alors qu’il s’agissait d’un sujet central des débats qui ont eu lieu ces derniers siècles.

321. Dès la deuxième session des PARTIES CONTRACTANTES du GATT tenue en 1948, peu après l’adoption de la Charte de l’OIC à la Havane, celles-ci ont débattu de la possibilité de transposer dans le GATT les dispositions de la Charte encadrant les subventions aux exportations. La délégation brésilienne a particulièrement soutenu l’adoption de ces dispositions en affirmant que les subventions aux exportations devaient, en principe, être autant condamnées que la discrimination, le dumping ou d’autres restrictions commerciales³⁸⁸. Plusieurs parties contractantes se sont opposées à cette position, en affirmant qu’il serait politiquement difficile de faire approuver par leurs circonscriptions

³⁸⁷ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l’OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 213.

³⁸⁸ GATT, *Compte rendu de la sixième séance*, Parties contractantes en Deuxième Session, GATT/CP.2/SR.6, 19 août 1948, p.3.

nationales des modifications à un accord déjà ratifié comme le GATT. De surcroît, elles ont fait valoir que ces modifications seraient en tout cas mises en place dans un court délai avec l'entrée en vigueur de la Charte de La Havane. En particulier, le Canada certifia que « le retard peu important entraîné de ce fait ne saurait avoir de conséquences sérieuses »³⁸⁹. De plus, il est intéressant de relever que ce pays, s'autoproclamant, en considération de sa superficie territoriale, « le second des pays insuffisamment développés du monde », affirma que les pays en développement allaient trouver dans le texte de la Charte la « protection » nécessaire contre l'abus des subventions par les pays développés³⁹⁰. Cependant, le Brésil rappela :

« Quant aux difficultés d'ordre législatif qu'éprouveront certains Gouvernements, l'orateur dit qu'il faut comprendre que le Gouvernement brésilien éprouvera, lui-aussi, de sérieuses difficultés pour expliquer à son Parlement pourquoi l'Accord ne contient aucune disposition ayant pour effet d'empêcher les subventions à l'exportation. L'orateur est opposé au point de vue suivant lequel les subventions à l'exportation ayant un caractère agressif ou dolosif, pourraient être tolérées jusqu'à l'entrée en vigueur de la Charte, alors que d'autre part, ont été bannies d'autres méthodes s'écartant des pratiques commerciales habituelles »³⁹¹.

322. La proposition brésilienne n'a finalement pas été acceptée et les dispositions sur les subventions à l'exportation aujourd'hui en vigueur (Section B, paragraphes 2 à 5 de l'Article XVI du GATT) ne seront partiellement ajoutées que lors de la session de révision du GATT de 1954-1955. Comme l'a bien expliqué le Groupe spécial des subventions dans son analyse de l'application des règles du GATT sur les subventions réalisée en 1961, durant les premières années de mise en œuvre de ce dernier, d'autres barrières commerciales, surtout des restrictions quantitatives et des droits de douanes, « tendaient à masquer la portée et les effets des subventions » :

« La suppression d'une bonne part des restrictions quantitatives et la réduction progressive d'un grand nombre de droits de douane ont rendu l'opinion de plus en plus sensible à l'importance des subventions, étant donné leur influence sur le commerce international, et au fait que, souvent, elles sont étroitement assimilables à des restrictions

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 2.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*, p. 3-4

quantitatives ou à des droits de douane pour ce qui est de leurs buts et de leurs effets. En outre, peu après la guerre, on considérait souvent que les subventions comportent en elles-mêmes leur propre frein, du fait qu'elles représentent une charge pour le budget de l'État, et qu'elles seraient temporaires et limitées dans leur application. Cet élément modérateur ne s'est pas révélé aussi efficace qu'on le croyait, tout au moins dans le domaine des produits de base »³⁹².

323. Ainsi, à l'occasion de leur neuvième session qui s'est tenue en 1955, les PARTIES CONTRACTANTES ont décidé d'établir un « Groupe de travail sur les entraves au commerce autres que les restrictions quantitatives » chargé de faire des propositions au sujet, entre autres, « des subventions, des mesures compensatrices et des mesures antidumping »³⁹³. À la fin des travaux, le Groupe proposa l'inclusion de dispositions additionnelles à l'Article XVI afin de réglementer les subventions à l'exportation (actuelle Section B). Ces nouvelles règles, largement basées sur les règles équivalentes de la Charte de La Havane, établissent deux régimes différents, l'un concernant les subventions à l'exportation des « produits primaires »³⁹⁴ et l'autre s'appliquant à tout autre produit.

324. Précisément, l'Article XVI:2 introduit tout d'abord une **reconnaissance générale** de la part des PARTIES CONTRACTANTES du risque que les subventions à l'exportation aient « des conséquences préjudiciables » et soient susceptibles de causer « des perturbations injustifiées » quant aux « intérêts commerciaux normaux » des parties contractantes. La disposition reconnaît aussi la possibilité que les subventions à l'exportation affectent négativement la réalisation des objectifs du GATT.

325. En relation avec les **produits non-primaires** (Article XVI:4), le Groupe de travail a originellement proposé une prohibition générale des subventions à l'exportation des produits non-primaires « au 1^{er} janvier 1958 au plus tard ». Si une partie contractante estimait qu'il lui était impossible d'abandonner une subvention à cette date, elle devait « donner avis par

³⁹² Voir GATT, *Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961, para. 5.

³⁹³ Voir GATT, *Rapport du groupe de travail n° III (Révision) - Entraves au commerce autres que les restrictions quantitatives ou les tarifs douaniers*, L/334, 1^{er} mars 1955.

³⁹⁴ La note interprétative à l'Article XVI du GATT explique que « l'expression "produits primaires" s'entend de tout produit de l'agriculture, des forêts ou des pêches et de tout minéral, que ce produit soit sous sa forme naturelle ou qu'il ait subi la transformation qu'exige communément la commercialisation en quantités importantes sur le marché international ».

écrit aux PARTIES CONTRACTANTES » qui, de leur côté, devaient décider de la pertinence « d'apporter des ajustements temporaires » à l'application de la disposition. Autrement dit, la collectivité des Membres décidaient si la partie contractante pouvait maintenir son programme de subvention.

326. La France s'est fortement opposée à cette disposition qui allait la contraindre à abandonner son système de remboursement des charges de sécurité sociale sur les produits exportés. Le raisonnement de la délégation française était double. D'une part, elle s'opposait au traitement différencié consacré aux impôts indirects et aux impôts directs établi par la note interprétative à l'Article XVI³⁹⁵. Les impôts indirects sont ceux qui « frappent le produit ... lorsque celui-ci est destiné à la consommation intérieure »³⁹⁶. Un exemple d'impôt indirect, largement appliqué par les pays, sont les taxes sur la valeur ajoutée (TVA). Un autre exemple sont les taxes environnementales³⁹⁷. Or, selon la note interprétative à l'Article XVI, toujours en vigueur, l'exonération en faveur des produits exportés de ces droits, ou leur remise, n'est pas considérée comme une subvention. Il s'agit d'une expression du principe fiscal de « destination » des impôts indirects. Toutefois, l'exonération ou remise d'impôts directs, comme par exemple les contributions sociales ou l'impôt sur le revenu, n'étaient pas couvertes par cette exception. Ces mesures étaient donc considérées comme des subventions à l'exportation devant être abolies au 1^{er} janvier 1958.

327. La différenciation entre impôts directs et impôts indirects a eu des conséquences profondes sur la réglementation multilatérale des subventions, notamment s'agissant de la mise en œuvre de systèmes de taxation des empreintes carbone et leur ajustement à la frontière³⁹⁸. Dans le cadre des négociations relatives aux règles sur les subventions à

³⁹⁵ Les notes interprétatives à l'Article XVI ont été adoptées conjointement à la Section B à la fin de la session de révision du GATT de 1954-1955.

³⁹⁶ Note interprétative à l'Article XVI du GATT.

³⁹⁷ La note de bas de page 58 à l'annexe I de l'Accord SMC apporte les précisions suivantes s'agissant des impôts directs et indirects :

« L'expression "impôts directs" désigne les impôts sur les salaires, bénéfices, intérêts, loyers, redevances et toutes autres formes de revenu, ainsi que les impôts sur la propriété immobilière ;
(...)

L'expression "impôts indirects" désigne les taxes sur les ventes, droits d'accise, taxes sur le chiffre d'affaires et la valeur ajoutée, impôts sur les concessions, droits de timbre, taxes de transmission, impôts sur les stocks et l'équipement, et ajustements fiscaux à la frontière, ainsi que toutes les taxes autres que les impôts directs et les impositions à l'importation ; ... »

³⁹⁸ Sur la différenciation entre impôts directs et indirects, ses conséquences juridiques dans le cadre du système

l'exportation, la France était surtout inquiète vis-à-vis des effets compétitifs sur ses exportations d'automobiles en compétition avec les produits du Royaume-Uni qui n'imposait pas d'impôts directs semblables. Ces produits bénéficiaient ainsi d'un avantage³⁹⁹. Lors des discussions sur la révision de l'Article XVI qui ont suivi la proposition du Groupe de travail, la France exprima ainsi sa position :

« [L]a délégation française a pu constater également un tel déséquilibre entre le traitement qui est réservé au remboursement d'impôts indirects et celui qui concerne le remboursement de cette autre forme de taxation, sinon de fiscalité, que sont les charges sociales. ... [D]e l'avis du gouvernement français, lesdites charges ne constituent pas, du point de vue économique, financier ou fiscal, un problème différent de celui qui est posé par le remboursement des impôts indirects. Dans ces conditions, il serait inconcevable, pour la délégation française, que son gouvernement puisse présenter à la ratification du parlement un projet d'article qui crée une double discrimination dont les pratiques de subventions utilisées par la France, subiraient deux fois l'effet. »⁴⁰⁰

328. Cependant, après plusieurs débats et reprenant une proposition de la délégation du Royaume-Uni, le texte actuellement en vigueur de l'Article XVI:4 a été adopté. Il établit une prohibition générale de toute subvention à l'exportation des produits non-primaires *ayant pour effet la réduction du prix de vente à l'exportation au-dessous du prix au marché intérieur* à partir de 1958 « ou le plus tôt possible après cette date ». Ainsi, la nouvelle formulation ne fixait pas de date limite précise pour l'application de la prohibition aux subventions à l'exportation des produits non-primaires, ni ne mettait à la charge des PARTIES CONTRACTANTES d'analyser les subventions à l'exportation. Toutefois, la note

commercial multilatéral pour certaines politiques d'ajustement de coûts environnementaux à la frontière, voir par exemple : TRACHTMAN, Joel P., « WTO Law Constraints on Border Tax Adjustment and Tax Credit Mechanisms to Reduce the Competitive Effects of Carbon Taxes », *National Tax Journal*, vol. 70, n° 2, 2017, p. 469-494 ; et BACCHUS, James, « The Case for a WTO Climate Waiver », *CIGI Special Report*, 2017, vi, 27 p.. Nous allons examiner certains des éléments de ce débat tout au long de notre thèse, quand ceux-ci auront une incidence sur les subventions. Nous allons aussi examiner certaines des propositions de réforme des disciplines du système commercial multilatéral se rapportant à ce sujet à la quatrième partie de notre thèse.

³⁹⁹ GATT, *Compte-rendu de la quarante et troisième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Neuvième session, SR.9/43, 15 mars 1955, p. 3.

⁴⁰⁰ Voir GATT, *Compte-rendu de la quarante et unième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Neuvième session, SR.9/41, 15 mars 1955, p. 8. Le « deuxième effet » discriminatoire relevé par la délégation française était la prohibition des subventions à l'exportation des produits non-primaires tandis que les subventions à l'exportation des produits primaires était plutôt tolérée. Voir aussi GATT, *Compte-rendu de la quarante et troisième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Neuvième session, SR.9/43, 15 mars 1955, p. 3-5.

interprétative qui établissait une différenciation de traitement entre taxes directes et taxes indirectes a été maintenue concernant les subventions.

329. Or, l'absence de détermination d'une date exacte pour l'entrée en vigueur de la prohibition a eu pour conséquence qu'elle n'a jamais été appliquée par la plupart des parties contractantes. Finalement, la prohibition ne s'appliquera qu'à partir de 1962 et seulement aux 17 parties contractantes que signeront la « Déclaration donnant effet aux dispositions de l'article XVI, paragraphe 4, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce »⁴⁰¹. Le Code des subventions du Cycle de Tokyo, adopté en 1979, étendra la prohibition des subventions à l'exportation visant les produits non primaires aux parties contractantes signataires du Code. Néanmoins, ce n'est qu'avec l'adoption de l'Accord SMC en 1995 que cette prohibition sera étendue à tout membre de l'OMC. De plus, déterminer si une subvention à l'exportation de produits non-primaires a pour effet « la réduction du prix de vente à l'exportation au-dessous » du prix au marché intérieur s'est avéré très difficile dans la pratique, un obstacle affectant encore davantage l'efficacité de la disposition⁴⁰².

330. D'autre part, s'agissant des **produits primaires**, avec l'adoption de l'Article XVI:3 lors de la révision du GATT en 1955, les parties contractantes ont dû *s'efforcer d'éviter d'accorder* des subventions à l'exportation de ce type de produits. En outre, dans le cas où une telle subvention était tout de même versée, les dispositions de ce paragraphe ont visé à éviter qu'elle ne conduise à l'acquisition de « plus d'une part équitable du commerce mondial d'exportation dudit produit » en comparaison de celle que la partie contractante détenait durant une période représentative antérieure. Ici aussi, la détermination *in concreto* de la « part équitable du commerce mondial » à laquelle la partie contractante octroyant une subvention avait droit, ainsi que du lien de causalité entre la subvention à l'exportation du

⁴⁰¹ Les parties signataires sont les suivantes : Autriche, Belgique, Canada, Danemark, France, République fédérale d'Allemagne, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Norvège, Suède, Suisse, Royaume-Uni, États-Unis et Zimbabwe. Voir GATT, *Déclaration donnant effet aux dispositions de l'article XVI, paragraphe 4, de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Annexe A révisée, Spec(60)363/Rev.1, 9 novembre 1960.

⁴⁰² Voir GATT, *Le GATT et les subventions*, Groupe consultatif des Dix-Huit, Vingt-troisième réunion, CG.18/W/79, 13 mars 1984, para. 38.

produit primaire et l'obtention de la part du marché mondial, s'est en pratique révélée être un exercice très difficile à réaliser⁴⁰³.

331. Cette dualité de traitement différenciant les produits primaires de tout autre produit en matière de subventions à l'exportation aura plus généralement des conséquences importantes sur le débat relatif à la réglementation des subventions⁴⁰⁴. En effet, comme l'a noté le Secrétariat de l'OMC :

« Cette asymétrie dans le traitement des subventions visant les produits primaires et les produits non primaires reflétait les intérêts des parties contractantes dominantes du GATT de l'époque et elle est une source de conflit depuis lors. Aucune logique économique n'étaye l'idée que les subventions visant les produits primaires sont intrinsèquement plus justifiées que celles qui visent les produits non primaires. »⁴⁰⁵

332. À ce stade de l'analyse, il suffit de noter qu'une prohibition générale des subventions aux exportations de produits agricoles ne sera instituée qu'en 2015, lors de la 11^e réunion ministérielle de l'OMC, soit plus de 50 ans après la prohibition originelle de ce type de mesure pour tout autre produit par le GATT et presque 70 ans après la prohibition générale des subventions à l'exportation prévue par la Charte de La Havane. Or, la majorité des différends portant sur des subventions ayant surgi dans le cadre du GATT, ainsi qu'un nombre non négligeable de ce type de différends dans le cadre de l'OMC, concernaient des subventions à l'exportation de produits de base.

333. Par ailleurs, on peut relever que la révision du GATT de 1954-1955 a établi un « examen périodique » des dispositions relatives aux subventions en vue de déterminer leur efficacité, notamment « si elles permettent d'éviter effectivement que les subventions ne portent un préjudice grave au commerce ou aux intérêts des parties contractantes ». Puis, en

⁴⁰³ *Ibidem*, para. 39.

⁴⁰⁴ Pendant les discussions sur la réforme de l'Article XVI qui ont eu lieu en 1955, la France a noté cette disparité de traitement et « signal(é) le manque d'équilibre que l'on peut observer dans le projet d'article XVI qui envisage l'abolition totale des subventions industrielles alors qu'un traitement très différent est réservé aux subventions agricoles. » (GATT, *Compte-rendu de la quarante et unième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Neuvième session, SR.9/41, 15 mars 1955, p. 8) Le représentant français a aussi relevé qu'une « lacune extrêmement large a été créée à la demande d'un grand pays au sujet des subventions agricoles » (GATT, *Compte-rendu de la quarante et troisième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Neuvième session, SR.9/43, 15 mars 1955 p. 3).

⁴⁰⁵ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006*, Genève, OMC, 2006, p. 215.

1958, les PARTIES CONTRACTANTES ont créé un Groupe spécial chargé de préparer un examen d'ensemble (le « Groupe spécial des subventions »). Ce Groupe a présenté deux rapports qui ont été adoptés par les PARTIES CONTRACTANTES en 1960⁴⁰⁶ et en 1961⁴⁰⁷. Néanmoins, l'examen d'ensemble prévu a été ajourné et n'a finalement jamais été réalisé⁴⁰⁸. En tout état de cause, le Groupe spécial des subventions a pu noter, en 1961, que « l'usage répandu qui est fait actuellement des subventions peut expliquer en partie la répugnance qu'éprouvent certains gouvernements à engager des consultations au sujet de subventions, étant donné qu'ils recourent eux-mêmes à des mesures analogues ». Le Groupe a finalement simplement noté que « l'article XVI n'a pas conduit à l'abandon général des subventions qui influent sur les exportations ou sur les importations »⁴⁰⁹.

334. Plusieurs autres groupes créés pour analyser cette question dans le cadre du GATT aboutiront à une conclusion semblable. Par exemple, le Groupe de travail 1 sur les obstacles non tarifaires s'est interrogé, en 1970, sur les « motifs pour lesquels il n'a pas été recouru aux procédures existantes de consultation sur les subventions »⁴¹⁰. L'une des solutions préconisées était d'adopter une décision qui viendrait préciser les termes juridiques employés

⁴⁰⁶ GATT, *Rapport sur les subventions*, Groupe spécial des subventions et du commerce d'État, L/1160, 23 mars 1960.

⁴⁰⁷ GATT, *Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961.

⁴⁰⁸ Voir GATT, *Subventions à l'exportation*, Groupe de travail 1 sur les obstacles non tarifaires, document de travail du secrétariat, COM.IND/W/73, 28 avril 1972, para. 10. Voir aussi GATT, *Droit compensateurs et subventions intérieurs qui stimulent les exportations*, Groupe de travail 1 sur les obstacles non tarifaires, note d'information du secrétariat, GATT, COM.IND/W/98, 14 mars 1973, para. 18. Il convient de noter que dans le cadre de ces discussions sur l'efficacité de l'application des dispositions du GATT sur les subventions, très peu de place a été consacrée à l'analyse de l'efficacité et/ou pertinence de l'utilisation des subventions elles-mêmes pour remplir les objectifs publics poursuivis par les parties contractantes qui les octroient. Cela est davantage notable du fait que la partie contractante est obligée de justifier l'emploi de subventions au moment de la notification de la mesure conformément à l'Article XVI:1. Or, comme l'affirma le Groupe spécial des subventions en 1961 :

« Le Groupe spécial a cherché à évaluer les effets des subventions. Ainsi qu'il est indiqué dans la section II ci-dessus à propos des raisons par lesquelles les parties contractantes justifient les mesures qu'elles maintiennent, un grand nombre de subventions servent à des fins, sociales ou autres, qui n'ont aucun rapport direct avec le commerce, mais le Groupe spécial a estimé qu'il n'avait pas compétence pour évaluer jusqu'à quel point ces fins avaient été atteintes et il a circonscrit son étude aux effets des subventions sur le commerce international. » (GATT, *Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961, para. 6)

⁴⁰⁹ GATT, *Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961, para. 22.

⁴¹⁰ GATT, *Examen des points de la première partie de la Liste indicative (Participation de l'État au commerce)*, Comité du commerce des produits industriels, Groupe de travail 1 sur les obstacles non tarifaires, COM.IND/W/40, 23 novembre 1970.

à l'Article XVI. L'Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII du GATT (Code sur les subventions de Tokyo), adopté en 1979, est le résultat de ces efforts. Il a effectivement apporté plusieurs clarifications en s'efforçant de développer les dispositions sur les subventions des articles VI, XVI et XXIII du GATT, sans pour autant établir de nouvelles obligations trop contraignantes⁴¹¹. Il s'agit, en outre, d'un accord plurilatéral qui n'impose d'obligations qu'aux parties qui l'ont signé⁴¹².

335. Ainsi, même après l'adoption du Code de Tokyo, les obligations relatives aux subventions prévues dans le cadre du GATT demeureront insuffisantes pour régler les conflits commerciaux issus de l'emploi d'un tel procédé interventionniste. La faiblesse de ces obligations, ainsi que l'inefficacité des mécanismes de règlement des différends en la matière, ont fait l'objet d'une analyse de la part du Groupe consultatif des Dix-Huit en 1984⁴¹³. Les conclusions de ce Groupe nourriront les débats qui aboutiront à l'adoption de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires dans le cadre de l'OMC. Cet Accord a établi une base réglementaire plus pertinente (et beaucoup plus développée) en matière de subventions. Ses règles, qui dépassent largement celles du GATT, sont devenues le cœur de la réglementation multilatérale des subventions. Pour cette raison, la plupart de la doctrine concentre ses efforts analytiques sur une étude des règles prévues par l'Accord SMC⁴¹⁴.

336. Or, s'il est vrai qu'avec l'adoption de l'Accord SMC, qui oblige tous les Membres de l'OMC, le Code de Tokyo a perdu sa teneur juridique, il n'en est pas de même des dispositions du GATT. En effet, même ce dernier contient des règles moins développées, les

⁴¹¹ Voir OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 215

⁴¹² Le Code de Tokyo a été signé par 26 parties contractantes, dont les CE et le Brésil. Pour la liste des signataires, voir US INTERNATIONAL TRADE COMMISSION, *The year in trade 1993: operation of the trade agreements program*, USITC, publication n° 2769, 1994, p. 43-44.

⁴¹³ Voir, entre autres, GATT, *Le GATT et les subventions*, Groupe consultatif des Dix-Huit, Vingt-troisième réunion, CG.18/W/79, 13 mars 1984.

⁴¹⁴ Kennedy résume bien cette perception quand il affirme que :

« Article XVI is generally broad and mainly hortatory. Thus, it imposes no meaningful disciplines on the use of subsidies. ... Given the detail of the SCM Agreement, it has largely eclipsed Article XVI, relegating that Article to playing an extremely minor role in the overall regulation of government subsidies to industry. » (KENNEDY, Kevin C., « GATT 1994 », in Patrick F.J. Macrory, Arthur E. Appleton et Michael G. Plummer (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Heidelberg, Springer Verlag, 2005, vol. 1, p. 148).

Membres de l'OMC sont censés respecter les deux corpus juridiques⁴¹⁵. Comme nous l'avons déjà noté, cela signifie que les règles du GATT sont encore pertinentes s'agissant notamment de l'octroi de subventions visant le développement durable.

Tableau 4 – Dispositions sur les subventions à l'exportation du GATT

Article XVI:2	Reconnaissance générale des effets négatifs des subventions à l'exportation	Les subventions à l'exportation peuvent : i) « faire obstacle » à la réalisation des objectifs du GATT ii) avoir des « conséquences préjudiciables » pour d'autres parties contractantes iii) causer « des perturbations injustifiées » dans les « intérêts commerciaux normaux » des parties contractantes	
Article XVI:3	Produits primaires⁴¹⁶	Appel aux parties contractantes de « <i>s'efforcer d'éviter d'accorder</i> des subventions à l'exportation des produits primaires » Au cas où une subvention (directe ou indirecte, et sous « une forme quelconque ») a pour effet d'accroître l'exportation d'un produit primaire, la partie contractante qui l'octroie ne devrait pas détenir « plus qu'une <i>part équitable</i> du commerce mondial d'exportation dudit produit » en fonction de cette subvention	
Article XVI:4	Produits non-primaires	À partir de 1962 : Prohibition d'accorder des subventions à l'exportation qui ramènent le prix d'exportation au-dessous du prix interne (directe ou indirecte, et « de quelque nature qu'elle soit »)	Seulement applicable aux 17 signataires.
Article XVI:5	Examen périodique de l'application des dispositions	Examen pour déterminer : i) si elles contribuent efficacement à la réalisation des objectifs du GATT et ; ii) si elles permettent d'éviter effectivement que les subventions ne portent un préjudice grave au commerce ou aux intérêts des parties contractantes	L'examen n'a jamais été réalisé (deux rapports intérimaires adoptés - 1960 et 1961).

337. Bien que les limitations spécifiques imposées par les dispositions du GATT relatives aux subventions soient assez faibles, celui-ci impose des obligations importantes en matière de transparence et de non-discrimination en délimitant le champ d'action des Membres de l'OMC en matière de subventions. Aussi convient-il d'analyser, même brièvement, les exceptions générales prévues par le GATT applicables aux règles sur les subventions. Cet examen est indispensable au regard de notre analyse, développée ultérieurement, des flexibilités offertes par le cadre juridique commercial multilatéral pour l'adoption de politiques publiques en faveur du développement durable.

⁴¹⁵ Voir le Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 18.

⁴¹⁶ « [T]out produit de l'agriculture, des forêts ou des pêches et de tout minéral, que ce produit soit sous sa forme naturelle ou qu'il ait subi la transformation qu'exige communément la commercialisation en quantités importantes sur le marché international. » - Note interprétative à l'Article XVI du GATT.

Paragraphe 3 : Article III du GATT, et paragraphe 8 - le principe de non-discrimination et son incidence sur les subventions

338. L'un des principes phares du système commercial multilatéral est celui de la non-discrimination. Dans le GATT, ce principe figure dans deux dispositions centrales : l'Article I, établissant la clause de la nation la plus favorisée, et l'Article III, portant sur le traitement national. De manière générale, ces deux dispositions exigent des Membres de l'OMC qu'il soit accordé aux produits importés de tout Membre un traitement non moins favorable⁴¹⁷ que celui accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires de tout autre Membre.

339. Le principe de non-discrimination fait cependant l'objet de plusieurs exceptions. Sont en particulier prévus un accès préférentiel au marché accordé aux signataires d'accords de libre-échange (Article XXIV du GATT) ou bien le droit d'appliquer des tarifs douaniers à l'importation de produits étrangers (Article II du GATT). Or, une fois admis sur le marché, après le prélèvement des droits de douane applicables (dans les limites consolidées et appliquées de manière non-discriminatoire – Article II du GATT), le produit importé doit, en théorie, recevoir un traitement équivalent à celui des produits nationaux et importés d'autres origines.

340. L'objectif en 1947 était d'éviter les pratiques commerciales adoptées après la crise de 1929, c'est-à-dire le recours à des contingents ou à d'autres restrictions quantitatives⁴¹⁸, ou bien l'élévation soudaine et arbitraire des droits de douanes, des pratiques qui avaient contribué à l'aggravation de la crise économique globale. Au cours de huit séries de négociations tarifaires, les parties contractantes du GATT ont réussi à consolider la quasi-totalité des lignes tarifaires et à réduire considérablement les taux des droits de douane appliqués aux produits importés – environ 9 % en 2013⁴¹⁹. Ainsi, à la fin du cycle de

⁴¹⁷ Le langage utilisé par l'article I^{er} du GATT est encore plus direct, établissant que « [t]ous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés » aux produits d'un pays doit être « immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. »

⁴¹⁸ L'Article XI du GATT établit l'interdiction d'adopter des restrictions quantitatives au commerce.

⁴¹⁹ Il convient de noter que ce chiffre fait référence aux droits de douanes moyens **appliqués**. La moyenne des droits de douane **consolidés** est considérablement plus élevée - environ 39%. Cela s'explique par le fait que les pays en développement ont accepté de consolider leurs droits de douane lors de la création de l'OMC en 1994, mais l'ont fait avec des taux beaucoup plus élevés que les taux effectivement appliqués. Le cycle de l'Uruguay a aussi réussi à consolider 100% des tarifs douaniers sur les produits agricoles, même si à des taux assez élevés.

négociations d'Uruguay en 1994, les pays en développement ont amplement consolidé leurs lignes tarifaires, couvrant 73% des droits de douanes. De plus, les tarifs douaniers sur les produits agricoles ont été consolidés à 100%.

Tableau 5 - Parts en pourcentage des droits consolidés avant et après les négociations de 1986-1994⁴²⁰

	Avant	Après
Pays développés	78	99
Pays en développement	21	73
Économies en transition	73	98

341. Il résulte de la réduction des droits de douane conjuguée à l'interdiction d'imposer des restrictions quantitatives au commerce de l'Article XI, une limitation importante des restrictions commerciales visant la promotion du développement des branches nationales de production industrielle et agricole, à tout le moins à première vue et avant l'application des exceptions. L'adoption du GATT signifiait ainsi que la protection des marchés internes vis-à-vis de la compétition de produits étrangers serait largement limitée à l'application de droits de douanes indiqués sur des listes par chaque partie contractante. Autrement dit, aucun traitement « au-delà de la frontière » ne peut discriminer négativement les produits importés et fournir ainsi une protection à la production domestique.

342. S'agissant des aides d'État, le principe de non-discrimination pose une question intéressante : l'octroi d'une subvention aux producteurs nationaux (et pas aux produits importés) ne constituerait-il pas une discrimination dans la mesure où une telle subvention modifie les conditions de concurrence en faveur du produit fabriqué par le producteur national ? Pour autant, comme nous l'avons vu, les négociateurs du GATT ont expressément

Une part conséquente des pays en développement Membres de l'OMC dispose ainsi encore d'une assez large marge de manœuvre pour élever leurs droits de douanes et protéger leur production interne. Voir OMC, « Commerce et droits de douane : Le commerce augmente à mesure que les droits de douane diminuent », *Série OMC aux 20 ans*, Genève, 2015.

⁴²⁰ Tableau reproduit d'après OMC, *Comprendre l'OMC : Éléments essentiels*, 5^e édition, 2015, p. 13. Aussi disponible sur le site de l'OMC : <https://www.wto.org/french/tratop_f/schedules_f/goods_schedules_f.htm>, dernier accès le 13.02.2019.

indiqué que leur objectif avec l'adoption de l'Article XVI du GATT n'était pas d'empêcher les parties contractantes d'adopter des subventions.

343. La solution à ce dilemme n'a été abordée qu'assez tardivement, durant les discussions portant sur la Charte de l'OIC. En effet, c'est seulement à l'occasion des négociations qui se sont déroulées à Genève, d'avril à août de 1947, que l'apparente contradiction entre le principe de traitement national et la possibilité accordée par le projet de Charte de subventionner la production nationale a été débattue. Les délégations de la Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg ont été les premières à soulever le potentiel conflit⁴²¹. D'autres délégations, comme celle de la Norvège⁴²², sont allées dans le même sens tandis que les États-Unis proposaient l'inclusion d'une exemption⁴²³. Finalement, aux termes du paragraphe 8 de l'Article III du GATT (paragraphe 5 de la version originale), deux situations ne sont pas considérées comme constituant une violation du principe de non-discrimination :

- a) l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être réintroduits au marché (« marchés publics ») ;
- b) l'attribution aux seuls producteurs nationaux de subventions, y compris les subventions provenant du produit des taxes ou impositions intérieures qui sont appliquées de façon non-discriminatoire et les subventions sous la forme d'achat de produits nationaux par les pouvoirs publics ou pour leur compte.

344. Il s'agit d'une ouverture importante dès lors qu'elle accorde une large marge de manœuvre aux États pour procéder à un subventionnement (direct) de la production locale sans pour autant que les produits importés soient réputés être soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale. L'Article III

⁴²¹ Voir U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Projet de Charte - Article 15 – Traitement National, Amendement présenté par les délégations de la Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg, E/PC/T/W.48, 9 mai 1947.

⁴²² U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Projet de Charte - Article 15, Amendement proposé par la délégation Norvégienne, E/PC/T/W.99, 20 mai 1947.

⁴²³ U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., Compte rendu de la 10^e séance, E/PC/T/A/SR/10, 6 juin 1947, p. 41. Voir aussi U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., Rapport du Sous-Comité chargé de l'examen des articles 14, 15 et 24, E/PC/T/174, 15 août 1947, p. 11.

du GATT établit ainsi un cadre normatif intéressant s'agissant des subventions et de leur potentiel effet discriminatoire. Si, d'une part, l'article reconnaît expressément le droit des Membres de l'OMC d'octroyer des subventions exclusivement aux producteurs nationaux, sans que cela soit considéré comme une discrimination contraire au GATT, celui-ci impose aussi des obligations de « forme » ainsi que d'éventuelles « conditions » de mise en œuvre des programmes de soutien. Plusieurs éléments intéressants méritent à cet égard d'être relevés.

345. Tout d'abord, la décision d'un gouvernement de se procurer exclusivement des produits nationaux sera considérée comme constituant une discrimination contraire aux règles du GATT **seulement si les produits sont réintroduits** sur le marché directement ou après transformation. Autrement dit, l'acquisition par le gouvernement de biens pour une utilisation finale et/ou l'exécution de ses obligations et prérogatives publiques (activités non-économiques) n'est pas couverte par l'obligation de non-discrimination⁴²⁴. Il s'agit d'un espace de politique publique important créé par l'Article III du GATT, en particulier si l'on considère le poids économique important que représentent les marchés publics⁴²⁵.

346. Deuxièmement, s'agissant de la forme des subventions, les Membres de l'OMC peuvent octroyer des subventions directement aux producteurs nationaux mais il ne leur est pas permis de le faire par la voie d'exemption de paiement des taxes indirectes applicables uniquement à leurs produits⁴²⁶. En effet, l'Article III:2 du GATT interdit la taxation

⁴²⁴ Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, para. 5.56. Il convient de noter que, mises à part les dispositions du GATT, des règles de non-discrimination sur ces achats s'appliquent aux signataires de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP) – un accord plurilatéral signé par 19 parties, y compris l'Union européenne. Le Brésil est devenu observateur de l'AMP le 18 octobre 2017.

⁴²⁵ Selon des estimations de l'OMC, les marchés publics libéralisés par les 19 parties à l'AMP représentent une valeur annuelle estimée à 1700 milliards de dollars. Voir le site : <https://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm>, dernier accès le 10.03.2019.

⁴²⁶ Le principe fiscal de la « destination » ne s'applique pas aux taxes directes (comme, par exemple, les contributions sociales), donc le GATT ne permet pas l'imposition à la frontière de taxes directes sur les produits importés. Dans ce sens, et en théorie, l'Article III du GATT n'empêche pas non plus les parties contractantes d'exempter les seuls producteurs nationaux de taxes directes. Sur la question délicate de l'application de l'Article III du GATT sur l'exemption des taxes directes, voir l'analyse du Groupe spécial dans l'affaire *Indonésie – Autos*. Selon le Groupe, bien que l'Article III prévoit des exemptions fiscales pour les taxes indirectes, il ne s'applique aux taxes directes que si elles imposent des conditions commerciales. Rapport du Groupe spécial, *Indonésie – Autos*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998, para. 14.38.

discriminatoire entre produits importés et produits nationaux tandis que l'Article III:8 permet l'utilisation du produit de ces mêmes taxes perçues sur les produits importés et nationaux pour financer une subvention. Ces deux dispositions créent donc une situation curieuse dans laquelle la temporalité de l'incidence des taxes, ou de la subvention s'y rapportant, peut définir la légalité de la mesure.

347. Prenons l'exemple de la production de vins biologiques. Si un Membre décide d'exempter de TVA des vins biologiques nationaux mais continue de la percevoir sur des vins biologiques importés, cette subvention, qui prend alors la forme d'une exemption fiscale, peut être considérée comme une violation des règles de non-discrimination du GATT. Néanmoins, si les taxes sont perçues normalement et que le gouvernement décide d'utiliser le produit de ces taxes pour payer aux producteurs de vins biologiques nationaux un montant correspondant à la valeur des TVA payées, cette subvention qui prend la forme d'un don direct pourrait être couverte par l'exemption de l'Article III:8.

348. Or, cette situation n'est pas une conséquence inattendue d'un système complexe d'obligations et d'exemptions mais un objectif exprès des négociateurs, comme en témoignent les négociations portant sur la disposition équivalente de la Charte de La Havane (Article 18) :

« L'alinéa (b) du paragraphe 8 a été remanié afin de préciser que rien dans l'article 18 ne pourrait être interprété comme autorisant un État Membre à exonérer des produits nationaux des droits intérieurs qui frappent les produits similaires importés, ou à rembourser ces droits. En même temps, la Sous-Commission voudrait qu'il fût mentionné qu'à son avis, aucune des dispositions de cet alinéa, ou rien de ce que stipule l'article 18, ne pourrait prévaloir contre les dispositions de la section C du chapitre IV [*disciplines applicables aux subventions*]. »⁴²⁷

⁴²⁷ CONFÉRENCE DU COMMERCE ET DE L'EMPLOI DES NATIONS UNIES, *Rapport de la Sous-commission A (Articles 16, 17, 18 et 19)*, Troisième commission : Politique commerciale, E/CONF.2/C.3/59, 16 février 1948, p. 20. Il est intéressant de noter que pendant les négociations de la Charte de La Havane, plusieurs délégations de pays en développement ont relevé avec appréhension l'apparente contradiction créée par cet article entre la permission d'accorder une protection à la production nationale par la voie d'un subventionnement direct tandis que le subventionnement « indirect » par la voie d'une exemption de certaines taxes pour les produits nationaux, par exemple, était interdit. Ainsi, d'après la délégation cubaine :

« The Cuban Delegation is not against this principle. It is strongly against the possibility of imposing higher internal taxes on foreign imported goods, as a means of countervailing tariff reductions, but it cannot accept that, in countries where direct subsidies cannot be used, the principle of equal

349. Bien que la situation semble ne pas être fondée sur une logique économique évidente dans la mesure où les subventions par voie d'exemptions fiscales ou de dons directs ont des effets économiques semblables⁴²⁸, l'objectif était d'éviter le contournement de l'obligation de non-discrimination à travers une exemption de taxes indirectes. En effet, s'il était permis aux parties contractantes de mettre en place des taxes internes d'un montant plus élevé pour les produits importés que les produits nationaux par le biais d'exemptions fiscales, le principe de non-discrimination serait rendu inopérant⁴²⁹. De ce fait, l'Article III du GATT crée une

taxation be interpreted to the extent of impeding a country from using indirect subsidy, by way of exempting or reducing the national product of certain internal taxes or charges. The acceptance of direct subsidization by Article 30 and the denial of indirect subsidization by Article 15 would unbalance the Charter to a very dangerous degree, and place the under developed countries in a very embarrassing position. » (U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des Nations Unies*, amendements to articles 15, 25 and 30 submitted by the Cuban delegation, E/PC/T/W/280, 11 août 1947, p. 1-2.)

⁴²⁸ Le Groupe spécial du GATT chargé de l'affaire *États-Unis – Tabac* s'est posé cette même question. En l'espèce, le Groupe devait déterminer si une taxe grevant des produits de tabac importés et domestiques et, ensuite, utilisée pour financer un programme de soutien à la production du tabac américain était contraire à l'Article III du GATT. Selon les parties plaignantes (Argentine, Brésil, Canada, Chili, Colombie, El Salvador, Guatemala, Thaïlande et Zimbabwe), le programme de soutien signifiait que dans le cas concret la « taxe nette » grevant des produits de tabacs importés était plus importante que celle portant sur des produits américains. Selon le Groupe spécial, même si les parties plaignantes pouvaient avoir raison d'un point de vue économique, l'Article III:8 permettait expressément aux États-Unis de le faire :

« Le Groupe spécial n'ignorait pas qu'une remise de taxe sur un produit et l'attribution d'une subvention à la production provenant du produit de cette taxe pourraient avoir les mêmes effets économiques. Néanmoins, il a noté que la distinction faite à l'article III:8 b) était formelle et qu'elle n'avait pas de rapport avec l'incidence économique d'une mesure. Par conséquent, compte tenu des dispositions explicites de l'article III:8 b), qui reconnaissait que les règles concernant les produits qui étaient énoncées à l'article m "n'interdiront pas l'attribution aux seuls producteurs nationaux de subventions", le Groupe spécial n'a pas estimé, contrairement à ce que soutenaient les plaignants que l'attribution aux producteurs de tabac d'une subvention provenant du produit du NNCA équivalait à une forme de remise de taxe incompatible avec l'article III:2. » (Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Tabac*, DS44/R, 04 octobre 1994, para. 109)

⁴²⁹ Le Groupe spécial du GATT, dans l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt*, a bien exprimé les enjeux et clarifié la portée de cette obligation. Le Groupe était chargé de déterminer si une mesure fiscale américaine qui octroyait un crédit aux petits brasseurs et viticulteur nationaux contre le paiement d'une taxe d'accise, qui n'était pas disponible pour les produits importés, était contraire au principe du traitement national. Selon le Groupe spécial, les crédits fiscaux n'étaient pas couverts par l'exemption de l'Article III:8 du GATT, étant donné qu'ils n'étaient pas des « paiements directs » ni résultaient de l'application non-discriminatoire de « taxes ou impositions intérieures ». Ainsi, il a été précisé :

« Cette interprétation textuelle était confirmée par le contexte, l'objectif déclaré et l'historique de la rédaction de l'article III. Le contexte de l'article III montrait que celui-ci était étroitement lié aux dispositions fondamentales énoncées dans l'article premier et l'article II de l'Accord général et que l'on avait délibérément établi une distinction entre les prescriptions générales qu'il énonçait en matière de traitement national et les règles relatives aux subventions de l'article XVI. Les dispositions relatives à la nation la plus favorisée de l'article premier, et les consolidations tarifaires prévues à l'article II, seraient inopérantes sans la disposition complémentaire de l'article III, qui interdisait d'utiliser les impositions et la réglementation intérieures comme des obstacles non

distinction juridique entre les subventions prenant la forme d'une taxation différenciée (ou exemptions) selon qu'il s'agisse de produits importés ou de produits nationaux et toute autre forme de subvention⁴³⁰.

350. L'article III:8 exempte aussi expressément de l'obligation de non-discrimination les subventions prenant la forme d'achats publics de produits nationaux ou de préférences accordées à ces produits dans le cadre de marchés publics. Ainsi, l'Organe d'appel, dans l'affaire *Canada – Périodiques*, s'est référé à ce procédé spécifique de subvention pour considérer que même si l'Article III:8 ne prévoit pas une « liste exhaustive des types de programmes » couverts par l'exemption, il « donne en exemple les programmes exemptés

tarifaires discriminatoires au commerce. De même, l'objectif additionnel des prescriptions en matière de traitement national de l'article III – accroître les conditions de concurrence non discriminatoires entre produits importés et produits d'origine nationale – ne pourrait pas être atteint. Etant donné que toute charge fiscale imposée par des taxes intérieures discriminatoires sur les marchandises importées se traduirait vraisemblablement par un avantage faussant les échanges pour les producteurs nationaux en concurrence avec les importations, l'interdiction des taxes intérieures discriminatoires prévue à l'article III:2 serait inopérante si l'on pouvait d'une manière générale justifier ces taxes sur les produits importés en faisant valoir qu'il s'agissait de subventions accordées aux producteurs nationaux concurrents conformément à l'article III:8 b).

L'article III:8 b) limitait donc les subventions aux producteurs autorisés aux versements effectués après le recouvrement des taxes ou aux versements par ailleurs compatibles avec l'article III. Cette distinction entre les règles concernant les taxes, par exemple les exonérations ou réductions de taxes, et les règles concernant les subventions se justifiait du point de vue économique et politique. Même si le produit de taxes non discriminatoires sur des produits pouvait être utilisé pour accorder ultérieurement des subventions, le producteur national, comme ses concurrents étrangers, devait acquitter les taxes dues sur les produits. La distinction entre ces deux catégories de règles contribuait à accroître la transparence. Elle pouvait aussi faire qu'il était plus difficile d'appliquer abusivement des politiques fiscales à des fins protectionnistes, par exemple dans le cas où les aides aux producteurs nécessitaient l'adoption de décisions législatives ou gouvernementales additionnelles permettant d'établir un équilibre entre les différents intérêts en jeu (...) Le Groupe spécial a donc constaté que si l'on en jugeait par le texte, le contexte, l'objectif déclaré ou l'historique de la rédaction de l'article III, le paragraphe 8 b) ne pouvait être interprété dans un sens aussi large que le suggéraient les Etats-Unis et que, si l'on poussait le raisonnement jusqu'au bout, cette interprétation éliminerait pour ainsi dire l'interdiction des taxes intérieures discriminatoires énoncée à l'article III:2 en permettant aux parties contractantes d'exonérer tous les produits nationaux des taxes indirectes. »⁴²⁹ (Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Boissons à base de malt*, DS23/R, 19 juin 1992, paras. 5.9-12)

L'Organe d'appel a expressément exprimé cette analyse lors des affaires *Canada – Périodiques* et *Brésil – Taxation* (par majorité de voix). Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Périodiques*, WT/DS31/AB/R, 30 juin 1997, p. 38 et Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, para. 5.90.

⁴³⁰ Pour une critique de cette différenciation, voir l'opinion dissidente d'un Membre de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Taxation*. Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, paras. 5.125-38.

des obligations découlant de l'article III:2 et 4 du GATT de 1994 »⁴³¹. D'après l'Organe d'appel, cet article procède à une distinction claire entre les subventions qui dépendent d'un « versement de l'État » et celles qui, comme les exemptions de taxes ou de tarifs publics, n'en dépendent pas. Il en conclut que l'exemption de l'Article III:8 couvre seulement « l'attribution de subventions qui entraîne des dépenses financées sur le budget de l'État »⁴³².

351. Enfin, indépendamment de la forme et du contenu de la subvention (par exemple, une exemption de taxes directes ou indirectes), les dispositions relatives à la non-discrimination du GATT imposent des obligations quant à d'éventuelles prescriptions commerciales intégrées aux mesures de soutien. L'inclusion de conditions commerciales dans les dispositifs de subventionnement est en effet une situation aujourd'hui assez répandue⁴³³. Plusieurs programmes de soutien à la production d'énergies renouvelables, par exemple, prévoient des prescriptions relatives à la teneur en éléments locaux (ou « exigence de contenu local ») ayant pour objectif le développement de la capacité productive nationale de ces technologies de plus en plus compétitives sur le marché global. Or, les obligations de non-discrimination du GATT, en particulier l'Article III:4, ont été établies afin justement d'éviter ce genre de discrimination commerciale par voie de restrictions « au-delà de la frontière », c'est-à-dire par le biais d'avantages compétitifs pour les produits nationaux au-delà de l'application de droits de douane, soit à travers un traitement fiscal préférentiel, soit au moyen de toute autre condition discriminatoire sur le marché⁴³⁴.

352. D'après cette logique, en revanche, rien n'empêche que les programmes de soutien contiennent des prescriptions relatives à l'activité productive nationale (ou « exigences de production locale ») dans la mesure où ces exigences se rattachent à la définition de « producteurs nationaux » et visent à ce que le subventionnement soit accordé pour des activités productives effectivement réalisées sur le territoire national⁴³⁵. Ce qui n'est toutefois

⁴³¹ Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Périodiques*, WT/DS31/AB/R, 30 juin 1997, p. 37.

⁴³² *Ibidem*, p. 37-38. L'Organe d'appel semble confirmer cette interprétation dans l'affaire *Brésil – Taxation*. Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, paras. 5.87-88.

⁴³³ Voir la quatrième partie, chapitre 1, ci-dessous pour un aperçu des subventions « vertes » notifiées à l'OMC.

⁴³⁴ D'après l'Organe d'appel, « [l]e principe du traitement national consacré à l'article III est la clé de voûte du système commercial multilatéral depuis son début. » (Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, para. 5.55).

⁴³⁵ L'Organe d'appel a confirmé à plusieurs reprises que « les subventions qui avaient trait à la production nationale n'étaient pas, pour cette seule raison » contraires aux règles de l'OMC même si « on peut

pas permis par les règles de non-discrimination est l'utilisation de programmes de subvention pour introduire des éléments de discrimination commerciale entre produits importés et produits nationaux.

353. Effectivement, l'Article III:8 exige que la subvention soit accordée directement aux producteurs. Elle ne peut être versée indirectement, *via*, par exemple, l'obligation imposée au consommateur de se procurer un produit chez des producteurs locaux pour pouvoir avoir accès à l'avantage. En effet, le conditionnement de l'aide d'État à l'utilisation d'un produit national comme intrant dans la production d'un autre produit est une violation classique du principe de traitement national qui n'est pas couverte par l'exemption⁴³⁶. Cette interprétation est constante dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC⁴³⁷. Plusieurs affaires récentes l'ont confirmé aussi à l'égard de mesures de soutien aux énergies renouvelables (voir notre quatrième partie, chapitre 2).

354. Il nous suffit ici de mentionner, brièvement, ce que l'Organe d'appel a précisé s'agissant de cette condition et de l'exemption prévue à l'Article III:8 à l'occasion de l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*⁴³⁸. En l'espèce, le gouvernement de l'Ontario (Canada) avait accordé des contrats prévoyant des tarifs préférentiels de rachat garantis en faveur des

généralement s'attendre à ce que ces subventions accroissent l'offre des produits nationaux subventionnés sur le marché pertinent, ce qui accroît l'utilisation de ces produits en aval et a des effets défavorables sur les importations. » Dans ce sens, le fait de savoir si une subvention subordonnée à l'*exécution* d'un *processus de production* au pays aurait pour effet de conditionner l'avantage à l'*utilisation* de *produits nationaux* par le bénéficiaire de la subvention doit être déterminé au cas par cas et entraîne des éléments de preuve assez complexes. Voir Rapport de l'Organe d'appel, *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (21:5 – États-Unis), WT/DS316/AB/RW, 15 mai 2018, paras. 5.61-63. Voir aussi Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs* (article 21:5 – Brésil), WT/DS70/AB/RW, 21 juillet 2000, paragraphe 47 ; Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Incitations fiscales*, WT/DS487/AB/R, 4 septembre 2017, para. 5.15 et Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, paras. 5.112 et 5.124.

⁴³⁶ Cette expression du principe de non-discrimination est aussi reflétée dans le cadre de plusieurs accords de l'OMC, en particulier, en ce que s'agit des subventions, dans Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) et l'Accord SMC. Voir sections 2 et 4 du présent chapitre.

⁴³⁷ Voir, par exemple, l'affaire *Italie – Machines agricoles*. En l'espèce, l'Italie octroyait des instruments de crédit facilité à des agriculteurs italiens pour l'acquisition de machines agricoles fabriquées en Italie. Le Groupe spécial a précisé que la subvention en cause n'opérait pas de façon à subventionner les producteurs agricoles italiens, mais plutôt à subventionner l'acquisition de machines agricoles italiennes et, ainsi, le programme n'était pas couvert par l'exemption de l'Article III:8 du GATT. Voir Rapport du Groupe spécial du GATT, *Italie – Machines agricoles*, L/833, 23 octobre 1958. Voir aussi Rapport du Groupe spécial du GATT, *CCE – Oléagineux I*, L/6627 – 37S/86, 25 janvier 1990, paras. 136-137 et Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/R, 30 août 2017, para. 7.86. Voir, enfin, le Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, para. 5.95.

⁴³⁸ Voir notre analyse détaillée de l'affaire dans le chapitre 2, section 1 de la quatrième partie de la thèse.

producteurs d'énergie renouvelable. Les contrats conditionnaient les tarifs préférentiels à l'utilisation par ces producteurs d'un certain pourcentage de matériel de production d'origine nationale. Selon le Groupe spécial chargé de régler l'affaire, bien qu'il s'agissait d'une « acquisition par des organes gouvernementaux » de produits nationaux, le programme en question n'était pas couvert par l'exemption prévue à l'Article III:8 du GATT dans la mesure où le gouvernement de l'Ontario revendait commercialement l'énergie achetée à ses citoyens.

355. En revanche, l'Organe d'appel a retenu ici une approche particulière quant à l'interprétation de l'exemption, avec des conséquences importantes s'agissant de l'application de cette disposition du GATT. En effet, au lieu de se concentrer sur l'acquisition de produits nationaux par le gouvernement de l'Ontario, l'Organe d'appel a identifié une discrimination introduite par la mesure en question et une relation de concurrence entre le produit importé et le produit national. Précisément, selon ce dernier :

« [L]e produit qui est visé par les niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux ... contestés par les plaignants comme étant discriminatoire au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 ... est certains matériels de production d'énergie renouvelable. Or, le produit acheté par les pouvoirs publics de l'Ontario dans le cadre du programme et des contrats TRG est l'électricité et non le matériel de production. Le matériel de production est acheté par les producteurs eux-mêmes. En conséquence, le produit acheté par un organe gouvernemental aux fins de l'article III:8 a) – à savoir l'électricité – n'est pas le même que le produit qui est traité moins favorablement à la suite des niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux figurant dans le programme et les contrats TRG. ... En conséquence, la discrimination relative au matériel de production inscrite dans le programme et les contrats TRG n'est pas couverte par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994 »⁴³⁹ (notes de bas de page omises).

356. Ainsi, indépendamment du fait de savoir si le programme de soutien (acquisition d'énergies renouvelables à des tarifs préférentiels) *en soi* relevait ou non de l'Article III:8, les conditions commerciales discriminatoires introduites par ce dispositif étaient bien soumises à l'obligation de non-discrimination, en raison du fait que la discrimination en question n'était pas créée par la subvention à la production nationale d'énergie (une situation

⁴³⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, paras. 5.75 et 5.79.

qui serait, à première vue, couverte par l'exemption), mais plutôt par les prescriptions de contenu local créant un avantage compétitif pour les matériels de production d'énergie renouvelable nationaux. Autrement dit, l'Article III:8 concerne d'éventuels effets discriminatoires entre produits importés et produits nationaux résultant d'un subventionnement des producteurs nationaux. Il ne porte pas, en revanche, sur les effets discriminatoires éventuellement créés entre *d'autres produits importés et produits nationaux* par des prescriptions additionnelles reposant sur les producteurs du premier groupe de produits.

357. L'Organe d'appel a de nouveau très clairement exposé une telle interprétation dans l'affaire *Brésil – Taxation* en considérant :

« [U]ne prescription imposant d'utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés pour pouvoir bénéficier de la subvention ne pourrait toutefois pas être couverte par l'exception prévue à l'article III:8 b) et resterait donc assujettie à l'obligation de traitement national énoncée à l'article III. Il en est ainsi parce que, même si l'attribution de subventions et certains critères d'admissibilité pouvaient affecter les conditions de concurrence entre le produit fabriqué par le producteur recevant la subvention et les produits importés similaires, une prescription imposant d'utiliser des produits nationaux pour pouvoir bénéficier de la subvention aurait une incidence sur les conditions de concurrence entre un *ensemble différent de produits nationaux et de produits importés similaires*, c'est-à-dire le produit national dont l'utilisation est prescrite et le produit importé similaire. ... Le champ de l'article III:8 b) laisse entendre que l'examen au titre de cette disposition doit être centré sur la question de savoir si l'entité nationale en cause est un producteur du produit au sujet duquel est alléguée une violation de l'obligation de traitement national résultant de l'"attribution ... de subventions". Cela tient au fait que l'article III:8 b) sert uniquement de justification pour une discrimination résultant des effets de l'attribution d'une subvention sur les conditions de concurrence sur le ou les marchés de produits pertinents » (italiques dans l'original, notes de bas de page omises)⁴⁴⁰.

358. Cette analyse segmentée est intéressante dans la mesure où elle opère pour empêcher les Membres de l'OMC de prendre des mesures autrement exclues (ou exemptées) de l'application des obligations du GATT et, de ce fait, d'introduire des discriminations

⁴⁴⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, paras. 5.95-96.

contraires aux principes du système commercial multilatéral. Ainsi, eu égard à la tendance actuelle à intégrer des mesures de soutien au développement et au déploiement de technologies vertes à caractère discriminatoire dans des programmes de promotion industrielle, l'application des dispositions relatives à la non-discrimination du GATT, telles qu'elles sont aujourd'hui interprétées, imposent des obligations importantes aux responsables politiques.

359. En conclusion, l'Article III:8 b) du GATT exempte des obligations de non-discrimination les effets nuisibles sur la concurrence entre produits nationaux et importés causés par une subvention aux seuls producteurs nationaux quand elle financée par le budget de l'État (c'est-à-dire, autre que des exemptions fiscales et tarifaires). La subvention sous forme d'achats publics est expressément incluse parmi les types de subventions concernées par l'exemption. La définition de « producteurs nationaux » peut entraîner des prescriptions d'activité productive sur le territoire national (« exigences de production locale ») qui seront concernées par l'exemption même si elles affectent les conditions de la concurrence entre produits importés et produits nationaux. L'exemption ne couvre pas, en revanche, les effets concurrentiels et discriminatoires des prescriptions commerciales, comme notamment les exigences de contenu local.

Tableau 6 - Caractères et conditions des exemptions prévues à l'Article III:8 b)

Permisses	Subventions « directes » aux seuls producteurs nationaux
	Subventions sous forme d'achats publics
	Prescriptions relatives à la définition de « producteurs nationaux » comme des exigences de production locale
Interdites	Exemptions/réduction de taxes (indirectes) ou tarifs publics seulement au bénéfice de produits nationaux
	Discrimination/subventionnement indirect à l'égard d'autres produits que ceux fabriqués par les « producteurs nationaux » bénéficiant directement de la subvention
	Prescriptions commerciales discriminatoires comme une exigence de contenu local

360. Avant de poursuivre notre analyse des obligations prévues dans le cadre du GATT, il convient de noter que, même si une mesure de soutien ou de subvention n'est pas contraire à l'Article III, elle sera encore soumise aux règles strictes de l'Accord SMC⁴⁴¹. Comme nous

⁴⁴¹ Voir le Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, para. 5.5. Voir aussi le Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Incitations fiscales*, WT/DS487/AB/R 4 septembre 2017, para. 5.16 et le Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, para. 5.94, note de bas de page 358.

aurons l'occasion de l'étudier, ces règles s'ajoutent effectivement à celles prescrites par le GATT. En tout état de cause, il est important de bien comprendre les dispositions relatives à la non-discrimination établies par le GATT dans la mesure où elles constituent la base des réglementations et des principes qui régissent toute mesure commerciale prise par des Membres de l'OMC, y compris des subventions. Les règles établies par le GATT, bien maîtrisées, ont servi de lignes directrices pour concevoir les contours normatifs généraux du système commercial multilatéral.

Paragraphe 4 : Les exceptions au GATT - quelle est la portée des subventions liées au développement durable ?

361. Après avoir étudié en détail les dispositions les plus pertinentes du GATT en matière de subventions, il convient désormais d'analyser brièvement certaines exceptions au respect de cet Accord. Comme nous l'avons noté, le GATT ne comporte que peu de règles spécifiques relatives aux subventions. En effet, avant l'adoption de l'Accord SMC, les dispositions du GATT portant sur les subventions étaient essentiellement les suivantes :

- Obligation de notifier toute subvention qui affecte les échanges (Article XVI:1) ;
- S'agissant des produits primaires, obligation de ne pas accorder de subventions à l'exportation qui conduisent à l'acquisition de plus d'une part équitable du commerce mondial d'exportation dudit produit (Article XVI:3) ;
- Concernant les produits non-primaires, obligation pour les 17 parties signataires de la Déclaration de 1960 et, plus tard, les 26 signataires du Code de Tokyo, de ne pas accorder de subventions à l'exportation qui ramènent le prix de vente à l'exportation dudit produit au-dessous du prix du marché intérieur (Article XVI:4).

362. En ce sens, la plupart des commentateurs considèrent qu'avant l'adoption de l'Accord SMC, et à l'exception de certains dispositifs d'aide à l'exportation, les subventions étaient largement permises par les règles du GATT⁴⁴². On pourrait donc arriver à la conclusion qu'il n'est pas indispensable de réaliser une analyse des exceptions à ce dernier. Or, comme nous l'avons aussi constaté, le principe de non-discrimination du GATT et ses dispositions

⁴⁴² Voir la section 2 ci-dessus.

connexes (surtout l'Article III) imposent bien des restrictions relativement à la « forme » des subventions ainsi qu'au contenu d'éventuelles « prescriptions » ayant des effets commerciaux. Dès lors, un examen, même superficiel, des exceptions au GATT est essentiel afin de saisir la place, dans l'ensemble du système commercial multilatéral, des règles applicables aux subventions, en particulier celles adoptées en faveur du développement durable.

A. Article XX : Les exceptions générales

363. L'Article XX du GATT est la disposition la plus pertinente du système commercial multilatéral s'agissant des mesures adoptées afin d'atteindre des objectifs de politique publique non-commerciaux. L'article permet en effet de justifier des mesures en principe contraires aux règles du GATT dès lors que certaines conditions sont respectées au moment de leur adoption et de leur mise en œuvre. En raison de sa pertinence pour les mesures ayant trait à des objectifs de développement durable, ainsi que de l'importance et la portée de son interprétation, nous allons étudier plus en détail l'Article XX dans le cadre de la troisième partie de la thèse. Nous aurons aussi l'occasion de discuter de la relation qui existe entre les exceptions générales et d'autres obligations découlant des Accords multilatéraux de l'OMC régissant les subventions (quatrième partie, section 2).

364. À cet égard, il suffit ici de mentionner les principaux éléments de cette disposition. L'Article XX peut se décomposer en deux parties : i) d'une part, des paragraphes énumèrent les objectifs et politiques publiques qui peuvent, *a priori*, être adoptés même s'ils sont en contradiction avec les obligations imposées par d'autres dispositions du GATT ; ii) d'autre part, son texte introductif impose des conditions *sine qua non* que les mesures doivent respecter au moment de leur élaboration et mise en œuvre.

365. Précisément, l'Article XX est composé de dix paragraphes. Chaque paragraphe prévoit un type de mesure associée à un objectif qui pourrait être adoptée et dont les effets commerciaux négatifs pourraient être justifiés en recourant à cette disposition (voir le tableau 6 ci-dessous). Les exceptions incluent des objectifs phares de politiques publiques tels que la protection de la santé et de la vie humaine, la protection des animaux et des plantes, la conservation des ressources naturelles épuisables ou encore le respect des lois et de la

moralité publique. D'autres objectifs sont plus étroitement liés à des situations qui peuvent découler de relations commerciales et sont susceptibles d'affecter la production nationale, donc le développement économique, tel l'accès à des intrants rares ou des équipements essentiels.

Tableau 7 – Objectifs et valeurs couverts par l'Article XX

Para.	Objectif /Action	Valeur / Objet
a)	protection	moralité publique
b)	protection	santé et vie des personnes et des animaux
	préservation	végétaux
c)	importation ou exportation	or ou argent
d)	assurer le respect	lois et règlements [nationaux]
e)	tout mesure se rapportant	articles fabriqués dans les prisons
f)	protection	trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique
g)	conservation	ressources naturelles épuisables
h)	exécution	engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base
i)	restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays pour assurer à ...	l'industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation
j)	acquisition ou répartition	produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale

366. Les paragraphes prévoient aussi des conditions et/ou éléments nécessaires pour que la mesure soit couverte par l'exception. De fait, chaque paragraphe utilise un qualificatif différent indiquant le « degré » de lien nécessaire entre la mesure prise et l'objectif légitime poursuivi⁴⁴³. Ce degré de connexion varie selon les paragraphes : de simple « rapport » à l'objectif poursuivi (par exemple, selon l'Article XX(e) portant sur les mesures commerciales qui se « rapportent » aux articles fabriqués dans les prisons) jusqu'à l'exigence que la mesure soit considérée comme « essentielle » pour atteindre l'objectif visé (par exemple, l'Article XX(j) portant sur les mesures « essentielles » à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale). Ce constat est important parce

⁴⁴³ L'Organe d'appel a fait référence dans l'affaire *États-Unis – Essence* au fait que l'Article XX utilise des termes différents dans chaque paragraphe et à la conséquence de cette situation pour l'interprétation des exceptions au GATT, notamment en ce qui concerne le « degré de lien » exigé par la disposition pour chaque objectif. Ainsi, selon l'Organe d'appel, « [i]l ne semble pas raisonnable de supposer que les Membres de l'OMC entendaient exiger, en ce qui concerne chaque catégorie, le même type ou degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser. » (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 19).

qu'il dénote l'intention des négociateurs du GATT tantôt de faciliter tantôt de restreindre l'adoption de mesures commerciales restrictives selon l'objectif poursuivi. Une mesure qui « se rapporte » à un objectif quelconque est plus facile à prouver qu'une mesure censée être « nécessaire ».

367. Enfin, certaines exceptions exigent des conditions additionnelles pour se voir appliquer l'Article XX (voir le tableau 8 ci-dessous) pour une reproduction analytique des paragraphes de l'Article XX qui contiennent chacun des éléments juridiques propres à chaque exception). Ces conditions ont trait aux situations spécifiques prévues dans chaque paragraphe. Par exemple, le paragraphe g) couvre les mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables. L'exception exige aussi que ces mesures soient « appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ». Cette exigence nous paraît tout à fait logique étant donné qu'une mesure commerciale prise en vue de la conservation des ressources naturelles qui n'impose des restrictions qu'à l'importation ou l'exportation de ces ressources (ou à des produits s'y rapportant) n'aurait pas l'effet de conservation souhaité dans la mesure où les ressources seraient encore disponibles pour la consommation des producteurs nationaux⁴⁴⁴.

Tableau 8 – Répartition analytique des exceptions de l'Article XX du GATT

	Degré de lien	Objectif /Action	Valeur / Objet	Conditions/éléments additionnels
a)	nécessaires	protection	moralité publique	-
b)	nécessaires	protection	santé et vie des personnes et des animaux	-
		préservation	végétaux	
c)	se rapportant à	importation ou exportation	or ou argent	-
d)	nécessaires	assurer le respect	lois et règlements [nationaux]	qui ne sont pas [elles-mêmes] incompatibles avec les dispositions du présent Accord
e)	se rapportant à	-	articles fabriqués dans les prisons	-
f)	imposées pour	protection	trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique	-

⁴⁴⁴ D'après l'Organe d'appel :

« [S]i aucune restriction n'est imposée sur les produits similaires d'origine nationale et que toutes les limitations frappent les produits importés *uniquement*, on ne peut admettre que la mesure est destinée principalement ou même de manière substantielle à la réalisation d'objectifs de conservation. Il s'agirait simplement d'une discrimination manifeste destinée à protéger les produits d'origine locale. » (italiques dans l'original, notes de bas de page omises) (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 23).

g)	se rapportant à	conservation	ressources naturelles épuisables	si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales
h)	en exécution de	-	engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base	accord qui est conforme aux critères soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et non désapprouvé par celles-ci ou qui est lui-même soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et n'est pas désapprouvé par elles
i)	comportant	restrictions à l'exportation de matières premières nationales	industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation	restrictions qui n'ont pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et ne vont pas à l'encontre des dispositions de non-discrimination du GATT
	nécessaires	assurer		
j)	essentielles	acquisition ou répartition	produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale	mesures qui devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits

368. Si une mesure commerciale est considérée, *a priori*, comme relevant de l'une des exceptions prévues par les paragraphes de l'Article XX, elle doit encore respecter les conditions « antiprotectionnistes » inscrites dans le texte introductif. En effet, les conditions indiquées dans le texte introductif de l'Article XX se sont avérées, en pratique, être les plus difficiles à remplir par des mesures contestées dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. Le texte introductif exige effectivement qu'une mesure adoptée au regard de l'Article XX ne soit pas appliquée « de façon à constituer » :

- i) un moyen de discrimination *arbitraire ou injustifiable* entre les pays où les mêmes conditions existent ; ou
- ii) une *restriction déguisée* au commerce international.

369. Ce texte introductif a été prévu afin d'éviter un recours abusif aux exceptions créées par l'Article XX⁴⁴⁵. Effectivement, l'exercice analytique entrepris sur l'application du texte introductif de l'Article XX fonctionne comme une étude de la logique propre à la mesure (et à sa mise en œuvre) afin de déterminer si le traitement différencié accordé aux produits

⁴⁴⁵ Il convient de noter que la version initiale de l'Article XX dans la Charte de l'OIC proposée par les États-Unis en 1946 ne contenait pas la formulation actuelle du texte introductif. Très tôt dans le cadre des discussions qui ont eu lieu sur la Charte à Londres, en novembre de 1946, le Royaume-Uni présenta une proposition de texte similaire à la version actuelle « [a]fin de prévenir l'abus des exceptions énumérées à l'article [XX] ». Voir U.N. ECOSOC, *Première session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, 9^e Séance de la II^e Commission, Comité technique, E/PC/T/C.II/50, 13 novembre 1946, p. 6.

importés et aux produits nationaux (ou « discrimination » dans le sens large du terme) s'explique (ou se justifie) par l'objectif identifié de la mesure ou s'il découle d'une décision arbitraire de la part du Membre qui l'adopte ou du protectionnisme déguisé. Il s'agit, finalement, d'un exercice d'évaluation de la « bonne foi » afin de dévoiler l'essence des éléments commerciaux restrictifs et/ou discriminatoires et déterminer s'ils sont justifiés par la finalité poursuivie. Comme l'a noté avec pertinence l'Organe d'appel :

« Le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États. L'une de ses applications, communément dénommée la *doctrine de l'abus de droit*, interdit l'exercice abusif de ces droits et prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit "empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable". L'exercice abusif par un Membre de son propre droit conventionnel se traduit donc par une violation des droits conventionnels des autres Membres ainsi que par un manquement du Membre en question à son obligation conventionnelle. Cela dit, notre tâche consiste en l'occurrence à interpréter le libellé du texte introductif, en cherchant d'autres indications à cet effet, s'il y a lieu, dans les principes généraux du droit international. »⁴⁴⁶ (italiques dans l'original, notes de bas de page omises)

370. En ce sens, pour qu'une mesure puisse respecter les conditions posées par le texte introductif de l'Article XX, le Membre qui y recourt devra être en mesure de démontrer que la mesure en question a été conçue et appliquée de façon impartiale et que ses éléments discriminatoires se justifient au regard de l'objectif légitime poursuivi⁴⁴⁷.

371. Les conditions posées par l'Article XX du GATT (paragraphes et texte introductif) ont ainsi des conséquences importantes sur les mesures commerciales adoptées pour la mise en œuvre de politiques publiques légitimes dans la mesure où elles imposent certains critères à respecter pour que les éventuelles violations des règles du GATT commises dans le cadre de ces dernières soient justifiables. Plus loin dans notre thèse, nous verrons comment

⁴⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 158.

⁴⁴⁷ S'agissant de l'application concrète de l'Article XX, notamment de son texte introductif, à de multiples mesures contestées dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC et du GATT, plusieurs éléments ont été éclaircis. Nous allons analyser les plus pertinents au sujet des subventions prises pour le développement durable dans le chapitre 2 de la troisième partie de la thèse.

l'interprétation de ces conditions a évolué au gré d'affaires environnementales clés qui ont surgi dans le cadre de l'OMC et constaterons l'importance de cette évolution au regard de la marge de manœuvre dont bénéficient les Membres de l'OMC pour l'adoption de politiques publiques visant le développement durable.

372. En tout état de cause, il est important de noter que l'Article XX offre aux Membres un espace de politique publique indispensable pour l'adoption de mesures tendant à la protection de l'environnement, surtout au regard des paragraphes (a), (b), (g) et, plus récemment, (j). Néanmoins, à l'instar des autres exceptions aux règles du GATT analysées dans le cadre de la présente sous-section, l'Article XX n'a pas fréquemment été invoqué par les Membres pour justifier des subventions.

373. Effectivement, relevons en premier lieu que, parmi les 316 différends traités dans le cadre du système de règlement des différends du GATT, seuls 25 portaient sur des allégations de violation de l'Article XVI (environ 8%)⁴⁴⁸. De plus, dans 14 de ces affaires, un Groupe spécial a émis un rapport examinant les allégations. Pour autant, dans aucun de ces cas, l'Article XX n'a été invoqué pour justifier une mesure de subvention⁴⁴⁹ alors même qu'une violation de l'accord a été identifiée dans 10 rapports (voir le tableau sommaire 9 ci-dessous).

374. Après l'adoption du Code de Tokyo sur les subventions, la plupart des affaires portant sur ce type de mesures ont été analysées à l'aune de ce dernier. Ainsi, 35 affaires ont été discutées au regard du Code de Tokyo (pour 30 d'entre elles, il n'a pas été soulevé dans le

⁴⁴⁸ Les données sur ces affaires ont été recueillies à partir des bases de données disponibles sur le site de l'OMC (<https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_f.htm>), ainsi que sur les sites spécialisés *World Trade Law Net* (<<http://www.worldtradelaw.net>>) et *Trade Law Guide* (<<https://www.tradelawguide.com>>). Voir aussi l'excellent travail réalisé par le Secrétariat de l'OMC qui a analysé de manière systémique les affaires traitées dans le cadre du système de règlement des différends du GATT (1947-1995) pour la publication OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 1: Overview and one-page case summaries*, Genève, OMC, 2018, 390 p.

⁴⁴⁹ Il convient de noter que dans l'Affaire *CEE – Bananes II*, les CEE ont soulevé l'exception de l'Article XX(h) (accords intergouvernementaux sur les produits de base) pour justifier les préférences accordées aux exportateurs de bananes des ACP dans le cadre de la Convention de Lomé mais non pour justifier les subventions accordées à ces propres producteurs. La défense des CEE n'a pas été acceptée par le Groupe spécial, en particulier parce que la Convention n'avait pas été correctement notifiée aux PARTIES CONTRACTANTES comme l'exige l'Article XX(h) du GATT. Voir Rapport du Groupe spécial du GATT, *CEE – Bananes II*, DS38/R, 11 février 1994.

même temps une violation de l’Article XVI). En outre, 13 rapports ont été publiés mais aucune partie à ces affaires n’a fondé sa défense sur l’Article XX⁴⁵⁰.

Tableau 9 – Différends portant sur l’Article XVI dans le cadre du système de règlement des différends du GATT

Plaignant	Défendeur	Titre de l’affaire	Consultation	Rapport	Document
Chili	Australie	Australia - Subsidy on Ammonium Sulphate	27.07.1949	03.04.1950	GATT/CP.4/39
Grèce et Turquie	États-Unis	United States Export Subsidy on Sultanas	03.10.1952	30.09.1953	L/146 (Greece), L/148 (Turkey)
Italie	Turquie	Turkish Import Taxes and Export Bonuses	30.07.1954	-	L/214
Australie	France	French Assistance to Exports of Wheat and Wheat Flour	01.04.1956	21.11.1958	L/924
Danemark	États-Unis	Export Subsidy on Poultry	12.11.1956	-	L/586
Danemark	Royaume-Uni	Export of Subsidized Eggs and Cattle from the United Kingdom	24.04.1957	-	L/627
Allemagne	Grèce	Greek Discrimination in Credit Facilities for Imported Goods	23.09.1957	-	IC/SR.34
Australie	Italie	Italian Assistance to Exports of Flour	12.09.1958	-	L/853
Malawi	États-Unis	United States - Export Subsidy on Unmanufactured Tobacco	05.12.1966	21.11.1967	L/2925
EEC-6	États-Unis	United States - Income Tax Legislation (DISC)	04.02.1972	08.12.1981	L/4422
États-Unis	France	Income Tax Practices Maintained by France	24.05.1972	08.12.1981	L/4423
États-Unis	Belgique	Income Tax Practices Maintained by Belgium	24.05.1972	08.12.1981	L/4424
États-Unis	Pays-Bas	Income Tax Practices Maintained by the Netherlands	24.05.1972	08.12.1981	L/4425
Japon	États-Unis	United States - Suspension of Customs Liquidation Regarding Certain Japanese Consumer Electronic Products	12.05.1977	06.06.1977	L/4508
Chili	CEE-9	EEC - Refunds on Exports of Malted Barley	26.10.1977	-	L/4588
Australie	CEE-9	EEC - Refunds on Exports of Sugar - Complaint by Australia	18.10.1978	06.11.1979	L/4833
Brésil	CEE-9	EEC - Refunds on Exports of Sugar - Complaint by Brazil	10.11.1978	10.11.1980	L/5011
Australie	CEE-10	European Economic Community - Production Subsidies on Canned Fruit	01.07.1981	-	L/5167
États-Unis	CEE-10	European Economic Community - Subsidies on Export of Wheat Flour	29.09.1981	21.03.1983	SCM/42

⁴⁵⁰ Au total, de 1947 à 1995, 55 différends sur 316 (environ 15%) ont porté sur des allégations de violation de l’Article XVI du GATT ou de dispositions du Code de Tokyo sur les subventions.

États-Unis	CEE-10	European Communities - Export Subsidies on Sugar	07.02.1982	-	L/5294
États-Unis	Brésil et CEE-10	The United States Complaint against the European Community and Brazil, Concerning the Granting of Subsidies on the Export and Production of Poultry	16.02.1982	-	SCM/Spec/19
États-Unis	CEE-10	EEC - Subsidies on Export of Pasta Products	18.02.1982	19.05.1983	SCM/43
Argentine, Australie, Brésil, Colombie, Cuba, République Dominicaine, Inde, Nicaragua, Pérou, Philippines	CEE-10	European Communities - Sugar Regime	04.05.1982	-	L/5309
Brésil	États-Unis	United States - EEP Subsidy (Soya bean)	15.08.1988	-	SCM/89
Colombie, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Venezuela	CEE-12	EEC - IMPORT REGIME FOR BANANAS	28.01.1993	11.02.1994	DS38/R

375. On peut observer une même tendance dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. Avec l'adoption de règles plus strictes sur les subventions ainsi que l'accroissement de l'importance relative des subventions en tant que mesures susceptibles de fausser les échanges internationaux, un plus grand nombre d'affaires mettant en cause des programmes d'aides d'État ont été traitées dans le système de règlement des différends de l'OMC. Des 580 différends soulevés dans le cadre de l'OMC⁴⁵¹, 125 (21.5%) portaient sur des allégations de violation de l'Accord SMC, 83 (14.3%) de l'Accord sur l'agriculture et 12 de l'Article XVI du GATT (2%)⁴⁵². Plus concrètement, parmi les 360 rapports de Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel, 117 (33%) ont eu trait à des discussions sur d'éventuelles violations des obligations de l'Accord SMC ou de l'Accord sur l'agriculture relatives aux

⁴⁵¹ Au 13.03.2019.

⁴⁵² Un différend peut porter sur plusieurs allégations, concernant différends accords. Plusieurs différends présentent ainsi des allégations de violation de l'Accord sur Agriculture, de l'Accord SMC et/ou du GATT dans le même temps.

subventions⁴⁵³. Cependant, à nouveau, aucune partie à ces affaires n'a invoqué l'Article XX comme argument de justification des subventions versées.

376. Il convient ici de noter, que, dans plusieurs autres affaires, des systèmes d'aide d'État ont été analysés au regard d'autres dispositions du GATT et de l'OMC non spécifiques aux subventions. Comme nous l'avons déjà noté, les règles de non-discrimination du GATT s'appliquent à tout type de politique commerciale, y compris les mesures de soutien. Ainsi, plusieurs affaires ont fourni l'occasion de discuter de la violation de règles du GATT, notamment l'Article III (principe du traitement national), par des mesures de soutien comme, par exemple, des exemptions fiscales visant certains produits nationaux⁴⁵⁴. Cependant, dans la majorité de ces affaires, la discussion s'est concentrée sur les éléments discriminatoires des mesures de soutien (souvent conjuguées à d'autres traitements discriminatoires et protecteurs des produits nationaux), plutôt que sur une analyse d'ensemble des programmes de subventionnement⁴⁵⁵.

377. Or, ces éléments n'étant pas forcément liés à la poursuite d'objectifs de développement durable (mais plutôt à des objectifs de protection de la production nationale), ces affaires ne nous donnent guère d'éléments pertinents pour faire avancer notre réflexion en vue de comprendre la relation entre l'Article XX du GATT et les subventions adoptées

⁴⁵³ Aucune affaire relevant du cadre de l'OMC n'a encore analysé une violation de l'Article XVI du GATT (le Groupe spécial, ainsi que l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, ont relevé des violations d'autres dispositions de l'OMC et décidé de s'abstenir d'examiner l'allégation du Brésil de violation de l'Article XVI). Cela semble confirmer que les dispositions spécifiques du GATT sur les subventions, à l'Article XVI, ont perdu quelque peu de leur pertinence pour les Membres de l'OMC. Or, il convient de noter que dans leurs demandes les plus récentes de consultations sur des programmes d'aide d'État, les États-Unis ont exprimé des allégations de violation de l'Article XVI:1 pour manque de notification des programmes. Aucune de ces affaires n'a cependant encore reçu de solution de la part d'un Groupe spécial, mais cette tendance semble être renforcée par l'attention renouvelée que les États-Unis, mais aussi d'autres pays Membres développés, ont accordé au manque de notification des programmes de soutien. Voir aussi les demandes de consultations sur les affaires *Chine – Mesures concernant l'équipement pour la production d'énergie éolienne* (DS419), *Chine – Certaines mesures affectant les industries de l'automobile et des pièces automobiles* (DS450), *China – Subsidies to Producers of Primary Aluminium* (DS519), et *Inde – Mesures concernant le sucre et la canne à sucre* (DS580 – Australie).

⁴⁵⁴ Voir, par exemple, les affaires *Italie – Machines agricoles*, *CCE – Oléagineux I et II*, *États-Unis – Boissons à base de malt* et *CEE – Bananes II* dans le cadre du système de règlement de différends du GATT. Dans le cadre de l'OMC, les affaires *Brésil – Taxation* et *Inde – Cellules solaires* servent d'exemples.

⁴⁵⁵ Il y a aussi lieu de relever que c'est dans seulement quelques affaires que la partie ayant adopté la mesure de soutien discriminatoire en question a essayé d'avoir recours à une disposition défensive du GATT et souvent était mentionnée l'exemption de l'Article III:8 que nous avons précédemment étudiée en détail. Effectivement, dans le paragraphe 3 de la présente section, nous avons déjà analysé les affaires les plus pertinentes sur le sujet.

pour la protection de l'environnement et en faveur du développement durable. De plus, s'il est vrai que les subventions peuvent être des outils déterminants pour régler des défaillances du marché générant des externalités environnementales (positives ou négatives), certains dispositifs protectionnistes inclus dans les programmes d'aide d'État adoptés pour pallier ces défaillances ne se justifient qu'en fonction de considérations d'économie politique. Ces éléments discriminatoires peuvent agir de manière contraire à l'objectif environnemental s'ils réduisent l'efficacité de la mesure.

378. En tout état de cause, l'importance croissante accordée aux objectifs de développement durable ainsi que l'utilisation de subventions en tant que moyens de les atteindre (conjuguées ou non à des éléments protectionnistes) ont fait que l'intersection entre les mesures de subventions, les règles qui les régissent et les exceptions existantes dans le cadre du GATT s'est intensifiée. Plusieurs différends qui ont surgi ces dernières années témoignent de cette évolution⁴⁵⁶. Ainsi, il importe de noter que l'Article XX pourrait être employé afin de justifier les éléments discriminatoires et/ou restrictifs des programmes de subventions. Dès lors, la difficulté est d'identifier, au cas par cas, des justifications à ces éléments discriminatoires qui découleraient exclusivement de l'un des objectifs prévus par la disposition, spécialement en ce qui concerne d'éventuels éléments protectionnistes⁴⁵⁷. Même si ces éléments pourraient être, en théorie, justifiables pour des raisons de développement économique (au regard, par exemple, de défaillances du marché liées aux industries naissantes), le fait est que l'Article XX, surtout son texte introductif, a été conçu pour éviter que les mesures commerciales prises dans le cadre des exceptions soient utilisées afin de protéger la production nationale.

379. A l'exception des cas très spécifiques identifiés ci-dessus (comme, par exemple, des mesures prises pour garantir l'accès à l'industrie nationale aux intrants en « pénurie »), le développement ne fait pas partie des objectifs légitimes listés dans les dix paragraphes de l'Article XX. La possibilité d'adopter ce type de mesures relève d'une autre disposition du GATT : l'Article XVIII.

⁴⁵⁶ Voir notre quatrième partie, chapitre 2.

⁴⁵⁷ Notamment, et à la différence de la liste d'objectifs légitimes de l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'Accord OTC), la liste d'objectifs de l'Article XX du GATT est « fermée ».

B. Article XVIII : Aides d'État en faveur du développement économique

380. La Charte de La Havane contenait un chapitre entier dédié au « développement économique et à la reconstruction » (Chapitre III). Entre autres dispositions, l'Article 13 de la Charte reconnaissait l'importance des aides d'État visant le développement économique. Précisément, cette disposition permettait aux Membres de l'OIC d'adopter des mesures en faveur du développement économique en contradiction avec les règles inscrites dans le chapitre commercial de la Charte (Chapitre III), à la condition de respecter des procédures établies pour analyser leur pertinence.

381. Le GATT a reproduit cette disposition dans son Article XVIII mais sans reprendre la structure institutionnelle que l'OIC aurait créée pour permettre des débats argumentés sur la pertinence des mesures restrictives prises en contradiction avec les règles commerciales proposées⁴⁵⁸. Comme relevé plus haut, cette lacune a eu par conséquence que le système commercial multilatéral n'est jamais devenu une enceinte au sein de laquelle les mesures prises pour le développement ont pu être débattues de manière holistique (à part sur les bénéfices pour le développement de la libéralisation commerciale et les conditions s'y rapportant)⁴⁵⁹. Les discussions se sont plutôt concentrées sur les effets commerciaux des mesures éventuellement prises. Cette lacune a aussi conduit à ce que d'autres institutions multilatérales adoptent un agenda semblable mais en proposant souvent des recommandations de politiques publiques contradictoires.

⁴⁵⁸ Un « Comité sur le commerce et le développement » (CCD) ne sera établi dans le cadre du système commercial multilatéral qu'en 1964. Voir notre analyse de l'histoire de l'inclusion de la Section IV du GATT sur le commerce et le développement plus loin, dans le prochain paragraphe (5) de la présente section.

⁴⁵⁹ En particulier, le Comité du commerce et du développement (CCD) de l'OMC est l'enceinte où ce genre de discussions et coopération ont lieu afin de maximiser la contribution du système commercial multilatéral au développement. Les initiatives de « l'Aide pour le commerce », du « Cadre Intégré Renforcé » (CIR), ainsi que le « Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce » (STDF) sont d'autres exemples d'actions visant à renforcer la contribution du commerce au développement. Il convient ainsi de noter que le développement économique a toujours été l'objectif central du système commercial multilatéral, même si la non-crédation de l'OIC a affecté son potentiel d'être aussi un système multilatéral de développement économique. En essence, notre argumentation est plutôt favorable à un débat holistique sur les politiques de développement. Voir : OMC, OCDE, *Panorama de l'aide pour le commerce 2017 : promouvoir le commerce, l'inclusion et la connectivité pour un développement durable*, OMC, Genève, Paris, Éditions OCDE, édition de poche, 2017, 50 p. ; CIR, *Rapport annuel du CIR 2016 - Aucun PMA laissé pour compte : le CIR investit dans les pays et les ressources humaines*, Genève, OMC, 2017, 88 p. ; STDF, *Beyond Results: Learning the lessons from STDF Projects*, Genève, OMC, 2018, 50 p.

382. Cependant, l'Article XVIII, qui sera considérablement reformulé et développé lors de la révision du GATT de 1955-56 afin d'améliorer son efficacité⁴⁶⁰, s'avère être aujourd'hui le principal outil juridique par lequel les pays en développement Membres de l'OMC peuvent obtenir davantage d'espace pour formuler des politiques publiques permettant l'adoption de mesures commerciales discriminatoires en faveur du développement de leurs industries nationales. A la fin des travaux de révision, le Groupe de travail chargé de travailler sur les modifications à apporter aux « Restrictions quantitatives » a pu noter à propos de l'Article XVIII :

« Ce nouvel article a été conçu dans l'idée que le développement économique est compatible avec les objectifs de l'Accord et que le relèvement du niveau de vie général dans les pays insuffisamment développés qui devrait être le résultat du développement économique facilitera la réalisation de ces objectifs. En ce sens, le nouveau texte représente un progrès nouveau et plus positif vers la solution du problème du développement économique et la recherche des voies et des moyens qui permettraient de concilier les exigences de ce développement avec les obligations assumées en vertu de l'Accord général au sujet de la conduite de la politique commerciale »⁴⁶¹.

383. Toutefois, à la différence de l'Article XX, le Membre qui souhaite bénéficier de cette marge de manœuvre doit respecter, outre les obligations substantielles inscrites à l'Article XVIII, les obligations procédurales qui y sont aussi indiquées. Certains commentateurs considèrent que ces procédures, y compris l'exigence de passer devant la collectivité des Membres de l'OMC pour obtenir leur accord, ont rendu inefficace le mécanisme prévu à l'Article XVIII afin d'obtenir des dérogations aux obligations du GATT⁴⁶².

⁴⁶⁰ La version antérieure de l'Article XVIII comptait 3 sections et 14 paragraphes, tandis que la version actuelle, après la réforme de 1955, compte 4 sections et 23 paragraphes. Parmi les modifications les plus intéressantes, notons que la nouvelle version spécifie avec plus de détails les types de mesures restrictives pour lesquelles les parties contractantes pourraient obtenir une dérogation aux règles du GATT, y compris des difficultés de balance de paiements, ainsi que les procédures à suivre pour ce faire. La version originale reconnaissait le potentiel effet négatif que le « recours déraisonnable » aux mesures restrictives pouvait avoir sur les économies, y compris des pays qui adopteraient ces mesures, mais ouvraient la possibilité d'avoir recours aux dérogations de l'Article XVIII à toute partie contractante, y compris les pays développés. Cette reconnaissance n'est plus présente et la version actuelle limite l'accès aux dérogations aux économies en développement.

⁴⁶¹ GATT, *Rapport du groupe de travail No. I (Révision) – Restriction quantitatives*, L/332/Rev.1, 28 février 1955, para. 35.

⁴⁶² Voir, par exemple, l'étude de PAGE qui mentionne ce qui suit sur l'Article XVIII :

« It is technically possible but very difficult for such an effort to proceed even when a member is unsuccessful in getting negotiated agreement with its partners. This would require agreement from

384. Comme nous l'avons noté, le GATT n'imposait à l'origine que peu de restrictions à l'emploi de subventions. Depuis son adoption, les parties contractantes ont débattu et eu recours à l'Article XVIII afin d'exempter des politiques commerciales restrictives qui étaient expressément interdites par le GATT, c'est-à-dire des contingents (restrictions quantitatives) et l'imposition de droits douaniers plus élevés que les limites inscrites sur les listes de concessions accordées à chaque pays. Une étude du Secrétariat du GATT sur « l'emploi du système des subventions par les pays peu développés » (surtout des subventions à l'exportation) et la pertinence d'avoir éventuellement recours aux procédures de dérogation de l'Article XVIII a conclu que, « [d]'une manière générale, les pays peu développés sont légalement autorisés à subventionner tant les produits primaires que les autres produits »⁴⁶³. Le Secrétariat a aussi noté que :

« Devant le Comité chargé d'étudier le cadre juridique et institutionnel du GATT en relation avec les pays peu développés, il a été indiqué que le recours à l'article XVIII, section C, pouvait éventuellement offrir aux pays peu développés le moyen d'obtenir par avance l'autorisation d'employer des subventions à l'exportation. ... Telle qu'elle est, cette procédure ne semble ni nécessaire ni appropriée pour les subventions à l'exportation envisagées par les pays peu développés; en effet, 1) l'emploi de subventions à l'importation n'est pas en soi incompatible avec les dispositions de l'Accord qui leur sont applicables (à supposer qu'ils n'aient accepté ni l'une ni l'autre des deux Déclarations en question), 2) la mesure considérée constitue un encouragement à l'exportation plutôt qu'une mesure affectant les importations »⁴⁶⁴.

the general membership, including any countries that had withheld bilateral agreement. ... As such it remains to be seen how free a WTO member might be to take advantage of what seems to be a useful exception. ... It is also unclear whether the member would be required to demonstrate that the proposed measures would actually raise the general standard of living of their people—something that might be difficult in the case of domestic content requirements. And of course the requirements for negotiations on compensation to affected members may make the proposition less viable» (PARTNERSHIP FOR ACTION ON GREEN ECONOMY (PAGE), *Green Industrial Policy: Concept, Policies, Country Experiences*, Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), 2017, p. 138)

Dans le même sens, J. Bohanes souligne le degré de complexité des procédures prévues à l'Article XVIII pour se faire accorder une dérogation et fait ainsi valoir que « [p]erhaps this, together with the requirement to compensate other Members, is one of the reasons why these provisions have been rarely relied on since 1947. » (BOHANES, Jan, « WTO Dispute Settlement and Industrial Policy », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, p. 10).

⁴⁶³ GATT, *L'emploi du système des subventions par les pays peu développés*, Note du Secrétariat, GATT, Troisième Comité – Expansion du commerce international, COM.III/123, 29 octobre 1962, p. 2.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p.6 note de bas de page 1. Il convient aussi de noter aussi que lors de la procédure d'analyse de la demande faite par le Ceylan (Sri Lanka) au regard de l'Article XVIII en vue d'imposer des restrictions

385. Avec l'adoption de l'Accord SMC, la situation a considérablement évolué dans la mesure où l'Accord s'applique à tous les Membres de l'OMC (avec quelques exceptions pour les pays en développement). En tout état de cause, en ce qui concerne la possibilité d'obtenir une dérogation aux obligations du GATT pour les programmes de subventions des pays en développement, la conclusion du Secrétariat nous semble dans l'ensemble encore valable. Une question parallèle, et que nous aurons l'occasion de discuter plus avant, est celle de savoir si un Membre de l'OMC pourrait avoir recours à l'Article XVIII pour obtenir une dérogation aux obligations de l'Accord SMC ou bien d'autres accords de l'OMC⁴⁶⁵.

386. Par ailleurs, l'intérêt croissant pour les « politiques industrielles vertes » ou « durables » (« *green industrial policies* »)⁴⁶⁶ comportant des mesures de soutien aux technologies « vertes » conjuguées à des contingents ou à des exigences de contenu local a remis cette disposition en lumière en attirant l'attention des commentateurs⁴⁶⁷. Plusieurs auteurs défendent, de manière pertinente, la possibilité pour les pays en développement qui souhaitent adopter des mesures protectionnistes en vue d'une « croissance verte » d'avoir recours à l'Article XVIII⁴⁶⁸. Sans entrer ici dans un débat pour déterminer si une éventuelle

quantitatives, le Groupe spécial a considéré « d'autres mesures qui pourraient être prises dans le cadre de l'Accord général » qui ne violeraient pas ses dispositions. Le Groupe a notamment mentionné l'emploi de subventions comme une possibilité non-contraire au GATT, mais finalement, en prenant en considération « les difficultés d'ordre pratique » des subventions pour Ceylan, le Groupe a reconnu que « le versement de subventions ne permettrait peut-être pas de réaliser les objectifs projetés tant que la production nationale ne satisferait qu'une fraction de la demande. » Cet exemple est utile pour démontrer que, même dans les rares occasions où le système commercial multilatéral du commerce s'est penché sur la question pour analyser la pertinence des mesures restrictives au commerce en vue de la promotion des industries naissantes des pays en développement, le subventionnement n'a pas été considéré comme une option viable, ni contraire aux obligations commerciales. Voir GATT, *Rapport du Groupe spécial sur les demandes présentées au titre de l'article XVIII par Ceylan*, L/751, 26 novembre 1957, paras. 5, 25 et 35.

⁴⁶⁵ Voir chapitre 1, section 2, de la quatrième partie de notre thèse.

⁴⁶⁶ Voir PARTNERSHIP FOR ACTION ON GREEN ECONOMY (PAGE), *Green Industrial Policy: Concept, Policies, Country Experiences*, Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), 2017, p. 11-15.

⁴⁶⁷ Voir, entre autres : HOWSE, Robert, « Securing Policy Space for Clean Energy under the SCM Agreement: Alternative Approaches », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2013, 12 p ; KUNTZE, Jan-Christoph et MOERENHOUT, Tom, « Are Feed-In Tariffs Consistent with WTO Law? Legal Tools to Confront Interdisciplinary Challenges », in BAETENS, Freya et CAIADO, José G. M. (eds.), *Frontiers of international economic law. Legal tools to confront interdisciplinary challenges*, Brill Publishers, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p. 151–180 ; CHARNOVITZ, Steve, « Green Subsidies and the WTO », *Policy Research Working Paper*, World Bank Group, Office of the Chief Economist – Climate Change Group, 2014, 84 p. Voir aussi chapitre 1, section 1, de la quatrième partie de notre thèse.

⁴⁶⁸ Voir, par exemple, l'argumentation de Kuntze et Moerenhout pour qui la disposition aurait pu être utilisée pour déroger aux obligations de non-discrimination de l'OMC s'appliquant sur les prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale des programmes de tarifs de rachat garantis en soutien des énergies renouvelables. Voir KUNTZE, Jan-Christoph et MOERENHOUT, Tom, « Are Feed-In Tariffs Consistent with

mesure restrictive s'avérerait nécessaire afin de combler une défaillance du marché ou se demander si, dans l'hypothèse où chaque pays adopterait une telle politique industrielle verte restrictive, le résultat serait bénéfique ou non pour l'environnement mais aussi pour le développement⁴⁶⁹, il convient à tout le moins d'analyser ici les lignes générales de la disposition et sa pertinence en tant qu'outil de développement.

387. L'Article XVIII se décompose en 5 parties : une introduction et quatre sections (de A à D (voir le tableau 10 ci-dessous proposant une présentation analytique des dispositions de l'Article XVIII les plus pertinentes pour notre réflexion). Dans l'introduction, les parties contractantes reconnaissent l'importance du développement économique, en particulier pour les économies « aux premiers stades de [leur] développement », pour la réalisation des objectifs commerciaux du GATT (Article XVIII:1). L'introduction reconnaît aussi qu'il peut être nécessaire pour les parties contractantes, dans le cadre de leurs politiques de développement économique, d'adopter « des mesures de protection ou d'autres mesures affectant les importations ». Ces mesures, qui prévoient une flexibilité des tarifs douaniers (section A) ainsi que des restrictions quantitatives (section B), seraient « justifiées » pour autant qu'elles « facilitent » la réalisation des objectifs du GATT (Article XVIII:2). L'Article reconnaît par ailleurs que d'autres types d'aides d'État peuvent être nécessaires afin de « favoriser » la création de « branches de production déterminées » (sections C et D - Article XVIII:3). Enfin, l'Article relève l'importance des exportations de certains produits de base pour l'économie des pays en développement et établit un droit de recours à des consultations multilatérales s'agissant de mesures qui les affectent « sérieusement » dans le cadre de l'Article XXII du GATT (Article XVIII:5)⁴⁷⁰.

WTO Law? Legal Tools to Confront Interdisciplinary Challenges », in BAETENS, Freya et CAIADO, José G. M. (eds.), *Frontiers of international economic law. Legal tools to confront interdisciplinary challenges*, Brill Publishers, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p. 151-180.

⁴⁶⁹ Voir notre argumentation sur la « myopie des frontières » développée dans la première partie, chapitre 2, section 2.

⁴⁷⁰ Selon l'historique des négociations sur l'Article XVIII, l'introduction de ce paragraphe ne visait pas la création d'une consultation « spéciale » ou différente de celle prévue par l'Article XXII du GATT. L'objectif était simplement de renforcer la reconnaissance du problème et de confirmer que les parties contractantes en développement auraient accès aux négociations collectives de l'Article XXII, surtout son paragraphe deux. Voir GATT, *Rapport du groupe de travail n° I (Révision) – Restriction quantitatives*, L/332/Rev.1, 28 février 1955. Les dispositions de l'Article XVIII:5 ne semblent avoir été soulevées qu'une fois, en 1981, lors des consultations entre le Pérou et les États-Unis à propos de l'affaire *États-Unis – Liquidation de stocks stratégiques* sur le préjudice causé à l'économie du Pérou par la liquidation des stocks stratégiques d'argent des

388. Les sections A à D de l'Article XVIII précisent les conditions et procédures à respecter pour qu'un pays en développement Membre de l'OMC puisse obtenir une dérogation aux obligations du GATT et prenne la mesure envisagée. De telles mesures peuvent être adoptées en vue de remplir deux objectifs différents : i) afin de garantir ou rétablir l'équilibre de la balance des paiements (section B) ; ou ii) pour la création d'une branche de production déterminée (sections A, C et D). S'agissant du premier objectif, la section B de l'Article XVIII prévoit des procédures spécifiques et complexes pour l'adoption de restrictions quantitatives aux importations « nécessaires » pour stabiliser la balance des paiements. Néanmoins, cette disposition n'abordant que l'adoption de ce type de mesures, excluant ainsi les subventions, nous n'allons pas nous attarder sur son étude.

389. En ce qui concerne le second objectif, les sections A, C et D prévoient aussi des règles spécifiques et des procédures complexes qui varient selon **le type d'aide d'État** choisie afin de « créer une branche de production déterminée » et **le niveau de développement économique** du Membre de l'OMC qui propose la mesure. Avant d'analyser ces dispositions, il convient de noter que la note interprétative à l'Article XVIII explique que l'expression « création d'une branche de production déterminée » ne vise pas seulement la création d'une *nouvelle branche* mais aussi la création d'une nouvelle activité dans le cadre d'une branche déjà existante ou encore la transformation ou le développement substantielle/el de cette branche de production existante à la condition qu'elle « ne satisfa[sse] la demande intérieure que dans une *proportion relativement faible* ».

390. De plus, la Décision sur les mesures de sauvegarde à des fins de développement, adoptée le 28 novembre 1979, a élargi la portée de la notion de création d'une nouvelle branche de production des sections A et C pour y inclure également « l'établissement de nouvelles structures de production ou la modification ou le développement de structures existantes, en vue d'arriver à une utilisation des ressources plus complète et plus efficace conformément aux priorités de leur développement économique »⁴⁷¹. Ainsi, la portée d'une éventuelle dérogation de l'Article XVIII pour le développement d'industries naissantes est

États-Unis. Voir GATT, *Demande de consultations sur liquidation de stocks stratégiques par le Pérou*, L/5264, 3 décembre 1981.

⁴⁷¹ GATT, *Décision sur les Mesures de sauvegarde à des fins de développement*, L/4897, 28 novembre 1979, para. 1.

large dans la mesure où elle peut permettre de protéger la branche productive au-delà de ses étapes initiales⁴⁷².

391. Enfin, l'expression vise également le rétablissement d'une branche de production « détruite ou substantiellement endommagée par suite d'hostilités ou de catastrophes dues à des causes naturelles ». Au regard de l'importance des dommages causés par les catastrophes météorologiques ces dernières années et à la multiplication de ces phénomènes en conséquence des changements climatiques, la flexibilité d'action offerte par les dispositions de l'Article XVIII pourrait devenir encore plus pertinente à l'avenir pour les pays en développement⁴⁷³.

392. S'agissant des types d'aides d'État pour lesquelles les pays en développement peuvent demander des dérogations aux règles du GATT en faveur du développement de leurs branches de production nationale, l'Article XVIII procède à une distinction entre : i) une élévation des droits de douane au-dessus des limites consolidées dans les listes de concessions faites par chaque Membre (section A) ; ii) d'autres types d'aides d'État, y compris, par exemple, des restrictions quantitatives ou subventions (sections C et D). L'Article XVIII introduit aussi une différenciation basée sur le degré de développement des Membres de l'OMC⁴⁷⁴. En effet, ceux dont « l'économie ne peut assurer à la population

⁴⁷² Le texte de ces dispositions nous semble clairement traiter certains éléments de défaillance du marché identifiés par la théorie de l'industrie naissante. Effectivement, comme nous avons déjà eu l'occasion de le noter, cette théorie s'est consolidée avec les études de Prebisch et Hirschman qui sont contemporains des négociations sur la révision l'Article XVIII. Voir le chapitre 2, section 1:1 de la première partie ci-dessus.

⁴⁷³ Il est aussi intéressant de noter que bien la version actuelle de la disposition semble cibler le développement d'activités industrielles, le texte original, avant la révision de 1955, mentionnait expressément le développement ou la reconstruction de branches d'activité « industrielles ou *agricoles* ». Ainsi, malgré l'omission dans le texte actuel, il ne nous paraît pas intenable qu'un Membre de l'OMC puisse avoir recours aux dispositions de l'Article XVIII également pour le développement de ses branches de productions agricoles, surtout s'il s'agit d'industries de transformation et de valorisation ou bien de niches d'activités nouvelles.

⁴⁷⁴ L'une des questions les plus délicates et controversées en relation avec le traitement multilatéral des subventions, et aussi plus généralement par rapport à l'équilibre des obligations multilatérales, a trait à la différenciation entre les différents pays en développement. Dans le cadre de l'OMC, chaque Membre a droit de s'autoproclamer « pays en développement ». Outre la classification des « pays les moins avancés », qui est basée sur la classification économique établie par l'ECOSOC, peu de différenciations sont mentionnées par les règles de l'OMC quant aux différents niveaux de développement économique ou participation au commerce global des pays en développement. Une fois considéré en tant que pays en développement, le Membre de l'OMC aura le droit de jouir des toutes les flexibilités d'action offertes par le système, qu'il s'agisse d'une grande économie comme le Brésil ou la Chine ou d'une petite économie comme l'Équateur. Plusieurs pays développés ont commencé à questionner cette possibilité. Dans ce sens, il est intéressant de noter que l'Article XVIII prévoyait, déjà en 1955, au moins certains éléments de différenciation.

qu'un faible niveau de vie et en est aux premiers stades de son développement » (*économies aux premiers stades de développement*) peuvent avoir accès aux procédures de dérogation prévues par les sections A, B et C de l'Article XVIII. Tout autre Membre « dont l'économie est en voie de développement » (*économie en développement*) peut recourir aux procédures de dérogation indiquées dans la section D.

393. De cette façon, les Membres dont les économies en sont aux premiers stades de développement peuvent augmenter le montant de leurs droits de douanes et verser d'autres aides d'État tandis que les pays Membres en développement se voient limités à la prise de mesures autres que celles prévoyant une augmentation des droits de douane. Cette distinction fondée sur le niveau de développement nous semble toutefois peu stricte. En effet, la note interprétative relative à l'Article XVIII indique que l'expression « aux premiers stades de son développement » ne s'applique pas seulement aux Membres dont le développement économique en est à ses débuts, mais également à ceux dont les économies sont *en voie d'industrialisation* « à l'effet de réduire un état de dépendance excessive par rapport à la production de produits primaires »⁴⁷⁵.

Il nous paraît ainsi que plusieurs pays en développement, même ceux disposant d'économies vastes, pourraient se considérer comme étant caractérisés par une « économie aux premiers stades de développement » dans certaines situations. Il s'agit d'une analyse relative plutôt qu'absolue. Un examen des pays qui ont eu recours aux mesures en application de la section B (restrictions visant l'équilibre de la balance des paiements), censées être disponibles

⁴⁷⁵ La Décision sur les mesures de sauvegarde à des fins de développement fait référence aux « parties contractantes *peu développées* » qui auraient accès aux dérogations des sections A et C (GATT, *Décision sur les Mesures de sauvegarde à des fins de développement*, L/4897, 28 novembre 1979, para. 1). Or, avec l'adoption du GATT 1994, qui inclut toutes les décisions des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 (para. 1 b) iii)), « [l]es expressions “partie contractante peu développée” ... seront réputées s'entendre d'un “pays en développement Membre” » (para. 2.a)). Cela veut dire que la Décision sur les mesures de sauvegarde de 1979 doit être légalement lue, aujourd'hui, comme se référant aux pays en développement Membres de l'OMC, effectivement en reconnaissant, en pratique, leur droit de recours aux sections A et C. Il n'est pas aisé, en revanche, de déterminer si cette référence a changé la portée des obligations de l'Article XVIII du GATT en ce qui concerne la différenciation ayant trait au niveau de développement des économies. Il nous semble que la réponse doit être négative dans la mesure où seuls les amendements, adoptés par voie de protocoles additionnels par les Membres de l'OMC, ont la capacité de modifier les textes des dispositions du GATT (Article XXX du GATT). De plus, d'après le texte de la Décision il nous semble que les PARTIES CONTRACTANTES n'avaient pas pour objectif de changer le champ d'application des dispositions de la section C pour y inclure aussi les pays en développement dont les économies ne seraient pas « aux premiers stades de développement ». Le faire aurait rendu la section D inutile.

seulement aux économies « aux premiers stades de développement », révèle que la disposition a été invoquée plus de 20 fois avant l'entrée en vigueur de l'OMC et, depuis lors, 14 pays en développement y ont eu recours⁴⁷⁶.

Tableau 10 – Dérogations permises par l'Article XVIII du GATT

Section, par.	Niveau de développement	Objectif	Type de mesure	Produits objet de concessions ?	Accord préalable nécessaire ?
B (8-13)	Économies aux premiers stades de développement	Équilibre de la balance des paiements	Restrictions quantitatives	-	non
A (7)		Création de branches de production	Droits de douane	oui	non
C (14-21)			Autres aides de l'État	non oui	non oui
D (22-23)	Économies en développement	Création de branches de production	Autres aides de l'État	non oui	oui oui

394. Les sections A, C et D établissent des procédures distinctes de dérogation suivant la mesure envisagée. Pour obtenir une dérogation afin d'augmenter le montant des droits de douanes au-dessus des montants consolidés pour chaque pays (section A), le Membre doit notifier la mesure qui vise à « favoriser » la création des branches de production à l'OMC et entreprendre des négociations bilatérales avec : i) les Membres avec lesquels la concession a été « primitivement » négociée ; et ii) tout autre Membre dont « l'intérêt substantiel dans cette concession aura été reconnu » par les PARTIES CONTRACTANTES. Puis, passés 60 jours, si aucun accord n'a été convenu sur la mesure et d'éventuelles compensations, le Membre qui la propose peut demander aux PARTIES CONTRACTANTES d'adopter une décision sur l'affaire. Si ces dernières considèrent que ce Membre a fait « tout ce qu'il lui était possible de faire » pour arriver à un accord avec les autres Membres affectés, la mesure et donc la dérogation seront approuvées.

395. En ce qui concerne les subventions et d'éventuelles composantes restrictives, les sections C et D sont plus intéressantes. En effet, ces dispositions permettent une dérogation

⁴⁷⁶ Voir OMC, *Dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC*, Comité du commerce et du développement, note d'information du Secrétariat, addendum, WT/COMTD/W/239, 12 octobre 2018, p. 10. Il est aussi vrai que des mesures restrictives visant à assurer l'équilibre des balances des paiements sont disponibles à tout Membre de l'OMC au regard de l'Article XII du GATT. Or, le fait que ces pays aient décidé de le faire dans le cadre de l'Article XVIII démontre la flexibilité de la classification basée sur leur développement économique.

aux règles du GATT pour l'adoption d'une aide d'État, autre que des droits de douane, qu'un Membre considère comme « nécessaire » afin de faciliter la création d'une branche de production nationale « à l'effet de relever le niveau de vie général de la population », mais « sans qu'il soit possible dans la pratique d'instituer de mesure compatible avec les autres dispositions » du GATT. Le Membre doit alors notifier la mesure proposée ainsi qu'exposer les difficultés particulières qu'il rencontre pour développer la branche de production nationale par la voie de mesures compatibles avec le GATT (Article XVIII:14). Enfin, la mesure proposée ne doit pas discriminer les autres Membres, ni : i) être susceptible de causer un préjudice grave aux exportations d'un produit dont l'économie d'un Membre dépend pour une large part ; ii) léser inutilement les intérêts d'autres Membres ; iii) faire indûment obstacle à l'importation en quantités commerciales minimales de marchandises ; iv) faire obstacle à l'importation d'échantillons commerciaux ou à l'observation des procédures relatives aux droits de propriété intellectuelle (Article XVIII:10 et XVIII:20).

396. Par ailleurs, dans le cas où la mesure affecterait des produits pour lesquels le Membre n'a pas négocié de concessions (c'est-à-dire, sans droits de douane consolidés), les Membres affectés par la mesure proposée disposeront de 30 jours pour demander l'organisation de consultations collectives (Article XVIII:15) qui auront lieu pendant 90 jours et porteront sur les mesures alternatives disponibles dans le cadre du GATT, ainsi que sur les répercussions projetées de la mesure sur les intérêts commerciaux et économiques d'autres Membres (Article XVIII:16). À la fin des négociations, indépendamment de la conclusion ou non d'un accord, le Membre requérant pourra adopter la mesure après notification à l'OMC (Article XVIII:17)⁴⁷⁷. En tout état de cause, des mesures d'urgence peuvent être adoptées immédiatement après notification si celles-ci « pourraient être nécessaires » afin d'éviter que les importations du produit visé « ne dépassent substantiellement un niveau normal » (Article XVIII:14).

397. D'autre part, si la mesure affecte des produits pour lesquels des concessions ont été négociées, des négociations bilatérales auront lieu avec les Membres qui ont

⁴⁷⁷ Si les PARTIES CONTRACTANTES n'ont pas donné leur agrément à la mesure, tout partie affectée pourra modifier ou retirer des concession « équivalentes » entre soixante jours et six mois à partir de l'adoption de la mesure, à moins que les PARTIES CONTRACTANTES ne désapprouvent la contremesure (Article XVIII:21).

« primitivement » négocié ces concessions et/ou avec ceux dont l'« intérêt substantiel » sera reconnu par les PARTIES CONTRACTANTES. Si les PARTIES CONTRACTANTES considèrent qu'il n'est pas possible « dans la pratique » de prendre une mesure compatible avec le GATT et qu'un accord n'est pas convenu en 60 jours, elles donneront leur agrément à la mesure et à la dérogation à la condition qu'elles constatent que les efforts de négociation réalisés ont été suffisants et que les intérêts des autres Membres sont « suffisamment sauvegardés » par les compensations offertes ou les contremesures proposées (Article XVIII:18)⁴⁷⁸.

398. Comme on l'a déjà mentionné, la section C s'applique aux Membres dont les économies se trouvent aux premiers stades de développement. Pour tout autre pays Membre en développement, la section D offre la possibilité d'adopter le même type d'aides d'État que celles prévues à la section C et selon des procédures similaires. Cependant, la principale différence est que le Membre requérant ne pourra adopter la mesure sans avoir reçu l'agrément des PARTIES CONTRACTANTES, indépendamment du fait que celle-ci s'appliquerait ou non à des produits pour lesquels ledit Membre a fait des concessions tarifaires. De plus, les consultations collectives sur la mesure proposée et ses effets sont obligatoires et il n'est pas prévu d'autorisation automatique au-delà d'un certain délai. En effet, à la différence des mesures prises en application de la section C en ce qui concerne des produits sans droits de douane consolidés, le Membre requérant n'a pas la possibilité de se voir accorder une dérogation pour prendre la mesure automatiquement après 90 jours. Enfin, si le Membre reçoit l'agrément des PARTIES CONTRACTANTES au regard de la section D mais que la mesure envisagée affecte des produits pour lesquels le Membre a fait une concession, des négociations bilatérales similaires à celles prévues dans la section C doivent aussi avoir lieu durant 60 jours et dans les mêmes conditions.

399. Il est évident que l'Article XVIII ouvre une possibilité importante de flexibilisation des obligations commerciales permettant l'adoption de politiques développementales

⁴⁷⁸ La Décision sur les mesures de sauvegarde à des fins de développement susmentionnée a introduit la possibilité, aux sections A et C, d'adopter des mesures d'urgence provisoires, c'est-à-dire, sans respecter les processus visés à chaque section, au cas où des « circonstances inhabituelles » se présentent « où un retard dans l'application des mesures qu'une partie contractante peu développée veut instituer ...peut susciter des difficultés dans l'application de ses programmes et politiques de développement économique ». Voir GATT, *Décision sur les Mesures de sauvegarde à des fins de développement*, L/4897, 28 novembre 1979, para. 2.

restrictives. Cependant il est également vrai que la disposition soulève plusieurs questions juridiques et factuelles assez complexes à résoudre, telles que, par exemple, la définition des mesures qui seraient concernées par la dérogation. Quelles sont celles censées être « nécessaires » pour faciliter la création de branches de production et comment les distinguer ? De plus, comment déterminer si la création d'une branche de production serait effectivement apte à relever « le niveau général de vie » de la population ? Et dans quelles conditions ?

400. L'Article XVIII n'apporte que peu de clarifications à l'égard de ces questions et le fait qu'une mesure prise en application des sections C et D n'ait jamais été débattue à l'occasion d'un règlement de différend formellement traité dans le cadre de l'OMC ne contribue pas non plus à une meilleure compréhension de la disposition. Nous notons, cependant, deux éléments essentiels dans ce débat. Premièrement, le langage assez souple utilisé par l'Article confirme l'intention des négociateurs de laisser une large marge de manœuvre aux Membres en développement afin qu'ils puissent réellement utiliser les flexibilités d'action offertes. Notamment, l'Article XVIII:13 mentionne que c'est le Membre qui a recours aux procédures prévues à la section C (ou D)⁴⁷⁹ qui « constate » que l'adoption de l'aide d'État serait « nécessaire », qu'elle aurait l'effet de relever le niveau de vie de la population et qu'il n'est pas possible d'adopter d'autres mesures compatibles avec le GATT.

401. Certainement, tous ces éléments feront l'objet de discussions lors de négociations bilatérales ou collectives avec les autres Membres. Or, et ceci est le deuxième élément important de l'analyse, les discussions et négociations semblent être, dans une large mesure, concentrées sur les « efforts » entrepris par le Membre requérant pour arriver à un accord avec les autres Membres affectés⁴⁸⁰. Il s'agit, par conséquent, d'une procédure qui vise plutôt à éviter des abus en se concentrant sur la bonne foi du Membre requérant.

402. En un sens, cette procédure de négociation joue un rôle très semblable à celui du texte introductif de l'Article XX. De même que pour le texte introductif de l'Article XX, l'analyse

⁴⁷⁹ La définition à l'Article XVIII:13 de la mesure prévue par la section C s'applique aussi à la section D (Article XVIII:22).

⁴⁸⁰ Les paragraphes 7(b) et 18 de l'Article XVIII notent que les PARTIES CONTRACTANTES, afin de donner leur agrément à la mesure et à la dérogation, décideront, entre autres, si le Membre qui propose la mesure a « fait tout ce qu'il lui était raisonnablement possible de faire pour arriver à un tel accord ».

ne se concentre pas principalement sur l'efficacité de l'aide d'État proposée mais plutôt sur le fait de savoir si la proposition n'est pas arbitraire ou simplement une restriction commerciale proposée par un Membre qui clairement n'en aurait pas besoin. En effet, s'agissant de l'augmentation des droits de douanes (section A) et de l'adoption d'autres types d'aide d'État par les économies aux premiers stades de développement (section C) qui affecteraient des produits dont les droits de douanes ne sont pas consolidés, l'adoption de la mesure peut se faire même en l'absence d'un accord collectif et/ou bilatéral.

403. Il nous semble ainsi que l'Article XVIII, à défaut de l'apparente complexité des procédures de consultation prévues, offre une vraie possibilité de dérogation pour les pays en développement qui souhaitent mettre en place des restrictions commerciales afin de renforcer leur développement. Il nous paraît donc que, si elles étaient bien employées, les procédures de négociations et de débats prévues pourraient offrir un cadre fructueux de coopération en matière de mesures commerciales concrètes proposées en vue d'encourager le développement industriel et économique. Il serait effectivement plus souhaitable de les prendre dans un cadre institutionnel, même complexe (voir le logigramme 1 ci-dessous), que de les adopter de manière non-transparente et non-coordonnée, ce qui semble actuellement être largement le cas (voir le chapitre 1 de notre quatrième partie)⁴⁸¹.

404. Cependant, les Membres de l'OMC ne paraissent pas aujourd'hui considérer les dispositions offrant de telles flexibilités d'action en vue de la protection d'industries naissantes comme une option viable. Certes, la section B a été invoquée plus de 20 fois avant la création de l'OMC et par 14 pays Membres depuis lors. Toutefois la section A n'a été alléguée que neuf fois avant la création de l'OMC, puis plus jamais par la suite⁴⁸². La section D n'a quant à elle jamais été invoquée tandis que la section C a été excipée 21 fois (11

⁴⁸¹ L'Article XVIII:6 prévoit un examen annuel de toutes les mesures appliquées en vertu des sections C et D. Or le dernier examen annuel a eu lieu en 1967. Voir OMC, *Application de l'article XVIII, section C, du GATT de 1947*, Comité du commerce et du développement, note d'information du Secrétariat, WT/COMTD/39/Add.1, 11 septembre 2002.

⁴⁸² Voir BOHANES, Jan, « WTO Dispute Settlement and Industrial Policy », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, note de bas de page 33 et OMC, *Dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC*, Comité du commerce et du développement, note d'information du Secrétariat, addendum, WT/COMTD/W/239, 12 octobre 2018, p. 9.

demandes de dérogation, six demandes de prorogation de dérogations et quatre notifications) avant l'établissement de l'OMC et trois fois depuis (voir le tableau 11 ci-dessous).

405. Une analyse plus détaillée de ces cas démontre néanmoins l'apparente faiblesse du mécanisme. Des 21 « invocations », 17 ont eu lieu avant 1965, dont 12 à l'initiative du Sri Lanka (Ceylan) et au sujet du même système de contrôle d'importations. En effet, la période allant de 1949 à 1965 semble être la seule durant laquelle le système a fonctionné comme prévu par les négociateurs, avec l'établissement de groupes de travail et la tenue de débats approfondis sur la pertinence des mesures proposées et la durée des dérogations nécessaires afin de permettre le développement des branches de production en question. La plupart des demandes ont alors été approuvées, mais avec l'ajout de conditions et de modifications aux mesures originellement envisagées. Depuis lors, aucun débat dans le cadre et le format prévus par la section C n'a eu lieu. À partir de 1970, la Grèce, l'Indonésie, la Malaisie et la Colombie ont simplement notifié l'adoption de mesures en application de la section C sans que des consultations formelles n'aient été organisées⁴⁸³. L'invocation la plus récente, de la part du Bangladesh, en 2002, a été réalisée en connexion avec d'autres mesures prises en application de la section B de l'Article XVIII sur l'équilibre de la balance des paiements. Finalement, les négociations puis les solutions trouvées ont été adoptées dans le cadre du mécanisme prévu par la section B et non celui offert par la section C.

406. Il convient ainsi de se poser la question de savoir si ce dispositif, dans sa version actuelle, est vraiment utile afin d'obtenir des dérogations censées être nécessaires pour l'adoption de programmes de soutien discriminatoires visant à développer, par exemple, des branches de production nationale de biens « verts » ou à faible empreinte carbone. À notre avis, rien n'empêche que les Membres de l'OMC reviennent à la pratique qui s'est développée au cours des années 1950 et 1960. Comme on l'a déjà noté, à tout le moins, ces procédures serviraient de cadres pour un débat productif portant sur la nécessité et la pertinence de prévoir des dispositifs discriminatoires dans les politiques industrielles vertes.

⁴⁸³ La notification de la Malaisie en 1995 a donné lieu à des « consultations informelles » par le président du Conseil du commerce des marchandises (CCM) qui ont été suspendues après la modification unilatérale de la mesure par le Membre. Voir CONSEIL DU COMMERCE DES MARCHANDISES, Compte-rendu de la réunion du 29 mai 1995, OMC, G/C/M/3, 28 juin 1995, p. 3.

Tableau 11 - Invocations de la section C de l'Article XVIII

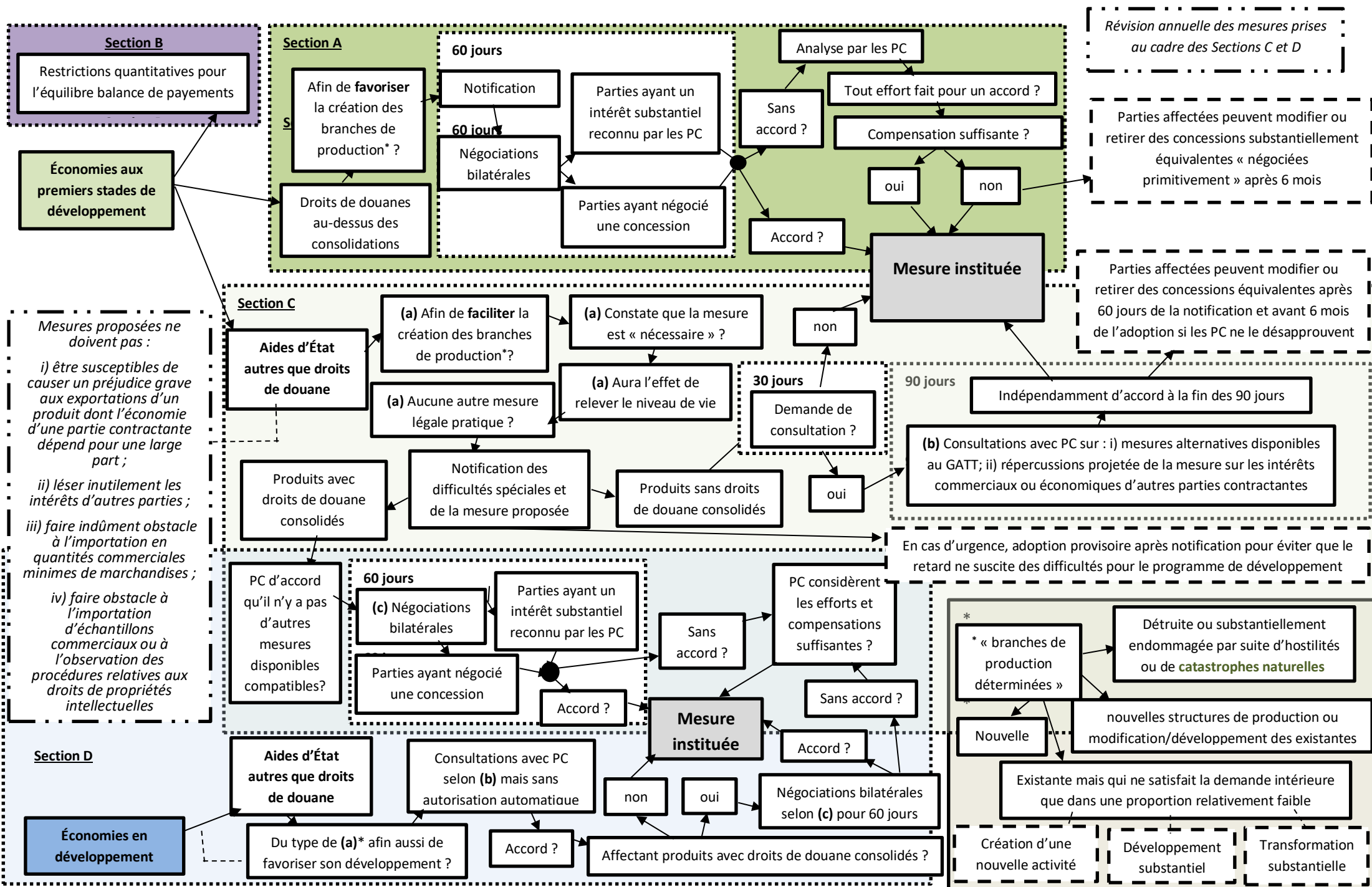
	Invocation	Mesure	Format	Décision
1949	Cuba - Fibres d'henequen et de sisal	Contingents d'importation	groupe de travail + décision des PC ⁴⁸⁴	Acceptée
1954	Demande de prorogation par Cuba		groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1959	Demande de prorogation par Cuba		groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1949	Inde - Meules abrasives	Interdiction d'importation	groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1949	Ceylan - Produits en bois contreplaqués, et autres	Régime d'importation avec obligation d'achat des produits nationaux	groupe de travail + décision des PC	Acceptée partiellement
1955	Demande de prorogation par Ceylan		groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1950	Ceylan - Verties de coton	Régime d'importation avec obligation d'achat des produits nationaux	groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1950	Haïti - Tabac	Monopole d'État	groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1952	Ceylan - Serviettes, poissons séchés et autres	Régime d'importation avec obligation d'achat des produits nationaux	groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1955	Ceylan - Ouvrages en matières céramiques et produits du pétrole	Régime d'importation avec obligation d'achat des produits nationaux et restrictions quantitative	groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1956	Ceylan - Cycles, piles sèches, et autres	Régime d'importation avec obligation d'achat des produits nationaux	groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1957	Ceylan - Tissus de coton, caisses en contreplaqué, et autres	Régime d'importation avec obligation d'achat des produits nationaux	groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1958	Ceylan - Brosses à dents, ampoules électriques, et autres	Régime d'importation avec obligation d'achat des produits nationaux	groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1964	Demande de prorogation par Ceylan		groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1959	Ceylan - Feuilles minces d'aluminium, articles creux en aluminium, produits en amiant-ciment et articles textiles	Régime d'importation avec obligation d'achat des produits nationaux	groupe de travail + décision des PC	Acceptée partiellement + accords bilatéraux
1963	Demande de prorogation par Ceylan		groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1964	Demande de prorogation par Ceylan		groupe de travail + décision des PC	Acceptée
1970	Grèce - importation des piles électriques	Régime de licences d'importation non-automatique	sans débat	
1983	Indonésie - produits industriels divers	Régime d'importation contrôlé et contingents d'importation	sans débat	
1983	Indonésie - produits alimentaires, de boissons et de fruits	Régime d'importation contrôlé et contingents d'importation	sans débat	

⁴⁸⁴ PC – PARTIES CONTRACTANTES.

1984	Malaisie - sarongs en tissus batik	Suspension de la délivrance des licences pour l'importation	sans débat	
1995	Malaisie - Polypropylène et polyéthylène	Régime de licences d'importation non-automatique	consultations informelles par le président du CCM	Mesure changée unilatéralement
1998	Colombie - Importations de sel	Régime de licences d'importation non-automatique	sans débat	
2002	Bangladesh - Poussins, œufs, boîtes en carton et sel	Interdiction d'importation et régime de licences d'importation non-automatique	consultations collectives au CCM dans le cadre des mesures connexes prises afin de stabiliser la balance des paiements	Acceptée (application de la section B)

PC = PARTIES
CONTRACTANTES

Logigramme 1 – Mise en application de l'Article XVIII du GATT



C. Article XXV: action collective des PARTIES CONTRACTANTES

407. L'Article XXV du GATT est une disposition de caractère général ayant trait à la prise de décisions collectives par l'OMC afin de « faciliter le fonctionnement du [GATT] et de permettre d'atteindre ses objectifs »⁴⁸⁵. Chaque Membre dispose d'un vote et l'OMC peut adopter des décisions à la « majorité des votes émis » (Article XXV:4). Cependant, il convient de noter que, bien que la prise de décision à la majorité des votes soit possible dans le cadre de l'OMC, la pratique qui s'est développée au sein du système commercial multilatéral est de les adopter par consensus⁴⁸⁶. L'Article IX de l'Accord sur l'OMC a d'ailleurs consacré cette « tradition » dans le cadre juridique du système⁴⁸⁷. En l'absence de consensus, la décision sera toutefois prise à la majorité des votes. Les dérogations, en revanche, sont adoptées à la condition que soit réunie une « majorité des deux tiers des votes émis et que cette majorité comprenne plus de la moitié des parties contractantes » (Article XXV:5 du GATT).

408. Il convient par ailleurs de noter que l'Accord sur l'OMC a prévu une autre procédure pour l'adoption de dérogations aux Accords commerciaux multilatéraux de l'OMC (dont l'Accord SMC, l'Accord sur l'agriculture, l'Accord sur les MIC et le GATT lui-même). Ces dérogations doivent être prises à une majorité des trois quarts des Membres dans un délai maximal de 90 jours (Article IX:3b de l'Accord sur l'OMC)⁴⁸⁸. Il n'est ainsi pas aisé de déterminer à quelle procédure de vote de dérogations les dispositions de l'Article XVIII du GATT sont soumises. De notre point de vue, dans la mesure où le GATT prévoit des procédures propres en matière de dérogations, celles-ci devraient être mises en œuvre en

⁴⁸⁵ Voir Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – FSC*, WT/DS108/R, 8 octobre 1999, note de bas de page 620.

⁴⁸⁶ La note n° 1 de l'Accord sur l'OMC précise que « [l']organe concerné sera réputé avoir pris une décision par consensus sur une question dont il a été saisi si aucun Membre, présent à la réunion au cours de laquelle la décision est prise, ne s'oppose formellement à la décision proposée. »

⁴⁸⁷ Selon l'Article IX de l'Accord sur l'OMC, « [l']OMC conservera la pratique de prise de décisions par consensus suivie en vertu du GATT de 1947. Sauf disposition contraire, dans les cas où il ne sera pas possible d'arriver à une décision par consensus, la décision sur la question à l'examen sera prise aux voix. »

⁴⁸⁸ Finalement, il y a lieu de relever que les décisions pour l'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'Organe de règlement des différends seront positives sauf s'il existe un consensus négatif pour une non adoption (Article XVI du Mémoire d'Accord sur les Règles et Procédures Régissant le Règlement des Différends).

application du principe *lex specialis*⁴⁸⁹. Autrement dit, les dérogations prévues à l'Article XVIII devraient être prises à la majorité des deux tiers des votes émis comprenant plus de la moitié des Membres⁴⁹⁰. Cependant, la pratique de l'adoption de décisions par consensus a eu pour conséquence, jusqu'à présent, que cette question n'ait pas eu d'impact concret. Toutefois, une normalisation de l'adoption de ce type de dérogations pour justifier des programmes d'industrialisation verte, par exemple, pourrait renforcer leur pertinence.

409. En tout état de cause, les dérogations prévues à l'Article XXV:5 du GATT sont possibles en cas de « circonstances exceptionnelles ». Or, comme nous aurons l'occasion d'en discuter, certains commentateurs considèrent que les changements climatiques constituent une circonstance exceptionnelle justifiant que les Membres de l'OMC puissent adopter des « dérogations générales pour le climat » (ou « *climate waivers* ») afin de permettre la mise en œuvre de politiques commerciales potentiellement contraires aux règles du GATT (comme, par exemple, l'ajustement des taxes sur le carbone à la frontière) et de garantir que le système commercial multilatéral soit compatible avec les efforts prévus dans le cadre de l'Accord de Paris sur le climat (« Accord de Paris »)⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Voir KOSKENNIEMI, Martti, *The function and scope of the lex specialis rule and the question of 'selfcontained regimes': An outline*, 55th Session of the International Law Commission, Study Group on Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Genève, 5 mai au 6 juin et 7 juillet au 9 août 2003, 10 p.

⁴⁹⁰ On pourrait même argumenter, dans la mesure où l'Article XVIII prévoit une procédure spéciale de dérogation et le fait que cette disposition mentionne « l'agrément » des PARTIES CONTRACTANTES et ne fait référence à des « dérogations » que trois fois dans les 24 paragraphes qu'il contient, que la prise de décisions collectives mentionnées dans la disposition pourrait se faire à la majorité simple des votes émis selon l'Article XXV:4. Suivant cette interprétation, eu égard à l'importance accordée au sujet du développement, il y aurait deux types de dérogations : celles accordées aux pays en développement Membres afin de faciliter leur développement économique, dont le seuil de votes pour adopter la décision est plus bas (même si la procédure elle-même est plus complexe), et toute autre dérogation disponible à tout Membre. En effet, cette proposition a historiquement trouvé un soutien lors des négociations. En réponse à une question sur la nature de l'Article XXV:5 posée lors des négociations sur l'OIC, le représentant des États-Unis a ainsi fait valoir ce qui suit :

« [I]t was the thought of the U.S. in drafting this section that members would take advantage of such escapes as exist in the rest of the charter first, and this was meant merely to cover cases which were exceptional and caused particular hardship to any particular member and were not covered by the other escapes provided in the charter. This is to cover cases which are not covered elsewhere. » (U.N. ECOSOC, *Verbatim Report of the Ninth Meeting*, Committee V, E/PC/T/C.V/PV/9, 7 novembre 1946, p. 8.)

Malgré cette base historique, une telle interprétation serait toutefois politiquement très difficile à appliquer à des cas concrets étant donné l'importance que les Membres de l'OMC accordent au respect des principes commerciaux fondamentaux inscrits dans le GATT.

⁴⁹¹ Voir, par exemple, BACCHUS, James, « The Case for a WTO Climate Waiver », *CIGI Special Report*, 2017, vi, 27 p et THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Climate change and trade agreements Friends*

410. Sans rentrer dans un débat portant sur la pertinence de ces argumentations ou du besoin même de telles dérogations générales (voir notre examen de ces propositions dans la partie finale de notre thèse), il convient de noter que le mécanisme a été utilisé plusieurs fois dans le cadre du GATT et de l'OMC⁴⁹², et au moins une fois pour déroger aux obligations de l'Article XVI du GATT au sujet d'un programme de subventionnement⁴⁹³. Dès lors, il ne s'agit pas d'un mécanisme très exceptionnel et dont l'utilisation est tabou dans le système commercial multilatéral. Au contraire, le dispositif a souvent été employé depuis l'entrée en vigueur du GATT pour offrir la flexibilité d'action nécessaire aux parties contractantes, développées et en développement, en vue de faire face à des situations économiques et politiques complexes qui exigent de se détourner, de manière limitée et temporaire, des règles multilatérales⁴⁹⁴.

or foes?, The Economist Intelligence Unit Limited, 2019, 35 p.

⁴⁹² L'index analytique de l'OMC sur l'Article XXV note que jusqu'en 1995, 115 demandes originelles de dérogations ont été faites sur la base de l'Article XXV (ainsi que de nombreuses autres décisions prorogeant ou modifiant une dérogation antérieure), dont seulement 2 n'ont pas été acceptées. Dans le cadre de l'OMC, jusqu'en décembre 2017, 244 demandes ont été analysées. Voir : OMC, *Dérogations 1995-2015*, Conseil général, note d'information du Secrétariat, WT/GC/W/718, 27 juin 2016 ; OMC, *Dérogations 2017*, Conseil général, note d'information du Secrétariat, WT/GC/W/740, 12 janvier 2018.

⁴⁹³ La dérogation aux dispositions de l'Article XVI faisait partie des dérogations accordées au Royaume-Uni en 1955 en considération des « problèmes spéciaux des territoires dépendants d'outre-mer du Royaume-Uni. » En l'espèce, les subventions accordées pour ces territoires dépendants en faveur de leurs exportations vers le Royaume-Uni étaient qualifiées de « subventions intérieures ». Précisément, selon le rapport du Groupe spécial chargé d'analyser la demande du Royaume-Uni :

« La dérogation a pour effet, en ce qui concerne les subventions, de classer comme subvention intérieure au titre des dispositions de l'article XVI, toutes subventions versées, conformément aux termes de la dérogation, en faveur des exportations d'un produit colonial vers le marché du Royaume-Uni. Le représentant du Royaume-Uni a donné au groupe de travail l'assurance que, dans la mesure où une subvention serait versée de manière à affecter les exportations d'un produit colonial vers des pays tiers, la subvention serait considérée, dans la même mesure, comme une subvention à l'exportation, et tomberait sous l'application des procédures appropriées prévues à l'article XVI. » (GATT, *Rapport du groupe de travail sur les problèmes spéciaux des territoires dépendants d'outre-mer du Royaume-Uni*, L/344, 3 mars 1955, para. 14)

⁴⁹⁴ Voir, par exemple, les demandes de dérogation ayant trait : à la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier ; à l'unification de l'Allemagne ; aux préférences tarifaires accordées par les États-Unis au titre de la Loi de redressement économique du Bassin des Caraïbes (« *Caribbean Basin Economic Recovery Act* ») ; au procès de Kimberley sur la certification des diamants bruts ; ou encore à la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. Voir : GATT, *Rapport du Groupe de travail n° 4 de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, PARTIES CONTRACTANTES en Septième session, G/35, 7 novembre 1952 ; GATT, *Rapport du Groupe de travail de l'unification de l'Allemagne - Mesures transitoires adoptées par les Communautés européennes*, L/7119, 18 décembre 1992 ; GATT, *Rapport du Groupe de travail de la Loi des États-Unis relative au redressement économique du Bassin des Caraïbes (CBERA)*, L/5708, 26 octobre 1984 ; OMC, *Prorogation de la dérogation concernant le système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts*, Conseil général, WT/L/876, 14 décembre 2012 ; OMC, *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique*, Conseil général,

411. Il nous paraît donc que cette option reste encore pertinente si nous considérons qu'une dérogation aux règles du GATT serait effectivement souhaitable afin de permettre l'adoption de subventions visant à relever les énormes défis liés à l'accomplissement des objectifs de développement durable. L'Article XXV:5 demeure donc une possibilité de dérogation spécialement intéressante afin de garantir, de manière générale ou au regard de cas concrets spécifiques, que les règles du GATT n'empêchent pas la mise en œuvre de programmes de soutien ambitieux en faveur du développement durable dans le cas où ceux-ci sont considérés comme souhaitables par la majorité qualifiée des Membres de l'OMC.

Paragraphe 5 : Partie IV du GATT - Commerce et développement

412. Enfin, il convient de mentionner brièvement l'adoption de la Partie IV du GATT (Articles XXXVI à XXXVIII) sur le commerce et le développement en 1965. Les PARTIES CONTRACTANTES ont en effet décidé en 1957 d'établir un Groupe spécial pour analyser, en particulier, l'incapacité du commerce des pays moins développés à se développer aussi rapidement que celui des pays industrialisés⁴⁹⁵. Les conclusions du Groupe ont déclenché une série de négociations qui ont abouti, huit ans plus tard, en 1965, à la rédaction de la Partie IV du GATT sur le commerce et le développement⁴⁹⁶. Le président de la Deuxième session spéciale des PARTIES CONTRACTANTES, durant laquelle le protocole introduisant la Partie IV a été présenté, a pu alors préciser à propos de ces nouvelles dispositions :

« En mai 1963, les ministres convinrent de la nécessité, pour les PARTIES CONTRACTANTES, de disposer d'un cadre juridique et institutionnel qui leur permette de s'acquitter de leurs responsabilités relativement à l'effort d'expansion du commerce des pays peu développés. C'est pour parer à cette nécessité qu'une nouvelle partie à ajouter à l'Accord général a été élaborée. Il en ressort clairement que la promotion du commerce des pays peu développés et l'élargissement des débouchés ouverts à leurs produits sur les marchés mondiaux figurent parmi les objectifs primordiaux des PARTIES CONTRACTANTES. Un nouvel article, l'article XXXVI, énonce maintenant ces objectifs, tandis que l'article XXXVII fixe les engagements que les parties

WT/L/540, 2 septembre 2003.

⁴⁹⁵ GATT, *L'évolution du commerce international*, rapport du Groupe spécial, GATT/1958-3, octobre 1958. Aussi appelé « Rapport de Haberler » (« *Haberler Report* »).

⁴⁹⁶ Les modifications au GATT sont entrées en vigueur dès 1966 mais ce ne sera qu'en 1979 que toutes les parties contractantes du GATT les auront ratifiées. Le Comité du Commerce et du Développement a été établi en 1964 pour examiner la mise en œuvre de la Partie IV.

contractantes sont prêtes à accepter dans le domaine de la politique commerciale afin de servir ces objectifs. L'article XXXVIII prévoit les modalités d'une action conjuguée des parties contractantes, dans le cadre de l'Accord général et aussi en collaboration avec d'autres organismes intergouvernementaux, et visant à la réalisation des mêmes objectifs »⁴⁹⁷.

413. L'Article XXXVI consacre une série de principes et d'objectifs quant au rôle du commerce et du système commercial multilatéral pour le développement économique des parties contractantes « peu développées »⁴⁹⁸. La disposition reconnaît, entre autres, l'écart important qui existe entre les niveaux de vie des pays développés et ceux des autres pays (Article XXXVI:1c)), la nécessité d'assurer une augmentation rapide et soutenue des recettes d'exportation des parties contractantes peu développées (Article XXXVI:2), la pertinence des exportations de produits primaires pour ces pays et la nécessité d'assurer des conditions plus favorables d'accès aux marchés ainsi qu'une stabilisation des prix à des niveaux équitables et rémunérateurs (Article XXXVI:4), l'importance de mesures garantissant une diversification de la structure de leurs économies afin de réduire leur dépendance à l'excès d'exportation des produits primaires (Article XXXVI:5)⁴⁹⁹, ou encore le besoin pour les PARTIES CONTRACTANTES de collaborer avec « d'autres organisations intergouvernementales et les organes et institutions des Nations Unies, dont les activités se rapportent au développement commercial et économique des pays peu développés » (Articles XXXVI:7 et XXXVIII:2b)). Ces principes sont devenus des guides pour l'interprétation des obligations du système commercial multilatéral⁵⁰⁰.

414. Bien que ces principes soient importants, notamment parce qu'ils considèrent des objectifs d'industrialisation susceptibles d'influer sur les politiques commerciales adoptées à

⁴⁹⁷ GATT, *Compte rendu de la cinquième séance*, Deuxième session spéciale des PARTIES CONTRACTANTES, 2SS/SR.5, 19 février 1965, p. 1-2.

⁴⁹⁸ Comme nous l'avons déjà noté, avec l'adoption de l'Accord sur l'OMC, l'expression « parties contractantes peu développées » désigne désormais les pays en développement Membres (Accord sur l'OMC para. 2.a)).

⁴⁹⁹ La note interprétative à cette disposition précise ce qui suit :

« Un programme de diversification comporterait généralement l'intensification des activités de transformation des produits primaires et le développement des industries manufacturières, compte tenu de la situation de la partie contractante considérée et des perspectives mondiales de la production et de la consommation des différents produits. »

⁵⁰⁰ Voir le chapitre 2, section 1 de notre quatrième partie sur l'importance des concepts, principes et objectifs reconnus dans le cadre du système commercial multilatéral pour l'interprétation et la mise en œuvre des dispositions de l'OMC.

cette fin (y compris celles prévoyant des subventions), leur portée juridique est cependant peu évidente. En effet, ils n'établissent pas de droits et obligations, ni ne modifient matériellement d'autres dispositions du GATT. Ils instituent plutôt des principes « aspirationnels » pour le système commercial multilatéral (d'inspiration ou visant à un objectif futur, plutôt que principes opérationnels). Pour autant, en ce qui concerne notre étude de la réglementation multilatérale des subventions ayant trait au développement durable, l'introduction de l'Article XXXVI est pertinente dans le sens où elle contribue à la compréhension de l'importance du développement économique (et industriel) des pays Membres en développement ainsi que de l'interprétation des règles multilatérales. Considérées en conjonction avec la modification des objectifs du système commercial multilatéral à travers la création de l'OMC en 1994 et la consécration de la notion de développement durable et de protection de l'environnement, ces évolutions permettent une approche interprétative des règles du GATT prenant en considération des éléments non exclusivement commerciaux, notamment des considérations juridiques et factuelles pertinentes, s'agissant des politiques commerciales adoptées pour le développement durable (voir la troisième partie de notre thèse).

415. Les Articles XXXVII et XXXVIII, en revanche, prévoient des règles plus concrètes. L'Article XXXVII mentionne des « engagements » pour les parties contractantes développées tandis que l'Article XXXVIII porte sur les engagements collectifs des PARTIES CONTRACTANTES. Il s'agit d'une série d'actions visant à assurer la réalisation des objectifs inscrits à l'Article XXXVI. Pour notre étude, les engagements les plus pertinents sont : l'engagement d'accorder « une haute priorité » à l'élimination des obstacles qui s'opposent au commerce des produits des pays peu développés (Article XXXVII:1a))⁵⁰¹, l'engagement d'accorder « une haute priorité » à la réduction et à l'élimination des mesures fiscales en vigueur (Article XXXVII:1c)ii)), l'engagement de « prendre spécialement en considération les intérêts commerciaux des parties contractantes peu développées quand elles envisageront d'appliquer d'autres mesures » autorisées par le GATT et d'« explorer toutes les possibilités de redressement constructif avant d'appliquer de telles mesures, si ces dernières devaient porter atteinte aux intérêts essentiels de ces parties contractantes » (Article

⁵⁰¹ Comme nous l'avons relevé, l'un des effets commerciaux des subventions est la réduction de l'accès au marché des produits non subventionnés (voir le chapitre 3 de la première partie ci-dessus).

XXXVII:3c)). De plus, les PARTIES CONTRACTANTES s'engagent à « collaborer pour rechercher des méthodes praticables en vue de l'expansion des échanges aux fins du développement économique, par une harmonisation et un aménagement, sur le plan international, des politiques et réglementations nationales » (Article XXXVIII:1e)).

416. Ce dernier engagement pourrait être pris afin de mettre en œuvre, par exemple, une collaboration accrue pour la mise en œuvre de potentielles mesures de soutien efficaces en vue de régler des problèmes spécifiques de développement durable. Considérant notamment l'importance du développement et de la diffusion des technologies d'énergie renouvelable, ainsi que l'intérêt commercial croissant que les Membres de l'OMC accordent à ces produits, l'OMC pourraient, par exemple, créer un Groupe spécial de travail relevant de l'Article XXXVIII:1e) en vue de déterminer les mesures de soutien les plus efficaces afin de garantir l'accès des pays Membre en développement à ces technologies ainsi que pour accroître leur participation aux chaînes de valeur globales pertinentes⁵⁰². Or, l'action collective envisagée par l'Article XXXVIII:1e) ne semble jamais avoir été formellement instituée.

417. Enfin, il convient de noter que, même si les principes et règles inscrits dans la Partie IV du GATT semblent plutôt avoir une nature « aspirationnelle », ils ont été mentionnés en tant qu'éléments pertinents pour fonder des allégations de violation d'obligations du GATT en relation avec des mesures de subventionnement à au moins trois reprises dans le cadre du système de règlement de différends du GATT⁵⁰³. Ainsi, dans l'affaire *CE – Exportations de sucre*, le Brésil a fait valoir qu'à part d'éventuelles violations de l'Article XVI du GATT, le système de subventionnement des exportations de sucre élaboré par les CE était incompatible avec la Partie IV du GATT, en particulier les paragraphes 2, 3, 4 et 9 de l'Article XXXVI et les paragraphes 2(a) et (e) de l'Article XXXVIII⁵⁰⁴. Selon les CE, les dispositions de l'article

⁵⁰² Nous aurons l'occasion d'étudier l'augmentation de ce type de mesures de soutien et leurs conséquences sur le système commercial multilatéral dans le cadre du chapitre 1 de notre quatrième partie.

⁵⁰³ Voir les affaires *Subvention des États-Unis à l'exportation des tabacs non fabriqués* (L/2925, 20 novembre 1967) ; *CE – Exportations de sucre (Brésil)* (L/5011, 10 novembre 1980) ; et *CEE – Bananes II* (DS38/R, 11 février 1994).

⁵⁰⁴ En espèce, le Brésil a fait valoir que :

« [L]e système communautaire de restitutions à l'exportation de sucre et son application étaient incompatibles avec les engagements souscrits dans la Partie IV de l'Accord général. Les exportations communautaires de sucre, qui avaient augmenté grâce à des subventions, avaient fortement déprimé les prix du marché mondial, évincé des exportations brésiliennes, réduit les possibilités de vente et diminué les recettes d'exportation du Brésil, ce qui est contraire aux

XXXVI constituait des principes et des objectifs ne pouvant être interprétés comme créant « des obligations précises et déterminées ». « Il n'était donc pas possible, par définition, de constater une violation quelconque de ces principes par l'application d'une mesure spécifique ». Les CE ont encore noté « [qu']étant donné l'analogie juridique entre les dispositions de l'article XXXVI et celles de l'article XXXVIII, les observations formulées au sujet de l'article XXXVI s'appliquaient également à l'article XXXVIII »⁵⁰⁵.

418. Le Groupe spécial chargé de l'affaire a finalement constaté que ce programme de subventionnement avait causé une augmentation des exportations des CE mais aussi une diminution des prix internationaux du produit concerné en contradiction avec les objectifs inscrits à la Section IV du GATT. Précisément :

« [Le Groupe spécial] a relevé qu'étant un pays en voie de développement, le Brésil pouvait s'attendre à bénéficier d'avantages au titre de [la Partie IV du GATT]. ... Il était évident que l'ampleur des exportations subventionnées de sucre de la Communauté, jointe à une large utilisation de restitutions maximales à l'exportation, tendait à en accentuer l'effet préjudiciable sur les recettes d'exportation des autres exportateurs de sucre qui se heurtaient directement à la concurrence du sucre communautaire. Le Groupe spécial a estimé que même si les Communautés européennes n'étaient pas parties à l'Accord international sur le sucre et n'étaient pas liées par les mêmes obligations que les membres de cet accord, il serait néanmoins approprié qu'elles collaborent avec les autres parties contractantes, conformément aux lignes directrices énoncées à l'article XXXVIII, pour promouvoir la réalisation des principes et des objectifs définis à l'article XXXVI ... les Communautés européennes ne s'étaient donc pas jointes à une

dispositions du paragraphe 2 de l'article XXXVI. En augmentant leur part du marché, les Communautés européennes n'avaient pas fait les efforts positifs prévus au paragraphe 3 de l'article XXXVI, empêchant ainsi le Brésil de participer à la croissance du commerce international du sucre dans une mesure compatible avec les nécessités de son développement économique. En refusant de participer à l'Accord international de 1977 sur le sucre et de limiter leurs exportations en conséquence, les Communautés européennes avaient gravement compromis la réalisation des objectifs de cet accord, ce qui est contraire aux dispositions du paragraphe h de l'article XXXVI. De surcroît, en ce qui concerne le sucre, les Communautés européennes n'avaient pas agi de manière à réaliser les principes et les objectifs pertinents énoncés à l'article XXXVI, comme le requiert le paragraphe 9 dudit article. Enfin, le représentant du Brésil a fait valoir qu'en maintenant leur système de subventions, qui a eu pour effet d'accroître leurs exportations et de réduire leurs importations, et en refusant de participer à l'Accord international de 1977 sur le sucre, les Communautés européennes avaient méconnu les engagements énoncés au paragraphe 2, alinéas a) et e), de l'article XXXVIII » (Rapport du Groupe spécial du GATT, *CE – Exportations de sucre (Brésil)*, L/5011, 10 novembre 1980, para 2.25).

⁵⁰⁵ *Ibidem*, para. 2.28.

action collective des autres parties contractantes afin de promouvoir la réalisation des principes et objectifs énoncés à l'article XXXVI, conformément aux lignes directrices énoncées à l'article XXXVIII »⁵⁰⁶.

419. Il convient ainsi de noter que, même si les dispositions consacrées dans la Partie IV du GATT n'ont pas la portée juridique d'obligations spécifiques, elles peuvent tout de même être pertinentes pour l'application des règles de l'OMC sur le sujet si les subventions affectent les exportations des pays Membres en développement visées par ces dispositions.

420. Après avoir étudié les obligations régissant les subventions dans le cadre du GATT, il convient désormais d'étudier celles résultant des accords multilatéraux adoptés lors de la création de l'OMC. Avec la création de l'OMC en 1994, le GATT, mais aussi les décisions et amendements adoptés tout au long de ses années d'application, ont été transposés dans le cadre de l'OMC et font désormais partie intégrante du système commercial multilatéral régulant les politiques commerciales (Article 1 du GATT de 1994).

Tableau 12 - Dispositions les plus pertinentes sur les subventions dans le GATT

GATT III – traitement national	§8(b) – Droit d'attribuer (directement) aux seuls producteurs nationaux des subventions, à l'exception des exemptions fiscales et tarifaires. Les prescriptions à teneur de production locale sont, <i>à priori</i> , exemptées, tandis que les exigences de contenu local seraient contraires à l'Article III.
GATT VI – droits compensateurs	§§3-6(a) – Droit d'adopter des mesures unilatérales, sous quelques conditions, pour <i>neutraliser</i> les effets d'une subvention qui cause ou menace de causer un <i>dommage important</i> à une branche de production nationale établie ou qui retarde de façon importante sa création. §6(b)et(c) – Sur permission des PARTIES CONTRACTANTES, droit d'une partie contractante importatrice d'imposer des droits compensateurs pour neutraliser les effets négatifs sur le territoire d'un autre exportateur.
GATT XVI - subventions	Section A – Subventions en général, §1 : 1) obligation de <i>transparence</i> – notifier l'importance, nature, effets et justification de toute subvention qui affecte directement ou indirectement les échanges ; 2) au cas où un <i>préjudice grave</i> peut être causé – partie contractante peut être invitée à examiner (bilatéralement, plurilatéralement ou collectivement) la possibilité de limiter la subvention Section B – Dispositions additionnelles relatives aux subventions à l'exportation, §§2-5 : 1) reconnaissance générale que des subventions à l'exportation peuvent avoir des conséquences préjudiciables ; 2) en relation aux <i>produits primaires</i> ⁵⁰⁷ – devoir de <i>s'efforcer d'éviter d'accorder</i> des subventions à l'exportation des produits primaires. Au cas où une subvention effective est quand même accordée à

⁵⁰⁶ *Ibid.*, paras 4.30-4.31 e conclusion h). Le rapport n'a pas été adopté et la question du subventionnement de la production et de l'exportation des produits sucriers ainsi que ses effets sur le marché international fait toujours l'objet de débats importants dans le cadre du système commercial multilatéral.

⁵⁰⁷ Note interprétative à l'Article XVI du GATT: « L'expression "produits primaires" s'entend de tout produit de l'agriculture, des forêts ou des pêches et de tout minéral, que ce produit soit sous sa forme naturelle ou qu'il ait subi la transformation qu'exige communément la commercialisation en quantités importantes sur le marché

	l'exportation de ces produits, elle <i>ne doit pas causer l'acquisition de « plus qu'une part équitable du commerce mondial d'exportation dudit produit »</i> comparée à celle que la partie contractante avait pendant une période représentative antérieure. 3) en relation à <i>tout produit autre qu'un produit primaire</i> – devoir de cesser d'accorder toute subvention à l'exportation qui ramène le prix de vente à l'exportation d'un produit au-dessous du prix au marché intérieur « à partir du 1 ^{er} janvier 1958 ou le plus tôt possible après cette date » [applicable aux 17 parties signataires et, plus tard, aux 26 signataires du Code de Tokyo]
GATT XVIII - aides de l'État en faveur du développement économique	Permet la dérogation des disciplines du GATT selon des procédures spécifiques pour l'adoption de : . Restrictions quantitatives afin d'assurer l'équilibre des balances des paiements (section B) . Droits de douanes au-dessus des concessions (section A) . Autres aides de l'État à la création de nouvelles branches de production (sections C et D) Les sections A, B et C sont disponibles à tout Membre dont économies sont « aux premiers stades de développement » ; la section D est disponible à tout pays en développement Membre.
GATT XX – exceptions générales	Permet la justification des mesures commerciales contraires aux règles du GATT à condition de que : i) la mesure et l'objectif poursuivi soient couverts par une des dix exceptions listées ; ii) que les éléments restrictifs et/ou discriminatoires ne soient pas arbitraires, injustifiables et/ou des restrictions déguisées aux échanges.
GATT XXV – action collective des parties contractantes	§5 – les PARTIES CONTRACTANTES, par une majorité des deux tiers des votes émis par au moins plus de la moitié des parties contractantes, pourront relever une partie contractante d'une des obligations du GATT.
Partie IV – commerce et développement	Consacre une série de principes et d'objectifs « aspirationnels » quant au rôle du commerce et du système commercial multilatéral, ainsi que certaines « actions », pour le développement économique des parties contractantes « peu développées » (« pays en développement Membres » depuis la création de l'OMC)

421. Or, comme nous allons à présent l'analyser, les accords multilatéraux conclus en 1994 ont imposé davantage d'obligations spécifiques en matière de subventions, sans toutefois reprendre les exceptions générales et/ou flexibilités d'action prévues dans le GATT. Cela est le résultat des difficultés rencontrées tout au long de l'histoire du système commercial multilatéral - notamment l'impact négatif sur le commerce de l'utilisation de subventions par les grandes économies, surtout pendant les années 1970 et 1980 -, qui ont fortement influencé les négociations aboutissant à la création de l'OMC.

Section 2 : L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC)

422. Comme nous avons eu l'occasion d'en discuter, les dispositions sur les subventions du GATT n'ont pas réussi à résoudre les conflits commerciaux nés de la mise en œuvre de dispositifs de subventionnement. Bien que l'Article XVI du GATT et, postérieurement, le Code de Tokyo aient essayé d'établir une prohibition des subventions à l'exportation des

international ».

biens non primaires, celle-ci demeurera toujours limitée à un nombre restreint de parties contractantes qui auront accepté des déclarations donnant effet à la disposition ou bien qui auront signé et ratifié le Code de Tokyo. De plus, en ce qui concerne les subventions internes et les subventions à l'exportation de produits agricoles, les efforts visant à établir une limitation de leurs effets commerciaux nuisibles et des procédures permettant des débats structurés n'ont pas eu l'effet désiré que ce soit dans le cadre du GATT ou au regard du Code de Tokyo.

423. En l'occurrence, les crises économiques des années 1970 et du début des années 1980 ont mis en évidence les faiblesses du régime réglementaire encadrant les subventions. La réussite des cycles de négociations précédents du GATT avait permis de réduire considérablement la latitude d'action des parties contractantes pour l'adoption de mesures protectionnistes par voie de droits de douanes, ce qui a conduit les pays, surtout ceux disposant de fortes économies, à prendre des mesures commerciales non-traditionnelles en vue de faire face aux conséquences de la crise économique, notamment en accordant des avantages compétitifs à leurs producteurs nationaux⁵⁰⁸. Le recours aux dispositifs de subventionnement est ainsi devenu banal, surtout au bénéfice des industries de pointe qui étaient censées générer des emplois et des revenus de qualité, comme celles de l'informatique, de l'aviation ou encore de l'automobile.

⁵⁰⁸ Les PARTIES CONTRACTANTES, à l'occasion de leur 38^e session qui a eu lieu en 1982, ont reconnu la gravité du problème et ses conséquences sérieuses pour la viabilité du système commercial multilatéral dans une Déclaration ministérielle en date du 29 novembre 1982. Selon ce document :

« [L]e système multilatéral des échanges dont l'Accord général est la base juridique est gravement mis en péril. Dans la crise actuelle de l'économie mondiale, à laquelle a contribué le manque de convergence des politiques économiques nationales, les pressions protectionnistes exercées sur les gouvernements se sont multipliées, le relâchement dans l'observation des disciplines du GATT s'est aggravé et certaines insuffisances dans le fonctionnement du système du GATT se sont accentuées. ... La crise profonde et prolongée de l'économie mondiale a fortement déprimé la production et les échanges. ... les gouvernements ont trop souvent réagi aux défis de la crise de manière inadéquate et par une attitude de repli sur soi. ... Les courants commerciaux sont également touchés par certaines formes d'aide économique à la production et à l'exportation et par certaines mesures commerciales restrictives appliquées à des fins autres qu'économiques. ... Ces divergences et déséquilibres sont particulièrement préjudiciables à la stabilité du système commercial international lorsqu'il s'agit de l'accès aux marchés d'importants pays commerçants ou lorsque la concurrence entre d'importants fournisseurs est faussée par l'utilisation de subventions à l'exportation. » GATT, *Déclaration ministérielle*, Trente-huitième session des PARTIES CONTRACTANTES, L/5424, 29 novembre 1982, paras. 1-4.

424. En effet, comme l'affirme l'OMC :

« La réduction très considérable des droits de douane obtenue par le GATT, conjuguée à une série de récessions économiques dans les années 70 et au début des années 80, a conduit les gouvernements à mettre au point d'autres formes de protection pour les secteurs exposés à une concurrence accrue de l'étranger. Des taux de chômage élevés et les fermetures constantes d'usines ont, en Europe occidentale et en Amérique du Nord, amené les gouvernements à négocier des accords bilatéraux de partage des marchés avec les concurrents et à se lancer dans une course aux subventions pour conserver leurs parts du marché des produits agricoles. Ces deux évolutions ont compromis la crédibilité et l'efficacité du GATT »⁵⁰⁹.

425. Le Code de Tokyo s'est cependant avéré inefficace pour éviter des différends en la matière. Les litiges se sont multipliés⁵¹⁰ : si pendant les presque 50 ans de fonctionnement du système de règlement des différends du GATT, les dispositions sur les subventions de l'Accord n'ont été soulevées que lors de 25 différends, on a recouru dans 35 différends, entre 1980 et 1994, au Code de Tokyo. Cependant, seulement 13 rapports ont été publiés. La difficulté de résoudre de tels différends est révélée notamment par le fait que les rapports portant sur la plupart des affaires impliquant des mécanismes de subvention à cette époque n'ont pas été adoptés. C'est une situation qui n'était pas habituelle dans le cadre du système de règlement des différends du GATT⁵¹¹. Considérant cette lacune, le Groupe consultatif des Dix-Huit s'est alors saisi du sujet en expliquant :

⁵⁰⁹ OMC, *Comprendre l'OMC : Éléments essentiels*, 5^e édition, 2015, p. 17. Aussi disponible sur : <https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact4_f.htm>, dernier accès le 10.02.2019.

⁵¹⁰ Selon les PARTIES CONTRACTANTES en 1982, « [l]es résultats du Tokyo Round... ont apporté un certain dynamisme au fonctionnement du système des échanges. Cependant, ... les tensions qu'il subit, qui se traduisent par une augmentation de la fréquence et de l'acuité des différends entre parties contractantes, dont beaucoup restent sans solution, ont accusé certaines insuffisances dans son fonctionnement. » GATT, *Déclaration ministérielle*, Trente-huitième session des PARTIES CONTRACTANTES, L/5424, 29 novembre 1982, para. 4.

⁵¹¹ Des 13 rapports publiés traitant des éventuelles violations au Code de Tokyo, seuls 6 ont été adoptés (46%). En revanche, des 136 rapports publiés dans le cadre du système de règlement des différends du GATT, 96 ont été adoptés (71%). Si l'on considère seulement les différends dans le cadre du GATT (et non ceux au regard du Code de Tokyo), le pourcentage d'adoption est encore plus élevé, atteignant 74%. Voir OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 1: Overview and one-page case summaries*, Genève, OMC, 2018, 390 p. Les tableaux concernant les différends au regard du Code sur les subventions de Tokyo présentés dans cette publication contiennent cependant une erreur de calcul, indiquant respectivement les chiffres de 14 et 7 pour les rapports émis et adoptés. Or, les chiffres corrects sont ceux mentionnés dans notre analyse, c'est-à-dire, respectivement, 13 et 6 rapports.

« Le système de commerce international est confronté aujourd'hui à plusieurs problèmes importants dans le domaine des subventions. Devant les impératifs politiques et sociaux perçus, les gouvernements se sont engagés dans de vastes programmes financiers visant, entre autres, à soutenir les secteurs en difficulté, à venir en aide aux régions atteintes par la dépression économique, à stimuler la demande des consommateurs et à promouvoir les exportations. Dans la plupart des pays, les subventions jouent aussi, délibérément ou accessoirement, un important rôle de protection, tant pour les produits industriels qu'agricoles. En outre, la sensibilité de plus en plus vive à la concurrence des importations se traduit par un recours croissant aux procédures d'établissement de droits compensateurs qui ont pour effet de décourager les exportations des autres pays. Ces évolutions ont suscité des inquiétudes grandissantes chez les parties contractantes, et les conflits commerciaux qu'elles ont engendrés soumettent les relations commerciales internationales à des tensions accrues. En même temps, les gouvernements sont amenés à reconsidérer leurs politiques dans le domaine des subventions du fait de l'alourdissement des déficits budgétaires qui les soumet à des contraintes de plus en plus rudes. ... À en juger à la persistance des différends qui surgissent dans ce domaine et à la difficulté de les régler, ni l'article XVI de l'Accord général ni le Code des subventions ne paraissent offrir de solutions satisfaisantes aux problèmes qui se font jour ... Il apparaît nécessaire que les parties contractantes recherchent s'il s'agit de problèmes particuliers qui se prêtent à des solutions ponctuelles ou de problèmes qui ne peuvent être résolus que s'il existe un consensus véritable sur le rôle et les limites permises du subventionnement dans le commerce international »⁵¹².

⁵¹² GATT, *Le GATT et les subventions*, Groupe consultatif des Dix-Huit, Vingt-troisième réunion, CG.18/W/79, 13 mars 1984, paras. 1 et 2. Le groupe analysa aussi les raisonnements économiques qui justifieraient l'emploi de subventions ainsi que les conséquences nuisibles pour d'autres pays. Il est intéressant de noter que ce faisant, il répète, de manière très générale, les considérations du courant économique dominant de l'époque, comme nous l'avons noté dans la première partie de la thèse. En l'occurrence, il semble défendre que les subventions soient le plus spécifiées possible pour « éliminer le problème à la source » (para. 5) tout en reconnaissant que les subventions limitées à certaines entreprises ou branches de production nationale ont « une plus forte incidence sur la structure des échanges du pays » (para. 9). Il reconnaît cependant le « rôle important » que jouent les subventions pour le développement (para. 6), mais finit par mettre en avant les dangers liés à leur emploi en considérant que « les subventions sont de nature à fausser par divers canaux la concurrence internationale et, en outre, à enfermer l'économie mondiale dans un cercle vicieux par la course aux subventions. » (para. 19). Voir aussi HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, p. 1. Voir, enfin, le « Rapport Leutwiler » de 1985, commandé par le Directeur général du GATT, M. Arthur Dunkel, en 1983, pour étudier les problèmes auxquels était confronté le système commercial international et proposer des solutions. S'agissant des subventions, le groupe composé de sept personnalités, dont le Brésilien Mario Henrique Simonsen, a fait remarquer à la cinquième des 15 recommandations que « [l]es règles concernant les subventions doivent être révisées, clarifiées et rendues plus efficaces. Lorsque les subventions sont autorisées, elles ne devraient être accordées qu'après un examen complet et détaillé » (GATT, *Politique commerciale et prospérité - Des propositions d'action*, 1985, p. 9 - dit « Rapport Leutwiler »).

426. Dans le même temps, et probablement très influencé par cette situation délicate, le courant dominant de la doctrine économique a commencé à adopter une approche envisageant une participation limitée de l'État dans l'économie. Dès lors, le recours généralisé à des politiques de subventionnement en vue de la création de « champions nationaux » a été considéré comme un « jeu à somme nulle » menant les grandes puissances économiques à une course vers le bas dans la mesure où chaque pays tente alors de procéder à des subventionnements stratégiques toujours plus importants, ce qui a pour conséquence un gaspillage des ressources publiques. De plus, il a été considéré que les gouvernements étaient mal placés pour bien identifier les besoins du marché et déterminer la meilleure allocation des ressources dans l'économie. En conséquence, on envisageait qu'une intervention exagérée de l'État sur l'économie conduirait à une inefficacité accrue du marché⁵¹³. Ces principes économiques, relevant du courant du néolibéralisme, peut-être exprimés de façon la plus claire par l'École dite de Chicago⁵¹⁴ et dans le cadre du Consensus de Washington⁵¹⁵, sont devenus les bases théoriques principales des négociations du cycle d'Uruguay, qui aboutira à l'Accord SMC.⁵¹⁶

⁵¹³ Voir notre exposé des arguments les plus pertinents relatifs aux « dangers d'utilisation » des subventions dans le chapitre 3, section 1 de la première partie de notre thèse.

⁵¹⁴ L'expression « École de Chicago » est moins utilisée par le milieu universitaire de façon théorique que dans le langage courant et par les médias pour décrire une ligne de pensée économique qui englobe des auteurs et théoriciens qui ne sont en réalité pas forcément liés à ce courant. Pour une explication des caractéristiques générales de cette expression, voir THE ECONOMIST, *The Chicago school of economics – Going off the rails*, 22 octobre 2015, disponible sur : <<https://www.economist.com/books-and-arts/2015/10/22/going-off-the-rails>>, dernier accès le 22.03.2018.

⁵¹⁵ La notion a été conçue par John Williamson, célèbre économiste du *Peterson Institute for International Economics* (PIIE), pour décrire les exigences de réforme des politiques publiques imposées par les États-Unis et les institutions internationales siégeant à Washington – le Fonds Monétaire International et la Banque Mondiale – comme conditions le versement de lignes de crédits d'urgence en faveur des pays en développement, surtout en Amérique Latine, pour faire face aux crises économiques de la fin des années 1980 et du début des années 1990. S'agissant des systèmes de subventionnement mis en place par ces pays, Williamson note :

« Subsidies, especially indiscriminate subsidies (including subsidies to cover the losses of state enterprises) are regarded as prime candidates for reduction or preferably elimination. Everyone has horror stories about countries where subsidized gasoline is cheaper than drinking water, or where subsidized bread is so cheap that it is fed to pigs, or where telephone calls cost a cent or so because someone forgot (or lacked the courage) to raise prices to keep pace with inflation, or where subsidized "agricultural credit" is designed to buy the support of powerful landowners, who promptly recycle the funds to buy government paper. The result is not just a drain on the budget but also much waste and resource misallocation, with little reason to expect any offset from systematically favorable effects on income distribution, at least where indiscriminate subsidies are concerned. » (WILLIAMSON, John, « What Washington Means by Policy Reform », in WILLIAMSON, John, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, PIIE, 1990, p. 11).

⁵¹⁶ Il convient aussi de noter que, dans le champ politique, la fin des années 1970 et le début des 1980 ont été

427. L'objectif, à tout le moins d'un point de vue théorique, était donc de limiter l'action étatique par la voie d'une série d'accords multilatéraux qui imposeraient des restrictions collectives. S'il est vrai que le recours au protectionnisme et aux subventions est poussé, au moins partiellement, par la concurrence internationale, la réglementation des subventions ne pourrait se faire qu'à partir d'accords internationaux qui lieraient les acteurs majeurs du marché global. Cependant, comme nous allons à présent l'analyser, les accords de l'OMC laissent encore une large marge de manœuvre aux Membres pour employer des aides d'État, en se concentrant plutôt sur les effets commerciaux de l'action étatique suivant l'approche privilégiée depuis la création du GATT.

Paragraphe 1 : Subventions assujetties à l'Accord SMC

428. L'Accord SMC a introduit de profondes modifications dans la réglementation multilatérale des subventions. Premièrement, en vertu de « l'engagement unique »⁵¹⁷, pour la première fois, les obligations régissant l'emploi de subventions seraient applicables à tout Membre du système commercial multilatéral, qu'il s'agisse d'un pays développé ou en développement. Ainsi, à partir de 1995, les pays en développement Membres ont pour la

caractérisés par des tensions entre les États-Unis et l'Union Soviétique, manifestant une opposition entre les systèmes capitaliste et communiste. De ce fait, les idées néolibérales visaient aussi un objectif politique, en tant qu'alternative économique libérale en opposition à l'intervention et au contrôle étatiques sur les facteurs de production des économies socialistes. Sur le sujet, voir BRESSER-PEREIRA, Luiz C., « Assault on the State and on the market: Neoliberalism and economic theory », *Estudos Avançados*, São Paulo, vol. 23, n° 66, 2009, p. 7-23.

⁵¹⁷ L'un des résultats les plus importants du cycle de négociations de l'Uruguay et de la création de l'OMC a été l'introduction de l'engagement unique à l'égard des accords et obligations du système commercial multilatéral. À la différence des accords signés dans le cadre du GATT adoptés par des groupes de pays variés (obligations commerciales à « géométrie variable »), tout Membre de l'OMC est obligé de souscrire à tout accord multilatéral de l'OMC (à l'exception des accords plurilatéraux), indépendamment de son niveau de développement. Ces accords incluent notamment des flexibilités pour les pays en développement Membres, mais l'acquis juridique multilatéral du cycle de négociations de l'Uruguay s'applique à tous les membres du système multilatéral. Sur le sujet, voir : CORNFORD, Andrew, « Variable Geometry for the WTO: Concept and Precedents », *UNCTAD Discussion Paper n° 171*, mai 2004, 21 p. ; LAWRENCE, Robert Z., « Variable Geometry for the WTO: Concept and Precedents », *PIIE Analysis*, juin 2008, disponible sur : <<https://piie.com/commentary/speeches-papers/toward-more-effective-wto-role-variable-geometry>>, dernier accès le 22.03.2019 ; ABDELMALKI, Lahsen et SANDRETTO, René, *Le commerce international : Analyses, institutions et politiques des Etats*, DeBoeck Supérieur, LMD, 2017, p. 165. Depuis quelques années, le blocage des négociations multilatérales dans le cadre du cycle de négociations de Doha a remis en question le principe de l'engagement unique et la possibilité de revenir à des accords entre des Membres intéressés (rétablissant une géométrie variable pour de nouvelles obligations) a été formellement mentionnée lors de la dixième Conférence ministérielle de l'OMC à Nairobi, Kenya, en 2015 et reconnue, dans la pratique, lors de la onzième Conférence ministérielle de l'OMC à Buenos Aires, Argentine, à la fin de 2017.

première fois été soumis à des obligations poussées et contraignantes à l'égard de leurs programmes de subventionnement.

429. Deuxièmement, s'agissant de la nature des obligations, les dispositions de l'Accord SMC consacrent un système de réglementation complexe et substantiellement plus restrictif que les dispositifs du GATT et du Code de Tokyo. Pour la première fois depuis l'établissement du système commercial multilatéral, une définition de la subvention a été indiquée, ainsi que des définitions, notions et méthodes ayant trait aux types de subventions et aux effets défavorables encadrés par le nouvel accord. Avec cette consécration de définitions et de notions, l'Accord SMC a clarifié la portée des règles multilatérales relatives aux subventions, en délimitant les types d'aides d'État qui seraient soumises au respect du système commercial multilatéral. En effet, l'un des objectifs clés de l'adoption de l'Accord SMC était aussi de donner davantage d'uniformité, de transparence et de prédictibilité aux contremesures appliquées contre l'importation de produits considérés comme subventionnés. Or, sans une définition commune de la subvention, chaque pays avait développé des notions et méthodes d'analyse propres dans le cadre d'investigations nationales relatives à l'application de droits compensateurs. Cette situation avait engendré, comme nous l'avons déjà noté, des difficultés et incongruences d'analyse des groupes spéciaux du GATT quant aux différents programmes de subventionnement⁵¹⁸.

430. En l'occurrence, l'Accord SMC a adopté une approche dite des « feux de signalisation » selon laquelle les règles appliquées aux subventions soumises au respect de l'Accord sont graduellement de plus en plus rigides selon le type de subvention. Ainsi, le feu « rouge » concerne les subventions considérées comme les plus nuisibles au commerce ; elles sont prohibées. Le feu « orange » porte sur les subventions spécifiques, soumises au droit de recours, unilatéral ou multilatéral, des Membres dont les intérêts ont été affectés défavorablement. Une sous-catégorie de feu, l'« orange foncé », s'applique à une liste définie de subventions spécifiques présumées causer un préjudice grave. Le feu « vert », de son côté, concerne trois types de subventions ayant des objectifs légitimes qui, même si elles sont

⁵¹⁸ Sur le sujet, voir DEPAYRE, Gerard, « Negotiating Subsidies in the GATT/WTO: The Tokyo Round and the Uruguay Round », in RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 51-56.

spécifiques et susceptibles de causer des effets défavorables, ne peuvent donner lieu à une action visant à les contenir ou annuler.

431. Enfin, l'Accord SMC a aussi établi des prescriptions importantes en matière de voies de recours contre les subventions réglementées, interdisant toute autre voie de recours que celles prévues dans le GATT et l'Accord (Article 32.1), y compris s'agissant des mesures compensatoires dont les règles de procédure et de fond ont été détaillées. Ainsi, comme le note le Secrétariat de l'OMC, avec l'adoption de l'Accord SMC :

« Les Membres espéraient que la précision ainsi ajoutée accroîtrait la certitude et la prévisibilité des règles et contribuerait donc à restreindre le recours aux subventions ayant des effets de distorsion des échanges. De même, ils espéraient que la clarification des règles se rapportant aux mesures compensatoires aiderait à faire en sorte que ces mesures ne soient appliquées que lorsque c'était justifié »⁵¹⁹.

A. Définition de la subvention dans le cadre de l'Accord SMC : la pertinence de la forme

432. L'Accord SMC a prévu une définition de la subvention qui délimite la portée des obligations de l'Accord (Article 1). Précisément, pour qu'une aide d'État soit soumise aux règles de l'Accord, elle doit être :

- 1) une contribution financière des pouvoirs publics ; ou
- 2) un soutien à des revenus ou à des prix au sens de l'Article XVI du GATT.

433. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le relever, les dispositifs envisagés par l'Article XVI, comme celui de soutien à des revenus ou à des prix, n'ont pas fait l'objet d'une analyse juridique approfondie dans le cadre du système de règlement des différends du GATT, les groupes spéciaux chargés des rares litiges en la matière s'étant concentrés sur leurs effets commerciaux plutôt que de tenter de proposer une définition générale des formes de subvention. De ce fait, nous ne disposons de guère d'éléments permettant de préciser

⁵¹⁹ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 216. L'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, a confirmé l'idée selon laquelle l'Accord SMC correspond « à un équilibre délicat entre les Membres qui voulaient imposer plus de disciplines à l'utilisation des subventions et ceux qui voulaient en imposer davantage à l'application des mesures compensatoires. » (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005, para. 115).

quelles sont les interventions étatiques dans l'économie qui pourraient être caractérisées de « soutien à des revenus ou à des prix »⁵²⁰.

434. En revanche, s'agissant des contributions financières, l'Article 1.1(a)(1) détermine qu'elles peuvent prendre trois formes : i) un transfert direct de fonds (comme des dons, prêts ou participations au capital social), même s'il est potentiel (comme des garanties de prêt) ; ii) une renonciation à des recettes publiques normalement exigibles (comme des incitations fiscales) ; iii) la fourniture de biens ou services (sauf infrastructure générale) ou l'achat de biens par l'État. Ces contributions financières peuvent aussi prendre la forme d'un mécanisme de financement géré par le gouvernement ou par une entité privée agissant sous les ordres du gouvernement (Article 1.1(a)(1)(iv)).

435. Il convient aussi de noter que, s'agissant de la renonciation à des recettes publiques, la note de bas de page n° 1 de l'Accord SMC reproduit l'exception prévue à l'Article XVI du GATT ayant trait aux exemptions fiscales de taxes indirectes sur des produits exportés (voir section 1:3 ci-dessus). Ainsi, de même que pour le GATT, l'exonération de produits exportés du paiement de taxes indirectes, ou leur remise, n'est pas considérée comme une subvention au regard de l'Accord SMC (« principe fiscal de la destination »). En revanche, cet Accord ne reprend pas les exemptions de l'Article III:8b) du GATT ayant trait aux subventions destinées aux seuls producteurs nationaux (y compris par la voie des marchés publics). Cela signifie que, même si l'exemption de taxes directes ou l'achat par l'État de

⁵²⁰ Une exception est l'affaire du GATT *France – Exportations de blé*. En l'espèce, le Groupe spécial du GATT a étudié le système français de stabilisation du prix du blé mis en œuvre par l'Office national interprofessionnel des céréales (ONIC). L'ONIC était chargé du contrôle de la production, de la collecte, du stockage et de la vente sur le marché intérieur des céréales, ainsi que de leur importation et exportation. Le système fixait un prix intérieur légal du blé payé aux producteurs agricoles jusqu'à un montant maximal établi et tout excédent de production était vendu à l'exportation ou sur le marché interne (à des prix subventionnés). Le fonctionnement de ce système a été analysé par le Groupe spécial, en particulier s'agissant de la source (publique ou non) de son financement afin de définir l'existence d'une subvention, au regard de l'Article XVI:3 du GATT (subventions à l'exportation). En ce sens, même si le Groupe spécial a finalement conclu à l'existence d'une subvention à l'exportation (dans la mesure où le système était financé par le budget public), l'analyse juridique et factuelle s'est concentrée sur le lien entre ce système et les exportations de blé afin d'identifier sa compatibilité avec l'Article XVI:3 du GATT. Ainsi, à part la source de financement, cette affaire n'apporte que peu d'éléments d'interprétation sur le fait de savoir comment un système de stabilisation des prix et des revenus peut être considéré comme une subvention. Par exemple, aucune discussion n'a eu lieu quant au sens de l'expression « soutien aux prix » ou sur la manière de déterminer si un prix fixe établi est « soutenu » ou est inférieur à la valeur que les producteurs nationaux auraient pu percevoir sur le marché. En l'occurrence, le Groupe spécial a simplement noté que le prix établi était plus élevé que « les prix mondiaux ». Voir, Rapport du Groupe spécial du GATT, *France – Exportations de blé*, L/924, 21 novembre 1958, p. 2-6.

produits nationaux ne sont pas considérés comme étant contraires aux dispositions de non-discrimination de l'Article III du GATT, ces dispositifs peuvent être soumis aux règles de l'Accord SMC.

436. D'après ces règles, l'Accord SMC ne régit pas toutes les aides d'État que nous avons étudiées dans le cadre de la première partie de la thèse, mais seulement celles qui dépendent d'une contribution financée par le budget de l'État⁵²¹. Plusieurs formes de soutien public sont expressément exclues de la portée de l'Accord telles que la fourniture d'infrastructures générales, l'exemption d'impôts indirects de produits exportés, ou encore d'autres dispositifs qui ne consistent pas en soi à des contributions financières mais qui peuvent néanmoins accorder un bénéfice aux producteurs nationaux (comme, par exemple, des restrictions à l'exportation d'intrants précieux)⁵²². Toutefois, la notion de « contribution financière » est assez largement entendue de telle sorte que, même dans le cas où le gouvernement perçoit un profit net de l'opération (d'un prêt public, par exemple) ou si la « dépense » ne se confirme pas (une garantie, par exemple), la contribution financière peut être avérée⁵²³. Enfin, la

⁵²¹ À cet effet, le budget de l'État au sens large inclut les ressources utilisées par les collectivités publiques qui le composent ou par des personnes privées auxquelles l'État délègue des fonctions.

⁵²² Le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a eu recours à l'historique des négociations sur l'Accord SMC pour confirmer l'intention des Membres de l'OMC de restreindre l'application des dispositions multilatérales sur les subventions aux aides d'État qui comportent une contribution financière, même si d'autres interventions peuvent aussi accorder des avantages. Cette approche contraste avec la pratique des autorités américaines, avant l'adoption de l'Accord SMC, consistant à considérer l'existence d'une subvention si un avantage est octroyé par l'action étatique indépendamment de sa forme dans le cadre des investigations pour l'application des mesures compensatoires. Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, WT/DS194/R, 29 juin 2001, paras. 8.64-74. L'Organe d'appel, lors de l'affaire *États-Unis – Bois de construction IV*, a confirmé cette interprétation du Groupe spécial et a considéré que « toutes les mesures des pouvoirs publics susceptibles de conférer des avantages ne relèveraient pas nécessairement de l'article 1.1 a). Si c'était le cas, l'article 1.1 a) ne serait pas nécessaire, parce que toutes les mesures des pouvoirs publics qui confèrent des avantages, en soi, seraient des subventions. » (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Bois de construction IV*, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004, note de bas de page 35).

⁵²³ Comme le note le Secrétariat de l'OMC :

« L'approche adoptée à l'article premier témoigne de l'intention d'inclure toutes les formes possibles de contributions financières des pouvoirs publics dans la définition des subventions. Les difficultés qu'il y a à recenser les subventions en pratique demeurent importantes, étant donné la diversité des instruments auxquels les pouvoirs publics peuvent recourir pour faire des "contributions financières" » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 222).

L'Organe d'appel a lui aussi noté le fait que, malgré les conditions de forme à prendre en considération pour déterminer si une intervention étatique est une subvention au regard de l'Accord SMC, les négociateurs ont « encore élargi » la « gamme de mesures gouvernementales susceptibles de fournir des subventions » avec la notion de soutien aux revenus et aux prix. Voir Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Bois de construction*

participation de l'État est indispensable pour conclure à l'existence d'une subvention aux termes de l'Accord SMC.

B. Définition de la subvention dans le cadre de l'Accord SMC : un avantage est conféré

437. L'Article 1^{er} de l'Accord SMC impose une deuxième condition pour conclure à l'existence d'une subvention : l'intervention étatique doit conférer un *avantage* à ses bénéficiaires (Article 1.1(b)). L'Article 1.1(b) de l'Accord SMC n'apporte cependant aucune précision quant à la notion et la portée de ce terme qui a été l'un des éléments de l'Accord les plus analysés et débattus à l'occasion des affaires traitées dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont trouvé un fondement pour leur interprétation de la notion à l'Article 14 de l'Accord SMC. Cette disposition, qui intègre la Partie V de l'Accord encadrant les procédures visant l'imposition de mesures compensatoires, établit plusieurs « principes directeurs » pour le calcul du montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire. Précisément, l'Article 14 propose certaines clarifications quant à cinq types spécifiques d'interventions économiques de l'État :

- i) *Prise de participation des pouvoirs publics au capital social d'une entreprise* – ne sera pas considérée comme conférant un avantage à moins que cette action ne puisse être jugée incompatible avec la pratique habituelle concernant les investissements (y compris pour ce qui est de la fourniture de capital-risque) des investisseurs privés (Article 14 a)) ;
- ii) *Prêt public ou garantie publique de prêt* – ne sera considéré comme conférant un avantage que s'il est accordé à des conditions plus favorables que l'entreprise bénéficiaire n'aurait eu sur un prêt (ou garantie de prêt) commercial comparable (l'avantage correspondrait à la différence entre les deux montants, éventuellement ajusté aux différences de commissions) (Article 14 b) et c)) ;
- iii) *Fourniture de biens ou de services ou achat de biens par les pouvoirs publics* – ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins que la transaction ne s'effectue moyennant une rémunération inadéquate par rapport aux conditions du marché existantes pour le bien ou service en question dans le pays de fourniture ou d'achat (y compris le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente) (Article 14 d)).

438. Considérant les références aux « pratiques habituelles » du marché (ou encore aux « conditions du marché existantes ») dans ces « principes directeurs » comme points de repère pour la détermination de l'existence d'un avantage, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont développé une approche similaire au moment d'interpréter la notion au regard de l'Article 1^{er} de l'Accord SMC. En essence, l'approche classique développée lors des différends qui ont surgi dans le cadre de l'OMC a été de considérer des conditions commerciales régulières sur le marché pour établir une base référentielle (ou « *benchmark* ») à laquelle la contribution financière de l'État en question est comparée afin de déterminer l'existence ou non d'un avantage pour le bénéficiaire de la mesure. Ainsi, un avantage est censé exister si ce bénéficiaire est « mieux loti » avec l'action étatique que sans⁵²⁴. Autrement dit, il y aura un avantage si le bénéficiaire de la mesure n'aurait pas pu avoir accès à l'investissement, au prêt ou garantie de prêt, ou encore aux biens ou services fournis ou vendus dans des conditions similaires sur le marché privé.

439. Cette approche classique de « marché efficace » (ou « concurrence effective »), étroitement basée sur le texte de l'Accord, est plus facile à employer pour certains types de contributions financières que pour d'autres. Ainsi, un don de la part d'un gouvernement, la renonciation à une dette ou une exemption fiscale sans contrepartie des bénéficiaires seraient très probablement considérés comme octroyant un avantage dans la mesure où le marché ne confère pas de tels « cadeaux ». En revanche, les prêts publics et l'acquisition ou fourniture de biens par un gouvernement, par exemple, sont des formes de contributions financières qui requièrent une analyse plus complexe. Le seul fait qu'une entreprise reçoive un prêt public ou se procure un bien d'un fournisseur gouvernemental ne veut pas dire qu'un avantage a été reçu. Si la transaction est réalisée selon des termes et un prix correspondant à ceux du marché, il n'y aura pas d'avantage, donc de subvention au sens de l'Accord SMC. Autrement dit, si

⁵²⁴ Comme l'affirme l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* :

« [I]l ne peut pas y avoir “avantage” pour le bénéficiaire si, avec la “contribution financière”, celui-ci n'est pas “mieux loti” qu'en l'absence de contribution. À notre avis, le marché constitue une bonne base de comparaison lorsqu'on détermine si un “avantage” a été “conféré”, parce qu'on peut identifier la capacité d'une “contribution financière” de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire a reçu une “contribution financière” à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché. » (Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, 02 août 1999, para. 157).

l'entité qui prend part à la transaction avec le gouvernement peut réaliser une transaction identique avec des agents privés, il n'y a pas de subvention.

440. Comme nous aurons l'occasion d'en discuter, cette approche pose des questions intéressantes (et complexes) s'agissant des transactions qui, pour une raison quelconque, ne sont pas « économiques » ou n'existent qu'en fonction de l'intervention de l'État. Cette situation est particulièrement intéressante s'agissant des marchés naturellement faussés (souffrant de défaillances du marché importantes) – comme les monopoles ou oligopoles dits naturels – ou lorsque que l'État intervient beaucoup pour des raisons historiques ou culturelles. Le marché de la production énergétique est un exemple de cette dernière configuration. En effet, dans ce secteur, le besoin d'investissements massifs des décennies en avance afin de garantir une augmentation adéquate de l'offre pour répondre à l'accroissement de la demande fait que la présence de l'État est une réalité sur presque tous les marchés de l'énergie du monde. On peut alors se demander comment définir un *benchmark* quand l'État exerce un contrôle substantiel du marché par la voie d'entreprises d'État ?⁵²⁵ Ou encore, lorsque l'État est le seul fournisseur du bien ou du service ou le seul client ?

441. En dépit de la complexité de l'analyse, l'avantage reçu est une condition *sine qua non* pour que l'intervention de l'État soit considérée comme une subvention et, ainsi, soumise aux règles de l'Accord SMC. Historiquement, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont eu recours à des outils analytiques empruntés des sciences comptables. C'est la même approche qui est retenue par les autorités nationales dans le cadre de leurs investigations sur l'application de mesures compensatoires à des produits importés ayant bénéficié de subventions⁵²⁶. Par exemple, dans les cas où le marché ne peut offrir des conditions

⁵²⁵ La présence démesurée de l'État dans les économies planifiées pose des défis particuliers au regard de la réglementation multilatérale des subventions et est à la source de débats récents sur la réforme des dispositions en la matière. Voir, par exemple, la déclaration jointe des États-Unis, Union européenne et Japon que, entre autres, indique l'importance de réformer les dispositions sur subventions afin de mieux maîtriser celles octroyées par des entreprises de l'État. ÉTATS-UNIS-UNION EUROPÉENNE-JAPON, « Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, European Union, and Japan », Paris, 23 mai, 2019. Nous allons examiner brièvement cette initiative et d'autres dans le chapitre 3 de la quatrième partie.

⁵²⁶ Pour une analyse critique de l'évolution d'une approche « comptable » à une interprétation de la notion de bénéfice, voir FRANÇOIS, Joseph, « Subsidies and Countervailing Measures: Determining the Benefit of Subsidies », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C., (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p.

« normales » pour l'établissement d'un *benchmark*, le prix dit « normal » sera « élaboré » à partir des coûts de production plus un montant « raisonnable » de profit ainsi que les frais d'administration, de commercialisation et d'autres frais de caractère général⁵²⁷.

442. En revanche, cette approche ne prend *a priori* pas en compte des considérations et éléments économiques plus larges susceptibles d'affecter les prix du marché, notamment les défaillances du marché, qui pourraient toutefois être pertinents pour déterminer si un « vrai avantage » a été octroyé aux bénéficiaires ou s'il ne s'agit que d'une « correction » de prix faussés par des externalités du marché. Par exemple, si un gouvernement décide d'offrir une ligne de crédit subventionnée à une entreprise pour qu'elle puisse développer (et commercialiser) une technologie moins polluante, cette mesure pourrait être considérée comme conférant un avantage (dans la mesure où les entités privées de prêt ne réduisent habituellement pas leur taux lorsqu'il s'agit de traiter des externalités environnementales).

443. Or, comme nous l'avons noté, ce type d'intervention pourrait se justifier d'un point de vue économique au regard des coûts sociaux de la pollution qui seraient diminués grâce à l'introduction de la nouvelle technologie. En effet, la contribution financière pourrait s'avérer nettement positive pour le budget de l'État si l'on considère la réduction des coûts engendrés par la pollution. Cela pourrait aussi être positif pour d'autres États dans la mesure où la pollution ne respecte pas les frontières. Le résultat final de cette intervention étatique pourrait ainsi être un accroissement du bien-être global. Néanmoins, l'interprétation textualiste généralement adoptée pour analyser l'avantage au regard de l'Accord SMC ne retient pas aisément une telle approche. Comme nous l'étudierons, cette question est cependant centrale pour la réglementation des subventions versées afin de pallier des externalités environnementales (voir la quatrième partie, chapitre 2).

113.

⁵²⁷ Il convient de noter qu'il s'agit de l'approche adoptée par l'Accord sur les mesures antidumping pour établir le prix normal (et le montant du dumping) en l'absence d'opérations commerciales normales sur le marché intérieur du pays exportateur (Article 2.2 de l'Accord sur les mesures antidumping).

C. La spécificité des subventions

444. Enfin, l'Accord SMC établit une troisième condition pour qu'une subvention soit assujettie à ses règles : elle doit être « spécifique » à certaines entreprises (Article 1.2)⁵²⁸. Autrement dit, les subventions qui octroient des avantages de manière horizontale, c'est-à-dire à tous les secteurs et acteurs économiques, ne sont pas généralement concernées par l'Accord⁵²⁹. Ainsi, les exemptions fiscales générales offertes aux producteurs nationaux, la réduction des tarifs des services publics ou bien d'autres programmes de subventionnement généraux ne sont, *a priori*, pas réglementés par l'Accord SMC. Cette situation est très pertinente au regard de la coopération fiscale internationale et des efforts entrepris par les États contre l'érosion de leurs recettes fiscales en raison de pratiques d'optimisation fiscale.⁵³⁰

445. L'article 2 de l'Accord SMC, ainsi que ses notes de bas de page, fournissent quelques clarifications relativement à la portée de la notion de « spécificité ». Premièrement, les

⁵²⁸ Selon l'Article 2.1 de l'Accord SMC, l'expression « certaines entreprises » fait référence à « une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production ».

⁵²⁹ Nous avons étudié le raisonnement économique qui concentre la réglementation internationale des subventions sur celles qui sont « spécifiques » à quelques secteurs ou entreprises dans le chapitre 3, section 3 de la première partie de notre thèse. Nous avons aussi soulevé l'apparente dissonance entre l'importance théorique de bien « cibler » l'intervention de l'État sur l'économie et les effets commerciaux nuisibles accrus provenant de subventions spécifiques. Il suffira ici de mentionner la différence entre bien cibler le problème (la défaillance du marché) et limiter les bénéficiaires de l'intervention. En théorie, une défaillance peut affecter toute une économie et l'intervention ne devrait pas limiter arbitrairement l'accès à la « solution » à seulement certaines entreprises. Or, il existera certainement des cas dans lesquels la nature même du problème limitera les potentiels bénéficiaires d'une solution. Sur ce sujet, l'avis du Secrétariat de l'OMC est assez intéressant :

« Plus une subvention est ciblée en termes de bénéficiaires prévus, plus son effet relatif sur les prix sera concentré. Dans de nombreux cas, on pourrait en déduire qu'il est plus probable que la subvention aura des effets de distorsion et se justifiera moins du point de vue économique. Par exemple, une subvention accordée à une seule branche de production et non à de nombreuses branches de production pourrait conférer un faible avantage qui ne reflète pas l'action engagée face à une défaillance déterminée du marché. Plus la définition des bénéficiaires d'une subvention est large, plus l'incidence probable de la subvention est « étalée » et superficielle. Par ailleurs, il ressort de l'analyse [économique] que les pouvoirs publics voudront peut-être cibler les subventions aussi précisément que possible afin de remédier à des défaillances données du marché tout en évitant des effets secondaires indésirables. » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 224-225).

⁵³⁰ Des efforts dans le cadre de l'OCDE sont désormais fait pour trouver une solution globale à l'érosion de recettes fiscales occasionnée par leur réduction compétitive afin d'attirer d'investissements et développer des industries de services financiers. Il est intéressant de noter que cette « course vers l'abîme » pour réduire les impôts directs (comme l'impôt sur le revenu) n'est due, en partie, qu'au principe de « neutralité fiscale » du commerce international que nous avons déjà étudié. Une solution à ce problème pourrait avoir des impacts intéressants sur certains des sujets d'ajustement fiscal à la frontière que nous abordons dans notre thèse. Voir OCDE, « Cadre inclusif pour la mise en œuvre du projet BEPS », *Note d'information*, OCDE, 2016, 12 p.

subventions prohibées sont réputées automatiquement spécifiques au regard de l'Accord SMC (Article 2.3). Étant donné leur pertinence quant à la réglementation multilatérale des subventions, nous allons les analyser séparément et en détail ultérieurement. Il suffit ici de noter que la preuve de la spécificité n'est pas nécessaire pour démontrer l'existence de subventions prohibées. Deuxièmement, toute subvention géographiquement limitée sera spécifique (Article 2.2). La disposition précise cependant que « la fixation ou la modification de taux d'imposition d'application générale par les autorités publiques [locales ou régionales], ne sera pas réputée être une subvention spécifique ». Par exemple, une réduction des impôts et/ou taxes par une autorité régionale compétente, de manière horizontale et visant à attirer l'investissement productif dans la région, ne sera pas considérée comme une subvention spécifique. En revanche, une subvention versée par l'administration centrale (ou fédérale) mais circonscrite à une région donnée pourrait être envisagée comme spécifique. En ce sens, il y a « spécificité géographique » si l'autorité qui accorde la subvention limite les bénéficiaires à une partie du territoire relevant de sa juridiction⁵³¹.

446. Troisièmement, une subvention n'est pas spécifique si elle est subordonnée « à des critères ou conditions objectifs » clairement (et publiquement) énoncés et que le droit d'en bénéficier est automatique si les critères ou conditions requis sont remplis (Article 2.1 b)). La note de bas de page n° 2 de l'Accord SMC précise en outre que, par « critères ou conditions objectifs », on entend « des critères ou conditions neutres, qui ne favorisent pas certaines entreprises par rapport à d'autres, et qui sont de caractère économique et d'application horizontale, par exemple nombre de salariés ou taille de l'entreprise ».

447. Il est cependant difficile de déterminer si des considérations ayant trait à des questions liées au développement durable pourraient être comprises en tant que critères « neutres ... de caractère économique ». Le texte de la note semble proposer une interprétation qui

⁵³¹ L'Organe d'appel a confirmé cette interprétation dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, en citant une déclaration du Groupe spécial dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* :

« "[S]i l'autorité accordant la subvention était des pouvoirs publics régionaux, une subvention pouvant être obtenue par les entreprises sur l'ensemble du territoire relevant de la compétence de ces pouvoirs publics régionaux ne serait pas spécifique". Inversement, si l'autorité qui accordait la subvention était les pouvoirs publics centraux, une subvention pouvant être obtenue par exactement les mêmes entreprises serait spécifique. » (note de bas de page omise) (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, WT/DS437/AB/R, 18 décembre 2014, para. 4.165).

permettrait l'inclusion de certaines considérations sociales. Ainsi, une condition liée au « nombre de salariés » pourrait être posée afin de favoriser des activités économiques contribuant à améliorer l'emploi. De plus, la référence à la « taille de l'entreprise » semble dénoter une reconnaissance, au moins potentielle, des défaillances du marché qui touchent les petites et moyennes entreprises (comme les rendements d'échelle) qui pourraient être « objectivement » réglées par un gouvernement par la voie de mesures économiques prises dans le cadre d'un dispositif de subventionnement horizontal⁵³².

448. En revanche, la disposition précise que ces critères « neutres » ne doivent pas favoriser « certaines entreprises par rapport à d'autres ». Or, cette injonction semble *a priori* contradictoire avec la logique même de la disposition dans la mesure où les critères neutres expressément reconnus dans la note de bas de page favoriseraient forcément certaines entreprises par rapport à d'autres (par exemple, des petites entreprises par rapport à des grandes). Ainsi, il nous semble que la disposition vise à éviter que certains secteurs économiques ou branches de production soient favorisés par la voie de critères théoriquement neutres (par exemple, la production d'équipement informatique plutôt que le textile). En ce sens, la disposition vise à éviter une discrimination « interne » parmi les bénéficiaires d'un programme de subventionnement⁵³³.

449. S'agissant des subventions liées au développement durable, la question principale qui se pose est celle de savoir si des critères neutres de caractère économique pourraient aussi inclure des critères ayant trait à d'autres défaillances du marché telles, notamment, des externalités environnementales, ou si ces conditions seraient considérées comme favorisant « certaines entreprises par rapport à d'autres ». De notre point de vue, s'ils ne ciblent pas des activités productives spécifiques (comme, par exemple, la production de panneaux solaires), il est possible que des critères objectifs ayant trait à des externalités environnementales liées

⁵³² Voir le chapitre 2, section 1 de la première partie ci-dessus.

⁵³³ L'Organe d'appel lors de l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)* semble confirmer cette interprétation. Après avoir analysé la structure de l'Article 2 de l'Accord SMC, l'Organe d'appel a en effet noté que les dispositions sur la spécificité « définissent donc des indicateurs pour le point de savoir si le comportement ou les instruments de l'autorité qui accorde la subvention établissent ou non une discrimination: l'article 2.1 a) décrit les limitations du droit de bénéficier qui favorisent certaines entreprises, alors que l'article 2.1 b) décrit *les critères ou conditions qui préviennent un droit de bénéficier sélectif.* » (italiques ajoutées) (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011, para. 367).

à la production soient considérés comme « de caractère économique ». Par exemple, une subvention conditionnée à une limitation d'émissions de polluants ou de l'empreinte eau au regard des externalités environnementales et coûts sociaux engendrés par l'activité économique encouragée ; de même s'agissant d'une subvention conditionnée à une limite d'émissions de GES considérant le besoin de les neutraliser pour faire face au changement climatique. Ces critères pourraient être appliqués de manière horizontale sans pour autant, à tout le moins *a priori*, favoriser certaines entreprises.

450. En l'occurrence, plusieurs banques et dispositifs de financement public prennent déjà en considération des critères sociaux et environnementaux parmi les éléments d'évaluation pour l'approbation ou non de prêts subventionnés. À cet égard, l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* offre des éléments pertinents de réflexion pour mieux comprendre comment se détermine la spécificité de ces critères d'évaluation. Dans cette affaire, le Groupe spécial était chargé d'analyser si les cinq « principaux objectifs opérationnels »⁵³⁴ et les critères employés par la Banque européenne d'investissement (BEI), y compris des critères environnementaux⁵³⁵, pour déterminer l'éligibilité de projets de prêts,

⁵³⁴ L'environnement était l'un de ces cinq principaux objectifs opérationnels de la BEI. Il était décliné en cinq sous-objectifs : « Faire face au changement climatique » ; « Protéger la nature/la biodiversité et les ressources naturelles » ; « Améliorer l'environnement et la santé » ; « Promouvoir l'utilisation durable des ressources naturelles et la gestion des déchets » ; « Améliorer l'environnement urbain ». En tout, cinq principaux objectifs opérationnels étaient déclinés en 27 sous-objectifs et 95 « catégories d'investissement/indicateurs ». Voir le Rapport du Groupe spécial, *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/R, 30 juin 2010, para. 7.906.

⁵³⁵ Le document de la BEI établissant les critères d'admissibilité des projets de prêts inclut des critères environnementaux ci-dessous :

« 5.7 Impact sur l'environnement: Situation environnementale avec et sans projet; le cas échéant, analyse des études de solutions alternatives; impact du projet sur l'environnement naturel et humain; définition des mesures adaptées pour définir, réduire ou mitiger tous effets négatifs; compatibilité avec la législation environnementale en vigueur ou en projet; existence d'un plan de gestion environnementale et capacité du promoteur à le mettre en œuvre et à le gérer; examen des aspects environnementaux liés à la durée de vie du projet: *compatibilité du projet avec les objectifs de développement durable, dont celui de la prévention du changement climatique, souscrits par l'Union européenne*. Pour mener la partie environnementale de son instruction, la Banque s'appuie sur toutes études effectuées par le promoteur ou par des consultants indépendants pour le compte de celui-ci (EIE, EAE, ESI, etc.). La Banque examine les mesures d'atténuation proposées en se réservant le droit de demander de nouvelles études par des consultants externes compétents. En tout état de cause, la BEI veillera au respect d'une conditionnalité adéquate liée au projet.

...

5.9 Intérêt économique du projet : Justification économique du projet ; évaluation de la valeur ajoutée du projet et de la contribution de la Banque en termes économiques ; calcul du taux de rentabilité économique du projet ; réalisation des estimations sur les *coûts-bénéfices externes, tels que la protection de l'environnement, le développement régional, etc.*; analyse de sensibilité. »

dénotaient une spécificité du programme de subvention. Selon l'argument étayé par les États-Unis, l'application de ces objectifs et critères adaptés à chaque projet signifiait au cas concret que le programme de prêt était appliqué de façon spécifique. Cette flexibilité aurait fait que, en l'occurrence, ces critères apparemment neutres avaient bénéficié à une entreprise : Airbus.

451. Tout d'abord, relevons que, même si le Groupe spécial a considéré qu'il s'agissait de « critères d'évaluation généraux » utilisés par la BEI pour déterminer l'éligibilité des projets présentés⁵³⁶, le Groupe a aussi considéré que ces critères et objectifs opérationnels, « bien qu'ils soient très larges, établissent effectivement une limitation expresse de ses activités de crédit »⁵³⁷. Ainsi, pour le Groupe spécial, cette limitation ne signifiait pas que le programme de prêt de la BEI était spécifique à certaines entreprises ou à certaines branches de production⁵³⁸. En effet, selon le Groupe spécial, même si, en l'occurrence, plusieurs critères auraient pu être déterminants pour qu'Airbus ou d'autres entreprises emprunteuses bénéficient de prêts, ils n'empêchaient cependant pas d'autres entreprises d'y avoir accès. Autrement dit, les critères utilisés, même s'ils étaient plus déterminants dans certains cas que dans d'autres, ne signifiaient pas que le programme de prêt était limité à certaines entreprises⁵³⁹.

(italiques ajoutés) (*Ibidem*, para. 7.908).

Il y a lieu de relever que le point 5.9 cité ci-dessus semble inclure expressément des considérations d'externalités environnementales parmi les critères ayant trait à « l'intérêt économique du projet ».

⁵³⁶ *Ibid.*, para. 7.909.

⁵³⁷ *Ibid.*, para. 7.931.

⁵³⁸ Le Groupe spécial conclut ainsi son raisonnement :

« En effet, le fonctionnement normal du programme de prêts de la BEI ne fixe aucune limitation expresse à la possibilité de bénéficier du même éventuel financement pour n'importe quel autre bénéficiaire ayant les mêmes besoins de financement pour un projet comparable. ... Sans perdre de vue que le concept de spécificité énoncé à l'article 2.1 de l'Accord SMC a trait à la question de savoir si une subvention est assez largement disponible dans toute une économie pour ne pas apporter des avantages à "certaines entreprises", nous estimons qu'il n'y a pas, en principe, de limitation expresse, "sans ambiguïté" et "claire" à "certaines entreprises" des possibilités de bénéficier des prêts de la BEI. » (*Ibid.*).

⁵³⁹ Il est intéressant de noter que le Groupe spécial utilise l'objectif et les critères environnementaux de la BEI dans une analogie construite pour étayer son raisonnement :

« [L]e point de départ de l'évaluation d'un projet par la BEI consiste à déterminer son admissibilité au regard de sa contribution à la réalisation de ses principaux objectifs de fonctionnement. À l'évidence, un projet à caractère environnemental sera évalué au regard de la manière dont il correspond aux objectifs environnementaux de la BEI. Il se peut que les autres objectifs de la BEI ne soient pas pertinents. En outre, lors de l'examen des caractéristiques environnementales du projet proposé, il se peut que l'évaluation se fasse au regard d'un ou de plusieurs sous-objectifs environnementaux ou "catégories d'investissement/indicateurs" qui sont répertoriés dans les Lignes

452. Cette décision du Groupe spécial n'a fait l'objet d'aucun recours⁵⁴⁰. Il y a cependant lieu de relever que l'analyse du Groupe spécial dans cette affaire ne s'est pas concentrée sur le texte de l'Article 2.1 b) de l'Accord SMC mais plutôt, et de manière plus générale, sur l'ensemble de l'Article 2.1 et, plus spécifiquement, sur l'Article 2.1 a). Par exemple, rien n'a été dit sur le fait que le respect des conditions et critères de prêt de la BEI ne conduisait pas à un droit « automatique » à bénéficier de la subvention (Article 2.1 b))⁵⁴¹. En tout état de cause, cette décision semble confirmer que des critères ou lignes directrices ayant trait à des objectifs spécifiques de politiques publiques, y compris ceux liés à des externalités environnementales, peuvent être partie intégrante de programmes de subventions généraux dès lors qu'ils sont conçus de manière à ne pas bénéficier à certaines entreprises et/ou branches de production au détriment d'autres⁵⁴².

453. Effectivement, l'Article 2 de l'Accord SMC vise à garantir que les programmes de subventions ne bénéficient pas à un nombre restreint d'entreprises, même dans le cas où le programme semble, à première vue, accessible à tout agent économique sur le marché. Selon l'Article 2.1 c) de l'Accord SMC, une subvention *de jure* horizontale peut être *de facto* spécifique. Cela serait le cas lorsqu'un secteur économique, un groupe d'entreprises ou une région géographique profitent ou ont accès à un subventionnement de façon exclusive ou prépondérante. Dans ce cas, la charge de la preuve de la spécificité repose cependant sur la partie plaignante. Ainsi, celle-ci devra démontrer que, malgré la détermination de critères neutres et objectifs pour bénéficier d'une subvention, sa mise en œuvre dénote la spécificité du programme. Pour ce faire, la partie plaignante pourra faire référence, entre autres, au caractère discrétionnaire de la décision de l'autorité qui accorde la subvention ou encore à

directrices en matière d'admissibilité. 3642 À notre avis, le fait qu'une partie de l'évaluation de ce projet particulier par la BEI consisterait à déterminer en quoi il correspond étroitement à une ou plusieurs de ses priorités environnementales, sans examiner dans quelle mesure il répond à d'autres objectifs et priorités, ne signifie pas que la BEI applique au projet à l'examen des critères d'évaluation qui sont uniques, limitant ainsi les entités en droit de recevoir le même type de prêt » (*Ibid.*, para. 7.910).

⁵⁴⁰ Le Groupe spécial a aussi considéré que ces critères n'étaient pas *de facto* appliqués de façon spécifique pour bénéficier à Airbus.

⁵⁴¹ En effet, comme l'a noté le Groupe spécial, le programme de prêts de la BEI, ses critères et objectifs, constituait « un programme de financement discrétionnaire, qui comporte l'octroi de prêts à des entités... selon des modalités et conditions qui ne sont pas toutes prédéterminées. » (*Ibid.*, para. 7.923).

⁵⁴² Nous notons, en revanche, qu'une lecture restrictive et strictement textuelle de l'Article 2.1 b) pourrait conduire à une interprétation qui ne considère pas de tels critères comme neutres.

des « renseignements sur la fréquence avec laquelle des demandes concernant une subvention ont été refusées ou approuvées et les raisons de ces décisions » (note de bas de page n° 3 de l'Accord SMC).

454. Plusieurs affaires qui ont surgi dans le cadre de l'OMC ont porté sur des subventions *de jure* ou *de facto* spécifiques à une branche de production ou à un groupe d'entreprises⁵⁴³. Dans ces litiges, des limitations d'accès à la subvention à un sous-secteur économique, un groupe restreint de produits, ou encore l'utilisation disproportionnée ou dominante des fonds disponibles par certaines entreprises ont été des éléments d'analyse pris en compte par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel pour déterminer l'existence ou d'une spécificité, au cas par cas. La taille et la diversification de l'économie du pays qui accorde la subvention, le montant des fonds disponibles ainsi que la durée du programme ont aussi joué un rôle déterminant au moment de prendre les décisions de règlement des litiges. Enfin, l'Organe d'appel, à l'occasion de l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, a fait valoir que « [l]e simple fait que des contributions financières ont été fournies à certaines entreprises ne suffit cependant pas à démontrer que ces contributions ont été accordées » de manière, *de facto*, spécifique. En effet, « l'autorité chargée de l'enquête doit disposer d'éléments

⁵⁴³ Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, le Groupe spécial a considéré que certains programmes de subventionnement étaient spécifiques parce que limités à « un groupe restreint de produits de base agricoles » (dont le coton upland). Voir le Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Coton upland*, WT/DS267/R, 8 septembre 2004, paras. 7.1136-1152. Dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction IV*, le « type de produit » que la branche de production bénéficiaire fabriquait, qui utilisait des intrants fournis à des prix subventionnés par le programme du gouvernement, a pu aussi être indicatif de la spécificité du programme. Voir le Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Bois de construction IV*, WT/DS257/R, 29 août 2003, para. 7.120. Dans l'affaire *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, le nombre restreint d'entreprises ayant bénéficié de la subvention (« six sur une possibilité de plus de 200 sociétés admissibles »), ainsi que l'utilisation disproportionnée des fonds publics disponibles dans le cadre du programme par une seule entreprise (« jusqu'à 41 pour cent de l'ensemble des fonds ») constituaient des éléments indicatifs de sa spécificité. Rapport du Groupe spécial, *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, WT/DS299/R, 17 juin 2005, paras. 7.226-227. Finalement, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, des programmes-cadres européens de subventionnement à la recherche et développement (R&D), ainsi que les critères et conditions des prêts consentis par la Banque européenne d'investissement (BEI) à Airbus, ont été analysés pour déterminer l'existence *de jure* et *de facto* de leur spécificité. Selon le Groupe spécial, chaque programme sectoriel de soutien à la R&D était spécifique *de jure* à certaines entreprises (décision confirmée par l'Organe d'appel) tandis que l'ajustement des critères généraux aux contrats spécifiques de prêt avec Airbus ne configurait pas de spécificité. De plus, les prêts de BEI à Airbus n'étaient pas *de facto* spécifiques étant donné qu'ils ne représentaient pas des quantités « disproportionnées » de la balance de la banque et Airbus n'était pas « l'utilisateur dominant » de ces financements (décision non-objet d'appel). Voir le Rapport du Groupe spécial, *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/R, 30 juin 2010, paras. 7.906-1007 et 7.1566.

prouvant de manière adéquate qu'il existe une série d'activités **systematique** en vertu de laquelle des contributions financières qui confèrent un avantage sont fournies à certaines entreprises » (accentuation dans l'original)⁵⁴⁴.

455. Ainsi, le simple fait qu'un programme de subventionnement tenant compte, par exemple, de critères basés sur des objectifs de développement durable, puisse bénéficier de manière prépondérante à certaines entreprises ne sera pas suffisant pour déterminer la spécificité de ce programme. En revanche, s'il s'avère que la structure et la conception générale de la subvention, ainsi que son application systématique, bénéficient à un nombre restreint d'entreprises ou à une certaine branche de production, celle-ci sera considérée comme étant spécifique.

456. Enfin, toute subvention spécifique, indépendamment de ses effets commerciaux, doit être notifiée à l'OMC (Article 25.2). La notification doit préciser, entre autres éléments, son « objectif général et/ou objet » (Article 25.3 iii)).

Tableau 13 – Éléments de définition d'une subvention assujettie aux règles de l'Accord SMC

Conditions		Éléments additionnels
Forme	i) contribution financière des pouvoirs publics	Transfert (potentiel) direct de fonds (comme des dons, prêts et garanties de prêt ou participations au capital social)
		Renonciation à des recettes publiques (comme des incitations fiscales), sauf exonération d'impôts indirects des produits exportés
		Fourniture de biens ou services (sauf infrastructure générale) ou achat de biens par l'État
	ii) soutien à des revenus ou à des prix	Article XVI du GATT
Avantage	Transaction de l'État avec l'acteur économique à des conditions plus favorables que le marché	
	L'intervention laisse le bénéficiaire « mieux loti »	
Spécificité	Limitation <i>de jure</i> ou <i>de facto</i> à certaines entreprises	Certaines entreprises : une entreprise (ou groupe d'entreprises) ou une branche de production (ou groupe de branches de production)
	Subventions prohibées sont considérées spécifiques	
	Limitation géographique	L'autorité limite les bénéficiaires à une partie du territoire relevant de sa juridiction
	Pas spécifique si subordonnée à des critères objectifs publiquement énoncés	Critères ou conditions neutres, de caractère économique et d'application horizontale, qui ne favorisent pas certaines

⁵⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, WT/DS437/AB/R, 18 décembre 2014, para. 4.143.

	entreprises (par exemple nombre de salariés ou taille de l'entreprise)

Il y a spécificité <i>de facto</i> si, systématiquement, un secteur économique, groupe d'entreprises ou région géographique en bénéficie de façon exclusive ou prépondérante

Paragraphe 2 : Subventions pouvant donner lieu à une action

457. Outre l'obligation de les notifier, l'Accord SMC ne prévoit des conséquences pour les subventions spécifiques que si celles-ci causent « des effets défavorables pour les intérêts d'autres Membres » de l'OMC. Son Article 5 énumère trois types d'effets défavorables :

- i) cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production nationale d'un autre Membre ou retard de façon importante la création d'une branche de production ;
- ii) annuler ou compromettre des avantages résultant directement ou indirectement du GATT pour d'autres Membres, « en particulier les avantages résultant de concessions consolidées en vertu de l'article II dudit accord » ;
- iii) préjudice grave (ou menace de préjudice grave) aux intérêts d'un autre Membre.

458. L'Article 5 de l'Accord SMC établit ainsi trois situations distinctes dans lesquelles une subvention spécifique est censée causer des effets défavorables (« feu orange »).

459. Le premier cas (i) vise principalement à parer aux effets nuisibles des importations subventionnées sur les producteurs nationaux (*effets des importations*). Il s'agit de la même préoccupation que celle inscrite à l'Article VI du GATT qui, comme nous l'avons vu précédemment, permet la neutralisation de la subvention par la voie de l'imposition de droits compensateurs⁵⁴⁵. Ainsi, une subvention spécifique cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production nationale sous l'effet des importations subventionnées en fonction, par exemple, de l'augmentation notable des importations, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du Membre importateur, ou de la sous-cotation notable du prix par rapport au prix d'un produit similaire au marché interne, ou encore si les importations ont, d'une autre manière, pour effet de déprimer les prix dans une mesure notable ou d'empêcher dans une mesure notable des hausses de prix

⁵⁴⁵ En effet, la note de bas de page 11 de l'Accord SMC indique que l'expression « dommage causé à une branche de production nationale » est utilisée à l'Article 5 dans le même sens qu'à la Partie V de l'Accord SMC qui traite des mesures compensatoires. L'Article 10 dans cette Partie, à son tour, établit que les mesures compensatoires adoptées pour éviter un dommage à la branche de production nationale doivent aussi respecter les dispositions de l'Article VI du GATT.

qui, sans cela, se seraient produites⁵⁴⁶. Dans ces cas, la subvention sera considérée comme censée causer « des effets défavorables pour les intérêts » de ce Membre au regard de l'Article 5 de l'Accord SMC.

460. La deuxième situation (ii) fait référence aux effets défavorables d'une subvention spécifique dérivés d'une restriction dans l'accès au marché du Membre qui octroie la subvention (*accès au marché subventionné*). Il s'agit ainsi d'un effet opposé à celui de la première situation. Le Membre, en tant qu'exportateur d'un produit donné, verra ses avantages en tant que Membre du système multilatéral affectés par la subvention accordée qui offre une protection du marché interne du Membre qui l'octroie. Il est intéressant de noter que l'Article 5 b) de l'Accord SMC, concernant l'annulation ou compromission des avantages du GATT⁵⁴⁷, fait une référence expresse aux « concessions consolidées en vertu de l'Article II ». Comme nous l'avons déjà noté, l'un des principaux objectifs de la consécration de règles multilatérales sur les subventions dans le GATT, même si elles sont peu développées et guère contraignantes dans cet accord, était d'éviter que les parties contractantes faussent l'équilibre des concessions tarifaires négociées par la voie d'une consolidation de droits de douane au regard de l'Article II du GATT. À cet effet, lors de la

⁵⁴⁶ L'Article 15 de l'Accord SMC apporte plus de détails sur la détermination de l'existence d'un dommage important au regard de l'Accord SMC mais aussi de l'Article VI du GATT. Le Groupe spécial, dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, a confirmé que la notion ayant trait au dommage important à une branche de production nationale à l'Article 5(a) doit être envisagée eu égard aux définitions établies à l'Article 15 du même Accord afin d'éviter d'établir, « pour l'analyse du dommage dans le contexte de la Partie III, un critère et des obligations juridiques différents de ceux qui ont été élaborés dans le cadre de la Partie V de l'Accord SMC » (Rapport du Groupe spécial, *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/R, 30 juin 2010, para. 7.2068).

⁵⁴⁷ La note de bas de page n° 12 de l'Accord SMC précise que l'expression « annuler ou compromettre des avantages » est utilisée dans l'accord avec le même sens que dans le GATT. Cette expression est en effet mentionnée dans le GATT, principalement à l'Article XXIII qui établit le droit de recours au règlement des différends pour la protection des concessions et des avantages du GATT. Précisément, l'Article XXIII stipule :

« 1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée... ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux autres parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites.

2. Dans le cas où un règlement n'interviendrait pas dans un délai raisonnable entre les parties contractantes intéressées... la question pourra être portée devant les PARTIES CONTRACTANTES... »

session de révision de l'Article XVI du GATT qui s'est tenue en 1955, le Groupe de travail a noté :

« [P]our les subventions à la production nationale, une partie contractante qui a négocié une concession au titre de l'article II peut être considérée, aux fins de l'application de l'article XXIII, comme étant normalement en droit de s'attendre, à défaut de preuve contraire, que la valeur de la concession ne sera pas annulée ou compromise du fait que la partie contractante qui a octroyé la concession accordera par la suite une subvention au titre du produit en cause »⁵⁴⁸.

461. L'idée centrale ici est qu'une subvention stratégiquement octroyée en faveur de la production de biens ayant fait l'objet d'une négociation commerciale pourrait annuler les concessions tarifaires et l'accès au marché acquis de bonne foi. Comme nous l'avons vu, une subvention peut effectivement avoir le même effet économique qu'une protection tarifaire en termes commerciaux. De ce fait, une subvention spécifique à certaines entreprises nationales pourrait être supposée « annuler ou compromettre » les intérêts d'un Membre ayant négocié des concessions tarifaires avec le Membre qui l'octroie. Dans ce cas, le Membre affecté devra démontrer, au-delà de la consolidation des droits de douanes imposables aux produits affectés, que ses intérêts à l'exportation dudit produit vers ce marché ont été atteints par la subvention octroyée⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ PARTIES CONTRACTANTES, session de révision, GATT, *Rapport du groupe de travail n° III (Révision) - Entraves au commerce autres que les restrictions quantitatives ou les tarifs douaniers*, L/334, 1^{er} mars 1955.

⁵⁴⁹ En revanche, nous notons, avec une certaine surprise, que malgré l'apparente simplicité de cette analyse de l'effet défavorable, surtout si elle est comparée aux complexités engendrées par la démonstration d'un dommage important à la branche de production nationale (Article 15) ou un préjudice grave (Articles 6), la grande majorité des affaires traitées dans le cadre du système de règlement des différends ont analysé des effets défavorables découlant des deux autres situations prévues à l'Article 5 de l'Accord SMC. La recherche des raisons de ce phénomène échappe au champ de notre thèse, cependant nous tenons à proposer ici deux remarques. Tout d'abord, la situation d'annulation d'avantages de l'Article 5 b) ne couvre que les effets défavorables sur l'accès au marché du Membre qui octroie la subvention. Elle ne concerne pas les intérêts liés à l'accès aux marchés des tierces parties, ni les effets des importations sur le marché interne de la partie plaignante. Comme on le verra ultérieurement, si une subvention est finalement considérée contraire aux règles de l'Accord SMC, l'une des conséquences possibles est l'élimination des effets défavorables. Si ces effets se résument à l'accès au marché interne du Membre qui octroie la subvention, il pourra, potentiellement, la maintenir et réduire les droits de douanes imposés sur les exportations du Membre affecté. Cette situation, pourtant, n'affectera pas les intérêts de ce Membre au regard de ses exportations en compétition avec celles subventionnées sur d'autres marchés. Deuxièmement, une partie significative des droits de douanes, surtout pour les grandes économies, ont été réduits tout au long des décennies de négociations. Il se peut que la détermination exacte de l'accès au marché acquis durant les dernières négociations et le lien de causalité entre son annulation et la subvention accordée des années plus tard requiert un effort analytique très complexe.

462. Enfin, la troisième situation (iii) prévue par l'Article 5 de l'Accord SMC est celle dans laquelle la subvention spécifique cause ou menace de causer un « *préjudice grave* » aux intérêts d'un autre Membre. Il s'agit de la situation théoriquement la plus répandue, pouvant avoir trait tant aux intérêts de protection du marché interne du Membre affecté par des importations subventionnées, qu'aux intérêts d'accès au marché du Membre qui octroie la subvention ou encore à ceux des autres Membres de l'OMC (*intérêts commerciaux*). Comme nous l'avons déjà relevé, l'Article XVI:1 du GATT établit une procédure spéciale de consultations à l'égard d'une subvention (ayant pour effet d'accroître les exportations ou de réduire les importations) qui « cause ou menace de causer un préjudice grave » aux intérêts d'un Membre de l'OMC⁵⁵⁰. Ce faisant, l'Accord SMC vise à développer les règles du système commercial multilatéral encadrant cette situation en cantonnant les effets nuisibles des subventions⁵⁵¹.

463. L'Article 6 de l'Accord SMC précise la notion ainsi que les éléments de preuve nécessaires pour déterminer l'existence ou d'une menace d'un préjudice grave. L'analyse détaillée de ce qui configure un préjudice grave dépasse la portée de notre thèse. Il suffit ici de noter que l'Article 6 indique quatre types d'effets nuisibles particuliers causés par une subvention spécifique qui, individuellement ou collectivement, peuvent causer un préjudice grave aux intérêts du Membre de l'OMC :

- a) détourner ou entraver des importations d'un produit similaire du marché du Membre qui accorde la subvention (**accès au marché subventionné affecté**) ;
- b) détourner ou entraver des exportations d'un produit similaire du marché d'un pays tiers (**accès au marché tiers affecté**) ;
- c) sous-cotation notable du prix du produit subventionné ou suppression notable du prix d'un produit similaire d'un autre Membre sur le même marché ou encore perte notable des ventes sur le même marché (**suppression des prix et pertes de ventes notables**) ;
- d) accroissement de la part du marché mondial pour un produit primaire par le Membre qui accorde la subvention par rapport à la part moyenne détenue sans subvention (**gain de part du marché mondial pour des produits primaires**).

⁵⁵⁰ Voir le paragraphe 2 B. de la section précédente du présent chapitre. Nous avons aussi eu l'occasion de noter que cette procédure spéciale, tout comme, plus généralement, les dispositions du GATT, se sont révélées insuffisantes pour éviter les préjudices graves causés aux intérêts des parties contractantes.

⁵⁵¹ En effet, la note de bas de page n° 13 de l'Accord SMC fait une référence expresse au GATT, affirmant que l'expression « préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre » est utilisée dans l'Accord SMC avec le même sens que dans le paragraphe 1 de l'Article XVI du GATT.

464. L'Article apporte plus d'éléments d'analyse pour déterminer chacun de ces effets particuliers mais précise aussi d'autres considérations qui doivent être prises en compte et peuvent renverser un préjudice grave établi *a priori*⁵⁵². En l'occurrence, la démonstration de l'existence d'un préjudice grave s'est avérée être l'une des analyses les plus complexes à réaliser au moment d'interpréter l'Accord SMC⁵⁵³. S'agissant des dispositions ayant trait à la définition des formes de subventions, à la détermination de l'existence d'un avantage ou encore à la configuration de la spécificité, l'application des règles de l'Accord SMC requiert effectivement des analyses juridiques et économiques détaillées, complexes et minutieuses.

465. En tout état de cause, en ce qui concerne notre étude de la réglementation multilatérale en matière de subventions visant à encourager le développement durable, il importe de noter que les subventions spécifiques ne donneront droit à une réaction de la part des Membres de l'OMC, même par la voie unilatérale de mesures compensatoires, que *si l'un de ces trois effets défavorables peut être démontré*. En revanche, eu égard aux considérations économiques analysées dans la première partie de la thèse, il nous paraît manifeste qu'une subvention efficace octroyée par un pays disposant d'une économie compétitive sur le marché global pourrait, selon toute vraisemblance, dépasser les seuils établis par les dispositions de l'Accord SMC.

Tableau 14 – Effets commerciaux défavorables visés par l'Accord SMC et éléments d'analyse

Types d'effets défavorables	Principaux effets commerciaux visés	Conditions / éléments additionnels
Retarder de façon importante la création ou (menacer de) causer un dommage important à une branche de production nationale	Importations subventionnées	Article 15 de l'Accord SMC (y compris l'accroissement absolu ou relatif des importations ; suppression notable des prix sur le marché interne)

⁵⁵² Il s'agit des situations énoncées à l'Article 6.7 ayant trait, entre autres, à des catastrophes naturelles et autres cas de force majeure ou à des restrictions commerciales imposées par le Membre plaignant ou par le Membre dont marché les exportations du Membre plaignant ont été détournées du fait de la compétition avec les produits subventionnés et qui peuvent fausser les échanges. Selon la note de bas de page n° 18 de l'Accord SMC, « ces circonstances ne doivent pas avoir un caractère isolé ou sporadique ni être par ailleurs insignifiantes. »

⁵⁵³ Comme le note avec pertinence le Secrétariat de l'OMC :

« La jurisprudence de l'OMC montre qu'il n'est pas facile en pratique d'établir l'existence des effets défavorables en question. Étant donné le recours à la quantification dans cet article et le processus de collecte de renseignements concernant le préjudice grave prévu à l'Annexe V de l'Accord SMC, l'analyse des données et l'analyse quantitative ont joué un rôle important dans la procédure de Groupe spécial. » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 228).

Annuler ou compromettre des avantages du GATT	Limitation de l'accès au marché subventionné	Article II du GATT (causalité entre accès acquis par la consolidation de droits de douane et l'effet de la subvention)
Préjudice grave (ou menace de préjudice grave) aux intérêts commerciaux	Importations subventionnées	Suppression des prix et pertes de ventes notables
	Limitation de l'accès au marché subventionné	Détourner ou entraver des importations d'un produit similaire ; suppression des prix et pertes de ventes notables
	Compétition sur des marchés tiers	Détourner ou entraver des importations d'un produit similaire ; suppression des prix et pertes de ventes notables ; gain de parts du marché mondial pour des produits primaires
Pas de détournement ni entrave dans les circonstances suivantes qui ne sont pas sporadiques et/ou insignifiantes : catastrophes naturelles et autres cas de force majeure ; restrictions commerciales imposées aux exportations ou importations du produit similaire du Membre plaignant ; non-respect des normes et autres prescriptions réglementaires (Article 6.7)		

466. En cas d'effets défavorables, l'Accord SMC établit deux voies de recours distinctes pour s'opposer aux subventions spécifiques qui en sont la cause : la voie multilatérale et la voie unilatérale. Les trois situations caractérisées par des effets défavorables prévues à l'Article 5 permettent à un Membre de l'OMC lésé d'avoir recours au système de règlement des différends de l'OMC (« voie multilatérale » – Article 7). Alors, si l'existence de la subvention, sa spécificité et ses effets défavorables sont démontrés, le Membre qui accorde la subvention devra soit la retirer, soit éliminer ses effets défavorables (Article 7.8).

467. La « voie unilatérale », en revanche, est disponible à tout Membre de l'OMC qui souffre des effets défavorables de la première situation précédemment analysée, c'est-à-dire un dommage à une branche de production nationale causé par des importations subventionnées (Partie V de l'Accord SMC). Dans ce cas, le Membre de l'OMC concerné pourra imposer, unilatéralement, des droits compensateurs aux importations subventionnées afin de neutraliser les subventions accordées (à hauteur du montant estimé des subventions). En opposition à la voie multilatérale, il appartient ici aux autorités nationales d'analyser l'existence de la subvention, du dommage important causé à la branche de production nationale ainsi que mettre en évidence un lien de causalité entre les deux. L'Accord SMC, tout comme l'Article VI du GATT, n'imposent que des obligations ayant trait à la procédure d'enquête visant à garantir la diligence nécessaire et la rigueur de l'analyse réalisée par les autorités nationales.

468. Bien évidemment, le Membre dont les exportations font l'objet de droits compensatoires aura droit de recourir au système de règlement des différends de l'OMC pour contester les décisions adoptées par l'autorité nationale ayant enquêté. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, l'adoption de l'Accord SMC était partiellement motivée par l'objectif des Membres de l'OMC d'imposer des règles détaillées encadrant les investigations relatives aux droits compensatoires afin d'éviter tout abus de cette voie de recours unilatérale.

469. Les plus de 110 paragraphes et sous-paragraphes introduits dans la Partie V de l'Accord SMC imposent des règles détaillées à cette fin. Or, celles-ci ont eu pour résultat que les procédures d'investigation conduites préalablement à l'imposition de droits compensateurs, ainsi que de droits antidumping, sont devenues extrêmement complexes d'un point de vue juridique et économique.

470. Toute une industrie de services spécialisés en la matière s'est effectivement développée dans la plupart des pays caractérisés par une forte économie. La participation à ces procédures s'avère être un effort très coûteux, non seulement pour les importateurs et les exportateurs impliqués mais également pour les autorités de l'État. La Banque Mondiale, déjà en 1991, se montrait concernée par les effets des investigations antidumping et antisubventions qui étaient parfois aussi importants que l'imposition de droits⁵⁵⁴. Au même sens, B. Blonigen et T. Prusa mettent en évidence les coûts sociaux additionnels ayant trait aux coûts des investigations de défense commerciale⁵⁵⁵.

471. À cet effet, dans le cadre des efforts de réforme du système européen de défense commerciale qui ont été entrepris, les défis d'emploi de ces mesures que rencontrent les petites et moyennes entreprises (PME) eu égard à « leurs ressources limitées » et à « la complexité des enquêtes » ont été soulevés par la Commission européenne comme méritant attention et des mesures de soutien spécifiques. Depuis 2004, la Commission européenne a

⁵⁵⁴ Voir, entre autres, HARRISON, Ann, « The new trade protection: price effects of antidumping and countervailing measures in the United States », *World Bank Working Paper*, WPF 808, 1991, 38 p.

⁵⁵⁵ Voir BLONIGEN, Bruce A., et PRUSA, Thomas J., « The Cost of Antidumping: the Devil is in the Details », *Policy Reform*, vol. 6, n° 4, 2003, p. 233-245.

maintien un bureau d'assistance aux PME « pour répondre aux difficultés que rencontrent les PME » en matière de défense commerciale.⁵⁵⁶

472. Dès lors, il y a aussi lieu de se poser la question des coûts sociaux engendrés par la soumission de subventions économiquement justifiables (du point de vue du bien-être global, par exemple) au respect de ces procédures, même dans le cas où l'enquête aboutit à une décision de non-imposition de droits compensateurs⁵⁵⁷. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce sujet dans la dernière partie de notre thèse en réfléchissant à de potentielles solutions.

Paragraphe 3 : Subventions spécifiques réputées causer un préjudice grave

473. L'Article 6.1 de l'Accord SMC tel qu'il a été adopté en 1995 établissait une sous-catégorie de subventions spécifiques *réputées*, en raison d'une *présomption* réfragable, *causer un préjudice grave* (« feu orange foncé »). Il s'agissait des subventions : i) dépassant 5 % de la valeur d'un produit subventionné ; ii) destinées à couvrir les pertes d'exploitation d'une branche de production ou d'une entreprise (autres que certains versements ponctuels) ; ou iii) accordées sous la forme d'une annulation directe d'une dette⁵⁵⁸.

474. L'objectif de la disposition était de faciliter l'exercice d'un droit de recours contre certaines subventions considérées comme particulièrement nuisibles du point de vue de la compétitivité commerciale, sans pour autant prohiber leur adoption. La création de cette catégorie « feu orange foncé » a résulté d'un compromis entre Membres de l'OMC atteint

⁵⁵⁶ Voir COMMISSION EUROPÉENNE, *Trente-sixième rapport annuel de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de l'Union européenne (2017)*, COM(2018)561, 31 juillet 2018, para. 7.1.

⁵⁵⁷ Voir la section 2:3, chapitre 1 de la quatrième partie sur l'accroissement des investigations et droits compensateurs imposés à l'égard des biens verts.

⁵⁵⁸ Cette présomption, cependant, ne s'appliquait pas aux subventions accordées par un pays en développement Membre (Article 27.8 de l'Accord SMC). Lors de l'affaire *Indonésie – Automobiles*, le Groupe spécial a précisé que, même si la présomption n'était pas applicable, il était encore loisible aux parties plaignantes d'avoir recours aux dispositions de l'Article 6.1 pour étayer leur allégation de préjudice grave « sur la base d'éléments de preuve positifs ». En l'occurrence, les parties plaignantes ont réussi à démontrer que le subventionnement par l'Indonésie de plus de 5% de la valeur du produit avait causé un préjudice grave sous la forme d'une sous-cotation notable du prix. Voir Rapport du Groupe spécial, *Indonésie – Autos*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998, paras. 14.158-162 et 14.256.

durant les négociations de l'Accord SMC, dont la contrepartie a été la création de la catégorie « verte » de subventions.

475. À cet égard, il est intéressant de noter que, s'agissant du deuxième type de subvention « orange foncé », l'Article 6.1 b) prévoyait une exception dans le cas d'un versement ponctuel destiné à couvrir les pertes d'exploitation d'une entreprise en visant « simplement à laisser le temps d'élaborer des solutions à long terme et à éviter des *problèmes sociaux aigus* » (italiques ajoutés). Comme on le verra plus avant, il s'agit ici de l'une des rares manifestations expresses dans l'Accord SMC d'une prise en considération d'éléments autres que commerciaux.

476. Cette catégorie est néanmoins devenue caduque en même temps que la catégorie « verte » à la fin de 1999 (voir le paragraphe 5 de la présente section ci-dessous).

Paragraphe 4 : Subventions prohibées : un cas particulier résultant de décennies d'efforts multilatéraux

477. L'Article 3 de l'Accord SMC établit une prohibition générale de deux types particuliers de subventions considérées comme spécialement néfastes pour les échanges internationaux (« feu rouge ») : a) les subventions subordonnées aux résultats à l'exportation (« *subventions à l'exportation* ») ; et b) les subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés (« *subventions subordonnées à des exigences de contenu local* »). Ces deux types de subventions étaient déjà réglementées dans le cadre du GATT, mais seulement partiellement. L'Article 3 de l'Accord SMC est ainsi le résultat d'années d'efforts multilatéraux pour restreindre ces types de subventionnement.

478. L'Article XVI du GATT imposait déjà une prohibition partielle des subventions à l'exportation de produits non primaires⁵⁵⁹ ainsi qu'une restriction limitée aux subventions à l'exportation de produits primaires. L'Article 3 de l'Accord SMC a étendu la portée de cette

⁵⁵⁹ Applicable aux parties ayant signé la déclaration donnant effet à l'Article XVI:4 et, postérieurement, aux signataires du Code de Tokyo sur les subventions.

prohibition à tout Membre⁵⁶⁰ de l'OMC ainsi qu'à tout produit⁵⁶¹. Cet Accord mentionne aussi une liste illustrative⁵⁶² de mesures de soutien qui pourraient constituer des subventions à l'exportation (Annexe I). La liste contient davantage de détails sur des types spécifiques de mesures de soutien à l'exportation ainsi que des éléments pertinents pour déterminer si ces mesures constituent des subventions à l'exportation prohibées. Il suffit, pour notre thèse, de noter ici que cette liste confirme l'idée selon laquelle l'exonération, remise ou report, en totalité ou en partie, d'*impôts directs* dus par des entreprises, accordés spécifiquement au titre de leurs exportations seront considérés comme des subventions à l'exportation prohibées (Annexe I e)) tandis que l'exonération ou remise d'*impôts indirects* ne le seront *a priori* pas (Annexe I g)).

479. S'agissant des subventions subordonnées à des exigences de contenu local, le GATT établissait déjà des règles portant sur les composantes discriminatoires des politiques commerciales adoptées par les Membres de l'OMC⁵⁶³. En effet, comme nous aurons l'occasion d'en discuter plus en détail, les programmes de soutien à des technologies environnementales mis en œuvre par les Membres de l'OMC contestés dans le cadre du système de règlement des différends ont souvent été analysés au regard des dispositions de l'Article III du GATT. Or, même si un Membre de l'OMC parvient à justifier les composantes discriminatoires de son programme de soutien au regard de l'Article XX, ou bien s'il bénéficie d'une dérogation en application de l'Article XVIII, ce programme de subventionnement pourra encore être considéré comme étant incompatible avec les dispositions de l'Article 3 de l'Accord SMC. Ainsi, au moment de concevoir des politiques de développement industriel « vert », par exemple, les responsables publics doivent porter attention à cette disposition de l'Accord SMC qui empêche la subordination de l'octroi d'un avantage prévu dans un programme de subventionnement à l'utilisation de produits ou d'intrants nationaux.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ Exception faite des pays en développement Membres listés dans l'Annexe VII de l'Accord SMC. Pour un examen des exemptions et flexibilités accordées par l'Accord SMC aux pays en développement Membres voir le paragraphe 6 de la présente section ci-dessous.

⁵⁶¹ Voir ci-dessus les exceptions pour les produits agricoles prévues dans l'Accord sur l'agriculture.

⁵⁶² Le Code de Tokyo sur les subventions avait déjà mentionné une telle liste.

⁵⁶³ Section 1:3 du présent chapitre.

⁵⁶⁴ Pour un examen détaillé et critique de l'utilisation des exigences de contenu local en tant qu'élément central

480. Comme déjà noté, les subventions prohibées par l'Article 3 de l'Accord SMC sont automatiquement réputées être spécifiques (Article 2.3). Il n'est pas non plus nécessaire de démontrer l'existence d'effets défavorables. Enfin, les subventions prohibées par le système commercial multilatéral sont envisagées comme tellement préjudiciables que l'Accord SMC prévoit une procédure accélérée de règlement des différends afin de les traiter (Article 4). Les délais prévus pour cette procédure sont, en général, de moitié plus courts que ceux prévus pour les subventions « orange foncé ». De surcroît, si l'existence d'une subvention prohibée est mise en évidence lors d'un différend qui s'est produit dans le cadre de l'OMC, le Membre devra retirer la subvention visée « sans retard » (Article 4.7).

481. Cette solution est différente de ce que prévoit l'Accord SMC pour les subventions non-prohibées considérées comme incompatibles avec les dispositions de l'Accord. Le Membre qui octroie une telle subvention n'aura qu'à prendre des mesures appropriées pour « éliminer les effets défavorables » (Article 7.8). Ainsi, en théorie, le Membre pourra maintenir son programme de subventionnement dès lors que les effets néfastes identifiés à l'occasion d'un différend sont éliminés (par exemple, par la voie d'une réduction additionnelle des droits de douanes afin de rétablir l'accès à son marché). Toutefois, s'il s'agit de subventions prohibées, il doit être mis fin au programme de subventions.

Paragraphe 5 : Subventions ne donnant pas lieu à une action

482. À la différence du GATT, l'Accord SMC ne prévoit pas d'exceptions générales à ces règles. Cependant, il prévoyait, jusqu'à la fin de l'année 1999, une catégorie spéciale de subventions (« feu vert ») exemptées des contremesures, multilatérales ou unilatérales, prévues par l'Accord : les « subventions ne donnant pas lieu à une action » (Partie IV).

483. L'Accord SMC accordait aux Membres de l'OMC, à travers son Article 8, la possibilité d'adopter trois types d'aide d'État pour faire face à certaines défaillances du marché : aides à la recherche et développement (**R&D**) – Article 8.2 a) ; aide non-spécifique au développement régional des régions défavorisées (**développement régional**) – Article 8.2 b) ; et aide pour l'adaptation d'installations (matériels et procédés de production) à des

des politiques de développement industriel, voir CELLI JUNIOR, Umberto, *OMC : Jurisprudência e Requisitos de Conteúdo Local como Política Industrial*, Jurua, 2017, 286 p.

nouvelles prescriptions environnementales (**adaptation aux prescriptions environnementales**) – Article 8.2 c).

484. L'adoption de subventions ayant trait à l'un de ces trois objectifs, reconnus par les négociateurs de l'Accord SMC comme étant socialement utiles, ne donnait pas droit à la prise de contremesures, y compris des droits compensateurs, même si ces subventions étaient susceptibles de causer des effets défavorables sur les intérêts commerciaux d'autres Membres de l'OMC⁵⁶⁵. Le raisonnement juridico-économique justifiant l'absence d'un droit d'agir contre ces mesures était le même que celui qui s'applique à l'égard de l'Article XX du GATT : malgré les effets nuisibles de ces subventions sur le commerce, les objectifs sociaux qu'elles visaient à satisfaire l'emportaient sur les objectifs commerciaux. En revanche, à la différence des conditions mentionnées à l'Article XX du GATT, surtout dans son texte introductif, qui privilégient une analyse de bonne foi et d'équité de l'utilisation de ces mesures afin d'éviter un abus du recours à l'exception, les dispositions de l'Article 8 de l'Accord SMC se concentrent beaucoup plus sur la forme et les critères de fond des subventions adoptées⁵⁶⁶.

485. Enfin, il est intéressant de noter que la disposition prévoyait un rôle important de surveillance et d'analyse pour le Secrétariat de l'OMC et le Comité des subventions et des mesures compensatoires (Comité SMC). Les subventions ne donnant pas lieu à une action étaient assujetties à une notification préalable (Article 8.3) et le Secrétariat de l'OMC pouvait être appelé à en faire une révision initiale afin de vérifier le respect des conditions imposées par la disposition. Le Secrétariat présentait alors ses constatations au Comité SMC qui pouvait les examiner et adopter ses propres remarques sur la mesure (Article 8.4). Enfin, en

⁵⁶⁵ L'Article 9 de l'Accord SMC prévoyait cependant la possibilité d'un droit de recours aux consultations dans le cas où « nonobstant le fait que le programme est compatible avec les critères énoncés [à l'Article 8], un Membre a des raisons de croire que ce programme a eu *des effets défavorables grave pour sa branche de production nationale, au point de causer un tort qui serait difficilement réparable* » (italiques ajoutés). L'objet des consultations serait de préciser les faits et d'arriver à une solution mutuellement acceptable, bilatéralement ou à travers le recours au Comité des subventions et des mesures compensatoires.

⁵⁶⁶ Effectivement, l'Article 8 imposait des conditions strictes et détaillées de fond et de forme pour l'adoption de ce type de subventions, y compris : des plafonds par rapport au pourcentage des investissements financés ; des limites de subventionnement différenciées selon des critères spécifiques établis par l'Accord ; une récurrence des apports financiers ; des types de coûts pouvant être financés ; des définitions ayant trait à une région défavorisée ; un âge minimum de deux ans pour les installations dont l'adaptation aux exigences environnementales serait financée ; entre autres.

cas de désaccord quant au respect des conditions après l'analyse réalisée par le Secrétariat et le Comité, la question devait être soumise à un « arbitrage contraignant » aboutissant à la détermination de conclusions dans un délai de 120 jours.

486. Cette procédure est propre à l'Accord SMC et démontre l'intention des Membres de l'OMC d'éviter tout abus de l'exemption d'action créée pour cette catégorie de subventions. Il s'agit aussi, d'une certaine façon, d'une rare occasion dans laquelle le système commercial multilatéral – y compris notamment son Secrétariat – se serait penché sur une analyse des objectifs et de l'efficacité de subventions prises pour remplir des objectifs légitimes. Comme nous l'avons auparavant examiné, celle-ci était effectivement l'une des fonctions prévues pour l'OIC.

487. Toutefois, aucune subvention mentionnée à l'Article 8 n'a jamais été notifiée. Plusieurs commentateurs attribuent cette situation au caractère excessivement restrictif des exigences posées⁵⁶⁷. Selon cette argumentation, des dispositions trop détaillées limitaient beaucoup trop les types d'aides d'État disponibles. Cette restriction a eu pour conséquence qu'elles n'étaient pas adaptables aux défis spécifiques de chaque situation, réduisant ainsi leur utilité pour résoudre les défaillances du marché propres à chaque situation particulière⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Voir, entre autres: HOWSE, Robert, « Do the World Trade Organization Disciplines on Domestic Subsidies Make Sense? The Case for Legalizing Some Subsidies », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 85-102 ; BIGDELI, Sadeq Z., « Resurrecting the Dead? The Expired Non-Actionable Subsidies and the Lingering Question of 'Green Space' », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 8, n° 2, 2011, p. 2-37 ; DEPAYRE, Gerard, « Negotiating Subsidies in the GATT/WTO: The Tokyo Round and the Uruguay Round », in RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 51-56 ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 226.

⁵⁶⁸ Cet argument semble avoir été soutenu par le Venezuela et Cuba à l'occasion à l'appui de leur proposition de réintroduction et de réforme de la liste de subventions ne donnant pas lieu à une action dans le cadre du cycle de négociations de Doha. Précisément, selon ces pays :

« Pour appliquer les mesures prises au titre de l'une ou l'autre des trois catégories de subventions ne donnant pas lieu à une action existant dans l'Accord SMC dans les termes spécifiés dans les dispositions pertinentes, il aurait fallu satisfaire à une série de conditions qu'il n'a pas été possible de remplir. L'absence de notification de telles dispositions pouvait être due, entre autres raisons, au caractère exigeant des plafonds et des critères fixés pour chacune de ces catégories et à leur conception actuelle, qui suppose que les Membres intéressés par des subventions de ce type disposent de ressources pour les mettre en œuvre. » (OMC, *Deuxième contribution de Cuba et du Venezuela au groupe de négociation sur les règles développant la proposition concernant les subventions ne donnant pas lieu à une action*, Communication du Cuba et du Venezuela, Groupe de négociations sur les règles, TN/RL/W/131, 11 juillet 2003, p. 3-4).

Cependant, nous ne sommes pas convaincus que, alors qu'il l'a fait lors de l'interprétation et de l'application de l'Article XX ou bien d'autres dispositions ayant trait à des objectifs non commerciaux à des cas concrets (voir la troisième partie de notre thèse), l'Organe d'appel n'a pas eu l'occasion de clarifier la portée de ces obligations de forme et de fond applicables aux subventions exemptées, donnant ainsi davantage de marge de manœuvre aux Membres de l'OMC en se concentrant sur leur bonne foi et l'équité dans la mise en œuvre de ces mesures. En tout état de cause, la disposition semble ne pas avoir été utilisée comme elle l'avait été conçue.

488. Cette catégorie devait être réexaminée au bout de cinq ans de fonctionnement de l'OMC, en conjonction avec la catégorie des « subventions spécifiques réputées causer un préjudice grave » (« feu orange foncé ») dont la prolongation d'application exigeait un consensus des Membres dans le cadre du Comité SMC (Article 31)⁵⁶⁹. Pendant les débats qui se sont tenus sur la reconduction ou non de la catégorie « feu vert », certains Membres ont fait valoir que les règles relatives à la spécificité étaient suffisantes pour protéger ce genre de mesures (par exemple, l'Australie) tandis que d'autres craignaient leur utilisation abusive (par exemple, les États-Unis). Les pays en développement, y compris le Brésil, ont quant à eux relevé que la catégorie ne considérait pas suffisamment d'objectifs et de mesures aptes à contribuer à leur développement. Les CE, ainsi que plusieurs autres pays Membres développés et certains États en développement, défendaient une prolongation temporaire de l'application couplée à une révision du dispositif, notamment en vue de déterminer la

⁵⁶⁹ En effet, ces deux catégories sont issues d'un compromis entre les États-Unis et les CE acté lors des négociations sur l'Accord SMC. Au début des négociations, les États-Unis défendaient une prohibition générale des subventions à la production au motif que toute subvention peut avoir des effets nuisibles sur les échanges. Les CE craignait une approche si radicale qui aurait pu affecter ses programmes de soutien à la production agricole. La position de repli des États-Unis était de prohiber certains types particulièrement onéreux de subventions spécifiques (ceux de l'Article 6.1). Le compromis finalement atteint a consisté à considérer ces subventions comme « réputées causer un préjudice grave » (feu orange foncé) et à la création de la catégorie des subventions ne donnant pas lieu à une action (feu vert) pour une période limitée afin d'en analyser le fonctionnement. Sur ces négociations, voir l'assez intéressante analyse de G. Depayer, membre de la Commission européenne de 1976 à 2005 et négociateur des CE pour l'Accord SMC. DEPAYRE, Gérard, « Negotiating Subsidies in the GATT/WTO: The Tokyo Round and the Uruguay Round », in RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 51-56.

pertinence d'inclure d'autres types d'aides d'État plus adaptées aux besoins de développement⁵⁷⁰.

489. L'absence d'utilisation de ce dispositif et les divergences d'opinion quant à sa pertinence ont fait que les Membres de l'OMC ne sont finalement pas arrivés à un accord et la catégorie a échoué à la fin de 1999. Or, cette disparition signifiait un changement important de l'équilibre et de la structure propres à l'Accord SMC, ainsi que l'exclusion de dispositions qui permettaient de prendre en compte des considérations non commerciales dans l'application des règles multilatérales relatives aux subventions. Lors de la dernière réunion du Comité SMC qui s'est tenue avant la disparition de la catégorie en novembre 1999, la Suisse a bien résumé le sentiment des Membres qui défendaient le maintien de la structure originelle de l'Accord SMC en insistant sur les conséquences de cette disparition pour l'équilibre de l'accord, notamment au regard des mesures de soutien prises en faveur de l'adaptation des activités productives aux exigences environnementales :

« La suppression des trois articles en question (6.1, 8 et 9) aurait trois conséquences majeures : premièrement, la perte de l'équilibre dans la structure héritée des négociations antérieures, structure qui s'était concrétisée par la création de catégories de subventions, soit celles qui étaient prohibées, celles qui pouvaient donner lieu à une action et celles qui ne donnaient pas lieu à une action, une approche qui semblait tout à fait logique. Deuxièmement, une perte de prévisibilité par l'élimination de la seule disposition opérationnelle, celle qui fixait un seuil de 5 pour cent. Il existait un risque de course accrue aux subventions, dont pourraient peut-être profiter certains groupes de pression mais certainement pas un pays dans son ensemble. Troisièmement, en éliminant la possibilité de subventionner l'adaptation à un nouveau régime de législations environnementales, l'OMC donnerait au public un signal plutôt négatif et mauvais. Ce n'était probablement pas tant les pays les plus avancés, qui souvent avaient déjà adopté des législations strictes en matière de protection de l'environnement, mais plutôt ceux qui, tôt ou tard, ayant également besoin de s'attaquer à des problèmes environnementaux, pourraient à l'avenir tirer parti des dispositions concernant les subventions ne donnant pas lieu à une action. Ce serait faire preuve d'un manque de

⁵⁷⁰ Sur ces discussions, voir BIGDELI, Sadeq Z., « Resurrecting the Dead? The Expired Non-Actionable Subsidies and the Lingering Question of 'Green Space' », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 8, n° 2, 2011, p. 8-9. Voir aussi OMC, *Compte rendu de la réunion ordinaire des 1^{er} et 2 novembre 1999*, Comité SMC, G/SCM/M/24, 26 avril 2000.

vision que d'éliminer cette possibilité en ne prolongeant pas l'application de l'article 31 »⁵⁷¹.

490. Deux ans plus tard, à l'occasion de la Conférence ministérielle de Doha, les Membres de l'OMC ont cependant décidé d'inclure dans le cadre du nouveau cycle de négociations une proposition visant au rétablissement de la catégorie des subventions ne donnant pas lieu à action⁵⁷². Néanmoins, cette nouvelle proposition ne prévoyait le rétablissement de la catégorie que pour les pays Membres en développement. Elle ajoutait aussi un nouvel objectif aux trois originaux, celui de la diversification de la production⁵⁷³. Les pays en développement indiquaient ainsi leur reconnaissance de l'importance des subventions pour atteindre leurs objectifs de politiques publiques, y compris celui de protection environnementale.

491. Très tôt dans les négociations, le Venezuela avait présenté une proposition, ultérieurement soutenue par Cuba, indiquant que la réintroduction des dispositions de l'Article 8, avec les modifications proposées dans la décision ministérielle de Doha, était nécessaire afin d'accorder une protection à ce type de subventions et rendre possible la mise en œuvre de « certaines politiques de développement qui permettraient à un pays de favoriser la transformation structurelle de son économie - avec une production plus diversifiée et à plus forte valeur ajoutée - d'une manière durable et compatible avec les objectifs des politiques économiques et sociales définies au niveau national »⁵⁷⁴. En ce qui concerne l'exemption environnementale, le Venezuela précisait ainsi :

« Les mesures prises pour la mise au point et l'application de méthodes de production écologiques constituent des objectifs légitimes en matière de développement, car elles sont intimement liées aux objectifs en matière de développement durable, aux préoccupations environnementales et à la lutte contre la pauvreté. Les pays en

⁵⁷¹ OMC, *Compte rendu de la réunion ordinaire des 1^{er} et 2 novembre 1999*, Comité SMC, G/SCM/M/24, 26 avril 2000, p. 5-6.

⁵⁷² Voir OMC, *Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre*, Conférence Ministérielle, Quatrième session, WT/MIN(01)/17, Doha, 14 novembre 2001, para. 10.2.

⁵⁷³ Il est intéressant de noter que le sujet de la diversification économique a été débattu ces dernières années dans le cadre de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) comme outil d'adaptation et pour faire face aux effets délétères des mesures de riposte. Voir CCNUCC, « The concept of economic diversification in the context of response measures », *Technical paper by the secretariat*, 2016, FCCC/TP/2016/3, 40 p.

⁵⁷⁴ OMC, *Règles améliorées de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires – Subventions ne donnant pas lieu à une action*, Proposition du Venezuela, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/41, 17 décembre 2002, p. 2.

développement et les pays les moins avancés Membres de l'OMC n'ont pas les moyens d'assurer la protection de l'environnement et ils ont besoin d'un appui accru pour mettre en œuvre des mesures propres à faciliter la mise au point ou l'application de méthodes et de processus de production écologiques »⁵⁷⁵.

492. Cependant, ces discussions ne semblent pas avoir beaucoup avancé⁵⁷⁶. Comme nous aurons l'occasion de l'expliquer, le rétablissement de la catégorie des subventions ne donnant pas lieu à action ne semble plus être sérieusement débattu⁵⁷⁷. Pour autant, le statut de cette catégorie, et son éventuel rétablissement, font toujours partie du programme de négociations du cycle de Doha actuel.

Paragraphe 6 : Exemptions et flexibilités pour les pays Membres en développement

493. Conformément au principe de l'engagement unique, tous les Membres de l'OMC, indépendamment de leur degré de développement économique, sont assujettis au respect de tous les accords multilatéraux de l'OMC. En contrepartie, ces derniers comprennent des dispositions précisant le traitement spécial et différencié (« TSD ») accordé aux pays Membres en développement. En général, ces dispositions établissent des flexibilités d'action, exemptions, périodes de transition et délais d'application plus importants⁵⁷⁸. L'Accord SMC ne fait pas exception, son Article 27 (Partie VIII) contenant 15 paragraphes dédiés au sujet.

⁵⁷⁵ OMC, *Deuxième contribution de Cuba et du Venezuela au groupe de négociation sur les règles développant la proposition concernant les subventions ne donnant pas lieu à une action*, Communication du Cuba et du Venezuela, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/131, 11 juillet 2003, p. 3.

⁵⁷⁶ Voir, par exemple, les questions posées par l'Égypte et par l'Australie au Venezuela en 2003. OMC, *Document de l'Égypte contenant des questions et observations sur les communications présentées dans le cadre des négociations de Doha concernant l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Communication de l'Égypte, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/57, 10 février 2003 ; OMC, *Observations de l'Australie sur la communication du Venezuela concernant les subventions ne donnant pas lieu à une action au titre de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Communication de l'Australie, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/61, 11 février 2003. Plus récemment, la Chine a mentionné, très brièvement, la possibilité de la réinstauration et l'élargissement de la catégorie des subventions ne donnant pas droit à l'action dans sa proposition au Conseil général sur la « réforme de l'OMC ». Voir OMC, *Proposition de la Chine concernant la réforme de l'OMC*, Communication présentée par la Chine, Conseil général, WT/GC/W/773, 13 mai 2019, para. 2.16.

⁵⁷⁷ Sur l'état initial de ces discussions dans le cadre du Comité SMC, voir HOWSE, Robert, « Do the World Trade Organization Disciplines on Domestic Subsidies Make Sense? The Case for Legalizing Some Subsidies », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C. (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 100-101.

⁵⁷⁸ Voir la compilation de ces dispositions dans OMC, *Dispositions relatives au traitement spécial et différencié*

494. Son texte introductif (Article 27.1) reconnaît de manière générale que « les subventions peuvent jouer un rôle important dans les programmes de développement économique des pays en développement Membres ». Puis, l'Article établit une série de TSD pour les subventions prohibées (« feu rouge »). La première était provisoire : l'Article 27 exemptait les pays Membres en développement de la prohibition d'adoption de subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux (Article 3.1 b)) durant les 5 premières années de fonctionnement de l'OMC (8 ans pour les pays les moins avancés – PMA). Depuis la fin de cette période, tous les pays Membres en développement, y compris les PMA, sont assujettis au respect de cette interdiction.

495. S'agissant des subventions à l'exportation, l'Article 27 distingue deux groupes de pays en développement Membres. D'une part, les PMA Membres, tels qu'ils sont définis par les Nations Unies, ainsi qu'un groupe de 21 pays dont le produit national brut (PNB) par habitant est inférieur à 1000 dollars US (Annexe VII de l'Accord SMC)⁵⁷⁹, sont exemptés de la prohibition d'octroyer des subventions à l'exportation de produits manufacturés⁵⁸⁰. Il convient cependant de noter que selon les calculs du Secrétariat de l'OMC, en 2018, seuls 9 des 21 pays visés par l'Annexe VII (à l'exception des PMA) avaient effectivement un PIB par habitant inférieur à 1 000 \$ US (en dollars constants de 1990) pendant au moins l'une des trois années précédentes et trois se rapprochaient du seuil établi⁵⁸¹. La catégorie de pays en développement la plus « favorisée » par l'Accord SMC s'est de fait graduellement rétrécie.

figurant dans les accords et décisions de l'OMC, Comité du commerce et du développement, note d'information du Secrétariat, addendum, WT/COMTD/W/239, 12 octobre 2018, 166 p.

⁵⁷⁹ Les 20 pays originellement listés à l'Annexe VII b) sont les suivants : Bolivie ; Cameroun ; Congo ; Côte d'Ivoire ; Égypte ; Ghana ; Guatemala ; Guyana ; Inde ; Indonésie ; Kenya ; Maroc ; Nicaragua ; Nigéria ; Pakistan ; Philippines ; République dominicaine ; Sénégal ; Sri Lanka ; Zimbabwe. Le Honduras est le seul Membre originel de l'OMC ayant un PNB par habitant inférieur à 1 000 \$EU à ne pas avoir été inclus originellement dans la liste ; il a été inclus par la voie d'une rectification annoncée par le Directeur général de l'OMC, le 20 janvier 2001 (WT/Let/371).

⁵⁸⁰ Selon la décision ministérielle de Doha sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre de 2011, le seuil du PNB par habitant est mesuré en dollars constants de 1990 et doit être dépassé pendant trois années consécutives pour qu'un Membre figurant sur la liste soit radié de l'Annexe VI. De plus, un Membre pourra être réadmis sur la liste si son PNB par habitant redevient inférieur au seuil spécifié. Voir OMC, *Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre*, Conférence Ministérielle, Quatrième session, WT/MIN(01)/17, Doha, 14 novembre 2001.

⁵⁸¹ Les neuf pays en développement Membres suivants avaient un PIB par habitant inférieur à 1 000 \$EU en dollars constants de 1990 durant au moins l'une des trois années précédentes en 2018 : Côte d'Ivoire, Ghana, Honduras, Kenya, Nicaragua, Nigéria, Pakistan, Sénégal et Zimbabwe. OMC, *Actualisation du PNB par habitant pour les membres énumérés à l'annexe VII b)*, ainsi qu'il est prévu au paragraphe 10.1 de la décision

496. D'autre part, les autres pays Membres en développement ont été exemptés de la prohibition pour une période de huit ans à compter de l'entrée en vigueur de l'OMC, à la fin de laquelle ils ont obtenu deux années additionnelles pour les supprimer. Pour autant, il leur était interdit de relever le niveau de leurs subventions à l'exportation existantes pendant cette période et ils devaient les éliminer « dans un délai plus court » lorsque le recours à ces programmes de subventionnement à l'exportation « ne correspond[ait] pas aux besoins de [leur] développement » (Article 27.4). Tout Membre de l'OMC pouvait demander au Comité SMC d'établir si un programme spécifique de subventionnement à l'exportation était ou non « conforme aux besoins de développement » du pays Membre en développement qui l'avait mis en place (Article 27.14).

497. Le Comité SMC n'a cependant jamais reçu une telle demande. En revanche, le Canada a allégué, lors de l'affaire *Brésil – Aéronefs*, que le programme brésilien de subventionnement aux exportations d'aéronefs ne correspondait pas aux besoins de développement du Brésil et, ainsi, aurait dû être éliminé avant la période prévue de huit ans. Le Groupe spécial, relevant la difficulté de déterminer à l'aide d'une analyse juridique si une subvention à l'exportation correspond aux besoins de développement d'un pays, a décidé de laisser une large marge d'action au pays Membre en développement qui accorde une subvention à l'exportation au moment de déterminer ses propres besoins de développement.⁵⁸²

ministérielle de Doha et conformément à la méthode indiquée dans le document G/SCM/38, Comité SMC, note d'information du Secrétariat, addendum, G/SCM/110/Add.15, 20 avril 2018.

⁵⁸² Selon le Groupe spécial :

« [N]ous notons que cet élément de l'article 27.4 est embarrassant du point de vue d'un Groupe spécial ... un examen de la question de savoir si des subventions à l'exportation correspondent aux besoins du développement d'un pays en développement Membre est une investigation de nature purement économique et politique, et qui se prête particulièrement mal à l'analyse d'un Groupe spécial dont la fonction est fondamentalement juridique.^[239] En outre, l'Accord SMC ne donne aux groupes spéciaux aucune indication au sujet des critères à appliquer pour réaliser cet examen. Nous considérons que c'est le pays en développement Membre lui-même qui est le mieux placé pour définir ses besoins de développement et déterminer si ses subventions à l'exportation correspondent à ces besoins. Par conséquent, au moment d'appliquer cette disposition, nous estimons que les groupes spéciaux devraient traiter avec beaucoup de déférence les vues du pays en développement Membre en question ».

[note de bas de page originale²³⁹] « Il convient peut-être de noter qu'aux termes de l'article 27.14 "[l]orsqu'un Membre intéressé en fera la demande, le Comité [des subventions et des mesures compensatoires] procédera à un examen d'une pratique spécifique de subventionnement à l'exportation d'un pays en développement Membre afin de déterminer si cette pratique est conforme

498. De manière intéressante, l'approche ainsi retenue par le Groupe spécial prend en compte des considérations relatives à des défaillances du marché, comme les retombées du savoir provenant de l'exportation des biens. Ainsi, le Groupe spécial a notamment indiqué :

« Il pourrait y avoir un nombre illimité de raisons pour lesquelles l'octroi de subventions à l'exportation pourrait correspondre aux besoins du développement d'un Membre en l'occurrence. Par exemple, un pays en développement Membre pourrait être intéressé par les éventuelles retombées technologiques du développement et de la production du produit en question, ou avoir besoin d'établir une présence et une réputation solides sur les marchés étrangers comme tremplin pour introduire des produits comportant une valeur ajoutée nationale plus grande. En fait, le Canada n'a fait aucun véritable effort pour relier la question de la valeur ajoutée brésilienne à celle plus générale des besoins du développement du Brésil »⁵⁸³.

499. En l'occurrence, le Canada n'a pas réussi à démontrer que le programme de subventionnement brésilien (PROEX) ne correspondait pas aux besoins de développement du Brésil (cette décision n'a cependant pas fait l'objet d'un appel). En revanche, le Canada a réussi à démontrer que le Brésil n'avait pas respecté l'obligation de ne pas relever les niveaux de subventionnement à l'exportation comme l'exige l'Article 27.4. De ce fait, l'exemption de l'Article 27.4 n'était pas applicable et le programme de subventionnement brésilien en question a été considéré comme étant incompatible avec l'Article 3 de l'Accord SMC⁵⁸⁴.

500. Il y a lieu ici de relever, comme nous aurons l'occasion de l'analyser en détail ultérieurement, que cette approche qui laisse une large marge de décision aux autorités brésiennes pour déterminer ce qu'elles considèrent être une mesure de soutien adoptée à des fins légitimes de développement économique est compatible avec l'approche retenue par l'Organe d'appel au regard de l'application des exceptions de l'Article XX du GATT ainsi que de l'Article 2.2 de l'Accord OTC. En effet, d'après cette approche interprétative, chaque fois que les règles multilatérales exigeaient la vérification de la pertinence et de l'efficacité d'une mesure donnée pour la réalisation d'un objectif légitime, les membres des groupes

aux besoins de son développement". À notre avis, un organe tel que le Comité est beaucoup mieux à même de réaliser ce type d'examen qu'un Groupe spécial. » (italiques ajoutés). Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Aéronefs*, WT/DS46/R, 14 avril 1999, para. 7.89

⁵⁸³ *Ibidem*, para. 7.92.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, para. 7.76. Cette décision a été confirmée en appel.

spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC ont fait preuve d'une grande déférence à l'égard des décisions des autorités nationales, en mettant rarement en cause leur choix⁵⁸⁵.

501. Il était loisible aux pays en développement Membres de demander au Comité SMC une prorogation du délai de huit ans pour des programmes de subventionnement à l'exportation spécifiques. S'agissant de ce mécanisme de dérogation, une décision du Comité SMC en date de 2001 a créé une autre distinction entre les pays Membres en développement basée sur leur niveau de développement économique mais aussi sur leur participation au commerce international. Ainsi, les pays Membres en développement dont la part du commerce mondial d'exportation de marchandises ne dépassait pas 0,10 pour cent et dont le revenu national brut total (« RNB ») pour l'année 2000 était égal ou inférieur à 20 milliards de dollars US avaient accès à une procédure accélérée et facilitée de prorogation du délai prévu à l'Article 27.4 pour leurs programmes de subventions à l'exportation consistant en des exonérations totales ou partielles des taxes intérieures et droits d'importation⁵⁸⁶. Les demandes d'autres pays en développement Membres, ainsi que les demandes de prorogation pour d'autres types de subventions à l'exportation, devaient être ré-approuvées annuellement⁵⁸⁷.

502. Finalement, la prorogation de l'exemption a été approuvée par le Comité SMC pour 53 programmes spécifiques de subventions à l'exportation de 21 pays en développement

⁵⁸⁵ Voir le chapitre 2, section 3 de la prochaine partie de notre thèse. Une exception notable est l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS). Étant donné le nombre limité d'objectifs visés par cet accord, la nature scientifique des mesures proposées et l'existence d'organismes internationaux à activité normative compétents en la matière et dont l'adhésion est presque universelle, les dispositions de l'Accord SPS accordent un poids important aux données scientifiques et aux normes internationales pour l'analyse de la pertinence des mesures SPS adoptées par les Membres de l'OMC.

⁵⁸⁶ OMC, *Procédures pour les prorogations au titre de l'Article 27.4 pour certains pays en développement membres*, Comité SMC, G/SCM/39, 20 novembre 2001. Selon, Keck et Low, en 2004, 53 pays en développement Membres répondaient aux critères pour bénéficier de la procédure accélérée, dont 42 n'étaient pas inscrits à l'Annexe VII de l'Accord SMC. Voir KECK, Alexander et LOW, Patrick, « Special and Differential Treatment in the WTO: Why, When and How », *WTO Working Paper*, ERSD-2004-03, OMC, 2004, p. 34.

⁵⁸⁷ Il y a lieu de noter que l'Accord SMC crée ainsi une différenciation en mentionnant trois sous-catégories de pays en développement Membres. Comme nous avons eu l'occasion d'en discuter brièvement précédemment, il s'agit d'un thème délicat et particulièrement pertinent pour l'avenir du système commercial multilatéral. En conjonction avec la différenciation inscrite à l'Article XVIII, il nous semble que le système commercial multilatéral offre au moins quelques pistes pour un traitement différencié aussi des pays en développement Membres.

Membres⁵⁸⁸. Dans la majorité des cas, ces prolongations ont été adoptées afin de permettre le maintien des incitations fiscales relatives aux zones franches industrielles d'exportation. En 2007, le Conseil général de l'OMC a toutefois décidé qu'aucune prorogation ne serait accordée après 2013⁵⁸⁹. Ainsi, à partir de la fin 2015, aucun pays en développement Membre n'a pu bénéficier d'une prorogation de ses programmes de subventions à l'exportation au titre de l'Article 27.4 de l'Accord SMC.

503. Dès lors, aujourd'hui, seuls les PMA et les pays en développement Membres éligibles de l'Annexe VII (9 pays en 2018) sont encore exemptés de la prohibition d'adopter des programmes de subventionnement de leurs exportations de biens manufacturés⁵⁹⁰. Mais, si ces programmes affectent les intérêts d'autres Membres de l'OMC, ils peuvent toujours être contestés dans le cadre du mécanisme de règlement des différends. Des droits compensateurs peuvent aussi être appliqués sur ces exportations subventionnées (Article 27.7). Il ne s'agit donc pas d'une protection générale des programmes de subventions à l'exportation mais plutôt d'un déclassement : de la catégorie des subventions « feu rouge » à celle du « feu orange ». Il convient donc de se poser la question de l'utilité économique de tels programmes de subventionnement si leur objectif principal – c'est-à-dire un accroissement de l'accès aux marchés d'exportation – pourrait être annulé au moyen de mesures compensatoires unilatérales⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ Les Membres qui ont obtenu une prolongation de leurs programmes de subventions à l'exportation sont les suivants : Antigua-et-Barbuda ; Barbade ; Belize ; Colombie ; Costa Rica ; Dominique ; République dominicaine ; El Salvador ; Fidji ; Grenade ; Guatemala ; Jamaïque ; Jordanie ; Maurice ; Panama ; Papouasie-Nouvelle-Guinée ; Saint-Kitts-et-Nevis ; Sainte-Lucie ; Saint-Vincent-et-les-Grenadines ; Thaïlande ; Uruguay. Liste réalisée à partir des données disponibles dans OMC, *Dispositions de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires en matière de notification*, Comité SMC, note d'information du Secrétariat, rev. 9, G/SCM/W/546/Rev.9, 29 mars 2018, Annexe I et OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 232.

⁵⁸⁹ OMC, *Article 27.4 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Conseil général, WT/L/691, 31 juillet 2007.

⁵⁹⁰ En tout état de cause, les programmes de subventionnement à l'exportation devront être supprimés dans le cas où les exportations subventionnées de ces pays deviennent « compétitives » ; c'est-à-dire quand elles atteignent une part d'au moins 3,25% du commerce mondial d'un produit donné pendant 2 années civiles consécutives (Articles 27.5 et 27.6). Dans ce cas, les pays en développement Membres éligibles de l'Annexe VII auront 8 ans pour progressivement supprimer leurs subventions à l'exportation. Le Secrétariat de l'OMC calcule, à la demande d'un Membre, la compétitivité des exportations des Membres éligibles. Le Secrétariat a été appelé à faire ces calculs à quatre reprises, la dernière ayant eu lieu en 2010, à la demande des États-Unis au regard des exportations de produits textiles de l'Inde (G/SCM/132 et G/SCM/132/Add.1/Rev.1).

⁵⁹¹ Sur cette question, ainsi que celle plus générale de la pertinence économique des exemptions fiscales en faveur des exportations aux fins de promotion du développement économique, voir le chapitre 2, section 1:1 de

504. Enfin, l'Accord SMC prévoit aussi trois types de TSD concernant le recours contre les subventions « feu orange » octroyées par les pays en développement Membres. Premièrement, les subventions spécifiques accordées sous forme d'annulation directe de dettes ou celles destinées à « couvrir des coûts sociaux », lorsqu'elles sont accordées dans le cadre d'un **programme de privatisation** d'un pays Membre en développement, ne peuvent être questionnées dans le cadre du système de règlement des différends qu'à la condition qu'elles soient notifiées au Comité SMC et que la privatisation de l'entreprise bénéficiaire se concrétise (Article 27.13). Le Brésil est le seul Membre de l'OMC qui a procédé, en 1996, à une telle notification en application de cette disposition⁵⁹².

505. Deuxièmement, seules les subventions des pays en développement Membres de type « feu orange foncé » (Article 6.1)⁵⁹³ peuvent être contestées dans la mesure où elles causent un « préjudice grave » aux intérêts d'un autre Membre (Article 27.9). Dès lors, les autres types de subventions spécifiques ne peuvent être contestées par la voie multilatérale que si elles affectent les exportations d'un Membre vers les propres marchés des pays en développement Membres qui les attribuent (effets de détournement ou entrave des importations) ou si elles causent des dommages graves aux branches de production nationale

la première partie de notre thèse. Sur la pertinence de ces programmes pour le développement, voir aussi : RADELET, Steven, « Manufactured Exports, Export Platforms, and Economic Growth », *Harvard Institute for International Development Discussion Paper*, n° 43, 1999, 48 p. ; MADANI, Dorsati, « A Review of the Role and Impact of Export Processing Zones », *WPS Policy Research Working Paper*, n° 2238, Banque mondiale, 1999, 107 p. Pour une position contraire, voir : HOEKMAN, Bernard, MICHALOPOULOS, Constantine et WINTERS, Leonard Alan, « Special and Differential Treatment of Developing Countries in the WTO: Moving Forward After Cancun », *World Economy*, vol. 27, 2004, p. 481-506 ; PANAGARIYA, Arvind, « Evaluating the Case for Export Subsidies », *Policy Research Working Paper*, n° 2276, Groupe de recherche sur le développement, Banque mondiale, 2000, 30 p. ; NOGUÉS, Julio, « Latin America's Experience with Export Subsidies », *WPS Policy Research Working Paper*, n° 182, Banque mondiale, 1989, 38 p. ; KECK, Alexander et LOW, Patrick, « Special and Differential Treatment in the WTO: Why, When and How », *WTO Working Paper*, ERSD-2004-03, OMC, 2004, 36 p.

⁵⁹² Par la voie de cette notification, le Brésil a communiqué au Comité SMC les objectifs et lignes générales de son programme national de privatisation (PND), sans par autant informer des mesures de soutien précises ou quantifiable qui avaient été prises en l'occurrence. En tout, 36 entreprises avaient été privatisées et le Brésil a informé le Comité que le PND continuerait à être appliqué pendant une durée indéterminée. OMC, *Notification des programmes de privatisation au titre de l'article 27.13 de l'Accord*, Comité SMC, Communication du Brésil, G/SCM/N/13/BRA, 12 mars 1996.

⁵⁹³ Comme nous l'avons vu, les subventions inscrites à l'Article 6.1 de l'Accord SMC étaient réputées causer un préjudice grave jusqu'à la fin de l'année 1999 (voir le paragraphe 3 de la présente section ci-dessus). Il s'agissait des subventions : i) dépassant 5 % de la valeur d'un produit subventionné ; ii) destinées à couvrir les pertes d'exploitation d'une branche de production ou d'une entreprise (autres que certains versements ponctuels) ; et c) accordées sous la forme d'une annulation directe de dette.

d'autres Membres au moyen d'importations subventionnées (effets des importations)⁵⁹⁴. Autrement dit, ces subventions ne peuvent être questionnées au regard de leurs effets commerciaux préjudiciables sur des marchés tiers (effets de compétition sur d'autres marchés).

506. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Indonésie – Autos*, les États-Unis et les CE ont allégué que les subventions décidées par l'Indonésie causaient un préjudice grave à leurs intérêts respectifs. Le Groupe spécial a noté que :

« L'article 27 de l'Accord SMC prévoit un important traitement spécial et différencié pour les pays en développement Membres de l'OMC, y compris pour ce qui est des allégations concernant l'existence d'un préjudice grave causé par des subventions accordées par des pays en développement Membres. ... l'article 27.9 prévoit que, normalement, il ne peut pas être allégué que les subventions pouvant donner lieu à une action accordées par des pays en développement Membres ont causé un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre. Un Membre ne peut qu'alléguer que des avantages résultant du GATT ont été annulés ou compromis par les subventions accordées par un pays en développement Membre ou que les importations subventionnées sur le territoire du Membre plaignant ont causé un préjudice à une branche de production nationale »⁵⁹⁵.

507. En l'occurrence, les États-Unis et les CE ont réussi à démontrer que les mesures de soutien octroyées par l'Indonésie relevaient des conditions inscrites à l'Article 6.1 parce que le taux de subventionnement *ad valorem* dépassait cinq pour cent pour les voitures en cause.⁵⁹⁶ Les plaignant ont ainsi pu étayer leur allégation suivant laquelle ces mesures causaient des préjudices graves à leurs intérêts.

508. Cette disposition représente un important TSD accordé aux pays en développement Membres, car elle accroît la charge de la preuve pesant sur les Membres qui souhaitent mettre en cause leurs programmes de subventionnement. Il est au surplus difficile de savoir si l'échéance de l'application de l'Article 6.1 à la fin de 1999 a eu un quelconque effet sur

⁵⁹⁴ Voir notre étude des trois « types » d'effets défavorables visés par l'Article 5 de l'ASCM dans le paragraphe 2 de la présente section ci-dessus.

⁵⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, *Indonésie – Autos*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998, para. 14.156.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, para. 14.161.

l'applicabilité de cette disposition. L'Article 27.9 étant toujours en vigueur, nous comprenons que la référence aux types de subventions décrites à l'Article 6.1 (« feu orange foncé ») est encore valable, même si la présomption de préjudice grave est caduque. De ce fait, seules les subventions de type « feu orange foncé » des pays en développement Membres pourront être questionnées au regard des préjudices graves qu'elles causent sur des marchés tiers (effets de compétition sur d'autres marchés)⁵⁹⁷.

509. Enfin, s'agissant de la voie de recours unilatérale (mesures compensatoires), l'Accord SMC prévoit des seuils *de minimis* plus importants pour les investigations portant sur les importations provenant des pays en développement Membres (Articles 27.10 et 27.11). Les produits subventionnés provenant de ces derniers ne peuvent faire l'objet de mesures compensatoires si le niveau de subventionnement correspond à moins de 2% de la valeur du produit⁵⁹⁸ ou si le volume des échanges du produit visé (ou des produits similaires) ne représente pas plus de 4 % des importations totales⁵⁹⁹. Un pays en développement Membre pourra demander au Comité SMC d'examiner une mesure compensatoire appliquée à ses exportations afin de déterminer si elle est compatible avec ces conditions (Article 27.15).

Tableau 15 – Traitement spécial et différencié dans le cadre de l'Accord SMC

PMA	Autres pays de l'Annexe VII ⁶⁰⁰	Pays à faible participation dans le commerce ⁶⁰¹	Autres pays en développement	Conditions additionnelles

⁵⁹⁷ Coppens semble avancer une possibilité d'interprétation alternative qui limiterait encore plus les voies d'action à l'égard des subventions des pays en développement Membres. Selon l'auteur, il se peut que l'échéance de l'Article 6.1 soit interprétée par un Groupe spécial soucieux d'assurer « l'équité de la décision » comme ne permettant pas l'action contre les subventions des pays en développement du fait qu'elles causent un « préjudice grave » aux intérêts d'un autre Membre. Voir COPPENS, Dominic, « *Twenty Years of (Re)-Shaping WTO Subsidy Law by the Appellate Body and Panel* », in RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 73.

⁵⁹⁸ Ce seuil est le double du niveau *de minimis* prévu pour toute autre investigation (Article 11.9 de l'Accord SMC)

⁵⁹⁹ L'Article 11.9 de l'Accord SMC fait référence à un « volume négligeable » d'importations. L'Article 27.11 précise que des mesures compensatoires pourront en tout cas être appliquées dans le cas où « les importations en provenance des pays en développement Membres dont les parts individuelles dans les importations totales représentent moins de 4% correspondent collectivement à plus de 9% des importations totales du produit similaire dans le Membre importateur ».

⁶⁰⁰ PNB par habitant < 1000 dollars EU. Neufs pays en 2018 : Côte d'Ivoire, Ghana, Honduras, Kenya, Nicaragua, Nigéria, Pakistan, Sénégal et Zimbabwe.

⁶⁰¹ Part dans le commerce mondial d'exportation de marchandises < 0,10 % et RNB ≤ 20 milliards de dollars EU. En 2004, 53 pays en développement Membres répondaient à ces critères.

Subventions à l'exportation	Exemptées de la prohibition (soumises à la catégorie « feu orange »)	Exemptées de la prohibition (soumises à la catégorie « feu orange »)	Tous programmes prohibés depuis 2016. Avant - procédure facilitée d'exemption	Tous programmes prohibés depuis 2016. Avant - procédure annuelle d'exemption	Supprimer la subvention en 8 ans si les exportations subventionnées $\geq$ 3,25% du commerce pendant 2 ans
Annulation directe de dettes ou aides destinées à couvrir des coûts sociaux, dans le cadre d'un programme de privatisation	Pas de voie de recours multilatérale contre la subvention				Notification au Comité SMC ; la privatisation de l'entreprise doit se concrétiser
Subventions « feu orange »	Pas de contestation du fait qu'elles causent un préjudice grave (compétition sur des marchés tiers)				
Subventions « feu orange foncé »	Peuvent être contestées au motif qu'elles causent n'importe quel type d'effet défavorable				
Mesures compensatoires	Les exportations ne seront pas soumises si : le niveau de subventionnement est $< 2\%$ de la valeur du produit ou si le volume des échanges ne représente pas $> 4\%$ des importations totales				

510. Ainsi, l'Accord SMC contient une série de dispositions qui visent à accorder aux pays en développement Membres davantage de marge de manœuvre pour octroyer des subventions afin de promouvoir leur développement économique. La pertinence de ces dispositions est cependant sujette à d'importants débats doctrinaux et parmi les Membres de l'OMC dans le cadre des négociations de Doha. Certains considèrent ces règles comme trop strictes, limitant excessivement le droit de recours des pays en développement Membres à un outil de développement indispensable. D'autres, en revanche, les trouvent trop indulgentes et n'ayant pas réussi à éviter l'utilisation massive de subventions, surtout depuis la crise de 2008, et eu égard à la forte croissance des économies émergentes⁶⁰².

511. À notre avis, les racines de ce débat résident dans une opposition plus générale de points de vue quant à l'utilité des subventions en tant qu'outil de développement, malgré leurs effets négatifs sur le commerce international. En tout état de cause, il est certain que les flexibilités d'action offertes peuvent permettre une utilisation habile des subventions en vue de favoriser le développement durable. Ces mesures sont adéquates dès lors qu'une attention

⁶⁰² Nous allons revenir sur l'utilisation des subventions depuis la crise économique de 2008. Sur le débat ayant trait à la pertinence des dispositions sur le TSD de l'Accord SMC pour le développement, voir, entre autres : KECK, Alexander et LOW, Patrick, « Special and Differential Treatment in the WTO: Why, When and How », *WTO Working Paper*, ERSD-2004-03, OMC, 2004, 36 p. ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 230-234.

est portée à leurs éventuels effets commerciaux négatifs et que des composantes protectionnistes sont évitées. Or, les dispositions de l'Accord SMC imposent des restrictions importantes à la mise en œuvre de programmes de subventionnement ayant trait au développement durable, surtout ceux relatifs aux « politiques industrielles vertes ».

512. En conclusion, pour qu'une aide d'État soit soumise aux règles de l'Accord SMC et qu'elle donne droit à une réaction de la part d'autres Membres, quatre conditions doivent être remplies :

- i) la mesure doit correspondre à l'une des formes d'intervention déterminées à l'Article 1^{er} de l'Accord (contribution financière ou soutien à des prix ou à des revenus) ;
- ii) la mesure doit conférer un avantage à ses bénéficiaires ;
- iii) la subvention doit être spécifique ;
- iv) la subvention doit causer des « effets défavorables » aux intérêts d'autres Membres.

513. S'agissant des subventions prohibées par l'Accord SMC (« feu rouge »), la réunion des deux dernières conditions n'est pas nécessaire si l'existence d'une subvention subordonnée à des résultats d'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux est démontrée. Ainsi, il convient de noter que, même pour les subventions prohibées, le respect des conditions de forme, ainsi que l'existence d'un *bénéfice*, sont des conditions *sine qua non* pour que la mesure soit assujettie aux règles de l'Accord SMC. Cette constatation sera particulièrement pertinente pour notre analyse de l'évolution récente de l'interprétation de la notion de « bénéfice » par l'Organe d'appel de l'OMC .

Tableau 16 – Catégories de subventions et dispositions les plus pertinentes établies par l'Accord SMC

Catégorie	Éléments essentiels qui doivent être démontrés	Conditions additionnelles ?	Conséquences
« Feu orange »	(1) Contribution financière ou soutien à des prix, (2) conférant un avantage (3) spécifique à certaines entreprises et qui (4) cause des effets commerciaux défavorables		Éliminer les effets défavorables, peut éventuellement maintenir la subvention
« Feu orange foncé » (caduque)	(1) Contribution financière ou soutien à des prix, (2) conférant un avantage, (3) spécifique à certaines entreprises	> 5% de la valeur du produit ; afin de couvrir les pertes d'exploitation ou sous forme d'annulation directe de dette	Éliminer les effets défavorables, peut éventuellement maintenir la subvention

« Feu rouge »	(1) Contribution financière ou soutien à des prix, (2) conférant un avantage	Subordonnées à l'exportation ou subordonnées à l'utilisation de produits nationaux	Retirer la subvention sans retard
« Feu vert » (caduque)	(1) Contribution financière ou soutien à des prix, (2) conférant un avantage (3) spécifique à certaines entreprises et qui (4) cause des effets commerciaux défavorables	À la R&D, au développement régional ou pour l'adaptation aux prescriptions environnementales	Maintien de la subvention - consultations en cas d'effets défavorables graves et difficilement réparables pour une branche de production nationale
TSD pour les pays de l'Annexe VII	PMA ou PNB par habitant < 1000 de dollars US	Encore soumis à la catégorie « feu orange »	Exemptés de la prohibition des subventions à l'exportation
TSD pour tout pays en développement	Annulation directe de dettes ou aides destinées à couvrir des coûts sociaux, dans le cadre d'un programme de privatisation	Notification au Comité SMC ; la privatisation de l'entreprise doit se concrétiser	Pas de voie de recours multilatérale contre la subvention
	Subventions spécifiques autres que prohibées ou « orange foncé »		Pas de contestation du fait qu'elles causent un préjudice grave (compétition sur des marchés tiers)
	Niveau de subventionnement est < 2% à la valeur du produit ou si le volume des échanges ne représente pas > 4% des importations totales		Exportations subventionnées non soumises à des mesures compensatoires

Paragraphe 7 : Quelques réflexions sur les enjeux des dispositions de l'Accord SMC relatives aux subventions octroyées aux fins de développement durable

514. Les dispositions de l'Accord SMC se concentrent sur les subventions à la production de biens, qui sont spécifiques à certaines branches de production et qui affectent les échanges. Ainsi, les subventions à la consommation non discriminatoires, les subventions horizontales basées sur des critères économiques « neutres » ou bien celles qui n'ont pas d'effets commerciaux significatifs ne seront que très difficilement concernées par les règles de l'Accord SMC.

515. De plus, outre les deux types de subventions « feu rouge », l'Accord ne prohibe pas les subventions en général⁶⁰³. En effet, le postulat de départ de l'Accord SMC est que les

⁶⁰³ Effectivement, comme l'a affirmé l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)* : « Il convient de rappeler que l'octroi d'une subvention n'est pas prohibé en soi par l'Accord SMC, pas plus que l'octroi d'une "subvention", sans plus, ne constitue une incompatibilité avec cet accord. L'univers des subventions est vaste. Celles-ci ne sont pas toutes incompatibles avec l'Accord SMC. Les seules subventions "prohibées" sont celles visées par l'article 3 de l'Accord SMC. » (Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, WT/DS70/AB/RW, 21 juillet 2000, para. 47).

subventions sont permises, sachant que plusieurs Membres de l'OMC les considèrent comme des outils importants pour la réalisation d'objectifs de politique publique⁶⁰⁴. Ces Membres sont ainsi libres d'adopter et de maintenir des subventions non prohibées même si elles sont spécifiques et causent des préjudices graves aux intérêts d'autres Membres. Dans ce cas, ce qui leur est demandé est de neutraliser les effets nuisibles identifiés⁶⁰⁵. Dès lors, les règles de l'Accord SMC, comme celles des autres accords de l'OMC, se concentrent sur des subventions « protectionnistes », c'est-à-dire qui conduisent à des discriminations à l'encontre de compétiteurs d'autres pays. En revanche, cette approche commerciale n'empêche pas le subventionnement compétitif horizontal, même s'il est devenu de plus en plus manifeste que certains types de subventions horizontales produisent des effets importants sur le commerce et les économies au niveau international.

516. Enfin, l'approche commerciale adoptée par les Membres de l'OMC fait que l'Accord SMC ne s'applique pas aux subventions engendrant des inefficacités, inefficiences ou préjudices économiques ou environnementaux qui ne se font pas sentir commercialement. Par ailleurs, et surtout après la disparition de la catégorie des subventions « feu vert », l'Accord SMC ne permet pas aisément la prise en compte des défaillances du marché afin de permettre l'adoption de subventions potentiellement positives pour le bien-être global.

517. Cette situation est le résultat d'une trajectoire historique et conceptuelle propre à la réglementation multilatérale des subventions. En l'absence d'exceptions générales du type prévu à l'Article XX du GATT, les règles du système commercial multilatéral ne peuvent jouer un rôle plus efficace dans la promotion d'une utilisation correcte des subventions pour faire face aux défaillances des marchés, aux externalités environnementales et aux coûts

⁶⁰⁴ Comme les Membres de l'OMC le reconnaissent eux-mêmes dans la note de bas de page n° 23 de l'Accord SMC, « l'aide publique est largement accordée par les Membres à diverses fins » et « le simple fait qu'une telle aide peut ne pas remplir les conditions requises » pour ne pas donner lieu à des contremesures « ne restreint pas en soi la faculté des Membres de fournir une telle aide ».

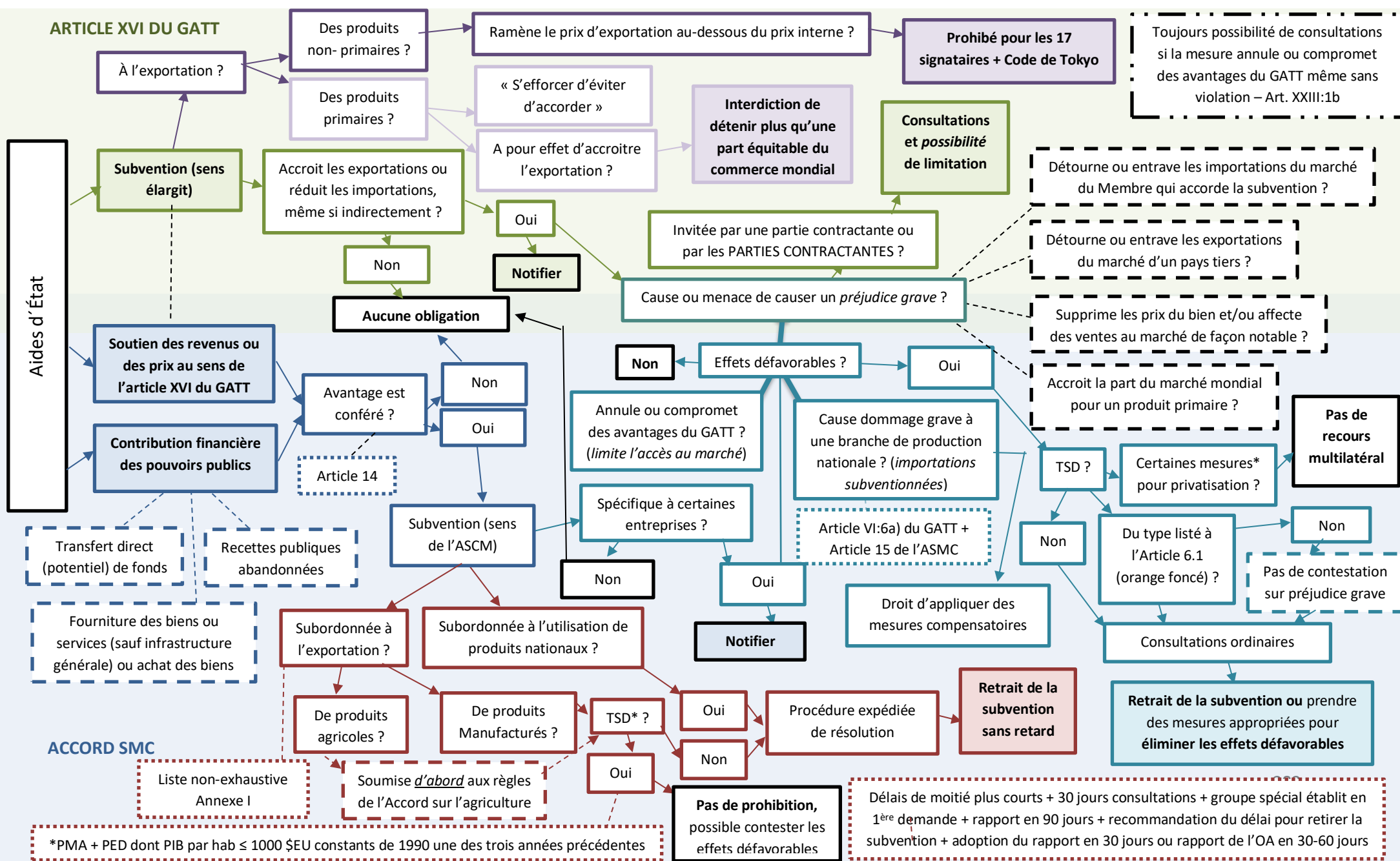
⁶⁰⁵ Ici nous sommes plutôt d'accord avec l'interprétation de Lester qui affirme que « a case could be made that the subsidies being targeted by the [SCM Agreement] rules are... protectionist subsidies » (LESTER, Simon, « The Problem of Subsidies as a Means of Protectionism: Lessons from the WTO EC – Aircraft Case », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12, n° 2, 2011, p. 7.

sociaux. Cela suscite les critiques de nombre de commentateurs, partisans ou non de ces mesures⁶⁰⁶.

518. Finalement, cet approche commerciale et quelque peu pragmatique du sujet n'a pas évité qu'un cadre juridique très complexe soit mis en place (voir le logigramme 2 des dispositions les plus pertinentes sur les subventions du GATT et de l'Accord SMC ci-dessous). On peut s'interroger dans quelle mesure les décideurs politiques - en particulier ceux des pays en développement -, ont les moyens et l'expertise nécessaires pour comprendre correctement les disciplines applicables et les nuances des règles de l'OMC avant d'adopter des programmes de soutien complexes. La question est encore compliquée par le fait qu'il n'y a pas de « soupape de sûreté » ou d'exception générale qui permettrait de justifier d'éventuelles incompatibilités dans les politiques de soutien adoptées si celles-ci pouvaient être justifiées par des objectifs légitimes.

⁶⁰⁶ Voir le chapitre 3 de la quatrième partie de notre thèse ainsi que nos conclusions générales.

Logigramme 2 – Mise en application des obligations principales sur subventions au cadre de l'Article XVI du GATT et de l'Accord SMC



Section 3 : Accord sur l'agriculture

519. Comme déjà mentionné, les subventions à la production et à l'exportation de produits agricoles ont toujours occupé une place singulière. Les effets commerciaux négatifs des subventions accordées au secteur agricole, pourtant à l'origine des efforts de réglementation internationale, ont reçu un traitement différencié souvent moins contraignant que celui accordé aux subventions à la production ou à l'exportation de produits manufacturés. Comme l'a relevé de manière pertinente Jackson, « *[n]o one can effectively explain the specially favored place that agricultural producers have preserved in trade policy measures without reference to some [noneconomical] ideas* »⁶⁰⁷.

520. Le cycle d'Uruguay et la création de l'OMC ont permis la consécration de règles importantes concernant la libéralisation du secteur agricole⁶⁰⁸. À la différence de l'Accord SMC, l'Accord sur l'agriculture contient un préambule qui énumère plusieurs objectifs. L'Accord a ainsi pour principales finalités de libéraliser le secteur de l'agriculture et de mettre fin aux « restrictions et distorsions touchant les marchés agricoles mondiaux ». L'Accord reconnaît aussi que, dans le cadre de cette libéralisation, il importe de tenir compte « des besoins et de la situation particuliers des pays en développement Membres », ainsi que des « considérations autres que d'ordre commercial, y compris la sécurité alimentaire et la nécessité de protéger l'environnement ». Pour ce faire, l'Accord envisage trois types de réformes afin d'aboutir à un commerce mondial de biens agricoles plus équitable, axé sur le marché et caractérisé par moins de distorsions : i) des limitations aux restrictions commerciales, telles que les droits et contingents tarifaires d'importation, ainsi qu'une réduction progressive des tarifs douaniers ; ii) la régulation du recours aux mesures de soutien

⁶⁰⁷ JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2^e éd., 1997, p. 24. Voir aussi DIAZ-BONILLA, Eugenio et TIN, Jonathan, « That was Then but this is Now: Multifunctionality in Industry and Agriculture », *TMD Discussion Paper*, n° 94, International Food Policy Research Institute (IFPRI), 2002, 44 p.

⁶⁰⁸ L'Annexe 1 de l'Accord définit les *produits agricoles* visés par référence aux chapitres 1 à 24 du système harmonisé de classification des produits, ainsi que quelques autres lignes tarifaires sur d'autres chapitres. Les produits ainsi visés incluent non seulement des produits agricoles non transformés comme le blé, le lait et les animaux d'élevage, mais aussi les produits qui en sont dérivés (par exemple, le pain, le beurre et la viande) et tous les produits agricoles transformés (par exemple, le chocolat, les saucisses et saucissons). L'Accord couvre aussi les boissons alcooliques, les produits du tabac, les fibres telles que le coton, la laine et la soie, ainsi que les peaux brutes d'animaux destinées à la fabrication de cuirs. Enfin, l'Accord exclut expressément de sa portée *les poissons* et les produits à base de poissons, tout comme les produits de la *sylviculture*.

qui stimulent la production et qui ont des effets de distorsion des échanges (soutien interne) ;
iii) l'élimination graduelle des subventions à l'exportation (compétition internationale).

521. L'Accord sur l'agriculture a été considéré comme constituant une première étape d'un programme de réformes continu reposant sur ces trois piliers. En ce qui concerne les deux derniers types de réformes mentionnés et la réglementation multilatérale des subventions à l'agriculture (soutien interne et compétition internationale), l'Accord sur l'agriculture, à l'instar de l'Accord SMC, établit un traitement différencié pour les subventions à l'exportation et les subventions internes⁶⁰⁹.

Paragraphe 1 : Limitations imposées aux mesures de soutien interne à l'agriculture

522. S'agissant des mesures de soutien interne, l'objectif de l'Accord était de réussir là où l'Article XVI:1 du GATT avait échoué, c'est-à-dire restreindre les subventions et mesures de soutien conduisant à des prix affectant les échanges. Pour ce faire, l'Accord adopte une approche différente de celle de l'Article XVI:1 du GATT ou de l'Accord SMC. Au lieu de conditionner l'application des règles de l'Accord aux effets commerciaux des aides d'État (en prévoyant éventuellement des exceptions), les Membres de l'OMC ont décidé de négocier des plafonds globaux et spécifiques. Les effets commerciaux des mesures de soutien interne (ou bien l'absence d'effets) sont ainsi considérés comme un facteur pour déterminer l'inclusion ou non de certaines mesures dans les calculs globaux de soutien.

523. En ce sens, l'Accord sur l'agriculture a privilégié une approche très similaire à celle utilisée pour négocier des restrictions aux tarifs douaniers dans le cadre multilatéral. Pendant les négociations du cycle d'Uruguay, les négociateurs se sont efforcés de quantifier et transformer les restrictions commerciales et mesures de soutien en faveur de la production agricole et de les traduire en engagements tarifaires et mesures de soutien interne quantifiables. Deux types de mesures de soutien ont été considérés : les soutiens à des prix sous la forme de contrôle des prix (les consommateurs sont alors supposés financer le

⁶⁰⁹ A la différence de l'Accord SMC, en revanche, aucun traitement particulier n'est accordé aux subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux.

soutien) et certains types de versements directs des pouvoirs publics (financés par le budget de l'État).

524. De ce fait, les Membres de l'OMC qui accordaient un soutien interne à leur production agricole ont dû évaluer la « mesure globale du soutien » (MGS) totale comprenant le soutien accordé à chaque produit agricole particulier ainsi que le soutien global accordé par la voie des contrôles de prix⁶¹⁰ ou de versements directs annuels pendant la période de base allant de 1986 à 1988. Les pays développés Membres se sont engagés à réduire leur MGS totale de 20 % durant une « période de mise en œuvre » de six ans à compter de 1995, tandis que les pays en développement Membres se sont engagés à une réduction de 13.3 % sur dix ans. Les PMA pouvaient calculer et notifier leur MGS totale, mais aucun engagement de réduction ne leur a été imposé. Ainsi, 32 Membres de l'OMC, y compris le Brésil et l'UE⁶¹¹, ont inscrit ces engagements sur leur liste de concessions⁶¹².

525. Tout comme pour l'Accord SMC, la qualification « catégorie orange » a été retenue pour désigner ce type de subventions⁶¹³ (et contrôle des prix) supposé avoir des effets nuisibles sur les échanges. Les mesures de soutien interne ne doivent pas dépasser, pour une année, les limites de la MGS totale pour chaque Membre. Autrement dit, les subventions de la « catégorie orange » qui dépassent les limites de la MGS totale d'un Membre sont interdites par l'Accord sur l'agriculture. De plus, les Membres qui n'ont pas pris

⁶¹⁰ Le soutien aux prix est normalement déterminé par la multiplication de la différence entre le prix administré et le prix du marché global par la quantité de production dudit produit qui bénéficie du contrôle des prix (Annexes 3 et 4 de l'Accord sur l'agriculture).

⁶¹¹ Les Membres qui se sont engagés sont les suivants : Argentine ; Australie ; Brésil ; Canada ; Colombie ; Costa Rica ; Union européenne ; Macédoine du Nord ; Islande ; Israël ; Japon ; Jordanie ; Corée ; Mexique ; Moldova ; Monténégro ; Maroc ; Nouvelle-Zélande ; Norvège ; Papouasie-Nouvelle-Guinée ; Fédération de Russie ; Arabie saoudite ; Afrique du Sud ; Suisse-Liechtenstein ; Taipei chinois ; Tadjikistan ; Thaïlande ; Tunisie ; Ukraine ; États-Unis ; Venezuela ; Viet Nam.

⁶¹² Selon l'Article 20, les engagements devraient être réexaminés dans 5 ans afin de donner suite aux réductions des MGS. Ils font désormais partie du programme de négociations du cycle de Doha.

⁶¹³ Il convient de noter que la notion de « subvention » de l'Accord sur l'agriculture n'est pas forcément la même que celle de l'Accord SMC. L'Accord sur l'agriculture ne contient pas de définition théorique et juridique de la subvention comme le fait l'Accord SMC. Son Annexe 3 prévoit les méthodes de calcul de la MGS en incluant des « versements directs non exemptés » et « toute autre subvention ». Sur les subventions, à part quelques informations sur la façon de les quantifier, l'Annexe indique simplement qu'elles « comprendront à la fois les dépenses budgétaires et les recettes sacrifiées par les pouvoirs publics ou leurs agents » (Annexe 3.2). De ce fait, dans notre thèse, nous nous référons aux « subventions » telles qu'entendues par l'Accord sur l'agriculture comme faisant référence aux mesures de « soutien interne » ciblées par l'Accord, ainsi qu'aux types d'aide d'État couvertes par les dispositions sur les subventions à l'exportation de l'Accord.

d'engagements en matière de MGS totale ne peuvent prendre des mesures de soutien interne relevant de la « catégorie orange » au bénéfice de leurs producteurs agricoles, sauf s'il s'agit de dispositifs de soutien interne exemptés par l'Accord (Article 7.2 b)).

526. En effet, l'Accord sur l'agriculture établit plusieurs exemptions pour certains types de subventions qui ne sont ainsi pas considérées pour le calcul de la MGS totale. Ces exemptions ont trait à l'absence d'effets sur les échanges, à des réformes structurelles des marchés agricoles considérées comme souhaitables par les Membres de l'OMC ou bien encore à des flexibilités dans l'emploi des subventions afin de réaliser des objectifs légitimes de politiques publiques comme la protection de l'environnement ou le développement économique. Eu égard au sujet de notre thèse, nous allons nous concentrer sur ce dernier groupe de subventions.

527. En premier lieu, certaines mesures de soutien interne (« versements directs ») sont exclues du calcul de la MGS totale et des engagements de réduction si elles sont conditionnées à une limitation de la production agricole de la part des bénéficiaires (Article 6.5). Il s'agit de ladite « catégorie bleue », une sous-catégorie de la « catégorie orange » (parce que personne ne nie leurs potentiels effets commerciaux nuisibles) assortie de conditions⁶¹⁴ afin de garantir une réduction de la production agricole⁶¹⁵. En second lieu, les mesures de soutien interne au-dessous d'un niveau *de minimis* ne sont pas prises en considération pour les calculs de la MGS totale (Article 6.4). Il s'agit de toute forme de soutien qui n'excède pas 5 % (pour les pays Membres développés) ou 10 % (pour les pays Membres en développement) de la valeur de la production agricole totale ou de la production de produits particuliers pendant l'année correspondante.

528. Par ailleurs, l'Accord sur l'agriculture exclut du calcul de la MGS totale et des engagements de réduction une série de mesures de soutien interne (« catégorie verte ») ayant des effets de distorsion sur les échanges « nuls ou, au plus, minimes » et qui sont adoptées afin de remplir la liste d'objectifs de politiques publiques légitimes énoncée à l'Annexe 2 de

⁶¹⁴ Ces versements doivent remplir l'une des trois conditions suivantes (Article 6.5 a)) : i) versements fondés sur une superficie et des rendements fixes ; ii) versements effectués pour 85 % ou moins du niveau de base de la production ; ou iii) versements pour le bétail effectués pour un nombre de têtes fixe.

⁶¹⁵ Dans un sens, on peut aussi considérer cette catégorie comme l'inverse de la catégorie « feu orange foncé » prévue par l'Accord SMC jusqu'en 2000 (Article 6.1).

l'Accord. Ces mesures incluent, *entre autres* : les services publics de « caractère général » (par exemple, les domaines de la recherche, de la lutte contre les maladies, de l'infrastructure, de la sécurité alimentaire et de l'aide alimentaire intérieure au bénéfice des populations défavorisées), les versements directs aux producteurs (par exemple, certaines formes de soutien au revenu « découplées de la production »), la participation financière de l'État à des programmes de garantie des revenus, ou encore l'aide à l'ajustement des structures associée à une incitation à la cessation ou réduction d'activités agricoles.

529. Les mesures relevant de la « catégorie verte » doivent respecter des conditions spécifiques pour chaque type de soutien ainsi que les conditions générales énoncées à l'Annexe 2.1 de l'Accord sur l'agriculture, à savoir :

- a) le soutien doit être fourni dans le cadre d'un programme public financé par des fonds publics (en opposition au contrôle des prix qui implique de transferts de la part des consommateurs), y compris par voie de recettes sacrifiées et ;
- b) le soutien ne doit pas avoir pour effet d'apporter un soutien des prix aux producteurs.

530. Les conditions spécifiques énoncées pour chaque type de mesure de soutien relevant de la « catégorie verte » visent généralement à éviter que le soutien accordé ne cause une augmentation de la production ou de la commercialisation de biens agricoles. Autrement dit, ces modalités spécifiques visent à « découpler » l'aide accordée de la production agricole⁶¹⁶.

⁶¹⁶ A. Sykes considère qu'il s'agit d'un élément positif de l'approche adoptée par l'Accord sur l'agriculture étant donné qu'il ne base pas la pertinence des subventions agricoles sur l'existence de défaillances du marché. En effet, selon l'auteur :

« To the degree that subsidies are being granted for reasons that do not relate to the correction of an externality, programs that confer financial benefits on the intended recipients without inducing an expansion of their output may create fewer distortions. ...[I]n the agriculture sector, where most observers believe that net subsidies are present at the outset, efforts to channel farm aid into programs that do not stimulate agricultural production may make good sense. » (SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics Online Working Paper*, n° 186, 2003, p. 26).

En effet, ceci est un élément intéressant qui peut contribuer à l'équilibre de la relation entre l'adoption de mesures de soutien afin de réaliser des objectifs légitimes de politiques publiques et la protection des intérêts commerciaux des Membres de l'OMC. Or, comme nous l'avons noté par ailleurs, l'intervention étatique visant à pallier plusieurs défaillances du marché passe forcément par une augmentation de la production. Dans certains cas, il s'agit de l'objectif même de l'intervention (par exemple, si le marché sous-évalue les externalités positives découlant de la production/consommation d'un bien et, ainsi, il existe une sous-production/consommation du bien). Nous allons revenir sur le sujet plus loin dans cette section.

531. La « catégorie verte » inclut plusieurs mesures de soutien pertinentes pour traiter les défaillances du marché ayant trait au développement durable. En particulier, l'Annexe 2 mentionne des mesures de soutien liées à la protection de l'environnement ou à la promotion du développement économique du secteur agricole. S'agissant des mesures de soutien adoptées pour la protection de l'environnement, le tableau ci-dessous liste les types de mesures disponibles ainsi que les conditions spécifiques pour chaque type de mesure qui doivent être respectées en amont des conditions générales :

Tableau 17 – Mesures de soutien relevant de la « catégorie verte » ayant trait à la protection de l'environnement

Type	Mesure	Conditions spécifiques
Services de caractère général	Recherche liée aux programmes de protection de l'environnement	Pas de versements directs aux producteurs ou aux transformateurs
Services de caractère général	Lutte contre les parasites et les maladies, y compris les systèmes d'avertissement rapide, la quarantaine et l'éradication	Pas de versements directs aux producteurs ou aux transformateurs
Services de caractère général	Services d'infrastructures de programmes de protection de l'environnement	Pas de versements directs aux producteurs ou aux transformateurs ; dépenses uniquement destinées à mettre en place ou à construire des équipements en excluant la fourniture subventionnée d'installations terminales au niveau des exploitations autres que pour l'extension de réseaux de services publics généralement disponibles ; pas de subventions aux intrants ou aux frais d'exploitation, ni de redevances d'usage préférentielles
Services de caractère général ⁶¹⁷	Restauration des terres ; conservation des sols et gestion des ressources ; gestion des situations de sécheresse et lutte contre les inondations	Adoptée afin de promouvoir le développement rural et la réduction de la pauvreté ; concernant la réforme foncière et la garantie des moyens d'existence en milieu rural
Catastrophes naturelles	Versements couvrant les pertes de revenus et de facteurs de production agricole et afin d'éviter lesdites pertes pendant une catastrophe naturelle	Reconnaissance préalable et formelle d'une catastrophe naturelle (y compris les épidémies, les infestations par des parasites, les accidents nucléaires) ; subordonnés à une perte de production supérieure à 30% de la production moyenne triennale ; versements ne couvrant que les pertes de revenu, de bétail (y compris les versements en rapport avec le traitement vétérinaire des animaux), de terres, ou d'autres facteurs de production, et pas plus que le coût total du remplacement de ce qui aura été perdu ; aucune prescription ni spécification quant au type ou à la

⁶¹⁷ Introduit par la Décision ministérielle du 7 décembre 2013. OMC, *Décision ministérielle sur les services de caractère général*, Neuvième session de la conférence ministérielle, Bali, WT/MIN(13)/37, WT/L/912, 11 décembre 2013.

		quantité de la production future ; versements effectués pendant une catastrophe qui n'excéderont pas le niveau requis pour empêcher ou atténuer de nouvelles pertes.
Protection de l'environnement	Versements dans le cadre d'un programme public de protection de l'environnement ou de conservation	Conditions spécifiques au programme clairement définies, y compris les conditions liées aux méthodes de production ou aux intrants ; montant des versements limité aux coûts supplémentaires ou aux pertes de revenu découlant de l'observation du programme public

532. S'agissant des mesures de soutien prises dans le cadre de programmes d'aide au développement, l'Annexe 2 prévoit ce qui suit :

Tableau 18 – Mesures de soutien relevant de la « catégorie verte » ayant trait à la promotion du développement

Type		Mesure	Conditions spécifiques
Services de caractère général	de	Recherche de caractère général et programmes de recherche se rapportant à des produits particuliers	Pas de versements directs aux producteurs ou aux transformateurs
Services de caractère général	de	Services de formation	Pas de versements directs aux producteurs ou aux transformateurs
Services de caractère général	de	Services de vulgarisation et de consultation, y compris pour le transfert d'informations et des résultats de la recherche aux producteurs	Pas de versements directs aux producteurs ou aux transformateurs
Services de caractère général	de	Services de commercialisation et de promotion	Pas de versements directs aux producteurs ou aux transformateurs. Pas de dépenses à des fins non spécifiées qui pourraient être utilisées par les vendeurs pour abaisser leurs prix de vente ou conférer un avantage économique direct aux acheteurs
Services de caractère général	de	Services d'infrastructures, y compris les réseaux électriques, les routes et autres moyens de transport, les marchés et les installations portuaires, les systèmes d'alimentation en eau, les barrages et les systèmes de drainage	Pas de versements directs aux producteurs ou aux transformateurs ; dépenses uniquement destinées à mettre en place ou à construire des équipements en excluant la fourniture subventionnée d'installations terminales au niveau des exploitations autres que pour l'extension de réseaux de services publics généralement disponibles ; pas de subventions aux intrants ou aux frais d'exploitation, ni redevances d'usage préférentielles
Services de caractère général ⁶¹⁸	de	Programmes d'emploi en milieu rural ; délivrance de titres de	Adoptés afin de promouvoir le développement rural et la réduction de la pauvreté ; concernant la réforme foncière et la garantie des moyens d'existence en milieu rural

⁶¹⁸ Introduits par la Décision ministérielle du 7 décembre 2013. OMC, *Décision ministérielle sur les services de caractère général*, Neuvième session de la conférence ministérielle, Bali, WT/MIN(13)/37, WT/L/912, 11 décembre 2013.

	propriété ; et programmes de peuplement agricole	
Aide à l'ajustement des structures fournie au moyen d'aides à l'investissement	Aide à la restructuration financière ou matérielle des activités d'un producteur pour répondre à des désavantages structurels ou pour la reprivatisation de terres agricoles	Nécessaire à la réalisation de l'investissement pour lequel ils sont accordés et limités au montant requis pour compenser le désavantage structurel ; critères d'éligibilité clairement définis ; désavantages structurels démontré de manière objective ; montant des versements qui ne sera pas fonction du type ou du volume de la production, ni établi sur la base des prix, intérieurs ou internationaux ; aucune indication quant aux produits agricoles devant être produits par les bénéficiaires, sauf pour proscrire la production d'un produit particulier
Aide régionale	Aide limitée aux producteurs des régions défavorisées	Zones géographiques précises d'un seul tenant ayant une identité économique et administrative définissable ; considérées comme défavorisées sur la base de critères neutres et objectifs clairement énoncés ; difficultés de la région non imputables à des circonstances uniquement passagères ; aides disponibles pour tous les producteurs de ces régions ; montant des versements qui ne sera pas fonction du type ou du volume de production, sauf s'il s'agit de réduire cette production, ni établi sur la base des prix, intérieurs ou internationaux ; si liés aux facteurs de production, les versements seront effectués à un taux dégressif au-delà d'un seuil fixé pour le facteur considéré ; versements limités aux coûts supplémentaires ou aux pertes de revenu découlant de la réalisation d'une production agricole dans la région déterminée

533. Il convient de noter que, naturellement, d'autres types de programmes de soutien énoncés à l'Annexe 2, hormis ceux que nous avons listés, peuvent être mis en œuvre aux fins de promouvoir le développement durable. Nous nous référons, par exemple, aux mesures de soutien à l'ajustement structurel visant à ce que les producteurs agricoles cessent leurs activités traditionnelles et leur substituent des activités industrielles ou de services visant à rétablir la faune et la flore originelles (Annexe 2.9 et 10). Nous pouvons aussi mentionner des versements directs aux producteurs découplés de la production (Annexe 2.6 et 7) afin de garantir leur permanence dans le milieu rural. Ainsi, la « catégorie verte » offre une importante marge de manœuvre aux pays pour l'adoption de subventions au bénéfice du secteur agricole afin de remplir des objectifs de politiques publiques, dès lors que les conditions existantes ayant trait à la limitation de leurs effets sur la production et le commerce agricoles sont respectées.

534. Enfin, certaines mesures de soutien prises spécifiquement par les pays en développement (TSD) pour encourager leur développement agricole et rural ne sont pas non plus prises en compte dans le calcul de la MGS totale (« catégorie développement ou TSD »).

Il s'agit : i) des subventions à l'investissement « qui sont généralement disponibles » pour l'agriculture dans les pays en développement Membres ; ii) des subventions aux intrants agricoles « qui sont généralement disponibles » pour les producteurs dans les pays en développement disposant de faibles revenus ou dotés de ressources limitées ; iii) du soutien interne aux producteurs destiné à encourager le remplacement des cultures de plantes narcotiques illicites (Article 6.2). Dès lors, ces mesures « non-spécifiques » peuvent être adoptées librement par les pays en développement Membres d'après les règles de l'Accord sur l'agriculture.

Tableau 19 – Catégories et types de mesures de soutien interne

Catégorie	Types de mesures de soutien interne
Orange	Subventionnement et contrôle des prix permis jusqu'à la MGS totale inscrite sur la liste d'engagements de chaque Membre (32 Membres ont pris des engagements)
Catégories exclues du calcul de la MGS totale	
Bleu	Versements directs au titre des programmes de limitation de la production
De minimis	5% (pays développés) ou 10% (pays en développement) de la production totale ou d'un produit
Verte	Liste des mesures et objectifs énoncés à l'Annexe 2 (inclus des mesures ayant trait à la protection de l'environnement et à la promotion du développement – voir tableaux 17 et 18). Conditions générales de la catégorie : a) soutien fourni dans le cadre d'un programme public financé par des fonds publics b) aucun effet de soutien des prix aux producteurs
TSD / Développement (disponibles pour les pays en développement)	Subventions à l'investissement généralement disponibles
	Subventions aux intrants agricoles généralement disponibles
	Soutien interne aux producteurs destiné à encourager le remplacement des cultures de plantes narcotiques illicites

Paragraphe 2 : Engagements en matière de concurrence à l'exportation

535. Les subventions à l'exportation de produits agricoles, ainsi que nous l'avons déjà noté, ne sont pas interdites par le GATT. Alors que l'Accord SMC consacre une prohibition générale des subventions à l'exportation, l'Accord sur l'agriculture prévoit quant à lui des règles spéciales pour celles concernant les produits agricoles. Dès lors que certaines conditions sont respectées, les subventions relevant de l'Accord sur l'agriculture sont exemptées de la prohibition générale de l'Accord SMC (Article 3.1 de l'Accord SMC).

536. Tout comme pour les mesures de soutien interne, les Membres de l'OMC ont décidé de consolider leur niveau de subventionnement à l'exportation de produits agricoles en

prenant pour base les moyennes de la période 1986-1990 et de s'engager à réduire, au cours de la « période de mise œuvre », à la fois les montants des dépenses effectuées et les quantités de produits exportés subventionnés. Précisément, les pays développés Membres se sont engagés à réduire de 36 % la valeur de leurs subventions et de 31 % les quantités de produits exportés subventionnés durant les six premières années de fonctionnement de l'OMC. Pour leur part, les pays en développement Membres sont convenus de réduire de 24 % la valeur des subventions et de 21 % les quantités de produits exportés subventionnés sur dix ans. De même que pour le soutien interne, les PMA pouvaient indiquer leur niveau de subventionnement mais n'étaient pas tenus de le réduire. Finalement, 25 Membres, y compris le Brésil et l'UE, ont inscrit sur leur liste un total de 428 engagements de réduction des subventions à l'exportation⁶¹⁹.

Tableau 20 – Engagements en matière de réduction du soutien interne et des subventions à l'exportation dans le cadre de l'Accord sur l'agriculture⁶²⁰

	Pays développés 6 ans : 1995-2000	Pays en développement 10 ans : 1995-2004
Soutien interne		
Réduction de la MGS totale (période de base : 1986-1988)	- 20%	- 13%
Exportations		
Valeur des subventions	- 36%	- 24%
Quantités subventionnées (période de base : 1986-1990)	- 21%	- 14%

537. Aux termes de l'Accord sur l'agriculture, l'expression « subventions à l'exportation » s'entend des subventions subordonnées aux résultats d'exportation (Article 1 e)). L'Article 9.1 indique effectivement une liste de six types de subvention à l'exportation visés par

⁶¹⁹ Ci-après, les Membres qui ont inscrit des engagements sur leur liste. Entre parenthèses, le nombre de produits visés : Afrique du Sud (62) ; Australie (5) ; Brésil (16) ; Bulgarie (44) ; Canada (11) ; Chypre (9) ; Colombie (18) ; États-Unis (13) ; Hongrie (16) ; Indonésie (1) ; Islande (2) ; Israël (6) ; Mexique (5) ; Norvège (11) ; Nouvelle-Zélande (1) ; Panama (1) ; Pologne (17) ; Slovaquie (17) ; République tchèque (16) ; Roumanie (13) ; Suisse-Liechtenstein (5) ; Turquie (44) ; UE (20) ; Uruguay (3) ; Venezuela (72).

⁶²⁰ Tableau partiellement reproduit d'après OMC, *Comprendre l'OMC : Éléments essentiels*, 5^e éd., 2015, p. 28.

l'Accord ainsi que les conditions liées à leur utilisation. La liste mentionne la plupart des types de subventions à l'exportation qui prévalent dans le secteur agricole, notamment :

- a) les subventions directes à l'exportation subordonnées aux résultats d'exportation ;
- b) les ventes par le gouvernement de stocks de produits agricoles constitués à des fins non commerciales à un prix inférieur au prix des produits similaires sur le marché intérieur ;
- c) les versements à l'exportation en vertu de programmes publics, qu'ils représentent ou non une charge pour le Trésor public, y compris ceux financés par l'imposition d'un prélèvement imposé sur le produit agricole considéré ou sur un produit agricole dont le produit exporté est tiré ;
- d) les mesures de réduction des coûts de la commercialisation de l'exportation (autres que services généraux), y compris des coûts d'amélioration de la qualité et de manutention, et des coûts du fret international ;
- e) les subventions au transport intérieur qui ne s'appliquent qu'aux exportations ;
- et
- f) les subventions subordonnées à l'incorporation de produits agricoles dans des produits exportés.

538. Ainsi, selon l'Article 3.3 et la Partie V de l'Accord sur l'agriculture, aucune subvention à l'exportation visée par l'Article 9 ne pourrait être accordée au-delà des limites inscrites sur les listes d'engagements de chaque Membre et sans respecter les conditions correspondantes. Pour les subventions qui ne sont pas visées par l'Article 9, l'Article 10 établit certaines règles générales visant la prévention du « contournement des engagements en matière de subventions à l'exportation ». Les types de subventions expressément mentionnés sont : les crédits et garanties de crédits, les programmes d'assurance, l'aide alimentaire internationale. Enfin, un TSD a été accordé aux pays en développement Membre (Article 9.4) : une exemption des engagements de réduction du subventionnement pour les subventions visant à réduire les coûts de commercialisation des exportations de produits agricoles (alinéa d) ou les tarifs de transport et de fret intérieurs pour des expéditions à l'exportation (alinéa e), à la condition que ces subventions ne soient pas appliquées d'une manière qui reviendrait à contourner les engagements de réduction (« prévention de l'abus »).

539. Malgré la longue histoire des subventions à l'exportation des produits agricoles et les défis qui leur sont liés (voir *supra*), la dernière décennie a vu une réduction significative des

montants des subventions à l'exportation accordées par les Membres de l'OMC⁶²¹. Ce constat s'explique par le taux de présence élevé des produits de base sur les marchés internationaux mais aussi par les réformes des programmes d'aide d'État à destination du secteur agricole engagées par les grandes économies, certains États ayant dirigé leurs mesures de soutien vers des programmes d'assurances et des garanties de crédit, d'autres ayant voté des législations internes qui prohibent, sauf exception, l'octroi de subventions à l'exportation⁶²².

540. En tout état de cause, la différenciation de traitement entre les subventions à l'exportation de biens non-agricoles (interdites par l'Accord SMC) et les subventions à l'exportation de biens agricoles (permises au-dessous de certaines limites et à la condition de respecter certaines conditions) demeurerait un élément notable d'incongruence et de déséquilibre du système multilatéral. Ce fait, conjugué à la possibilité d'un retour à une pratique soutenue du subventionnement, spécialement eu égard aux expériences récentes de chute des prix internationaux des produits agricoles, ont poussé les Membres de l'OMC à envisager une interdiction des subventions à l'exportation également pour les produits agricoles. Cette question était l'un des points principaux de l'agenda des négociations de Doha⁶²³.

541. Ainsi, en 2015, lors de la Conférence Ministérielle de Nairobi, les Membres de l'OMC ont finalement adopté une Décision ministérielle sur la concurrence à l'exportation⁶²⁴ selon laquelle, sauf quelques exceptions ponctuelles ayant trait à des délais prolongés de mise en œuvre, les pays développés Membres se sont engagés à éliminer immédiatement « leurs

⁶²¹ Voir OMC, *Subventions à l'exportation, crédits à l'exportation, garanties de crédit à l'exportation ou programmes d'assurance, aide alimentaire internationale et entreprises commerciales d'état exportatrices de produits agricoles*, Comité de l'agriculture, Document de base du Secrétariat, Révision 3, G/AG/W/125/Rev.3, 27 juillet 2015

⁶²² Sur le sujet, voir JOSLING, Timothy, « Rethinking the Rules for Agricultural Subsidies », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, 7 p.

⁶²³ L'importance du sujet, surtout pour l'intérêt économique des pays en développement, a été renforcée par l'adoption en 2015 des objectifs de développement durable. Dans le cadre de l'objectif 2 « Éliminer la faim, assurer la sécurité alimentaire, améliorer la nutrition et promouvoir l'agriculture durable », la cible 2.b établit ce qui suit :

« Corriger et prévenir les restrictions et distorsions commerciales sur les marchés agricoles mondiaux, y compris par l'élimination parallèle de toutes les formes de subventions aux exportations agricoles et de toutes les mesures relatives aux exportations aux effets similaires, conformément au mandat du Cycle de négociations de Doha pour le développement. »

⁶²⁴ OMC, *Décision ministérielle sur la concurrence à l'exportation*, Dixième session de la Conférence ministérielle, Nairobi, WT/MIN(15)/45, WT/L/980, 21 décembre 2015.

possibilités restantes d'octroi de subventions à l'exportation inscrites » de leurs listes, tandis que les pays en développement Membres se sont engagés à le faire avant la fin de l'année 2018. De plus, les pays en développement Membres continueraient de bénéficier d'une flexibilité d'action leur permettant de couvrir les coûts de commercialisation et de transport des exportations de produits agricoles jusqu'à la fin de l'année 2023 (Article 9.4), tandis que les PMA et les pays en développement importateurs nets de produits alimentaires⁶²⁵ conserveraient cette flexibilité jusqu'en 2030.

542. Cette décision a aussi posé de nouvelles conditions et spécifications à l'égard d'autres politiques d'exportations que celles mentionnées à l'Article 9 de l'Accord sur l'agriculture et qui risquent d'être mises en œuvre pour contourner les engagements pris en la matière, à savoir : les crédits à l'exportation, les garanties de crédit à l'exportation ou les programmes d'assurance ; l'aide alimentaire internationale ; les opérations des entreprises commerciales d'État exportatrices⁶²⁶.

543. De ce fait, une fois les délais écoulés et toutes les possibilités subsistantes d'octroi de subventions à l'exportation éliminées, les Membres de l'OMC ne pourront plus octroyer les types de subventions à l'exportation des produits agricoles inscrits à l'Article 9 de l'Accord sur l'agriculture et, pour tout autre type de subvention à l'exportation, devront respecter les règles anti-contournement prévues à l'Article 10 ainsi que celles spécifiques à certains autres types de subventions énoncées dans la Décision de Nairobi.

⁶²⁵ La liste de pays en développement importateurs nets de produits alimentaires mentionne 32 pays à part les PMA dans sa version de 2012. Voir OMC, *Liste de l'OMC des pays en développement importateurs nets de produits alimentaires aux fins de la décision ministérielle de Marrakech sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les pays les moins avancés et les pays en développement importateurs nets de produits alimentaires ("la décision")*, Comité de l'agriculture, Révision 10, G/AG/5/Rev.10, 23 mars 2012.

⁶²⁶ La Décision porte aussi sur les sujets suivants : dispositions spécifiques sur le coton ; dispositions sur la notification et renseignements sur les subventions à l'exportation. OMC, *Décision ministérielle sur la concurrence à l'exportation*, Dixième session de la Conférence ministérielle, Nairobi, WT/MIN(15)/45, WT/L/980, 21 décembre 2015.

Paragraphe 3 : La disparition de la « clause de la paix » et la relation entre les dispositions de l'Accord sur l'agriculture et de l'Accord SMC

544. L'Accord sur l'agriculture a prévu dans son Article 13 plusieurs règles importantes relatives à la relation entre ses dispositions portant sur les subventions et celles de l'Accord SMC. Précisément, il a été établi que, pendant la « période de mise en œuvre »⁶²⁷, certaines actions prévues à l'Article XVI du GATT et dans l'Accord SMC ne seraient pas applicables aux subventions prises en conformité avec l'Accord sur l'agriculture, notamment celles *de minimis*, les subventions couvertes par les catégories bleue et verte ou bénéficiant du TSD, ainsi que les subventions à l'exportation et les mesures de soutien interne au-dessous des limites figurant sur les listes d'engagements (« clause de la paix »). La disposition appelait aussi à la « modération » dans l'application de droits compensateurs.

545. Cependant, la période de mise en œuvre de l'Article 13 a échu à la fin de l'année 2003 et la « clause de la paix » est à présent caduque. Il en résulte que les règles figurant à l'Article XVI du GATT et dans l'Accord SMC s'appliquent normalement aux subventions à l'agriculture accordées en conformité avec les dispositions de l'Accord sur l'agriculture. La seule exception concerne les subventions à l'exportation de produits agricoles relevant de l'Article 3.1 de l'Accord SMC qui, comme nous l'avons vu, limite l'application des règles sur les subventions subordonnées à l'exportation de l'Accord SMC (« feu rouge ») à « ce qui est prévu dans l'Accord sur l'agriculture ».

546. Ainsi, s'agissant des subventions à l'exportation de produits agricoles, les dispositions de l'Accord SMC prévoyant la prohibition de ce type de subvention ne sont applicables que si celles-ci sont accordées sans que soient respectées les limites et conditions posées par l'Accord sur l'agriculture⁶²⁸. Cependant, avec l'adoption de la Décision

⁶²⁷ La « période de mise en œuvre » s'agissant de l'Article 13 était de 9 ans à partir de 1995 (Article 1 f)).

⁶²⁸ L'Organe d'appel a confirmé ce sens lors de l'affaire *Canada – Produits laitiers* (21:5 – Nouvelle-Zélande et États-Unis). En effet, selon l'Organe d'appel :

« Le rapport entre l'Accord sur l'agriculture et l'Accord SMC est défini, en partie, par l'article 3.1 de l'Accord SMC qui dispose que certaines subventions sont "prohibées" "[e]xception faite de ce qui est prévu dans l'Accord sur l'agriculture". Cette clause indique donc que la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une subvention à l'exportation pour des produits agricoles doit être examinée, en premier lieu, au regard de l'Accord sur l'agriculture. » (Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Produits laitiers* (21:5 – Nouvelle-Zélande et États-Unis), WT/DS103/AB/RW, 03 décembre 2001, para. 123).

Ministérielle sur la concurrence à l'exportation de 2015 et l'élimination graduelle des possibilités d'octroi des subventions énumérées à l'Article 9, ces mesures seront aussi bientôt prohibées.

547. Quant aux subventions à l'exportation non listées à l'Article 9 (comme les crédits à l'exportation, les garanties de crédit à l'exportation ou les programmes d'assurance), elles sont soumises à la prohibition de l'Accord SMC (et à la voie de recours spéciale qui y est prévue) dans le cas où les conditions de non-contournement que nous avons étudiées ne sont pas respectées. De plus, même si des subventions à l'exportation non listées à l'Article 9 sont octroyées en conformité avec les obligations particulières découlant de l'Accord sur l'agriculture et la Décision ministérielle sur la concurrence à l'exportation précitée, les dispositions de l'Accord SMC, à l'exception de la prohibition de son Article 3, leur sont applicables dès lors que les conditions d'applicabilité de l'Accord (forme de la mesure, existence d'un avantage et spécificité) sont remplies.

548. Plusieurs groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont eu à plusieurs reprises l'occasion de préciser la portée de l'Article 13 de l'Accord sur l'agriculture ainsi que la relation entre les deux accords régissant les subventions⁶²⁹. En particulier, l'Organe d'appel a confirmé que les obligations posées par les deux accords s'appliquaient concomitamment. Il a précisé :

« Nous rappelons que l'*Accord sur l'agriculture* et l'*Accord SMC* "sont tous deux des accords multilatéraux sur le commerce des marchandises figurant à l'Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech* instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'"*Accord sur l'OMC*") et, en tant que tels, font tous deux "partie intégrante" du même traité, l'*Accord sur l'OMC*, et sont "contraignants pour tous les Membres"'. En outre, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, "celui qui interprète un traité doit lire toutes les dispositions applicables du traité de façon à donner un sens à toutes, harmonieusement" »⁶³⁰ (italiques dans l'original, notes de bas de page omises).

⁶²⁹ Voir, entre autres : Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Noix de coco desséchée*, WT/DS22/R, 17 octobre 1996 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Produits laitiers (21:5 – Nouvelle-Zélande et États-Unis)*, WT/DS103/AB/RW, 03 décembre 2001 ; Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005.

⁶³⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, para. 549. Voir aussi Rapport de l'Organe d'appel, *Argentine – Chaussures (CE)*, WT/DS121/AB/R, 14 décembre 1999, paras. 81 et 95.

549. Il y a lieu de noter que l'Article 21 de l'Accord sur l'agriculture établit que les dispositions du GATT et « des autres Accords commerciaux multilatéraux figurant à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC seront applicables *sous réserve* des dispositions du présent accord » (italiques ajoutés). Or, comme on l'a précédemment noté, pour l'Organe d'appel, l'application concomitante d'obligations découlant de différents accords de l'OMC ne signifie pas une *incompatibilité* entre eux, cela même si un accord impose des restrictions à l'égard d'une mesure qu'un autre accord n'interdit pas.

550. Ainsi, sauf disposition contraire et en raison de la disparition de la « clause de la paix », les subventions à l'agriculture sont aussi soumises aux règles du GATT et de l'Accord SMC. En particulier, en ce qui concerne les mesures de soutien interne, l'Organe d'appel a expressément indiqué que « [l]es Membres de l'OMC peuvent toujours fournir un soutien interne qui est compatible avec leurs engagements de réduction au titre de l'Accord sur l'agriculture. Lorsqu'ils fournissent ce soutien interne, toutefois, les Membres de l'OMC doivent garder à l'esprit leurs autres obligations dans le cadre de l'OMC »⁶³¹.

551. Comme nous avons eu l'occasion de le relever, l'Accord sur l'agriculture établit plusieurs exemptions et conditions spécifiques pour certaines catégories de mesures de soutien interne, y compris des mesures ayant trait au développement et à la protection de l'environnement. Cependant, bien que ces mesures soient exemptées du respect des engagements de réduction de l'Accord sur l'agriculture, elles sont encore assujetties aux obligations de l'Accord SMC et peuvent donner lieu à une action de la part des Membres de l'OMC dont les intérêts commerciaux se verraient affectés négativement. De ce fait, l'avantage juridique accordé aux subventions agricoles adoptées à des fins de développement est en réalité extrêmement complexe et les responsables politiques sont censés respecter les règles étudiées tout au long des précédentes sections de manière holistique⁶³² (voir le logigramme 3 ci-dessous présentant les dispositions les plus pertinentes).

⁶³¹ *Ibidem*, para. 550. Pour un commentaire sur cette interprétation par l'Organe d'appel, voir COPPENS, Dominic, « *Twenty Years of (Re)-Shaping WTO Subsidy Law by the Appellate Body and Panel* », in RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 73.

⁶³² Pour un commentaire sur les conséquences de la disparition de la clause de la paix pour les États-Unis et l'UE, voir STEINBERG, Richard H. et JOSLING, Timothy E., « *When the Peace Ends: The Vulnerability of*

552. Avant d'aller plus loin, il est intéressant de noter qu'alors que la catégorie « feu vert » prévue par l'Accord SMC ne semble pas avoir atteint son objectif au vu de la quasi-absence de notifications de mesures concernées et du fait que les Membres de l'OMC n'en n'ont pas prorogé l'application, la « catégorie verte » de l'Accord sur l'agriculture n'est pas caractérisée par une limitation temporelle et plusieurs Membres de l'OMC ont notifié des programmes de soutien interne relevant de cette classification⁶³³. De plus, la « catégorie verte » inclut davantage de types de mesures et objectifs légitimes exemptés des engagements de réduction que ceux qui étaient indiqués à l'Article 8 de l'Accord SMC, mais suppose également des conditions moins strictes que celles prévues dans ce dernier.

553. Il nous semble difficile de déterminer si ce constat est dû à l'importance accrue donnée par les Membres de l'OMC à ces objectifs dans le cadre de politiques publiques touchant à l'agriculture ou s'il découle du traitement initialement assoupli accordé aux subventions à l'agriculture. En tout état de cause, il nous semble que la « catégorie verte » de l'Accord sur l'agriculture peut offrir des éléments d'analyse intéressants quant à l'équilibre de la relation entre des subventions prises pour des objectifs non commerciaux légitimes de politiques publiques et leurs effets commerciaux.

554. Cependant, le fait que ces programmes puissent toujours donner lieu à une contremesure selon l'Accord SMC conduit à nous demander si le système de réglementation multilatérale des subventions a été conçu pour accorder une véritable flexibilité d'action permettant l'adoption de telles mesures indépendamment de leurs effets commerciaux. À notre avis, la situation actuelle découle plutôt, comme le reste de la réglementation multilatérale des subventions, de l'action des différentes forces économiques et politiques, basées sur des théories parfois divergentes et qui ont créé, *in fine*, un système complexe de règles dont la principale priorité a été plutôt de parer aux effets commerciaux néfastes de ces politiques que de discuter de façon holistique de la pertinence de l'utilisation de subventions en vue de la réalisation d'objectifs politiques légitimes.

EC and US Agricultural Subsidies to WTO Legal Challenge », *Journal of International Economic Law*, vol. 6, n° 2, 2003, p. 369-417. Voir aussi CHARNOVITZ, Steve, « Green Subsidies and the WTO », *Policy Research Working Paper*, World Bank Group, Office of the Chief Economist – Climate Change Group, 2014, p. 46-47.

⁶³³ Voir le chapitre 1, section 1 de la troisième partie de notre thèse pour un aperçu des notifications au Comité sur l'agriculture ayant trait à la protection de l'environnement.

555. Deuxièmement, bien que l'Accord sur l'agriculture ait été, lors de son adoption, considéré comme accordant un traitement assoupli aux subventions agricoles en comparaison de celui prévu par l'Accord SMC⁶³⁴, l'effet conjugué de l'adoption de la Décision ministérielle sur la compétition à l'exportation, des engagements en matière de soutien interne et de la disparition de la « clause de la paix » est que le traitement réglementaire accordé aux subventions agricoles est aujourd'hui de fait plus strict que celui appliqué aux subventions non agricoles⁶³⁵. Les subventions agricoles sont effectivement les seules à être caractérisées par des engagements de réduction. Une subvention qui dépasserait les engagements inscrits sur les listes d'engagements serait contraire à l'Accord. Or, seuls 28 Membres ont inscrit des engagements sur leurs listes. Ainsi, tout autre Membre qui accorderait un soutien interne relevant de la « catégorie orange », indépendamment de la démonstration d'effets commerciaux au-delà de ceux éventuellement intégrés dans les calculs de la MGS totale, violerait l'Accord. Un tel traitement est inexistant pour tout autre type de subvention. De plus, même si la mesure de soutien interne ne dépasse pas les engagements pris ou relève de l'une des catégories exemptées (y compris *de minimis*), les règles de l'Accord SMC s'appliquent à la mesure.

⁶³⁴ Voir, entre autres : SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics Online Working Paper*, n° 186, 2003, p. 17 ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 219 ; HUFBAUER, Gary, « What Shapes Subsidy Disciplines in the GATT and WTO? », in RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 42 ; TREBILCOCK, Michael, PUE, Kristen, « The Puzzle of Agricultural Exceptionalism in International Trade Policy », *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 1-28.

⁶³⁵ A. Stoler est l'un des rares commentateurs à avoir expressément relevé cette réalité. Commentant en 2009 le fait qu'une prohibition des subventions à l'exportation des produits agricoles étaient censée entrer en vigueur à partir de 2013, l'auteur a affirmé que :

« [W]e will see subsidies to agriculture subjected overall to more rigorous disciplines than those applying in the case of subsidies to industrial products trade. Given that subsidies to agriculture were less disciplined than those to industry over nearly the entire history of the GATT and WTO, this is a somewhat surprising development.

...

[T]he expected continued reductions in amber box subsidies and tighter disciplines over "blue box" supports will surpass the impact of what the SCM Agreement requires for industrial products. For any observer of the GATT – WTO system over the years the conclusion is a bit startling. Sixty two years into the system, the projected end of the Doha Round is likely to see a situation where the evolution of subsidy disciplines brings us to the point where subsidies to agriculture are subjected to disciplines more effective and rigorous than those applying to industrial products ». (STOLER, Andrew L., « The Evolution of Subsidies Disciplines in GATT and the WTO », *Symposium on WTO Litigation: Issues and Reforms*, Law School, University of Sidney, 2009, p. 2 et 11.)

556. Ce constat est particulièrement intéressant s'agissant de certaines mesures liées au développement durable comme celles apportant un soutien à la production de l'éthanol ou à l'agriculture biologique⁶³⁶. Comme pour l'Accord SMC, l'application des dispositions de l'Accord sur l'agriculture ne se base pas sur un examen des éventuelles défaillances du marché existant dans chaque situation⁶³⁷. Mais, et ici l'Accord sur l'agriculture diffère fortement de l'approche retenue dans l'Accord SMC, les subventions à l'agriculture sont envisagées comme les tarifs douaniers. Autrement dit, les mesures de soutien interne à l'agriculture sont *a priori* indésirables et ne s'expliqueraient qu'au regard des intérêts des Membres de l'OMC d'accorder une protection à leur production nationale. Ainsi, l'objectif ici, absent de l'Accord SMC, serait de négocier graduellement et le plus possible une réduction de ces subventions⁶³⁸.

557. Enfin, même si cette approche conduit à une vision plutôt négative des subventions⁶³⁹, il est aussi vrai que la « catégorie verte » créée par l'Accord sur l'agriculture a introduit une sorte d'exception qui, à l'instar de l'Article XX du GATT, permet la considération d'autres objectifs légitimes de politiques publiques pouvant prévaloir sur d'éventuels effets commerciaux négatifs.

558. La question qui se pose alors est de savoir si ces catégories sont suffisantes pour permettre l'octroi de subventions à la production agricole liées au développement durable et

⁶³⁶ G. Marceau, par exemple, note la croissance importante des règles applicables sur les subventions agricoles eu égard aux efforts pour faire face aux changements climatiques. Voir MARCEAU, Gabrielle, « The WTO in the Emerging Energy Governance Debate », in PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, CEPR, The Graduate Institute, Genève, 2010, p. 28. T. Josling traite aussi le sujet et se pose la question de savoir s'il était pertinent de réévaluer la catégorie verte. JOSLING, Timothy, « Rethinking the Rules for Agricultural Subsidies », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, p.4-5.

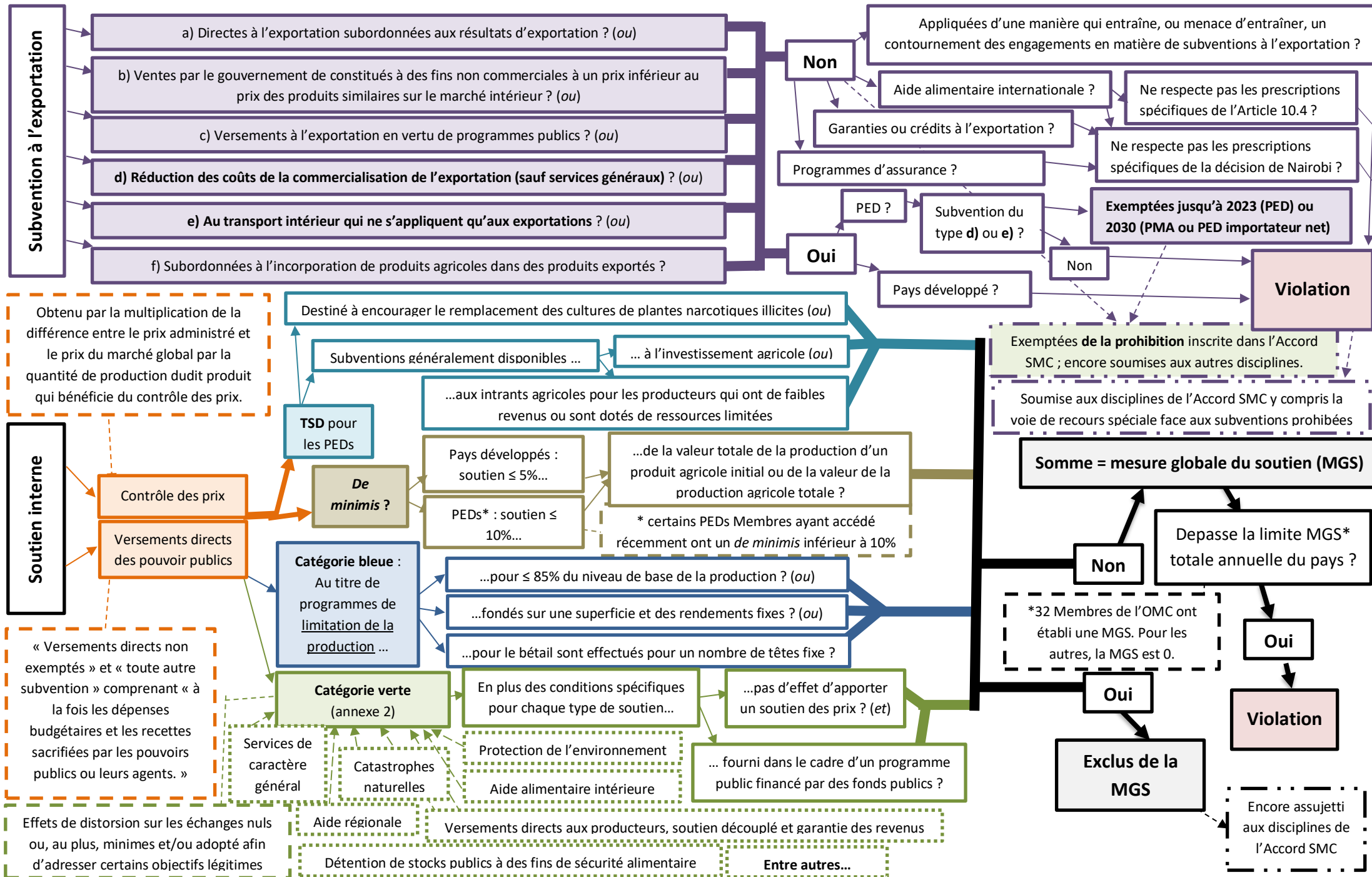
⁶³⁷ Pour ce qui s'agit des défaillances du marché liées au développement et leur traitement par l'Accord sur l'agriculture, voir HOEKMAN, Bernard, MICHALOPOULOS, Constantine et WINTERS, Leonard Alan, « Special and Differential Treatment of Developing Countries in the WTO: Moving Forward After Cancun », *World Economy*, vol. 27, 2004, p. 494-495.

⁶³⁸ Le Secrétariat de l'OMC lui-même semble confirmer cette analyse quand il affirme que « [c]es engagements sont théoriquement comparables aux engagements traditionnellement contractés lors des cycles de négociation sur les droits d'importation et n'ont pas d'équivalents dans le secteur non agricole ni, du reste, dans le domaine des services. » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 218).

⁶³⁹ Voir JOSLING, Timothy, « Rethinking the Rules for Agricultural Subsidies », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, p. 3-4. Comme l'a bien noté l'auteur, « the AoA classed all non-Green Box subsidies as “undesirable,” or at least to be subject to monitoring and scheduled for reduction ».

visant à pallier les défaillances du marché identifiées précédemment ou à éviter que les subventions octroyées ne causent des externalités environnementales néfastes. Comme nous l'avons précédemment mentionné, considérant la structure de l'Accord ainsi que sa principale finalité – c'est-à-dire réduire au maximum ces subventions –, comblée au fait de l'applicabilité simultanée des dispositions de l'Accord SMC, il nous semble que l'Accord sur l'agriculture n'est pas forcément bien structuré pour garantir que des défaillances du marché présentes ou futures soient prises en compte.

Logigramme 3 – Mise en application des obligations principales sur subventions au cadre de l'Accord sur l'agriculture



Section 4 : Dispositions ayant trait aux subventions prévues dans d'autres Accords de l'OMC

559. Les programmes de subventionnement mis en œuvre par les Membres de l'OMC sont souvent très complexes. Ils comprennent différents types de mesures de soutien conjuguées à des prescriptions juridiques prenant diverses formes (comme, par exemple, des règlements techniques ou des mesures ayant trait aux droits de la propriété intellectuelle) et affectant plusieurs secteurs de l'économie. Ainsi, il est probable que plusieurs Accords de l'OMC soient pertinents pour l'application de ces programmes de subventionnement.

560. Dans le cadre de la présente étude, nous nous limitons aux règles qui affectent plus directement les types d'aides d'État liées au développement durable, c'est à dire les dispositions applicables au commerce des services et, du fait de leur relation étroite avec les dispositions du GATT, surtout l'Article III et de la notion de non-discrimination, certaines dispositions de l'Accord sur les MIC.

Paragraphe 1 : Accord général sur le commerce des services (AGCS)

561. L'histoire du système commercial multilatéral montre que le secteur des services n'avait jamais vraiment fait l'objet d'efforts significatifs de libéralisation. Celui-ci était traditionnellement considéré comme le secteur « peu ou pas échangeable » de l'économie⁶⁴⁰. Cependant, la globalisation de l'économie, qui s'est accompagnée d'une délocalisation de la production mais aussi l'évolution de la technologie, notamment des moyens de communication digitaux comme l'internet, ont profondément modifié le scénario⁶⁴¹. De

⁶⁴⁰ Sur le sujet, voir l'intéressante analyse de M. Barlet *et al.* Après avoir évalué les activités de services effectivement échangés et des services « échangeables » (c'est-à-dire ceux qu'il est possible techniquement de produire dans un lieu différent de celui où ils sont consommés), les auteurs notent que 83% des types de services examinés en France seraient « échangeables ». BARLET, Muriel, CRUSSON, Laure, DUPUCH, Sébastien, et PUECH, Florence, « Des services échangés aux services échangeables : une application sur données françaises. », *Économie et Statistique*, n° 435–436, 2010, p. 105-124.

⁶⁴¹ À cet effet, on donne souvent le nom de « servicisation » de la manufacture ou de l'économie plus largement. Sur le sujet, voir, entre autres : MIROUDOT, Sébastien, « The Servicification of Global Value Chains: Evidence and Policy Implications », *Fifth session of UNCTAD Multi-year Expert Meeting on Trade, Services and Development*, UNCTAD-OCDE, Genève, 2017, 4 p. ; THANGAVELU, Shandre M., WENXIAO, Wang, et OUM, Sothea « Servicification in Global Value Chains: The Case of Asian Countries », *ERIA Discussion Paper Series*, n° 12, The University of Adelaide, 2017, 30 p. ; PEILLON, Sophie, « La servicisation des entreprises industrielles : Un changement majeur de business model », *Revue des Sciences de Gestion*, vol. 2, n° 278-279, 2016, p. 131-140.

toutes nouvelles technologies, à l'instar de l'impression 3D ou de l'avènement de la *blockchain*, promettent de bouleverser le marché des services et notamment de permettre un accroissement exponentiel des opportunités d'exportation⁶⁴².

562. S'agissant particulièrement des technologies environnementales, les services jouent de plus en plus un rôle majeur, qu'il s'agisse de l'installation, de la manutention ou de la gestion de panneaux solaires, ou de l'administration de services de prévisions météorologiques extrêmes, etc.⁶⁴³. Dans le cadre du système commercial multilatéral, le cycle d'Uruguay a abouti au premier accord multilatéral régissant le commerce international des services. En l'absence d'efforts internationaux préalables de libéralisation en la matière, l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) a retenu une approche prudente et limitée des engagements de libéralisation. À la différence du commerce des biens, la libéralisation du commerce des services se fait ainsi par la voie de « listes positives » d'engagements. Autrement dit, les Membres de l'OMC ont décidé d'indiquer pour quels services ils adopteraient des engagements d'accès au marché⁶⁴⁴. Pour tout service non listé, aucune obligation d'accès au marché n'est donc imposée.

563. Aucune disposition substantielle spécifique relative aux subventions n'a été introduite par l'AGCS. Son Article XV se limite à reconnaître que, « dans certaines circonstances, les subventions peuvent avoir des effets de distorsion sur le commerce des services ». L'Article XV:2 de l'AGCS prévoit, ainsi que l'Article XVI:1 du GATT le fait pour les subventions aux biens, un droit à des consultations pour tout Membre qui considère qu'une subventions accordée pour favoriser les services d'un autre Membre « lui est

⁶⁴² Sur le sujet de l'impact des nouvelles technologies sur le commerce international et les possibilités engendrées, surtout pour le commerce des services, voir : OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2017 : Commerce, technologie et emploi*, Genève, Genève, OMC, 2017, 185 p. ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2018 : L'avenir du commerce mondial – comment les technologies numériques transforment le commerce global*, Genève, OMC, 2018, 256 p. ; GANNE, Emmanuelle, *Can Blockchain revolutionize international trade?*, Genève, OMC, 2018, xvi, 145p.

⁶⁴³ Sur le sujet, voir l'étude conjointe de l'OMC et su Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE), OMC-PNUE, *Making trade work for the environment, prosperity and resilience*, Genève, OMC, 2018, p. 23-25 et 34-43.

⁶⁴⁴ Les services dits « environnementaux » font partie de la liste des services passibles de faire l'objet d'engagements de la part des Membres de l'OMC.

préjudiciable ». Toutefois, ces consultations ne s'inscrivent pas dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC et aucune ne semble jamais avoir été demandée.

564. Enfin, l'Article XV prévoit aussi que les Membres de l'OMC « engageront des négociations en vue d'élaborer les règles multilatérales nécessaires pour éviter » les effets de distorsion des subventions aux services. Les négociations sont censées reconnaître « le rôle des subventions en rapport avec les programmes de développement des pays en développement Membres » et tenir compte de leurs besoins en matière de flexibilité. De ce fait, la réglementation des subventions fait partie intégrante du « programme de travail incorporé » de l'AGCS, un programme visant à élever progressivement le niveau de libéralisation du secteur. Il prévoit de développer des règles spécifiques ayant trait aux subventions ainsi qu'à la réglementation intérieure (Article VI), aux mesures de sauvegarde d'urgence (Article X) et aux marchés publics (Article XIII). Les discussions sur les subventions qui se sont tenues au sein du Groupe de travail multilatéral sur les règles de l'AGCS n'ont cependant pas avancé⁶⁴⁵. Ainsi, les subventions aux exportations de services demeurent dénuées de règles spécifiques dans le cadre du système commercial multilatéral.

565. Pour autant, ce constat ne signifie pas que les subventions aux services soient exemptées de toutes les règles du système commercial multilatéral. Tout comme le GATT pour le commerce des biens, les dispositions de l'AGCS ayant trait aux principes de non-discrimination sont applicables à toutes les mesures adoptées par les Membres de l'OMC « qui affectent le commerce des services » (Article I:1), y compris les subventions⁶⁴⁶. De ce fait, les subventions aux services octroyées par les Membres de l'OMC doivent respecter la *clause de la nation la plus favorisée* qui s'applique à tout service indépendamment de son

⁶⁴⁵ Voir : SAUVÉ, Pierre et SOPRANA, Marta, « Learning by Not Doing: Subsidy Disciplines in Services Trade », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, p. 7-11 ; KOULEN, Mark, « Reflections on the SCM Agreement », in RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 81.

⁶⁴⁶ Sur le sujet voir, entre autres : PORETTI, Pietro, « Waiting for Godot: Subsidy Disciplines in Services Trade », in PANIZZON, Marion, POHL, Nicole et SAUVÉ, Pierre (eds), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, World Trade Forum, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 466-488 ; HOEKMAN, Bernard M., MATTOO, Aaditya et ENGLISH, Philip, *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, vol.1, World Bank Publications, 2002, p. 330-335.

inclusion sur les listes d'engagements et sauf inscription expresse d'exemption par chaque Membre de l'OMC (Article II de l'AGCS).

566. Ce principe peut s'avérer important, par exemple s'agissant des « clubs de marchés carbone » (« *carbon or climate clubs* »), c'est-à-dire des groupements de différents marchés de carbone visant à faciliter l'échange, en termes commerciaux ou non, des réductions d'émissions de GES et à contribuer ainsi à la réalisation des objectifs de l'Accord de Paris sur le climat⁶⁴⁷. Ces clubs, proposés par certains commentateurs et qui ont trouvé un potentiel fondement juridique dans l'Article 6 de l'Accord de Paris⁶⁴⁸, auraient l'avantage de garantir une masse critique pour le bon fonctionnement du marché du carbone et de profiter d'un effet d'échelle permettant d'économiser sur des services liés à la commercialisation de crédits de carbone ou portant sur l'analyse, l'estimation ou la comptabilité des émissions⁶⁴⁹.

567. Or, selon leur définition même, ces clubs fonctionnent en excluant les non-membres des services et avantages octroyés. De ce fait, si les membres du club décident d'exempter entre eux les taxes carbone de certains services particulièrement exposés à la compétition internationale (comme, par exemple, l'aviation civile) ou bien de leur attribuer gratuitement des quotas d'émission, les règles de non-discrimination de l'AGCS peuvent devenir pertinentes⁶⁵⁰. De même, en cas de tarifs préférentiels pour l'utilisation des services par les membres du club.

568. Par ailleurs, concernant les services et modalités inscrits sur les listes d'engagements - c'est-à-dire les services pour lesquels un Membre a décidé d'accorder l'accès à son marché -, le *principe du traitement national* s'applique (Article XVII). Or, l'Article XVII de l'AGCS ne contient pas de règle équivalente à celle de l'Article III:8 du GATT qui exempterait les « subventions accordées aux seuls [fournisseurs] nationaux ». Dans ce cas, et de même que

⁶⁴⁷ VICTOR, David G., « The Case for Climate Clubs », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, 10 p.

⁶⁴⁸ HAWKINS, Sonja, « Carbon Market Clubs under the Paris Climate Regime: Climate and Trade Policy Considerations », *ICTSD Climate and Energy Policy Brief*, Genève, 2016, p. 8.

⁶⁴⁹ Sur les potentiels avantages et services communs aux membres du groupe de carbone, voir GAGNON-LEBRUN, Frédéric, GASS, Philip, ALLAN, Jennifer, ECHEVERRÍA, Daniella, OHARENKO, Yuliia, et TOUCHETTE, Yanick, « Advancing Linked Carbon Pricing Instruments : Lessons on governing carbon pricing clubs from non-climate institutions », *IISD Report*, 2018, 30 p.

⁶⁵⁰ Voir HAWKINS, Sonja, « Carbon Market Clubs under the Paris Climate Regime: Climate and Trade Policy Considerations », *ICTSD Climate and Energy Policy Brief*, Genève, 2016, p. 13-14 et 19.

pour la clause de la nation la plus favorisée, la seule manière de garantir une telle exemption serait d'inclure sur les listes d'engagements des exemptions expresses pour les subventions.

569. À cet égard, P. Sauvé et M. Soprana ont conduit une analyse des listes d'engagements en matière de commerce de services des Membres de l'OMC⁶⁵¹ et ont noté que la majorité de ceux qui ont inscrit des exemptions en relation avec les subventions accordées à des fournisseurs de services l'ont fait à la section horizontale des engagements, garantissant ainsi que ces exemptions s'appliquent à tous les secteurs de services libéralisés. Parmi les presque 120 Membres ayant pris des engagements horizontaux, plus d'un tiers ont prévu des limitations pour les subventions, soit en conservant la pleine liberté d'introduire ou de maintenir des subventions incompatibles avec les engagements en matière d'accès au marché ou de traitement national, soit en limitant leur utilisation à une nationalité spécifique ou à un groupe de sociétés (en général, les petites entreprises).

570. De ce fait, la flexibilité d'action offerte à un Membre de l'OMC d'accorder des subventions à ses fournisseurs nationaux de services dépendra forcément des engagements en matière d'accès au marché des services qu'il a pris, ainsi que des limitations à cet accès qu'il aura pu prévoir.

571. Il convient finalement de relever qu'à l'instar du GATT, l'AGCS prévoit des exceptions générales aux obligations qu'il pose (Article XIV). Les règles de l'Article XIV et leur application sont similaires à celles de l'Article XX du GATT⁶⁵². De ce fait, les conclusions auxquelles nous sommes arrivés à l'issue de la section 2:3 du présent chapitre,

⁶⁵¹ Voir SAUVÉ, Pierre et SOPRANA, Marta, « Learning by Not Doing: Subsidy Disciplines in Services Trade », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, 13 p.

⁶⁵² Selon l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Jeux* :

« L'article XIV de l'AGCS énonce les exceptions générales concernant les obligations découlant de l'Accord de la même manière que l'article XX du GATT de 1994. Ces deux dispositions confirment le droit des Membres de poursuivre les objectifs indiqués dans les paragraphes de ces dispositions même si, ce faisant, ils agissent d'une manière incompatible avec les obligations énoncées dans d'autres dispositions des accords respectifs, sous réserve qu'il soit satisfait à toutes les conditions qui y sont énoncées. Un libellé similaire est utilisé dans les deux dispositions, notamment le terme "nécessaires" et les prescriptions énoncées dans leur texte introductif respectif. En conséquence, comme le Groupe spécial, nous estimons que les décisions antérieures au titre de l'article XX du GATT de 1994 sont pertinentes pour notre analyse au titre de l'article XIV de l'AGCS. » (notes de bas de page omises) (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Jeux*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, para. 291).

ainsi que l'approche interprétative et les contours normatifs de ces exceptions que nous allons étudier plus loin (voir le chapitre 2 de la prochaine parité), sont aussi pertinentes pour comprendre les flexibilités accordées par ces exceptions.

Paragraphe 2 : Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC)

572. Le système commercial multilatéral ne contient pas de dispositions régissant de façon générale les investissements⁶⁵³. Cependant, les règles de non-discrimination de l'OMC peuvent être pertinentes au regard des éventuelles composantes discriminatoires des législations nationales relatives aux investissements qui prévoient des obligations et avantages liés au commerce.

573. Ce postulat a été confirmé dès l'époque du GATT, notamment lors de l'affaire *Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger (LEIE)*. En l'espèce, sur la requête des États-Unis, ont été examinées des prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine locale et de résultat à l'exportation imposées par le gouvernement Canadien aux investissements étrangers. Selon l'avis du Groupe spécial chargé de l'affaire, les conditions imposant l'achat de certains produits auprès de sources nationales étaient incompatibles avec les dispositions de l'Article III:4 du GATT. En revanche, il a considéré que celles imposant l'exportation d'une partie de la production dérivée des investissements approuvés n'étaient pas incompatibles avec les règles du système commercial multilatéral. De surcroît, le Groupe spécial a clarifié la portée des dispositions du GATT pour les réglementations nationales des investissements en indiquant :

⁶⁵³ Considérant l'échec de l'OIC et en particulier ses règles relatives aux investissements internationaux, les PARTIES CONTRACTANTES du GATT ont indiqué, dans un rapport adopté en 1955, qu'il serait souhaitable que les parties contractantes concluent des accords bilatéraux d'investissement afin de garantir la sécurité nécessaire aux investissements directs des pays développés sur le territoire des pays en développement et contribuer, ainsi, à leur développement. Les parties contractantes ont aussi négocié, sans succès, l'inclusion de dispositions sur les investissements (« liberté d'établissement ») pendant la séance de révision de 1954-1955. Finalement, la déclaration ministérielle du 29 novembre 1982 nota que les mesures commerciales restrictives adoptées par les gouvernements en réaction à la crise économique de l'époque décourageaient l'investissement productif et appelaient une réglementation plus efficace de ces mesures. Voir : GATT, *Rapport du groupe de travail n° IV – de l'organisation et des fonctions*, L/327, 22 février 1955 ; GATT, *Déclaration ministérielle*, Trente-huitième session des PARTIES CONTRACTANTES, L/5424, 29 novembre 1960 ; GATT, *Déclaration ministérielle*, Trente-huitième session des PARTIES CONTRACTANTES, L/5424, 29 novembre 1982.

« [L]’Accord général n’empêche pas le Canada d’exercer son droit souverain de réglementer les investissements directs étrangers ... Le but de l’article III:4 n’est pas de protéger les intérêts de l’investisseur étranger mais d’assurer que les produits originaires de toute autre partie contractante bénéficient d’un traitement non moins favorable que les produits nationaux (canadiens) pour ce qui est des prescriptions affectant leur achat (au Canada). »⁶⁵⁴

574. Le Groupe spécial précisa ainsi que, malgré l’absence de règles explicites sur les mesures relatives aux investissements étrangers, celles-ci étaient soumises aux règles du GATT dans la mesure où elles imposaient des discriminations commerciales. Cette affaire a compliqué les négociations tenues dans le cadre du cycle d’Uruguay qui visaient à clarifier la relation entre le régime commercial multilatéral et les mesures portant sur les investissements⁶⁵⁵. L’Accord sur les MIC est le résultat du compromis finalement obtenu.

575. Cet Accord⁶⁵⁶ se limite essentiellement à confirmer que les prescriptions relatives à la teneur en éléments d’origine locale sont incompatibles avec le principe du traitement national (Article III du GATT), même si elles sont adoptées en tant que composantes de législations nationales régissant les investissements. De plus, l’Accord stipule que les prescriptions imposant des restrictions quantitatives en matière d’importations ou d’exportations sont contraires à la prohibition de ce type de mesures énoncée par l’Article XI du GATT (Article 2.1).

576. La grande « nouveauté » réglementaire apportée par l’Accord est la « liste exemplative » des MIC considérées comme incompatibles avec les obligations des Articles III et XI du GATT (Annexe). La liste mentionne, notamment, des mesures qui imposent aux investissements le respect de prescriptions : i) ayant trait à la teneur en éléments d’origine

⁶⁵⁴ Rapport du Groupe spécial du GATT, *Canada – LEIE*, L/5504, 07 février 1984, paras. 5.1 et 5.9.

⁶⁵⁵ Les PARTIES CONTRACTANTES ont indiqué leur objectif négociateur en relation avec les mesures sur les investissements comme suit :

« A la suite d’un examen du fonctionnement des articles de l’Accord général se rapportant aux effets de restriction et de distorsion des échanges exercés par les mesures concernant les investissements, des négociations devraient élaborer de manière appropriée les dispositions complémentaires qui pourraient être nécessaires pour éviter de tels effets préjudiciables sur le commerce. » (GATT, *Déclaration ministérielle de Punta del Leste*, MIN(86)/W/19, 20 septembre 1986, p. 16).

⁶⁵⁶ Selon l’Article 1^{er}, l’Accord « s’applique uniquement aux mesures concernant les investissements qui sont liées au commerce des marchandises. » De ce fait, il ne s’applique pas aux mesures concernant les investissements liés aux services. En revanche, aucune définition des « mesures concernant les investissements » n’est donnée par l’Accord.

locale ; ii) conditionnées aux résultats à l'exportation ; ou encore iii) restreignant d'autre manière les importations et/ou exportations. La liste inclut aussi les MIC qui imposent le respect de ces mêmes prescriptions pour « *obtenir un avantage* ». En ce sens, l'Accord sur les MIC crée des obligations pertinentes, par exemple, pour les mesures de soutien aux investissements durables⁶⁵⁷.

577. Enfin, les Articles 3 et 4 de l'Accord sur MIC étendent expressément l'application de « toutes les exceptions prévues dans le GATT » (y compris celles de l'Article XX) aux dispositions de l'Accord mais également la possibilité pour les pays Membres en développement de demander à bénéficier des dérogations prévues à l'Article XVIII.

578. Il est ainsi intéressant de noter que l'Accord sur les MIC se place à mi-chemin entre le GATT et l'Accord SMC. Dès lors, et eu égard à l'importance des investissement productifs pour le développement durable, il n'est pas surprenant qu'il ait aussi été invoqué à l'occasion de différends portant sur des mesures de soutien prises afin de promouvoir la production nationale d'énergies renouvelables (voir *infra*).

579. Il suffit ici de noter qu'outre les questions juridiques complexes posées par l'absence de définition claire de ce qu'est une « mesure concernant les investissements et liée au commerce », question qui échappe à la portée de notre thèse, l'Accord sur les MIC n'apporte pas d'éléments juridiques spécialement pertinents concernant la réglementation des subventions liées au développement durable. En effet, du fait du lien substantiel entre les obligations de l'Accord sur les MIC et les dispositions du GATT et de l'Accord SMC, notre analyse détaillée et nos conclusions tirées de l'examen de de ces deux accords sont aussi valables pour comprendre l'application et la portée de l'Accord sur les MIC.

⁶⁵⁷ Il y a lieu de noter que même si les versions françaises de l'Accord SMC et de l'Accord sur les MIC utilisent tous les deux le terme « avantage », leur version anglaise utilise respectivement les termes « *benefit* » et « *advantage* ». Dès lors, l'Organe d'appel a tenu à clarifier que le terme « *advantage* » couvrirait le terme « *benefit* » mais pas forcément vice versa dans la mesure où la notion de l'Accord SMC est plus spécifique. Autrement dit, il se peut qu'une MIC ne soit pas une subvention au titre de l'Accord SMC du fait qu'elle ne remplit pas les conditions d'un *benefit* au sens de l'Accord SMC (en particulier son Article 14, comme nous l'avons vu). De ce fait, le champ d'application de l'Accord sur les MIC est proche de celui de l'Accord SMC mais n'est pas forcément semblable. Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, paras. 5.208-209.

Section 5 : Conclusions

580. Le cadre normatif multilatéral applicable aux subventions est vaste et complexe. Il est le résultat de plus de 100 ans d'évolution de débats académiques et politiques mais aussi de négociations commerciales. Bien qu'il soit compréhensible, voire logique, d'un point de vue historique et politique, ce régime juridique est affecté par un biais important : il ne s'intéresse aux subventions que dans la mesure où elles produisent des effets commerciaux négatifs.

581. Or, une telle approche écarte un certain nombre de questionnements portant notamment sur la légitimité du cadre juridique international actuel. Le fait que le système commercial multilatéral impose des restrictions strictement justifiées en fonction des effets délétères des subventions sur les échanges internationaux ne permet pas de traiter de problématiques plus larges liées par exemple à la réalisation des objectifs de développement durable. Cette approche ne permet pas aisément la prise en compte des défaillances du marché justifiant l'adoption de subventions potentiellement positives pour le bien-être global. Le cadre normatif se montre également peu flexible et apte à s'adapter à de nouveaux développements (factuels ou des connaissances théoriques) qui pourraient légitimer l'utilisation plus ou moins développée de subventions.

582. Il s'écarte aussi, au moins partiellement, des bases théoriques économiques classiques qui justifient l'existence même d'un système commercial multilatéral. En l'absence d'exceptions générales du type de celles prévues à l'Article XX du GATT, applicables à l'ensemble des disciplines, les règles du système commercial multilatéral ne peuvent jouer un rôle plus efficace dans la promotion d'une utilisation correcte des subventions pour pallier les défaillances de marché, les externalités environnementales et les coûts sociaux.

583. Ainsi que nous l'analyserons plus en détail par la suite, l'évolution de l'application des autres dispositions du système commercial multilatéral semble avoir pris un chemin différent ; vers la prise en compte et l'intégration d'objectifs non-commerciaux. Certains développements récents en matière d'interprétation et de mise en œuvre des dispositions de l'OMC sur les subventions augurent une potentielle flexibilisation de l'approche strictement

commerciale. En revanche, ces évolutions ne changent fondamentalement pas la logique juridique du système et se limitent à des situations économiques assez spécifiques.

Tableau 21 – Récapitulatif du raisonnement juridico-économique de la réglementation multilatérale relative aux subventions du GATT, de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'agriculture

Subventions indésirables		Exceptions ?
GATT	Celles à l'exportation, surtout de produits non-primaires, ainsi que celles qui comportent des composantes discriminatoires	Exceptions générales (Article XX) et possibilité d'exemptions spécifiques (Article XVIII)
Accord SMC	Seulement celles (spécifiques ou prohibées) censées avoir des effets commerciaux nuisibles importants	Pas d'exceptions, mais TSD
Accord sur l'agriculture	Potentiellement tout soutien interne, ainsi que des subventions à l'exportation	Deux types : i) peu d'effets commerciaux (<i>de minimis</i> et « découplées ») ; et ii) celles adoptées pour des objectifs légitimes (« catégories vertes » et TSD) si adoptées en respectant certaines prescriptions afin de réduire leurs effets sur la production / commercialisation
AGCS	Celles ayant des effets commerciaux « préjudiciables » (consultations) ou celles qui comportent des composantes discriminatoires (surtout si le secteur a été libéralisé)	Exceptions générales (Article XIV), possibilité d'inclure des exemptions aux listes d'engagements
Accord sur les MIC	Avantages aux investissements conditionnés à des restrictions contraires aux Articles III et XI du GATT (liste illustrative)	Exceptions et exemptions du GATT qui s'appliquent

TROISIÈME PARTIE : LE CONCEPT DE DÉVELOPPEMENT DURABLE ET L'APPLICATION MODERNE DE LA RÉGLEMENTATION MULTILATÉRALE COMMERCIALE DES SUBVENTIONS

« [Le préambule de l'Accord sur l'OMC] démontre que les négociateurs de l'OMC ont reconnu que l'utilisation optimale des ressources mondiales devait se réaliser conformément à l'objectif de développement durable. Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'Accord sur l'OMC, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'Accord sur l'OMC, le GATT de 1994 en l'espèce ». Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 153.

584. Pour continuer d'explorer comment les règles du système commercial multilatéral relatives aux subventions se rapportent au concept de développement durable et d'étudier les cadres juridiques internationaux qui visent à sa mise en œuvre, il y a lieu d'analyser l'évolution du concept de développement durable et la manière dont il a été intégré au système commercial multilatéral (chapitre 1).

585. Puis, notre étude se concentrera sur l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel pour appliquer les dispositions du système commercial multilatéral à la lumière de l'objectif de développement durable (chapitre 2). Pour ce faire, nous examinerons préalablement quelques exemples phares de différends de l'époque du GATT dans lesquelles des mesures affectant le commerce prises à des fins de protection environnementale ont été confrontées à des obligations du système commercial multilatéral. Ce faisant, nous serons en mesure d'étudier l'évolution de l'approche adoptée par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel quant à l'application de dispositions commerciales au regard des mesures prises à des fins de protection environnementale.

586. Cet examen nous permettra d'examiner les conséquences réglementaires possibles de la prise en compte de l'objectif de développement durable sur la mise en œuvre des règles relatives aux subventions de l'Accord SMC ainsi que l'utilisation contemporaine de ce dispositif lors de la dernière partie de notre thèse.

Chapitre 1 : L'évolution du concept de développement durable et ses conséquences sur le système commercial multilatéral

587. Cette section sera consacrée à étudier l'évolution parallèle des systèmes multilatéraux commercial et environnemental et comment leur relation juridique et politique s'est progressivement élaborée.

588. Les points de contact entre les deux systèmes juridiques ont souvent été conflictuels et antagoniques, à tout le moins durant les premières années de leur existence. Puis, elle s'est inversée et stabilisée avec la reconnaissance du développement durable dans les années 1980.

589. Les développements institutionnels et juridiques réalisés au cours de la première moitié des années 1990 dans le cadre des deux systèmes multilatéraux ont contribué à ancrer la relation juridico-politique autour du concept de développement durable. Puis, l'adoption des objectifs de développement durable (ODD) par les états membres de l'ONU en 2015 a ancré l'approche selon laquelle développement économique (y compris par la voie de l'intégration commerciale) et durabilité environnementale et sociale ne peuvent être réalisés qu'en consonance.

590. Dès lors, nous mettrons en évidence, dans le cadre de ce chapitre, l'évolution de cette relation entre les deux systèmes multilatéraux souvent tendue (section 1) jusqu'à l'introduction du concept de développement durable et son adoption par l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (section 2). Nous finirons le chapitre, par un examen bref des enjeux de l'adoption des ODD pour le système commercial multilatéral (section 3).

Section 1 : Un début cahoteux

591. Lors des négociations préalables à la création de l'OIC et l'adoption du GATT au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, les représentants des nations engagées dans ces discussions avaient un objectif primordial en tête en visant la création d'un système commercial multilatéral : établir des bases juridiques régissant les relations économiques et commerciales internationales afin d'éviter le recours aux mesures de repli sur soi qui avaient

marqué les relations économiques des années 1930. Il s'agissait, ce faisant, de contribuer au maintien de la paix, au développement économique et à la reconstruction⁶⁵⁸.

592. Dès lors, on souligne souvent que les effets nuisibles sur l'environnement de la croissance économique recherchée par le nouveau système multilatéral envisagé ne figuraient pas parmi les considérations centrales des négociateurs⁶⁵⁹. Or, une analyse plus approfondie de l'historique de l'évolution des règles du système commercial multilatéral, ainsi que de celles relatives à la protection de l'environnement à l'échelle internationale, dépeint un cadre un peu plus complexe⁶⁶⁰. D'abord, le préambule du GATT reflète les fondements et la portée de la relation entre environnement et développement économique dans le cadre des relations commerciales internationales de l'époque. En effet, dans le premier paragraphe du préambule du GATT, les PARTIES CONTRACTANTES ont indiqué les objectifs pour lesquels elles ont pris des engagements commerciaux à un niveau multilatéral en mentionnant une « pleine utilisation des ressources mondiales » :

Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique doivent être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, *la pleine utilisation des ressources mondiales* et l'accroissement de la production et des échanges de produits, ... (italiques ajoutés)

593. Selon la théorie économique classique, le niveau particulièrement bas des échanges internationaux à la fin de la Deuxième Guerre mondiale signifiait que de nombreuses

⁶⁵⁸ Voir ONU, *Resolutions adopted by the Economic and Social Council during its 1st session held in London from 23 January to 18 February 1946*, Lake Success, N.Y. UN, 1946 E/1st sess./Resolutions, p. 173-174. Sur le sujet, voir aussi : JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 13 ; IRWIN, Douglas A., « Trade Liberalization: Cordell Hull and the Case for Optimism », *Maurice R. Greenberg Center for Geoeconomic Studies Working Paper*, Council on Foreign Relations, 2008, 36 p.

⁶⁵⁹ Voir, par exemple : COSBEY, Aaron et RUNNALLS, David, *Trade and Sustainable Development: A Survey of the Issues and a New Research Agenda*, IISD, 1992, p. 56-57.

⁶⁶⁰ Sur le sujet de l'évolution de la relation entre le droit international du commerce et le droit international de la protection environnementale, voir, entre autres : ERNST-ULRICH, Petersmann, « International Trade Law and International Environmental Law », *Journal of World Trade Law*, vol. 27, n° 1, 1993, p. 43-81 ; ESTY, Daniel C., *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Institute for International Economics, Washington, 1994, xvi, 319 p. ; COSBEY, Aaron et RUNNALLS, David, *Trade and Sustainable Development: A Survey of the Issues and a New Research Agenda*, IISD, 1992, 131 p. ; CHARNOVITZ, Steve, « Free Trade, Fair Trade, Green Trade : Defogging the Debate », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, n° 3, Symposium, Article 2, 1994, p. 459-525.

ressources économiques étaient sous-utilisées à l'échelle globale. Il était ainsi considéré que la libéralisation commerciale permettrait à toute partie contractante d'utiliser pleinement ses ressources, y compris ses ressources naturelles, de façon à promouvoir le développement économique. Autrement dit, avec l'établissement d'un système commercial multilatéral plus libre et certain, les ressources mondiales pourraient être exploitées pleinement au service du développement économique.

594. Néanmoins, des efforts nationaux et internationaux ayant trait à la conservation de certaines espèces et de milieux naturels intégraient déjà les politiques publiques de plusieurs pays ayant participé aux négociations du GATT et de l'OIC. De ce fait, la relation entre les mesures commerciales prises aux fins de conservation et les nouvelles règles commerciales multilatérales n'a pas échappé aux discussions qui se sont tenues en vue de l'établissement du système commercial multilatéral.

Paragraphe 1 : Les exceptions « environnementales » au GATT de 1947

595. Le GATT de 1947 contenait déjà certaines exceptions générales, inscrites à l'Article XX, qui permettaient l'adoption de mesures commerciales restrictives afin de réaliser des objectifs non-commerciaux (voir ci-dessus). En particulier, les paragraphes b) (mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ») et g) (mesures « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables ») sont des dispositions permettant l'intégration de considérations de protection de l'environnement au sein du cadre commercial multilatéral. Cependant, une analyse un peu plus détaillée de l'histoire de la consécration de ce type de règles dans le système commercial multilatéral révèle les véritables contours et les limites des considérations proprement environnementales à cette époque⁶⁶¹.

596. En premier lieu, le texte de l'Article XX b) est dérivé d'une disposition similaire présente dans plusieurs accords commerciaux internationaux signés à l'époque, notamment

⁶⁶¹ Sur l'historique des négociations de ces disciplines, voir CHARNOVITZ, Steve, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *Journal of World Trade*, vol. 25, n° 5, 1991, p. 37-55. Voir aussi la longue discussion entre les États-Unis et l'Inde, le Pakistan et la Thaïlande dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Crevette*, paras. 3.176-208. Nous allons revenir sur cette affaire et sujet prochainement dans notre thèse.

la Convention de 1927 pour l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation⁶⁶² (« Convention de 1927 »). Souvent considérée comme le premier accord commercial multilatéral, elle contenait dans son Article 4 une série de mesures commerciales restrictives qui, si adoptées à des fins légitimes non-commerciales, n'étaient pas interdites par la Convention. Parmi ces exceptions, le paragraphe 4 mentionnait les « [p]rohibitions ou restrictions édictées en vue de protéger la santé publique ou d'assurer la protection des animaux ou des plantes contre les maladies, les insectes et les parasites nuisibles »⁶⁶³.

597. De plus, la note interprétative de l'Article 4 contenue dans le Protocole annexé à la Convention précisait que son paragraphe 4 garantissant la protection des animaux et des plantes contre des « *maladies* » visait également « les mesures prises afin de les préserver contre la dégénérescence ou l'extinction et les mesures appliquées aux semences, plantes, parasites et animaux nuisibles ». Cette disposition visait ainsi essentiellement à assurer la compatibilité des mesures sanitaires, phytosanitaires et de protection du territoire afin d'éviter que la Convention de 1927 permette l'introduction de maladies et d'espèces envahissantes susceptibles de causer « la dégénérescence ou l'extinction » de la faune et de la flore nationales.

598. Cette Convention n'est toutefois jamais entrée en vigueur, ce qui n'a pas empêché que cette disposition ait constitué la base de plusieurs autres accords commerciaux internationaux ultérieurs⁶⁶⁴, y compris du projet de Charte de l'OIC proposé par les États-

⁶⁶² SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Convention internationale pour l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation*, Conférence Convention internationale pour l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation, Official Journal of the League of Nations, C.559.M.20I, II, Genève, 1927.

⁶⁶³ Il est intéressant de noter que le libellé du paragraphe introductif à l'Article 4 de la Convention de 1927 est très similaire à celui adopté vingt ans plus tard dans le GATT. Il établissait ce qui suit :

« Les catégories suivantes de prohibitions et de restrictions ne sont pas interdites par la présente Convention, à la condition, toutefois, quelles ne soient pas appliquées de manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire entre les pays étrangers ou existent les mêmes conditions, ni de manière à constituer une restriction déguisée des échanges internationaux : ... ».

Outre l'exception pour la protection de la santé publique, des animaux ou des plantes, l'Article 4 de la Convention de 1927 prévoyait aussi les objectifs non-commerciaux suivants : sécurité publique ; raisons morales ou humanitaires ; restrictions concernant le trafic des armes, des matériels de guerre ou, dans des circonstances exceptionnelles, de tout autre approvisionnement de guerre ; protection du patrimoine national artistique, historique ou archéologique ; restrictions applicables à l'or, à l'argent, aux espèces, au papier-monnaie et aux titres ; mise en application de lois internes non-discriminatoires ; monopoles d'État.

⁶⁶⁴ Voir, entre autres : l'Article VI de l'Accord commercial provisoire entre le Commonwealth d'Australie et

Unis au début des négociations qui aboutiront à l'adoption du GATT⁶⁶⁵. Ainsi, dans la mesure où cette règle faisait déjà partie d'accords commerciaux antérieurs, peu de discussions de fond sur ses contours et objectifs ont eu lieu lors des négociations pour le GATT. Les débats qui se sont tenus au sein de la Commission préparatoire se sont plutôt concentrés sur des propositions visant à apporter des clarifications au texte de la disposition afin d'assurer que les restrictions commerciales imposées aux importations s'appliquent aussi aux produits nationaux si des situations sanitaires similaires existaient également sur le territoire national.⁶⁶⁶

599. Selon le représentant de la France durant ces négociations, de telles clarifications étaient nécessaires afin d'éviter « l'abus qui a été fait dans le passé des prohibitions sanitaires et les préjudices que certains pays exportateurs ont subis de ce fait ». Le représentant français a par ailleurs noté, en particulier, qu'à « la lumière de la discussion qui a eu lieu [dans le cadre des négociations], on peut se rendre compte que la Commission est absolument hostile à tout emploi de prohibitions sanitaires pouvant constituer une mesure de protectionnisme indirecte »⁶⁶⁷. Le compromis final qui a été atteint par les parties contractantes a été d'utiliser

l'Union économique belgo-luxembourgeoise de 1936 (disponible sur <<http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-memorial-1936-95-fr-pdf.pdf>>, dernier accès le 11.04.2019) ; l'Article 7 de l'Echange de notes comportant un accord provisoire concernant les relations commerciales entre le Brésil, la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord de 1936 (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Recueil des Traités*, vol. 172, 1936, p. 280-281) ; l'Article 6 de la Convention de commerce entre l'Estonie et la France de 1937 (SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Recueil des Traités*, vol. 183, 1937, p. 46).

⁶⁶⁵ Voir notre chapitre 2, section 1 de la deuxième partie de notre thèse ci-dessus pour l'analyse complète de l'historique de ces négociations.

⁶⁶⁶ Voir : U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., 25^e séance, E/PC/T/A/PV/25, 3 juillet 1947, p. 20-23 ; U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., 30^e séance, E/PC/T/A/PV/30, 16 juillet 1947, p. 7-14. Lors de la réunion du 3 juillet 1947, le président de la Commission A a ainsi expliqué la portée des débats sur la disposition :

« [S]i un pays décide d'empêcher des importations de marchandises, animaux, etc. afin de protéger la santé de ses propres animaux domestiques il doit alors pouvoir fournir la preuve que, dans le cas où la même maladie ou épizootie éclaterait sur son propre territoire, il édicterait les mêmes mesures de protection que le pays de provenance. Autrement dit, il ne sera pas admissible d'invoquer simplement le désir ou la nécessité de protéger ses propres animaux pour s'opposer à des importations. Il faudra que cela soit pris très au sérieux. » (U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., 25^e séance, E/PC/T/A/PV/25, 3 juillet 1947, p. 21.)

⁶⁶⁷ U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., 30^e séance, E/PC/T/A/PV/30, 16 juillet 1947, p. 12-13

l'expression « mesures *nécessaires* pour » plutôt que ce qu'indiquait la proposition initiale, à savoir « mesures *destinées* à », en référence à l'exception. Il a aussi été considéré que le paragraphe introductif de ce qui deviendra l'Article XX du GATT permettrait d'éviter l'abus de recours aux exceptions consacrées dans la disposition⁶⁶⁸.

600. De ce fait, on peut affirmer que ces exceptions reprises à l'Article XX b) du GATT visaient clairement, déjà en 1947, à accorder une flexibilité mesurée aux efforts nationaux relatifs à la protection de l'environnement, sachant que l'objectif « environnemental » visé par les parties contractantes à l'époque des négociations était en réalité limité aux effets nuisibles des importations infestées ou des espèces envahissantes dangereuses pour la faune et la flore nationales⁶⁶⁹.

601. En outre, un examen du déroulement des négociations relatives à l'Article XX g) démontre qu'en 1947, les parties contractantes visaient à travers cette disposition à permettre l'adoption de mesures commerciales restrictives ayant trait à la conservation des ressources naturelles *d'intérêt économique* qui pourraient autrement être épuisées dans le cours normal

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 14. Il convient aussi de noter que l'Accord SPS de l'OMC a été adopté effectivement afin de développer l'exception introduite par l'Article XX b). Selon le dernier paragraphe du préambule de l'Accord SPS, les Membres de l'OMC avaient pour objectif avec l'adoption de celui-ci « d'élaborer des règles pour l'application des dispositions du GATT de 1994 qui se rapportent à l'utilisation des mesures sanitaires ou phytosanitaires, en particulier les dispositions de l'article XX b) ». Voir aussi : Rapport du Groupe spécial, *CE – Hormones*, WT/DS26/R, para. 8.38 et WT/DS48/R, para 8.41, du 18 août 1997 ; Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Volaille (Chine)*, WT/DS392/R, 29 septembre 2010, para. 7.473.

⁶⁶⁹ S. Charnovitz a semblé contester, en 1991, l'interprétation selon laquelle l'exception de l'Article XX b) visait, lorsqu'elle a été adoptée, essentiellement les mesures *sanitaires* ayant trait à la protection des ressortissants et de l'environnement *nationaux* des pays qui les adoptaient. L'auteur accepta qu'une lecture de l'historique des négociations puisse conduire à une telle interprétation, cependant il nota que les États-Unis et bien d'autre pays disposaient de lois imposant des restrictions commerciales pour la protection de la santé des animaux en dehors leurs circonscriptions nationales (comme, par exemple, la proscription de l'abattage des phoques en mer). Certaines de ces mesures étaient même fondées sur des arrangements internationaux. L'auteur affirma ainsi que les parties contractantes n'auraient pu adopter une exception qui ne leur permettait pas de maintenir de telles restrictions. Nonobstant la pertinence de cet argument, il nous semble que le contexte historique des négociations pour l'adoption de l'exception contenue à l'Article XX b) révèle que le principal objectif de cette disposition était bien de permettre l'adoption de *mesures sanitaires* pour la protection de la vie humaine, ainsi que de la faune et de la flore, même si cet objectif pouvait ne pas être le seul envisagé par toute partie contractante ayant participé aux négociations. Voir CHARNOVITZ, Steve, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *Journal of World Trade*, vol. 25, n° 5, 1991, p. 37-55. Pour une vision contraire, voir : JACKSON, John, « World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict? », *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, n° 4, 1992, p. 1239-1242 ; SHRYBMAN, Steven, *International Trade and the Environment: An Environmental Assessment of the Present GATT Negotiations*, Canadian Environmental Law Association, (revised) 1990, 22 p. Nous aurons l'occasion de revenir sur le sujet de la portée des exceptions de l'Article XX ultérieurement dans notre thèse.

des affaires⁶⁷⁰. A la différence de l'exception du paragraphe b), cette disposition ne semble pas avoir de précédent multilatéral. Les discussions qui ont eu lieu dans le cadre des négociations sur la Charte de l'OIC ont fondamentalement porté sur des mesures prises (surtout des restrictions à l'exportation) aux fins de conservation des matières premières, produits de bétail et minéraux essentiels à l'activité économique et commerciale des pays participants⁶⁷¹.

602. Comme le note de manière pertinente S. Charnovitz, même si les efforts de conservation des espèces menacées à l'échelle multilatérale ne prendra une réelle force que quelques années plus tard, plusieurs parties contractantes disposaient déjà dans les années 1940 de lois nationales s'ajoutant à des accords bilatéraux et plurilatéraux encadrant les échanges internationaux de certains produits de la nature⁶⁷². Or, les débats qui ont marqué

⁶⁷⁰ Voir U.N. ECOSOC, *Première session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, 9^e séance de la II^e Commission, Comité technique, E/PC/T/C.II/50, 13 novembre 1946, p. 4-8 ; U.N. ECOSOC, *Verbatim Report of the Fifth Meeting*, Sub-Committee of Committee II on Quantitative Restrictions and Exchange Control, E/PC/T/C.II/QR/PV/5, 18 novembre 1946, p. 79-82 ; U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A, 25^e séance, E/PC/T/A/PV/25, 3 juillet 1947, p. 31-36.

⁶⁷¹ Par exemple, le représentant du Brésil a mentionné l'importance des ressources en manganèse « qui suffisent amplement à nos besoins actuels ou futurs, mais qui risquent de s'épuiser très vite si nous continuons à les exporter sans limite, comme nous l'avons fait dans le passé ». U.N. ECOSOC, *Verbatim Report of the Fifth Meeting*, Sub-Committee of Committee II on Quantitative Restrictions and Exchange Control, E/PC/T/C.II/QR/PV/5, 18 novembre 1946, p. 79. En outre, le délégué de l'Australie a fait valoir l'importance de limiter les exportations de mérinos de son pays à la suite d'une sécheresse qui avait causé la perte de « 20 millions de mérinos ». On lui a fait remarquer que l'exception prévue pour les ressources naturelles épuisables était pertinente au regard de cette question. U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission A(1), 40^e séance, 15 août 1947, E/PC/T/A/SR/40(1) p. 2-3 et E/PC/T/A/PV/40(1) p. 4-5.

⁶⁷² S. Charnovitz mentionne, entre autres : la Convention pour la préservation des animaux sauvages, des oiseaux et des poissons en Afrique de 1900 (aussi dit « Convention de Londres ») qui imposait un système de licences d'exportation pour certaines espèces afin d'éviter leur disparition ; le traité entre les nations engagées dans la chasse des phoques en mer signé par la Grande-Bretagne, le Japon, la Russie et les États-Unis en 1911, qui imposait des conditions de chasse afin de conserver l'espèce et interdisait l'importation de peaux de phoque prélevées dans l'océan Pacifique nord en violation de la Convention ; le traité bilatéral entre la Grande-Bretagne (au nom du Canada) et les États-Unis de 1916 pour la protection des oiseaux migrateurs qui interdisait l'exportation de certaines espèces pendant les périodes de reproduction ; la Convention de 1921 entre l'Italie et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes (Yougoslavie) interdisant le commerce du poisson capturé selon des méthodes ayant des effets préjudiciables sur le frai et la préservation. CHARNOVITZ, Steve, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *op. cit.*, p. 39-40. Sur le sujet des premiers efforts de conservation de la nature durant la première moitié du XX^e siècle, voir : RAFFIN, Jean-Pierre, « De la protection de la nature à la gouvernance de la biodiversité », *Ecologie & politique*, Presses de Sciences Po, vol. 1, n° 30, 2005, p. 97-109 ; BONNIN, Marie, « Retour historique sur la conservation de la nature », in Garnier, Lisa (dir.), *Entre l'Homme et la nature, une démarche pour des relations durables*, Réserves de Biosphère - Notes techniques 3, Paris, UNESCO, 2008, p. 32-35. Voir aussi le tableau 22 ci-dessous.

les négociations multilatérales commerciales qui se sont tenues entre 1945 et 1947 portant sur les exceptions aux règles commerciales en vue de la conservation des ressources naturelles épuisables ne semblent pas avoir tenu compte de ce genre de préoccupation « écologique ». Ces discussions se sont en effet limitées à considérer l'aspect économique et stratégique de la conservation de ressources naturelles « commercialisables ».

603. Sur ce point, il est intéressant de noter que la version de l'Article XX g) initialement présentée par les États-Unis (Article 32 j) de la Charte proposée) prévoyait deux types de restrictions commerciales visant la conservation des ressources naturelles épuisables : des restrictions appliquées « conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales » (c'est-à-dire, unilatérales et non-discriminatoires) et des restrictions adoptées « en vertu d'accords internationaux » (action coordonnée). Au cours des négociations sur la Charte de l'OIC, les efforts *internationaux* de conservation semblent avoir été déplacés vers les débats portant sur le Chapitre VI de la Charte proposée régissant les accords intergouvernementaux portant sur les « produits de base »⁶⁷³.

604. Ce chapitre a substantiellement développé les dispositions initialement proposées par les États-Unis concernant les accords intergouvernementaux sur les produits de base. Parmi les objectifs que ces accords ont pu envisager de réaliser, un alinéa a été ajouté visant à « conserver et développer les ressources naturelles du monde et prévenir leur épuisement inconsidéré »⁶⁷⁴, un objectif qui ne figurait pas dans la version originellement proposée par les États-Unis en septembre 1946. De plus, une exception spécifique aux dispositions du Chapitre VI a été introduite dans le projet de Charte de New York pour les « accords relatifs

⁶⁷³ Selon l'Article 56 de la Charte, « l'expression "produit de base" s'entend de tout produit de l'agriculture, des *forêts ou des pêches, et de tout minéral*, que ce produit soit sous sa forme naturelle ou qu'il ait subi la transformation qu'exige communément la vente en quantités importantes sur le marché international » (italiques ajoutés).

⁶⁷⁴ Selon l'Article 57 de la Charte finale de l'OIC, les autres objectifs visés par ces Accords sont les suivants : a) éviter ou atténuer les difficultés économiques sérieuses découlant du « jeu normal » des forces du marché ; b) fournir un cadre pour l'examen et la mise en œuvre de mesures qui comportent des ajustements économiques visant à l'accroissement de la consommation ou à un transfert de ressources et de main-d'œuvre, des industries trop développées vers des emplois nouveaux et productifs ; c) empêcher ou modérer les fluctuations prononcées du prix d'un produit de base ; e) assurer le développement de la production d'un produit de base ; f) assurer une répartition équitable d'un produit de base en cas de pénurie.

aux pêcheries internationales ou à la protection de la faune et de la flore dont le seul but est de conserver et de développer ces ressources »⁶⁷⁵.

605. De ce fait, durant les négociations de Londres en novembre 1946, le président du Comité de procédure proposa la suppression de l'alinéa g) (« j) » dans la version en débat) de la disposition qui deviendra l'Article XX du GATT et de « laisser [aux dispositions relatives aux accords intergouvernementaux sur les produits de base] le soin de régler les cas qui sont prévus à l'alinéa (j) »⁶⁷⁶. Ainsi, lors de la séance de négociations de Genève en juillet 1947, une recommandation a été faite par la commission de rédaction B concernant le Chapitre VI de la Charte, d'y supprimer l'expression « en vertu d'accords internationaux », dans la mesure où cette situation serait déjà exemptée des règles commerciales par la voie des dispositions relatives aux accords intergouvernementaux sur les produits de base⁶⁷⁷. Cette modification éliminait ainsi de l'Article XX g) l'exception aux mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables adoptées au terme d'efforts internationaux⁶⁷⁸.

606. La proposition a été acceptée et la version actuelle de l'exception de l'Article XX g) figurait déjà dans le GATT qui a été adopté à la fin des négociations de Genève en octobre 1947⁶⁷⁹. Comme nous l'avons vu, après l'adoption de ce dernier, les parties contractantes ont donné suite aux négociations sur la Charte de l'OIC. Au cours des négociations de la Havane, le Chapitre sur les produits de base a davantage été développé et l'exception pour les accords

⁶⁷⁵ Article 59 b). Voir U.N. ECOSOC, *Report of the Drafting Committee of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/34, du 20 janvier au 25 février 1947, p. 47.

⁶⁷⁶ U.N. ECOSOC, *Première session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, 9^e séance de la II^e Commission, Comité technique, E/PC/T/C.II/50, 13 novembre 1946, p. 8. La délégation de l'Inde avait aussi proposé de supprimer cette exception, mais en considérant que l'exportation des produits manufacturés en pénurie devaient aussi être possible. *Ibidem*, p. 4-8. Sur ce point, voir aussi U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A, 25^e séance, E/PC/T/A/PV/25, 3 juillet 1947, p. 32.

⁶⁷⁷ La délégation du Brésil a fait une proposition similaire. Voir U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A, 25^e séance, E/PC/T/A/PV/25, 3 juillet 1947, p. 33.

⁶⁷⁸ Il convient de noter que le représentant des États-Unis a fait remarquer que la suppression de l'expression « en vertu d'accords internationaux ou » de l'alinéa g) ne serait acceptable pour sa délégation que si le libellé des autres dispositions de la Charte comportait cette exception. *Ibidem*, p.33-35.

⁶⁷⁹ Le GATT tel qu'adopté en 1947 comptait déjà avec une version très similaire à la version actuellement en vigueur de l'exception de l'Article XX h) ayant trait aux mesures prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base.

relatifs à la « protection *de la faune et de la flore* » a été modifiée de façon à exempter des règles du Chapitre *tout accord international dont le seul objectif* serait la *conservation* des *ressources des pêches, la protection des oiseaux migrateurs ou des animaux sauvages*.

607. Suivant la recommandation de la Commission des produits de base, cette exception a aussi été reproduite dans le chapitre commercial de la Charte (équivalent aux dispositions du GATT)⁶⁸⁰. De ce fait, la Charte de l'OIC, telle qu'elle a été adoptée, prévoyait trois exceptions se rapportant aux mesures commerciales restrictives adoptées aux fins de conservation :

- i) exception aux règles du chapitre commercial pour les mesures « se rapportant à la conservation des ressources naturelles susceptibles d'épuisement, lorsque de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales » (Article 45.1 a) viii) ;
- ii) exception aux règles du chapitre commercial pour les mesures « prises en application d'accords intergouvernementaux qui ont pour seul but la conservation des ressources des pêcheries, la protection des oiseaux migrateurs ou des animaux sauvages et qui répondent aux conditions énoncées au paragraphe 1 d) de l'article 70 » (Article 45.1 a) x)) ;
- iii) exception aux règles du chapitre sur les accords intergouvernementaux sur les produits de base pour « tout accord intergouvernemental ayant pour seul but la conservation des ressources des pêches, la protection des oiseaux migrateurs ou des animaux sauvages, à la condition que cet accord ne serve pas à atteindre des buts incompatibles avec les objectifs du présent chapitre ou le but général et les objectifs [de la Charte] et qu'il fasse l'objet d'une publicité complète » (Article 70 1 d)–italiques ajoutés)⁶⁸¹.

608. Durant la deuxième session des négociations réunissant les futures PARTIES CONTRACTANTES du GATT, en septembre 1948, le groupe de travail chargé d'examiner quels changements apportés à La Havane devaient être transposés dans le texte de l'Accord

⁶⁸⁰ U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Cinquième commission : accords intergouvernementaux sur les produits de base, Rapport de la sous-commission A, première partie, E/CONF.2/C.5/9, 24 décembre 1947, p. 13-14.

⁶⁸¹ L'alinéa c) de cet Article exempte aussi des dispositions du Chapitre VI les « dispositions de tout accord intergouvernemental sur un produit de base qui sont nécessaires pour assurer la protection de la moralité publique, la protection de la vie ou de la santé des personnes ou des animaux ou la préservation des végétaux, à la condition que cet accord ne serve pas à atteindre des buts incompatibles avec les objectifs des chapitres V [sur pratiques commerciales restrictives] et VI ».

général ne s'est pas prononcé en faveur de l'inclusion de cette nouvelle exception relative aux accords intergouvernementaux pour la conservation des ressources naturelles⁶⁸².

609. Le GATT ne comptera pas avec les règles de la Charte de l'OIC relative aux accords intergouvernementaux sur les produits de base, ni celles exemptant du respect des règles commerciales les accords internationaux de conservation. Même si le GATT de 1947 prévoyait une exception pour les mesures « prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base » (Article XX h) – toujours en vigueur aujourd'hui après quelques modifications –, il nous semble peu évident de considérer que l'interprétation de cette disposition devrait, pour cette seule raison, inclure les considérations et règles introduites à La Havane⁶⁸³.

⁶⁸² Selon le groupe de travail :

« Pour ce qui est du remplacement immédiat des articles de la partie II [qui inclus l'Article XX], le Groupe de travail a constaté que la partie II de l'Accord général sera suspendue dès l'entrée en vigueur de la Charte de La Havane, et qu'en conséquence les modifications qui seraient apportées maintenant au texte des articles en question ne seront opérantes que pendant la période relativement brève qui s'écoulera jusqu'à l'entrée en vigueur de la Charte. Dans ces conditions, le Groupe de travail a estimé qu'il conviendrait de suivre la même procédure que lors de la première session, c'est-à-dire de limiter les changements au cas où le maintien des dispositions actuelles de la partie II causerait de sérieuses difficultés aux Parties Contractantes. » GATT, *Rapport du Groupe de travail n° 3 sur les modifications à l'Accord général*, PARTIES CONTRACTANTES en Deuxième Session, GATT/CP.2/22, 27 août 1948, p. 1.

⁶⁸³ Une option d'interprétation juridique de cette disposition qui tiendrait compte de l'historique des négociations que nous avons analysé serait d'inclure au cadre des « accords intergouvernementaux sur les produits de base », « tout accord intergouvernemental ayant pour seul but la conservation des ressources des pêches, la protection des oiseaux migrateurs ou des animaux sauvages ». Or, le fait que ces dispositions n'aient pas été adoptées dans le GATT quand a été examinée la pertinence de le faire pourrait étayer une interprétation opposée. Il y a lieu de noter que pendant les premières discussions structurées dans le cadre du GATT sur le sujet en mai 1991, la délégation de l'Australie a considéré que « s'il s'avérait nécessaire que le GATT reconnaisse officiellement ces accords, l'article XX h) pourrait être modifié pour inclure, outre les obligations découlant des accords de produits, celles qui résulteraient des accords multilatéraux sur l'environnement ». GATT, *Réunion du Conseil tenu les 29 et 30 mai 1991*, C/M/250, 28 juin 1991, p. 5 (accentuation ajoutée). De plus, dans son rapport sur le commerce et l'environnement présenté au Conseil, le Secrétariat du GATT a inclus dans son analyse des exceptions de l'Article XX pertinentes pour les mesures commerciales prises aux fins de protection de l'environnement l'alinéa h ainsi que les alinéas b) et g). Le Secrétariat a aussi considéré pertinent d'informer les parties contractantes sur le fait que l'exception au Chapitre IV de la Charte concernant « les questions relatives à l'environnement » ne figurait pas « explicitement » dans l'Article XX du GATT. Finalement, lors de son recensement des notifications du GATT ayant trait à la protection environnementale, le Secrétariat a décidé d'y inclure les restrictions quantitatives notifiées au nom de l'alinéa h) de l'Article XX. GATT, *Commerce et environnement*, Note d'information établie par le Secrétariat, L/6896, 18 septembre 1991, p. 36-37, p. 93-103. Nous allons revenir sur ces débats « structurés » relatifs au commerce et à l'environnement dans le cadre du GATT ultérieurement dans la thèse.

610. En somme, au cours des négociations portant sur la Charte de l'OIC, l'exception visant les mesures commerciales prises dans le cadre des efforts internationaux de conservation a été retirée du chapitre commercial de la Charte et transférée dans le chapitre relatif aux accords intergouvernementaux sur les produits de base. Avec l'échec de l'OIC, seule est restée l'exception de l'Article XX g) qui établit une flexibilité à l'égard de mesures commerciales restrictives aux fins de conservation de ressources naturelles épuisables adoptées dans le cadre de politiques nationales de conservation qui restreignent aussi la production et la consommation nationales.

611. Cela appelle trois réflexions. Premièrement, le fait que la question de la conservation internationale de la faune et de la flore soit incluse dans des dispositions se rapportant aux accords intergouvernementaux sur les produits de base renforce la vision utilitaire des produits de la nature prédominante à l'époque, au détriment d'une approche véritablement écologique. En outre, à plusieurs reprises, les textes juridiques font référence à l'objectif de conserver et *développer* ces ressources naturelles. De fait, dans le cadre des négociations sur l'exception prévue au Chapitre VI visant les accords intergouvernementaux ayant trait à la conservation, le Comité juridique de rédaction avait suggéré que l'expression « la faune et la flore » initialement employée dans le projet de New York de la Charte soit modifiée afin de mieux montrer que l'objectif de l'exception était restreint aux « ressources naturelles qu'il est possible de traiter comme des produits ». Selon le Comité, l'expression « faune et flore » aurait pu « donner éventuellement lieu à une interprétation trop large »⁶⁸⁴.

612. Comme nous l'avons déjà relevé, cette proposition a été acceptée et l'expression finalement utilisée délimite clairement les « produits » pouvant faire l'objet d'efforts de conservation au titre de l'exception prévue par la Charte de l'OIC (« des ressources des pêches, la protection des oiseaux migrateurs ou des animaux sauvages »)⁶⁸⁵. Ainsi, on peut noter que, même dans le cadre des exceptions prévues par les accords internationaux de

⁶⁸⁴ ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Rapport du Comité juridique de rédaction sur le Chapitre VII (Accords intergouvernementaux sur les produits de base), E/PC/T/147, 4 août 1947, p. 30.

⁶⁸⁵ Pour cette raison, F. Kirgis a considéré en 1972 que l'utilisation de l'exception à l'Article XX g) pour justifier des mesures de contrôle de la pollution était une tentative inutile « d'étirer l'exception ». KIRGIS, Frederic L., « Effective Pollution Control in Industrialized Countries: International Economic Disincentives, Policy Responses, and the GATT », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 4, 1972, p. 893.

conservation qui n'ont finalement pas été introduites dans le système commercial multilatéral, les organismes vivants de la nature visés étaient ceux qui avaient un intérêt commercial tels que les poissons, les produits sylvestres et les animaux pouvant être « conservés et développés ».

613. Deuxièmement, tout comme les discussions sur l'utilisation positive de subventions aux fins de développement économique⁶⁸⁶, la non-adoption de la Charte de l'OIC a eu des conséquences importantes sur le débat relatif aux flexibilités existantes dans le cadre du système commercial multilatéral pour l'adoption de mesures commerciales relatives aux efforts de conservation internationaux. Comme nous aurons l'occasion d'en discuter, cette omission a engendré des discussions importantes dans la doctrine, mais aussi dans le cadre du système de règlement de différends, à propos de l'interprétation correcte des règles du système commercial multilatéral applicables aux mesures environnementales. En effet, ce ne sera qu'avec l'adoption de l'Accord instituant l'OMC et les premières affaires phares relatives à la protection de l'environnement que les contours normatifs et les conséquences de la mise en œuvre des dispositions du système commercial multilatéral sur les mesures commerciales adoptées à des fins de protection environnementale seront précisés.

614. Troisièmement, le fait que les considérations environnementales se résumaient à deux possibilités d'exceptions, ainsi que l'approche ayant trait aux ressources mondiales retenue dans le préambule du GATT sont suffisants pour dénoter un faible niveau de préoccupation des parties contractantes quant aux éventuelles conséquences environnementales de leurs relations commerciales au moment de l'établissement du système commercial multilatéral.

Paragraphe 2 : L'évolution parallèle de deux systèmes juridiques internationaux

615. Tandis que le système commercial multilatéral est le résultat de siècles d'évolution et de débats concrétisés dans le GATT et la Charte de l'OIC, du côté du droit international régissant les efforts de protection environnementale, les décennies suivant l'adoption des règles commerciales multilatérales ont été des années déterminantes⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Voir le chapitre 1, section 2 de la deuxième partie de notre thèse ci-dessus.

⁶⁸⁷ Il est intéressant de relever que l'Union internationale pour la protection de la nature (UIPN), le prédécesseur

616. Un certain nombre de traités bilatéraux et plurilatéraux visant une coopération internationale en vue de la protection des espèces de la faune et de la flore existaient déjà au moins depuis la moitié du XIX^e siècle⁶⁸⁸. Plusieurs de ces accords internationaux prévoyaient notamment des prescriptions ayant trait à des restrictions commerciales afin de garantir la conservation des ressources naturelles visées dans leurs dispositions (voir le tableau 22 ci-dessous).

Tableau 22 – Exemples d’instruments internationaux de conservation adoptés jusqu’en 1950 contenant des dispositions ayant trait aux échanges internationaux

Année	Instrument international	Mesures envisagées
1868	Conférence de Vienne d’experts agricoles et forestiers de langue allemande	Protection internationale des oiseaux utiles à l’agriculture et aux forêts
1883	Convention de Paris sur la protection des phoques en mer de Behring	Contrôle de la chasse
1885	Convention de Berlin sur la pêche au saumon dans le Rhin	Contrôle de la pêche et de la vente et proscriptions de méthodes particulières
1900	Convention de Londres pour la préservation des animaux sauvages, des oiseaux et des poissons en Afrique	Système de licences d’exportation
1902	Convention de Paris pour la protection des oiseaux utiles à l’agriculture	Contrôle de la chasse et interdiction de l’importation, du transit, du transport, du colportage, et de la vente des nids, œufs et couvées
1911	Traité de Washington relatif à la préservation et la protection des phoques à fourrure	Contrôle de la chasse et proscriptions de méthodes particulières
1916	Traité bilatéral entre la Grande-Bretagne (au nom du Canada) et les États-Unis pour la protection des oiseaux migrateurs	Interdiction de l’exportation de certaines espèces pendant les périodes de reproduction
1921	Convention entre l’Italie et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes	Contrôle de la pêche et proscriptions de méthodes particulières
1931	Convention baleinière de Genève	Contrôle de la chasse et interdiction pour certaines espèces

de l’Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), a été créé au même moment que le GATT, en 1947. Or, ce sont les travaux et les études entrepris par l’UICN qui mèneront à l’adoption en 1973 de l’un des Accords environnementaux multilatéraux (AEM) le plus étroitement liés au système commercial multilatéral : la Convention sur le commerce international des espèces menacées de faune et de flore (CITES).

⁶⁸⁸ Sur l’évolution des efforts nationaux et internationaux de protection de la nature, voir, entre autres : BONNIN, Marie, « Retour historique sur la conservation de la nature », in Garnier, Lisa (dir.), *Entre l’Homme et la nature, une démarche pour des relations durables*, Réserves de Biosphère - Notes techniques 3, Paris, UNESCO, 2008, p. 32-35 ; RAFFIN, Jean-Pierre, « De la protection de la nature à la gouvernance de la biodiversité », *Ecologie & politique*, Presses de Sciences Po, vol. 1, n° 30, 2005, p. 97-109. Sur l’évolution du droit international de l’environnement, voir l’assez complet ouvrage de HUNTER, David, SALZMAN, James et ZALEKE, Durwoond, *International environmental law and policy*, New York, Foundation Press, 2nd ed., 2002, 2 vol., xlix, 1547 ; x, 463 p. Pour une analyse en langue française, voir KISS, Alexandre, *Introduction au droit international de l’environnement*, UNITAR – UICN – PNUE, 2^e éd., 2006, 117 p.

1933	Convention relative à la conservation de la faune et de la flore à l'état naturel	Contrôle de la chasse et du commerce interne, importation et exportation des trophées
1940	Convention pour la protection de la flore, de la faune et des beautés panoramiques naturelles des pays de l'Amérique	Contrôle de l'importation, de l'exportation et du transit d'espèces protégées ou de toute partie de celles-ci
1950	Convention internationale pour la protection des oiseaux	Contrôle de l'importation, de l'exportation, du transport et de la vente d'espèces protégées

617. Cependant, ce ne sera que durant les années 1960 que le mouvement environnemental et écologique aux contours que nous connaissons aujourd'hui se forme. Auparavant la protection de la « nature » visait à garantir l'accès aux ressources naturelles pour des motifs esthétiques, picturaux et de récréation (concept de « monument naturel ») ou pour assurer leur exploitation économique (vision utilitaire)⁶⁸⁹. Puis, les conséquences du fort développement économique, surtout du secteur industriel, des grandes économies pendant les années 1950 et 1960 ont commencé à se faire sentir, notamment ses effets nuisibles sur l'environnement, en particulier en termes de pollution, réduction de la biodiversité et dégradation des écosystèmes.

618. Comme le notent effectivement D. Hunter *et al.* :

« As countries industrialized in the first half of the century, environmental pollution issues became more prevalent. ... Despite a few specific decisions and treaties, the field of international environmental law did not really take off until the early 1970s, when

⁶⁸⁹ Comme le note A. Kiss :

« La prise de conscience de la nécessité de protéger la biosphère dans son ensemble ou dans ses principales composantes est relativement récente. (...) Ses origines remontent à la fin des années 60. Même lorsque des conventions internationales visaient à protéger certaines composantes de ce que l'on nomme aujourd'hui l'environnement, comme les poissons ou les oiseaux, leur objectif était de réglementer leur exploitation ou de se soucier de leur utilité économique. Au 19^e siècle, des traités internationaux sur la pêche ont été conclus, mais leur but était principalement de délimiter les zones de pêche, moins souvent de protéger les espèces, considérées comme des ressources économiques. La Convention de 1902 pour la protection des oiseaux utiles à l'agriculture a été la première convention internationale multilatérale relative la protection de certaines espèces de la faune et de la flore sauvages. Son nom révèle bien l'approche de ceux qui l'ont adoptée : elle a trait aux oiseaux utiles, spécialement les insectivores, mais énumère également les oiseaux considérés comme nuisibles, la plupart étant des prédateurs tels que les aigles et les faucons, ignorant de ce fait le rôle qu'ils jouent dans les écosystèmes en régulant les populations de petits rongeurs. » (KISS, Alexandre, *Introduction au droit international de l'environnement*, UNITAR – UICN – PNUE, 2^e éd., 2006, p. 21)

Voir aussi : RAFFIN, Jean-Pierre, « De la protection de la nature à la gouvernance de la biodiversité », *Ecologie & politique*, Presses de Sciences Po, vol. 1, n° 30, 2005, p. 105-107 ; BONNIN, Marie, « Retour historique sur la conservation de la nature », in Garnier, Lisa (ed.), *Entre l'Homme et la nature, une démarche pour des relations durables*, Réserves de Biosphère - Notes techniques 3, Paris, UNESCO, 2008, p. 32-33.

domestic law began to respond to the increasingly well-documented impacts of industrialization. ... Particularly in Europe where many environmental issues such as air and water pollution inherently present transboundary issues, the emerging environmentalism moved almost immediately to the international level. Motivated primarily by a concern over transboundary pollution, particularly in the form of acid rain, Sweden, in 1968 suggested an international conference to address global environmental problems. Later Sweden would agree to host the 1972 UN Conference on the Human Environment in Stockholm »⁶⁹⁰.

619. De ce fait, les accords internationaux qui ont commencé à être négociés à cette époque n'ont plus seulement visé la conservation de certaines espèces ayant une valeur économique ou symbolique, mais plutôt à établir des règles communes afin de faire face aux effets nuisibles, et souvent transfrontaliers, des activités économiques sur l'environnement (externalités environnementales négatives). Le document probablement le plus connu, s'agissant de l'importance des effets nuisibles du développement économique sur l'environnement à l'échelle globale, ainsi que du besoin d'une action concertée pour y faire face, est l'important rapport commandé par le Club de Rome⁶⁹¹ intitulé « *The Limits to Growth* ». ⁶⁹²

620. Dans celui-ci, les experts de l'Institut de Technologie du Massachusetts (MIT) ont compilé des données et tendances alarmantes quant à la dégradation de l'environnement au niveau mondial et appelé au respect des limites environnementales de la Terre. Il était

⁶⁹⁰ HUNTER, David, SALZMAN, James et ZALEKE, Durwoond, *International environmental law and policy*, New York, Foundation Press, vol. 1, 2002, p.170-171. Bonnin mentionne aussi la transformation de la portée et de la nature des accords internationaux sur l'environnement à cette époque :

« Les années 1970 marquent un véritable tournant dans la conception de la protection de la nature. Il s'agit désormais de protéger les habitats afin de maintenir la qualité du milieu de vie des espèces. La Convention relative aux zones humides d'importance internationale (Ramsar, 1971) en est un exemple connu. A partir de cette époque, les conventions internationales de protection de la nature vont chercher à protéger les habitats d'espèces menacées tout en conservant les habitats naturels pour leurs fonctions. La protection devient plus globale » (BONNIN, Marie, « Retour historique sur la conservation de la nature », in Garnier, Lisa (dir.), *Entre l'Homme et la nature, une démarche pour des relations durables*, Réserves de Biosphère - Notes techniques 3, Paris, UNESCO, 2008, p. 33.)

⁶⁹¹ Le Club de Rome est né en 1968, après une réunion d'une trentaine de scientifiques, éducateurs, économistes et d'autres experts à l'*Accademia dei Lincei* à Rome. Ces experts ont convenu de discuter de diverses questions affectant « la situation future de l'homme » mais rapidement la dégradation environnementale est devenue un sujet central de discussion.

⁶⁹² MEADOWS, Donella H., MEADOWS, Dennis L., RANDERS, Jorgen, et BEHRENS III, William W., *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York, Universe Books, 1972, 205 p.

notamment recommandé d'éviter une pression grandissante sur les ressources naturelles et de lutter contre la pollution causée par une croissance démographique et économique mondiale exponentielle⁶⁹³. Ces efforts entrepris par des experts pour jeter la lumière sur les effets négatifs de l'économie en termes de dégradation environnementale ont porté leurs fruits. Une conférence internationale a pour la première fois été organisée pour discuter le sujet de manière holistique.

621. La Conférence des Nations unies sur l'Environnement s'est ainsi tenue à Stockholm du 5 au 16 juin 1972 (« Conférence de Stockholm de 1972 »). À sa clôture, la communauté internationale a décidé, entre autres, que :

« 2. La protection et l'amélioration de l'environnement est une question d'importance majeure qui affecte le bien-être des populations et le développement économique dans le monde entier ; elle correspond au vœu ardent des peuples du monde entier, et constitue un devoir pour tous les gouvernements.

3. ... Les exemples de dommages, de destruction et de dévastation provoqués par l'homme se multiplient sous nos yeux en de nombreuses régions du globe : on constate des niveaux dangereux de pollution de l'eau, de l'air, de la terre et des êtres vivants ; des perturbations profondes et regrettables de l'équilibre écologique de la biosphère ; la destruction et l'épuisement de ressources irremplaçables ; enfin de graves déficiences qui sont dangereuses pour la santé physique, mentale et sociale de l'homme, dans l'environnement qu'il crée, et en particulier dans son milieu de vie et de travail.

7. ... Un nombre toujours plus élevé de problèmes d'environnement, de portée régionale ou mondiale ou touchant au domaine international commun, exigeront une coopération étendue entre les pays et une action de la part des organisations internationales dans l'intérêt de tous. La Conférence demande aux gouvernements et aux peuples d'unir leurs

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 17-24. Il convient de noter que le groupe n'était pas le seul à soulever l'urgence du problème. Comme les auteurs du rapport le relèvent, le Secrétaire général de l'ONU, U. Thant, en 1969, a dit ce que suit :

« I do not wish to seem overdramatic, but I can only conclude from the Information that is available to me as Secretary General, that the Members of the United Nations have perhaps ten years left in which to subordinate their ancient quarrels and launch a global partnership to curb the arms race, to improve the human environment, to defuse the population explosion, and to supply the required momentum to development efforts. If such a global partnership is not forged within the next decade, then I very much fear that the problems I have mentioned will have reached such staggering proportions that they will be beyond our capacity to control. » (ONU, *Final verbatim record of the Conference of the Eighteen-Nation Committee on Disarmament*, ENDC/PV.412, 20 mai 1969, para. 40 ; cité par le représentant de la Roumanie lors de la réunion)

efforts pour préserver et améliorer l'environnement, dans l'intérêt des peuples et des générations futures »⁶⁹⁴.

622. La Conférence de Stockholm de 1972 est de ce fait considérée comme un moment phare d'une évolution vers des efforts multilatéraux plus importants en matière de protection environnementale et de développement du droit international de l'environnement. En effet, après la Conférence et la création du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE), une série d'accords environnementaux multilatéraux (AEM) seront conclus portant sur des aspects divers de la protection de l'environnement et imposant des obligations positives et négatives aux pays signataires⁶⁹⁵.

623. Cependant, si le besoin de contrôler les effets nuisibles de l'activité économique sur l'environnement est devenu de plus en plus pertinent et convaincant, la protection environnementale et ses effets sur la position compétitive de certains secteurs de l'économie ont aussi constitué des difficultés croissantes en raison de l'importance des coûts engendrés. De fait, le relatif succès des cycles de négociations du GATT en vue de réduire les obstacles aux échanges internationaux a pu être considéré par certains comme un élément contribuant à affaiblir la position des producteurs des pays développés qui ont décidé d'imposer des obligations environnementales afin de réduire l'empreinte polluante de la production nationale⁶⁹⁶. Comme l'a noté à cet égard Baumol en 1971 :

⁶⁹⁴ ONU, *Rapport de la Conférence des Nations unies sur l'environnement*, A/Conf.48/14, Stockholm, 5-16 juin 1972, p. 3-4. La déclaration contient 27 principes qui guideront l'action internationale concertée aux fins de protection environnementale. Parmi eux, le principe 2 détermine que « [l]es ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, et particulièrement les échantillons représentatifs des écosystèmes naturels, doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir par une planification ou une gestion attentive selon que de besoin ». La déclaration contient aussi un plan d'action pour l'environnement et a créé le Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE).

⁶⁹⁵ Selon une analyse du PNUE réalisée en mai 1991, il existait à cette date déjà plus de 150 AEM. PNUE, *Register of International Treaties and other Agreements in the Field of the Environment*, UNEP/GC.16/Inf.4, Nairobi, mai 1991. D'après la base de données en ligne *InforMEA*, en 2019, il existait 34 accords et protocoles globaux ainsi que 461 régionaux. Voir <<https://www.informea.org/en/treaties>>, dernier accès le 13.04.2019.

⁶⁹⁶ Pour une analyse contemporaine des préoccupations liées aux effets économiques et concurrentiels des mesures nationales de protection de l'environnement, voir, entre autres : BAUMOL, William J., « Environmental Protection, International Spillovers and Trade », *Wicksell Lectures 1971*, Almqvist & Wicksell, Stockholm, 1971, 59 p. ; KIRGIS, Frederic L., « Effective Pollution Control in Industrialized Countries: International Economic Disincentives, Policy Responses, and the GATT », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 4, 1972, p. 859-918 ; FERGUSON, William Scott, « International Trade Implications of Pollution Control », *Cornell Law Review*, vol. 58, n° 2, article 6, 1973, p. 368-382.

« [R]eduction in pollution levels and the amelioration of other consequences can be costly. They can consequently affect a country's trade position. Just as the management of an individual firm may feel that it cannot undertake unilateral measures to reduce its emission of pollutants for fear of being priced out of the market by its competitors, as a matter of national policy a government, particularly one in a less affluent country, may be reluctant to institute significant pollution control measures for fear of the effects on its production costs and hence on its trade balance. ... If no one country is willing to put itself at a competitive disadvantage *vis a vis* the rest of the world, the result may be universal failure to do much about environmental problem »⁶⁹⁷.

624. Dès lors, deux types de préoccupations commerciales qu'on souligne souvent au moment actuel étaient déjà très présentes durant les premières années du cadre multilatéral de protection de l'environnement. D'abord, des préoccupations quant aux effets compétitifs des mesures nationales de protection de l'environnement. Deuxièmement, celles à l'égard de la possibilité qu'en raison des coûts plus importants de production dans les pays qui ont adopté des politiques ambitieuses de protection environnementale, la production se déplace dans des pays disposant d'une protection environnementale plus faible (les hypothèses dites de « havre de pollution » ou de « fuite de pollution »).

625. L'examen de la pertinence de ces préoccupations dépasse cependant la portée de notre thèse⁶⁹⁸. Il nous suffit ici de noter que l'adoption croissante de législations nationales imposant des obligations aux producteurs en matière de contrôle des effets nuisibles sur l'environnement révèle que les gouvernements s'intéressent de plus en plus à la possibilité d'ajuster à la frontière les coûts additionnels de la protection environnementale par la voie de mesures commerciales, y compris par l'utilisation de subventions⁶⁹⁹. Cela pourrait être

⁶⁹⁷ BAUMOL, William J., « Environmental Protection, International Spillovers and Trade », *Wicksell Lectures 1971*, Almqvist & Wicksell, Stockholm, 1971, p. 31-32

⁶⁹⁸ Sur le sujet, voir : TOBEY, James A., « The Effects of Domestic Environmental Policies on Patterns of World Trade : An Empirical Test », *KYKLOS*, vol. 43, n° 2, 1990, p. 191-209. Voir aussi l'analyse du PNUE et de l'OMC sur les données les plus récentes autour de cette hypothèse OMC-PNUE, *Making trade work for the environment, prosperity and resilience*, Genève, OMC, 2018, p. 43-45.

⁶⁹⁹ Sur l'utilisation de mesures de subvention pour protéger les industries nationales contre les concurrents étrangers qui n'auraient pas eu les mêmes coûts d'ajustement environnementaux, voir KIRGIS, Frederic L., « Effective Pollution Control in Industrialized Countries: International Economic Disincentives, Policy Responses, and the GATT », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 4, 1972, p. 881-885 et FERGUSON, William Scott, « International Trade Implications of Pollution Control », *Cornell Law Review*, vol. 58, n° 2, article 6, 1973, p. 378-382. Il est intéressant de noter que Ferguson considérait déjà en 1973, plus de vingt ans avant l'adoption de l'Accord SMC et de la catégorie verte de subventions, que le système commercial multilatéral pourrait établir des règles sur l'utilisation des subventions à ces fins afin de réduire leurs effets commerciaux et

justifié par l'argument que les pays dénués de politiques de protection environnementale ambitieuses subventionnent de fait leur production dans la mesure où les coûts sociaux et externalités environnementales de l'activité économique ne sont pas reflétés dans les prix de leurs exportations⁷⁰⁰. Dès lors, une mesure commerciale telle qu'un ajustement à la frontière serait justifiée afin de garantir une concurrence *juste* dans les échanges internationaux⁷⁰¹ et d'inciter les autres pays à adopter également des mesures de protection environnementale ambitieuses⁷⁰².

626. Durant les travaux préparatoires en vue de la Conférence des Nations unies sur l'environnement de 1972, Maurice Strong, Secrétaire général de la Conférence, conscient de l'importance du sujet, sollicite le GATT à propos des questions de nature commerciale que pourraient soulever les mesures prises sur le plan national en vue de combattre la pollution. En guise de réponse, le Secrétariat du GATT, a envoyé en 1971 le rapport intitulé « Lutte contre la pollution industrielle et commerce international ».

627. Ce document a reconnu la possibilité que l'application de réglementations strictes en matière de pollution dans les pays développés affecte la compétitivité des entreprises nationales et suscite un appel au protectionnisme à l'encontre des importations en provenance de pays appliquant des normes environnementales moins contraignantes ou ne prévoyant aucune norme en la matière⁷⁰³. Le rapport postulait aussi qu'un choix judicieux de politiques

améliorer leur efficacité. Précisément, selon l'auteur, « GATT can be put to yet one more use: aiding nations in their attempts to improve the environment », *ibidem*, p. 382.

⁷⁰⁰ Voir, par exemple, cette discussion dans FERGUSON, William Scott, « International Trade Implications of Pollution Control », *Cornell Law Review*, vol. 58, n° 2, article 6, 1973, p. 375-376 et COSBEY, Aaron et RUNNALLS, David, *Trade and Sustainable Development: A Survey of the Issues and a New Research Agenda*, IISD, 1992, p. 31-32 et 56.

⁷⁰¹ Sur le sujet, voir le chapitre 3, section 3 de la première partie de notre thèse.

⁷⁰² Il convient de noter que déjà à cette époque, la pertinence économique de maintenir une faible protection environnementale afin de bénéficier d'un avantage commercial compétitif était contestée. Par exemple, Baumol a noté en 1971, les conséquences pour certains pays en développement s'ils décidaient de ne pas introduire des mesures de protection environnementale :

« What will have happened is that the impecunious country, "i", will as a result of its failure to limit pollution, become specialized more than it would have otherwise in the production of items that generate pollutants. It will voluntarily become the repository of the world's dirty industries. ... The moral of the discussion, then, is that, given these costs, the government of a less wealthy nation should think more than twice before deciding to make its country into a haven for pollution. » (BAUMOL, William J., « Environmental Protection, International Spillovers and Trade », *Wicksell Lectures 1971*, Almqvist & Wicksell, Stockholm, 1971, p. 39-40).

⁷⁰³ GATT, *Lutte contre la pollution industrielle et commerce international*, Note du Secrétariat, L/3538, 9 juin 1971, p. 9-13.

visant à lutter contre la pollution et à faciliter l'adaptation des branches de production nationale aux coûts de mise en conformité avec la réglementation environnementale, associé à une coordination internationale appropriée, pourrait aider les gouvernements à éviter les situations dans lesquelles l'application de mesures de contrôle de la pollution domestique entraînerait des pressions protectionnistes et entraverait l'expansion du commerce international⁷⁰⁴.

628. En revanche, réfléchissant sur l'utilisation potentielle de mesures commerciales pour éviter la perte de capacité concurrentielle perçue par les secteurs industriels contraints de respecter de nouvelles mesures de contrôle de la pollution, le rapport du Secrétariat du GATT a mis en garde « les gouvernements qui seront appelés à contribuer à la solution de certaines difficultés du financement de la lutte anti-pollution » à ne pas se laisser « entraîner à user d'expédients à court terme dont les effets pourraient entraver le courant des échanges internationaux et, à la longue, nuire aux progrès d'une technologie plus efficace axée sur l'environnement »⁷⁰⁵. Le Secrétariat a en outre requis des gouvernements de ne pas avoir recours à un type de mesures commerciales qui « donnerait vraisemblablement naissance à des litiges internationaux de politique commerciale »⁷⁰⁶. Précisément, pour reprendre les termes du rapport :

« La pollution, par des producteurs étrangers, d'une ressource commune, par exemple un lac ou l'atmosphère, peut entraîner l'application au commerce des produits en cause de restrictions motivées par le fait qu'il y va de l'intérêt public que le pays importateur puisse exercer un contrôle sur un procédé utilisé dans un pays limitrophe ou voisin. Mais, dans la plupart des cas où un procédé a des effets polluants, l'intérêt de la restriction des importations ne procédera pas du souci d'éviter la pollution dans l'usine étrangère, mais du désir de dédommager les producteurs nationaux, ou l'économie nationale tout entière, des frais supplémentaires qu'ils auront assumés pour lutter

⁷⁰⁴ *Ibidem*, p. 20-22. Il est intéressant de noter que parmi les mesures « d'aide » aux industries affectées par les coûts additionnels de protection environnementale examinées par le Secrétariat du GATT, les subventions étaient considérées comme offrant « d'intéressantes possibilités ». Le rapport fait valoir certains raisonnements économiques qui justifieraient les subventions, une position clairement influencée par le fait que, comme nous l'avons déjà noté, les dispositions sur les subventions à la production nationale du GATT étaient très peu contraignantes. Le Secrétariat affirme, notamment, que l'octroi d'une « subvention qui couvrirait une partie, ou même la totalité, du coût effectif de la lutte contre la pollution ne causerait probablement pas de difficulté sur le plan international, en particulier si l'industrie en question n'est pas un exportateur notable ». *Ibid.*, p. 18-19.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 23.

contre la pollution. De même, les aides à l'exportation pourraient être utilisées pour compenser les frais supportés pour lutter contre la pollution par les producteurs nationaux, qui seraient supérieurs à ceux mis à la charge des concurrents étrangers. Mais une protection fondée sur le fait que les coûts de production sont plus élevés que ceux qui prévalent ou sont réputés prévaloir ailleurs, est précisément ce que le GATT cherche à limiter, afin d'assurer l'utilisation la plus efficace des ressources sur une base mondiale »⁷⁰⁷.

629. Ce faisant, le GATT envoyait un message intéressant, mais aussi controversé, aux participants de la première conférence multilatérale sur la protection de l'environnement. En effet, bien que des mesures ambitieuses (et coûteuses) de protection environnementale devaient être adoptées, les règles du système commercial multilatéral ne permettaient pas que les mesures commerciales soient utilisées de façon à compenser les producteurs nationaux des coûts d'ajustement. Par ailleurs, les experts environnementaux semblaient, même si seulement superficiellement, poser des limites à la croissance économique. Or, celle-ci est une finalité du système commercial multilatéral depuis sa création.

630. Enfin, comme nous l'avons déjà noté, les pays en développement hésitaient de moins en moins à exprimer leur besoin d'industrialisation et de croissance économique. Ce n'est qu'en 1965 que la Partie IV du GATT sur le commerce et le développement a été introduite mais les années 1960 et 1970 ont vu le groupe des pays en développement s'élargir de manière importante avec l'indépendance de plusieurs ex-colonies et avec le groupe des économies non-alignées qui ont progressivement fait valoir leurs intérêts et préoccupations à l'échelle internationale. Comme le notent de manière pertinente D. Hunter *et al.* :

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 15. Sur le sujet des taxes à la frontière pour ajuster les importations aux coûts de contrôle de la pollution (sujet qui se rapproche du débat actuel sur les ajustements de carbone à la frontière), le rapport fait valoir ce qui suit :

« [I]l serait à redouter de façon générale que cette forme d'aide ne devienne une source de tentations irrésistibles de se laisser aller à des surcompensations, c'est-à-dire de fournir à l'industrie nationale une protection additionnelle nette. Il serait impossible en réalité de retenir une seule imposition à l'importation qui soit susceptible d'offrir une compensation exacte, non seulement parce que la marge de protection nécessaire n'est pas la même pour les différents producteurs nationaux d'une même catégorie de marchandises, mais aussi parce qu'il peut arriver que les fournisseurs étrangers aient déjà supporté, dans leurs propres procédés de production, des frais différents au titre de la lutte contre la pollution dans leur propre pays. Il serait encore moins réalisable d'ajuster les taxes en fonction des frais effectivement supportés à l'étranger, en ce qui concerne tant la vérification des faits que la traduction de ces frais en un équivalent par unité de produit » (*Ibid.*, p. 16).

« Six months prior to the Stockholm Conference, the developing countries sponsored and passed a resolution on the development and environment specifically aimed at influencing the outcome of the Conference. The resolution emphasized the developing countries' strong sense that global concerns over environmental protection should not interfere with their development agenda and that environmental policy should be left to the individual States »⁷⁰⁸.

631. Effectivement, même si la déclaration adoptée à la fin de la Conférence de Stockholm de 1972 a consacré huit principes ayant trait à la protection environnementale que les 113 pays participants se sont engagés à respecter, elle contient aussi six autres principes visant spécifiquement les besoins de développement économique et social⁷⁰⁹. En particulier, le principe 11 affirme que « [l]es politiques nationales d'environnement devraient renforcer le potentiel de progrès actuel et futur des pays en voie de développement, et non l'affaiblir ou faire obstacle à l'instauration de meilleures conditions de vie pour tous » et que « [l]es États et les organisations internationales devraient prendre les mesures voulues pour s'entendre sur les moyens de parer aux conséquences économiques que peut avoir, au niveau national et international, l'application de mesures de protection de l'environnement ». En outre, le principe 10 note que « [p]our les pays en voie de développement, la stabilité des prix et une rémunération adéquate pour les produits de base et les matières premières sont essentielles pour la gestion de l'environnement, les facteurs économiques devant être retenus au même titre que les processus écologiques ».

632. Ainsi, la relation entre commerce, développement économique et protection environnementale n'a pas clairement été définie à ce moment-là. Dès lors, à la suite de la publication du rapport précité sur le commerce et l'environnement par le Secrétariat du GATT, les PARTIES CONTRACTANTES ont convenu de créer, en novembre 1971, un « Groupe sur les mesures relatives à l'environnement et le commerce international » (groupe « EMIT » d'après son acronyme en anglais) notamment chargé de débattre de l'interaction

⁷⁰⁸ HUNTER, David, SALZMAN, James et ZALEKE, Durwoond, *International environmental law and policy*, New York, Foundation Press, 2002, vol. 1, p. 171.

⁷⁰⁹ Voir les principes 8 à 13 de la Déclaration. D'autres principes traitent aussi de questions d'intérêt pour les pays en développement, comme le principe 15 qui mentionne la lutte contre le colonialisme et le racisme, le principe 20 sur l'importance du transfert de technologie, ou encore le principe 21 relatif à la souveraineté sur les ressources naturelles. Voir ONU, *Rapport de la Conférence des Nations unies sur l'environnement*, A/Conf.48/14, Stockholm, 5-16 juin 1972, p. 4-5.

entre les mesures prises afin de lutter contre la pollution et de protéger l'environnement et les règles du GATT⁷¹⁰. Cependant, ce groupe ne s'est jamais réuni au cours des deux décennies suivantes.

633. Ces décennies ont pourtant été caractérisées par une coopération accrue ainsi que de nouveaux engagements et efforts internationaux dans le cadre des deux systèmes, commercial et environnemental. Alors que le nombre de parties contractantes au GATT a augmenté et que le cycle de Tokyo a introduit de nouvelles règles dans le système commercial multilatéral, des AEM en nombre croissant ont également été adoptés au niveau multilatéral, plusieurs d'entre eux comportant des obligations liées au commerce.

634. Ces accords ont notamment imposé l'adoption de mesures commerciales restrictives aux fins de garantir la réalisation d'objectifs environnementaux. En raison de l'augmentation des mesures nationales prises pour la protection de l'environnement et des nouvelles dispositions introduites dans le système commercial multilatéral, les potentiels points de conflit entre les deux systèmes se sont multipliés. Comme le nota D. Esty en 1994 :

« Until recently, trade policy-makers and environmental officials pursued their work on separate tracks, rarely perceiving their realms as interconnected. Today, environmental protection has become a central issue on the public agenda – and trade and environmental policies regularly intersect and increasingly collide »⁷¹¹.

635. De plus, bien que les prédictions les plus catastrophiques des experts environnementaux ne se soient pas réalisées, les objectifs et préoccupations environnementales sont devenus de plus en plus sérieux et se sont propagés au niveau international. Les impératifs de développement économique et social ne se sont guère affaiblis non plus, surtout après les difficultés économiques importantes auxquelles ont été confrontés les pays en développement au cours des années 1980. Pourtant, à la fin de cette décennie, les fondations d'un nouveau paradigme régissant la relation entre développement

⁷¹⁰ GATT, *Réunion du Conseil tenu le 9 novembre 1971*, C/M/74, 17 novembre 1971. Il est intéressant de noter que les CE et le Brésil comptaient parmi les parties contractantes qui composaient originalement le Groupe. Les PARTIES CONTRACTANTES ont ensuite décidé que les groupes de travail étaient ouverts à la participation de toute partie contractante intéressée par la question.

⁷¹¹ ESTY, Daniel C., *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Washington, Institute for International Economics, 1994, p. 9.

économique et protection environnementale se concrétiseront en allant, bien que partiellement, les impératifs des deux systèmes à travers une finalité commune : l'objectif de développement durable⁷¹².

Section 2 : La recherche d'un renforcement mutuel

« In any event, it should be clear that the victims of international pollution are not entirely powerless. They need not sit by helpless and passive if filth is poured into them from abroad. Trade policy can be a powerful instrument to help put an end to this process. Obviously, it would be better if this could be achieved by international agreement, for the resort to tariffs and to other measures involving trade restrictions has undesirable consequences against which many of us have fought so long. Perhaps the increasing seriousness of the environmental problems – the growing threat to health and to life itself will give impetus to a voluntaristic solution, and will show that where the number of participants involved is not very large, such solutions are not only possible in theory ».

BAUMOL, William J., « Environmental Protection, International Spillovers and Trade », *Wicksell Lectures 1971*, Almqvist & Wicksell, Stockholm, 1971, p. 52.

636. Des efforts pour concilier les impératifs de protection environnementale à l'échelle globale avec ceux du développement économique et social ont été entamés avant même que la Conférence de Stockholm de 1972 ne se soit tenue. Dans un souci de garantir la participation des pays en développement à la Conférence et leurs engagements en la matière, son Secrétaire général organisa à Founex (Suisse), en juin 1971, un séminaire important sur la problématique environnement-développement. Cet événement a réuni 27 experts du monde entier qui ont débattu des préoccupations et priorités de développement et de protection environnementale, surtout au regard des besoins des pays en développement. Le rapport du séminaire, préparé par Strong, résuma les débats ainsi tenus et esquissa de potentielles voies de conciliation de ces deux objectifs :

⁷¹² Sur l'évolution du concept du développement durable, voir, entre autres : VOIGT, Christina, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 11-35 ; SCHRIJVER, Nico et WEISS, Friedl (eds.), *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 1-7 ; SEGGER, Marie-Claire C. et KHALFAN, Ashfaq, *Sustainable development law : principles, practices and prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 15-78. Voir aussi l'analyse des juges de la Cour internationale de justice, en particulier l'opinion dissidente du juge Weeramantry dans l'affaire relative au projet *Gabčíkovo-Nagymaros*. Voir CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Recueil*, 1997, p. 7.

« The Founex report showed that although conflicts between development and environment may arise, they are not necessarily inevitable or inescapable and that through proper planning developmental and environmental measures can be harmonized in such a way that they become mutually supporting »⁷¹³.

637. Certes, comme nous l'avons vu, la déclaration à l'issue de la Conférence de Stockholm a intégré des éléments et principes ayant trait aux besoins de développement économique mais aussi social. Cependant, ce ne sera qu'avec la formulation du concept de développement durable que les bases théoriques et politiques du débat trouveront un appui plus concret.

638. À cet égard, le « rapport Brundtland » est probablement le document qui, jusqu'à nos jours, a le mieux précisé les contours du concept de développement durable. La Commission mondiale sur l'environnement et le développement (CMED) avait été créée en décembre 1983 par l'Assemblée générale de l'ONU afin de « proposer des stratégies à long terme en matière d'environnement pour assurer un développement durable d'ici à l'an 2000 et au-delà »⁷¹⁴. Quatre ans plus tard, en 1987, la présidente de la commission, Gro Harlem Brundtland, publia le rapport « Notre avenir à tous » (« rapport Brundtland »)⁷¹⁵. Ce document a de nouveau fait le point sur l'état de la planète en notant, avec appréhension, que la dégradation environnementale à l'échelle globale s'était généralement poursuivie depuis la Conférence de Stockholm. Certains dommages environnementaux - tels que la diminution de la couche d'ozone, la désertification des terres arables, les changements climatiques et la pollution -, s'étaient même aggravés tandis que l'épuisement des ressources naturelles s'était nettement accéléré.

⁷¹³ ONU, *Development and Environment*, Rapport du Secrétaire général, A/Conf.48/10, 22 décembre 1971, p. 2. Tout au long du rapport, deux principaux éléments ressortent : i) les pays en développement ont leurs propres problèmes environnementaux résultant principalement de la pauvreté et du sous-développement ; ii) ils sont très concernés par les conséquences nuisibles des actions entreprises par les pays industrialisés visant à traiter leurs problèmes environnementaux. Comme le notent A. Cosbey et D. Runnalls, la « Déclaration de Founex » a réaffirmé également qu'il importait de réduire les obstacles au commerce dans les pays développés afin que les pays en développement disposent des ressources financières nécessaires à la protection de l'environnement. Voir COSBEY, Aaron et RUNNALLS, David, *Trade and Sustainable Development: A Survey of the Issues and a New Research Agenda*, IISD, 1992, p. 15.

⁷¹⁴ ONU, *Résolution de l'Assemblée générale pour l'élaboration d'une étude sur les perspectives de l'environnement jusqu'à l'an 2000 et au-delà*, A/RES/38/161, 19 décembre 1983.

⁷¹⁵ ONU, *Rapport de la CMED – Notre avenir à tous (rapport Brundtland)*, Note du Secrétaire général, A/42/427, 4 août 1987, 467 p.

639. Le rapport notait aussi que si, jusque-là, la plupart des problèmes environnementaux avaient été considérés comme des nuisances liées à un processus d'industrialisation nécessaire au développement économique, le degré de dégradation environnementale commençait à affecter la capacité des pays les plus pauvres de poursuivre leur développement économique et social. C'est ainsi que le rapport introduisit le développement durable envisagé comme un concept qui « répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »⁷¹⁶. D'après cette approche, aucun choix ne doit donc être fait entre développement économique et protection de l'environnement. La durabilité de l'environnement serait plutôt considérée comme un élément indispensable d'un développement économique soutenable tandis que l'augmentation des revenus permettrait aux pays de protéger l'environnement.

640. Le rapport Brundtland a mené l'Assemblée générale de l'ONU à convoquer une Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (CNUED) en 1992. La CNUED a été chargée, entre autres, « d'élaborer des stratégies et mesures propres à arrêter et à inverser les effets de la dégradation de l'environnement dans le contexte d'une augmentation des efforts nationaux et internationaux en vue de promouvoir un développement durable et écologiquement rationnel dans tous les pays »⁷¹⁷.

641. Sous l'influence et eu égard au concept du développement durable, les pays développés et en développement se sont réunis à Rio en 1992 dans le cadre de la CNUED

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 26, 49 et 65. Il convient de noter que le rapport contient une section dédiée au sujet de la relation entre le commerce et l'environnement qui souligne deux principaux éléments : i) le protectionnisme des pays développés qui empêcherait les pays en développement de réduire leur dépendance vis-à-vis de l'exportation de ressources naturelles épuisables ; ii) les effets nocifs de l'exploitation des « produits à coefficient élevé de pollution » sur l'environnement des pays les plus pauvres qui disposent d'un cadre juridique plus faible par rapport à la protection environnementale. Cet apparent « avantage » comparatif se traduirait par des hauts coûts sociaux pour les ressortissants des pays en développement qui subventionneraient ainsi la consommation des ressortissants des pays développés. Finalement, le rapport appelait à l'organisation de « forums de commerce multilatéral » (GATT et CNUCED) et d'y « inclure la recherche d'un développement durable ». Ces activités devraient « refléter une préoccupation au sujet des impacts des structures commerciales sur l'environnement et de la nécessité de disposer d'instruments plus efficaces pour intégrer des considérations relatives à l'environnement et au développement dans les arrangements commerciaux internationaux ». *Ibid.*, p. 108-114.

⁷¹⁷ ONU, *Résolution de l'Assemblée générale convenant la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, A/RES/44/228, 22 décembre 1989. Il convient de noter que la résolution affirmait encore une fois que « la promotion de la croissance économique dans les pays en développement joue un rôle essentiel dans la solution des problèmes liés à la dégradation de l'environnement », tout comme « l'importance d'un climat économique international propre à favoriser une croissance économique et un développement soutenus dans tous les pays et assurant la protection et une saine gestion de l'environnement ».

(aussi connu comme le « Sommet de la Planète Terre »), la première conférence mondiale qui allia objectifs environnementaux et développement économique et social. La « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement » (« Déclaration de Rio ») et « l'Action 21 » (aussi dit « Agenda 21 ») ont formalisé, au niveau international, le concept de développement durable envisagé en tant que paradigme directeur des relations économiques et politiques internationales⁷¹⁸. Plus précisément, la Déclaration de Rio énumère 12 principes afin « d'établir un partenariat mondial sur une base nouvelle et équitable en créant des niveaux de coopération nouveaux entre les États, les secteurs clefs de la société et les peuples ». Parmi eux, les principes 3 à 5 posent les bases du concept de développement durable dans le cadre international :

« Principe 3 : Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures.

Principe 4 : Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément.

Principe 5 : Tous les États et tous les peuples doivent coopérer à la tâche essentielle de l'élimination de la pauvreté, qui constitue une condition indispensable du développement durable, afin de réduire les différences de niveaux de vie et de mieux répondre aux besoins de la majorité des peuples du monde »⁷¹⁹.

642. La CNUED donna aussi lieu à une série d'AEM cadres visant à traiter des problèmes environnementaux majeurs, notamment : la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), la Convention sur la diversité biologique (CDB), la

⁷¹⁸ ONU, *Rapport de la CNUED*, A/CONF.151/26/Re.1 (vol. 1), Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, 508 p.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 2-3. Il convient de noter que le principe 12 fait une référence expresse au système commercial multilatéral. Utilisant des termes tirés de l'Article XX du GATT, il établit ce qui suit :

« Principe 12 : Les Etats devraient coopérer pour promouvoir un système économique international ouvert et favorable, propre à engendrer une croissance économique et un développement durable dans tous les pays, qui permettrait de mieux lutter contre les problèmes de dégradation de l'environnement. Les mesures de politique commerciale motivées par des considérations relatives à l'environnement *ne devraient pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée aux échanges internationaux*. Toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur devrait être évitée. Les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international » (*Ibid.*, p. 4).

Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification (CLD)⁷²⁰. Enfin, l'Agenda 21 a établi un plan d'action comprenant 40 chapitres et formulant des recommandations sur : les dimensions sociales et économiques du développement durable (une section spécifique est consacrée au rôle du commerce), la conservation et gestion des ressources aux fins de développement, le renforcement du rôle des principaux acteurs (comme les femmes, les enfants, les ONG, etc.), les moyens d'exécution, y compris les instruments juridiques internationaux (comme le GATT) ou encore des politiques spécifiques, comme celles prévoyant des subventions, qui peuvent cependant être à la fois un appui et une barrière.

643. De ce fait, l'organisation de la CNUED a marqué un tournant essentiel dans l'évolution de la relation entre les systèmes multilatéraux de protection environnementale et ceux visant la promotion du développement économique comme, notamment, celui du commerce international. La communauté internationale a reconnu, par l'adoption de plusieurs instruments internationaux, des principes, objectifs et plans d'action requérant une approche concertée de la protection environnementale et de la croissance économique autour de l'objectif de développement durable.

644. Il convient de noter qu'à cette époque, le cycle de négociations de l'Uruguay s'était fortement accéléré. Le consensus autour de l'objectif de développement durable a influencé les débats et résultats de ces négociations⁷²¹. En effet, le groupe EMIT qui, comme nous l'avons déjà relevé, avait été conçu 20 ans auparavant pour traiter le sujet de la relation entre commerce et environnement mais qui ne s'était jamais réuni, organisera ses premières

⁷²⁰ La CLD ne sera officiellement adoptée que deux ans après le Sommet, à Paris, en 1994.

⁷²¹ Il y a lieu de relever que certains éléments du débat sur la relation entre les mesures commerciales et la protection de l'environnement avaient sporadiquement été soulevés dans le cadre du système commercial multilatéral depuis 1972. Par exemple, certaines questions environnementales ont été débattues lors des négociations sur les Codes du GATT adoptés à Tokyo. De plus, en 1982, à l'occasion de la Réunion ministérielle, les PARTIES CONTRACTANTES ont décidé d'examiner les mesures devant être prises pour contrôler l'exportation de produits dont la vente était interdite sur le marché intérieur des pays exportateurs eu égard à leurs effets nocifs pour la vie des personnes et l'environnement. Toutefois, un groupe de travail sur l'exportation de produits interdits sur le marché intérieur et d'autres substances dangereuses ne sera créé que sept ans plus tard, en juillet 1989. Voir GATT, *Décision sur l'exportation de produits interdits sur le marché intérieur*, L/6553, 21 juillet 1989. Le groupe a émis un rapport sur les débats ainsi que sur le texte d'un projet de Décision relative aux produits interdits ou strictement réglementés sur le marché intérieur en 1991. GATT, *Rapport du Groupe de travail de l'exportation de produits interdits sur le marché intérieur et d'autres substances dangereuses*, L/6872, 2 juillet 1991. La décision n'a pas été adoptée mais ce point d'intérêt particulier pour les pays en développement fera partie de l'Agenda du Comité sur le commerce et l'environnement de l'OMC établi en 1994.

réunions à ce moment⁷²². Ce sont les parties contractantes membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) qui ont proposé, lors de la réunion du Conseil du GATT en février 1991, de réunir dès que possible le groupe EMIT. Face à « [l]a multiplication des mesures et des accords internationaux en rapport avec l'environnement soulignait combien il était urgent d'explorer ces problèmes, notamment parce que beaucoup de ces accords s'appuyaient, entre autres, sur des mesures commerciales pour atteindre leurs objectifs », l'AELE a considéré que la réunion du groupe était nécessaire afin « d'entreprendre rapidement l'étude de ces problèmes complexes »⁷²³.

645. En guise de contribution au premier débat « structuré » sur le sujet qui s'est tenu pendant les réunions du Conseil du GATT au cours de l'année 1991, le Secrétariat du GATT produira une note d'information étendue faisant le point sur les débats relatifs à la problématique qui s'étaient jusqu'alors tenus dans le cadre du système commercial multilatéral ainsi que sur les discussions tenues dans le cadre des AEM⁷²⁴. Puis, le Secrétariat du GATT produira un deuxième rapport sur la relation entre commerce international et mesures de protection environnementale, un thème déjà traité, on l'a vu, dans un rapport envoyé aux participants à la Conférence de Stockholm de 1972.

646. Ce rapport, intitulé « Commerce et environnement » et publié en mars 1992, proposa une approche assez différente de celle de l'étude de 1971⁷²⁵. En effet, même s'il appela les gouvernements à rechercher des solutions multilatérales et à mettre en place une coopération accrue sur les questions environnementales mondiales afin d'éviter des mesures commerciales unilatérales visant à compenser les effets concurrentiels de différentes normes

⁷²² Voir GATT, *Rapport de la réunion du groupe sur les mesures relatives à l'environnement et le commerce international*, groupe EMIT, TRE/1, 17 décembre 1991.

⁷²³ GATT, *Réunion du Conseil tenu le 6 février 1991*, C/M/247, 6 février 1991, p. 21-23.

⁷²⁴ GATT, *Commerce et environnement*, Note d'information établie par le Secrétariat, L/6896, 18 septembre 1991, 103 p. Le Secrétariat, ayant examiné les débats qui se sont tenus durant les négociations de certains AEM sélectionnés, a noté l'apparent consensus des négociateurs sur le fait que la presque totalité des mesures commerciales prévues dans ces accords ne soulevaient pas de questionnements par rapport aux dispositions du GATT et pouvaient, à la limite, être justifiées dans le cadre des exceptions générales prévues par l'Article XX. *Ibidem*, p. 32-35. Finalement, la note informative a compilé les notifications faites au GATT par les parties contractantes portant sur des mesures prises aux fins de protection environnementale. Cette première compilation constitue le fondement de ce qui deviendra plus tard, dans le cadre du Comité sur le commerce et l'environnement, la base de données sur l'environnement de l'OMC. *Ibid.*, p. 93-103.

⁷²⁵ GATT, *Le Commerce international 1990-91 : Commerce et Environnement*, Rapport annuel du GATT de 1992, GATT/1529, communiqué de presse et avant tirage du rapport, 3 février 1992, 56 p.

environnementales, le rapport souligna cette fois-ci le rôle majeur que pourrait jouer le commerce dans l'amélioration des moyens à la disposition des pays pour protéger l'environnement, conformément à l'objectif de développement durable⁷²⁶. En l'occurrence, le rapport affirmait :

« En ce qui concerne la conception et la mise en œuvre des politiques environnementales, les règles du GATT ne limitent pratiquement en rien la capacité des pays de recourir à des mesures appropriées pour protéger leur environnement des dommages causés par les activités de production intérieure ou par la consommation de produits d'origine nationale ou importés »⁷²⁷.

647. Dès lors, si le rapport de 1972 mettait les gouvernements des parties contractantes en garde contre l'adoption de mesures commerciales aux fins de protection des positions compétitives des industries nationales affectées par les coûts d'ajustement aux mesures environnementales, celui de 1992 a plutôt souligné la manière dont un commerce international accru pourrait permettre aux pays en développement de disposer des moyens de protéger leur environnement et ainsi de garantir le développement durable. De plus, s'agissant des dispositions du système commercial multilatéral, le rapport a retenu une approche également distincte en affirmant le droit des parties contractantes d'adopter des mesures nationales de protection environnementale, avec cependant quelques limitations importantes.

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 3. Sur le point spécifique de la relation entre commerce international et impératifs de développement durable, le Rapport affirme notamment que :

« Ne pas attribuer une valeur aux ressources environnementales compromettrait le développement durable, même dans une économie complètement fermée. Le commerce est considéré plutôt comme un "amplificateur". Si les politiques nécessaires à un développement durable sont en place, le commerce favorise un tel développement. Sinon, le commerce extérieur d'un pays peut contribuer à orienter le développement dans une direction préjudiciable pour l'environnement, mais il en sera alors de même pour la plupart des autres activités économiques » (*Ibid.*, p. 4).

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 6-7. En revanche, le Rapport notait aussi que « [l]orsqu'un problème écologique est lié à la production ou à la consommation dans un autre pays, les règles du GATT sont plus contraignantes, car elles interdisent de subordonner l'accès aux marchés à la modification des politiques ou des pratiques internes du pays exportateur ». *Ibid.*, p. 7. Comme on le verra par la suite, il s'agissait d'une interprétation assez répandue des règles du système commercial multilatéral quant à l'application « extraterritoriale » des politiques environnementales nationales. Ce ne sera que quelques années plus tard que le nouvel Organe d'appel créé par l'institution de l'OMC aura l'occasion de nuancer et de faire évoluer cette interprétation. Voir le prochain chapitre 2.

648. Comme le premier rapport de 1972, celui de 1992 a été envoyé, avec une note d'information du Secrétariat du GATT de 1991, à la CNUED qui allait se réunir prochainement à Rio. Comme nous l'avons vu, à Rio aussi la relation entre les objectifs du système commercial multilatéral et les mesures de protection environnementale a été énoncée d'une façon assez différente à celle qui prévalait à l'époque de la Conférence de Stockholm de 1972⁷²⁸. En particulier, le concept de développement durable avait réussi à harmoniser, même si davantage à un niveau théorique et général que pratique, les impératifs des deux systèmes. Comme le notèrent, en effet, à l'époque A. Cosbey et D. Runnalls :

« The key to the popularity of this new "sustainable development" agenda is that it appears to be a "win-win" program. It points to a world which is better off, as well as ecologically more sustainable, by merging elements of the traditional economic agenda with elements of the traditional environmental agenda. The result is growth of a radically different kind: growth which is far less energy and raw material intensive, which helps to preserve the world's ecological capital rather than run it down, and which is far more equitably distributed both within and between nations. Trade liberalization is a critical part of this agenda, although it must be integrated with a tough environmental policy »⁷²⁹.

649. Effectivement, à partir de ce moment, le concept de développement durable a fait partie intégrante des discussions en cours en vue de la création de l'OMC. Quand le cycle d'Uruguay s'est finalement achevé, en 1994, l'objectif de développement durable ainsi que la protection de l'environnement ont occupé une place centrale dans le nouvel cadre juridique signé à Marrakech. L'objectif a été inclus parmi les objectifs centraux de la nouvelle

⁷²⁸ Par exemple, le Chapitre 2.B. de l'Agenda 21 établit le *principe d'action* suivant :

« Les politiques commerciales et les politiques de l'environnement devraient s'étayer mutuellement. Un système d'échanges multilatéral, à caractère ouvert, permet d'allouer et utiliser plus efficacement les ressources, contribuant ainsi à accroître la production et les recettes et à alléger la pesée exercée sur l'environnement ; il permet donc de dégager les ressources supplémentaires nécessaires pour assurer la croissance économique et le développement et pour mieux protéger l'environnement. À son tour, un environnement sain génère les richesses écologiques et autres nécessaires à une croissance durable et à un développement soutenu des échanges. Un système d'échanges comme celui qui est préconisé ici aurait des incidences positives sur l'environnement et contribuerait à un développement durable. (...) Il s'agit d'assurer la cohésion des politiques commerciales et des politiques de l'environnement, qui doivent permettre de mieux asseoir les bases d'un développement durable » (ONU, *Rapport de la CNUED*, A/CONF.151/26/Re.1 (vol. 1), Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, p. 18).

⁷²⁹ COSBEY, Aaron et RUNNALLS, David, *Trade and Sustainable Development: A Survey of the Issues and a New Research Agenda*, IISD, 1992, p. 32.

Organisation. Ainsi, le tout premier paragraphe du préambule de l'Accord sur l'OMC instituant l'OMC prévoit que les Membres de l'OMC, dans le cadre de leurs rapports commerciaux et économiques, chercheront à assurer la réalisation de leurs objectifs économiques ... :

« ... tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ».

650. Dès lors, les relations commerciales des Membres de l'OMC sont désormais régies suivant le concept de développement durable et ceux-ci doivent prendre en considération la protection de l'environnement parmi leurs objectifs. De surcroît, il ne s'agit plus de viser *la pleine utilisation des ressources mondiales* mais plutôt leur utilisation *optimale conformément à l'objectif de développement durable* (voir tableau 23 comparatif des objectifs de 1947 et de 1994 ci-dessous).

651. La portée de cette reconnaissance par les dispositions du système commercial multilatéral et leur application aux mesures commerciales restrictives adoptées aux fins de protection environnementale est très probablement sans pareil dans l'histoire du droit international économique, voire du droit international public lui-même. Comme l'a noté l'Organe d'appel :

« À la fin du Cycle d'Uruguay, les négociateurs ont élaboré un préambule approprié pour le nouvel Accord sur l'OMC, qui renforçait le système commercial multilatéral en établissant une organisation internationale dans le but, notamment, de faciliter la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement de cet accord et des autres accords résultant de ce cycle, et de favoriser la réalisation de leurs objectifs. Reconnaissant qu'il importait d'assurer la continuité avec l'ancien système du GATT, les négociateurs se sont inspirés du préambule du GATT de 1947 pour rédiger celui du nouvel Accord sur l'OMC. Toutefois, ils ont manifestement pensé que l'objectif de "pleine utilisation des ressources mondiales" qui figurait dans le préambule du GATT de 1947 n'était plus adapté au système commercial mondial des années 90. ... ce texte démontre que les négociateurs de l'OMC ont reconnu que l'utilisation optimale des ressources mondiales devait se réaliser conformément à l'objectif de développement durable. Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de

l'Accord sur l'OMC, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'Accord sur l'OMC, le GATT de 1994 en l'espèce »⁷³⁰ (notes de bas de page omises).

652. De plus, si le GATT de 1947 ne contenait aucune mention expresse de l'environnement, plusieurs accords de l'OMC le mentionnent. Par exemple, le préambule de l'Accord OTC reconnaît que « rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires ... à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur »⁷³¹. De même, l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) affirme « qu'aucun Membre ne devrait être empêché d'adopter ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ». Par ailleurs, comme nous l'avons déjà noté, l'Accord sur l'agriculture prévoit, parmi ses objectifs, que la libéralisation du secteur doit prendre en compte des « considérations autres que d'ordre commercial, y compris la sécurité alimentaire et la nécessité de protéger l'environnement » et accorde un traitement spécial aux mesures de soutien interne adoptées à des fins de protection environnementale⁷³². Dans le même sens, l'Accord SMC a créé, même si de manière temporaire, une catégorie de « subventions ne donnant pas lieu à une action » (catégorie « feu vert ») incluant des subventions ayant trait à la protection de l'environnement⁷³³.

653. Cette reconnaissance expresse de la protection environnementale au sens large ainsi que du développement durable parmi les objectifs légitimes reconnus par les dispositions du système commercial multilatéral a ainsi marqué un tournant important au regard des dispositions originelles du GATT.

654. Enfin, à l'occasion de la signature de l'Acte final du cycle d'Uruguay adoptant les accords multilatéraux et établissant l'OMC, les ministres du Commerce des pays Membres ont aussi adopté une *Décision sur le commerce et l'environnement*⁷³⁴ qui prend note, entre

⁷³⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, paras. 152-153.

⁷³¹ L'Article 2.2 de l'Accord OTC mentionne aussi la protection de l'environnement parmi les « objectifs légitimes » qui peuvent justifier l'adoption de règlements techniques.

⁷³² Voir le chapitre 2, section 3 de la deuxième partie ci-dessus.

⁷³³ Voir le chapitre 2, section 2:5 de la deuxième partie ci-dessus.

⁷³⁴ ONU, *Recueil des Traités*, vol. 1867, n° 31874, 1995, p. 135-136.

autres, de la Déclaration de Rio sur l’environnement et le développement, de l’Action 21 ainsi que des travaux du Groupe EMIT en affirmant « qu’il ne devrait pas y avoir, et qu’il n’y a pas nécessairement de contradiction au plan des politiques entre la préservation et la sauvegarde d’un système commercial multilatéral ouvert, non-discriminatoire et équitable d’une part et les actions visant à protéger l’environnement et à promouvoir le développement durable d’autre part ».

655. De plus, les ministres ont décidé d’établir un Comité du commerce et de l’environnement (CCE) en donnant ce faisant un caractère permanent au forum créé par le groupe EMIT. Le CCE a ainsi été chargé, entre autres : « d’identifier les relations entre les mesures commerciales et les mesures environnementales de manière à promouvoir le développement durable » ; et « de faire des recommandations appropriées pour déterminer s’il y a lieu de modifier les dispositions du système commercial multilatéral » à cette fin. Finalement, les débats tenus dans le cadre du CCE ont eu pour objet de garantir que « les politiques en matière de commerce international et les politiques environnementales se renforcent mutuellement »⁷³⁵. Le CCE jouera notamment un rôle important dans le développement de nouvelles règles sur les subventions ayant des effets nuisibles sur l’environnement.

Tableau 23 – Comparatif des objectifs du GATT 1947 et de l’Accord sur l’OMC de 1994 (italiques ajoutés)

GATT	OMC

⁷³⁵ Il y a lieu de relever que les Membres de l’OMC ont également adopté à la même occasion une courte *Décision sur le commerce des services et l’environnement* qui reconnaît que « les mesures nécessaires à la protection de l’environnement peuvent entrer en conflit avec les dispositions » de l’AGCS et décide d’établir un programme de travail dans le cadre du Conseil du commerce des services afin d’examiner « les relations entre le commerce des services et l’environnement, y compris la question du développement durable » et « déterminer s’il serait nécessaire de modifier l’article XIV de l’Accord afin de tenir compte de ces mesures ». Le Comité sera aussi chargé d’étudier « la pertinence des accords intergouvernementaux sur l’environnement et leurs rapports avec l’Accord ». ONU, *Recueil des Traités*, vol. 1867, n° 31874, 1995, p. 94. Ce programme fera ultérieurement partie de l’Agenda des négociations du cycle de Doha.

Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique doivent être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, <i>la pleine utilisation des ressources mondiales</i> et l'accroissement de la production et des échanges de produits... .	Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, <i>tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement</i> et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique... .

Section 3 : L'apogée de l'évolution de la relation entre développement économique et durabilité environnementale et sociale - l'adoption des ODD

656. Avant d'examiner la pertinence de l'objectif de développement durable au regard de l'interprétation et de l'application des dispositions du système commercial multilatéral, il y a lieu d'analyser brièvement l'évolution récente, au niveau international, de la relation entre développement économique et durabilité environnementale et sociale.

657. À la suite de la CNUED et de l'adoption de l'Agenda 21, les États ont poursuivi leurs efforts de coopération internationale, pour, du côté environnemental, renforcer le PNUE et assurer une cohérence accrue entre les différents cadres juridiques et engagements politiques au regard des AEM et de la gouvernance environnementale internationale⁷³⁶. Considérant l'importance croissante de certains défis environnementaux - tels que les changements climatiques, l'extinction des espèces sauvages de faune et de flore et l'appauvrissement accéléré de la biodiversité -, ces efforts ont abouti à la création, en 2012, de l'Assemblée des Nations unies pour l'environnement⁷³⁷.

⁷³⁶ Voir, par exemple, les décisions du Conseil d'administration du PNUE ci-après : PNUE, *Déclaration de Nairobi sur le rôle et le mandat du Programme des Nations Unies pour l'environnement*, Décision du Conseil d'administration, A/52/25, 7 février 1997, décision 19/1, p. 31-34 ; PNUE, *Déclaration ministérielle de Malmö*, Décision du Conseil d'administration, A/55/25, 31 mai 2000, décision SS.VI/1, p. 13-17.

⁷³⁷ Voir ONU, *Résolution de l'Assemblée générale. L'avenir que nous voulons*, A/RES/66/288, 11 septembre 2012.

658. L'Assemblée est alors devenue l'organe décisionnel international de plus haut rang dans le domaine de l'environnement. Elle réunit les ministres de l'environnement de tous les pays membres de l'ONU, tous les deux ans, afin d'adopter des décisions et programmes d'action visant à progresser vers la réalisation des objectifs de protection environnementale à l'échelle globale. Le but de la création de l'Assemblée était de garantir que la coopération environnementale internationale dispose d'un corps politique central et de haut niveau afin que les questions environnementales soient traitées au même rang que les questions économiques, sociales, de santé et de sécurité.

659. S'agissant du développement économique et social, l'Assemblée générale des Nations unies adopta en 2000 la « Déclaration du Millénaire »⁷³⁸ dans laquelle l'ONU a dégagé huit « Objectifs du Millénaire pour le Développement » (OMD) fournissant ainsi un cadre pour l'action des pays, à l'échelle nationale comme au niveau international, à l'horizon de 2015. Les objectifs étaient les suivants : 1) réduire l'extrême pauvreté et la faim ; 2) assurer l'éducation primaire universelle ; 3) promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes ; 4) réduire la mortalité infantile ; 5) améliorer la santé maternelle ; 6) combattre le VIH/sida, le paludisme et d'autres maladies ; 7) assurer un environnement durable ; 8) mettre en place un partenariat mondial pour le développement⁷³⁹.

660. La contribution probablement la plus pertinente des OMD a été l'établissement d'objectifs et de cibles quantifiables, accompagnés d'un délai clair et déterminé pour leur réalisation. Même si les OMD ont été atteints à des degrés très variés⁷⁴⁰, leur édicition a tout de même réussi à galvaniser l'action internationale autour de la question du développement durable. Toutefois, on peut noter qu'alors que les objectifs liés aux questions économiques et sociales sont relativement spécifiques et directs, le seul objectif environnemental des OMD est assez général et global⁷⁴¹. De plus, le fait que l'objectif de protection environnementale

⁷³⁸ ONU, *Résolution de l'Assemblée générale. Déclaration du Millénaire*, A/RES/55/2, 13 septembre 2000.

⁷³⁹ À la demande du Secrétaire Général de l'ONU, Kofi Annan, Jeffrey D. Sachs dirigea les travaux d'un organisme consultatif indépendant : « Le Projet du Millénaire ». Le rapport remis par le groupe en 2005 a tenté de conceptualiser les OMD en offrant un cadre théorique et des propositions concrètes pour leur réalisation. Voir UN MILLENNIUM PROJECT, *Investing in Development: A Practical Plan to Achieve the Millennium Development Goals*, Report to the UN Secretary-General, 2005, 356 p.

⁷⁴⁰ Voir, par exemple, le Rapport sur les OMD de 2013 préparé par l'ONU : ONU, *Objectifs du Millénaire pour le développement. Rapport 2015*, DAES, New York, 2015, 75 p.

⁷⁴¹ Les quatre cibles ayant trait à l'objectif 7 d'assurer un environnement durable étaient : 7.A – Intégrer les

soit indiqué de façon séparée de ceux de développement social et économique semble indiquer que, malgré un succès conceptuel et théorique du concept de développement durable, au niveau politique et s'agissant d'objectifs et d'actions concrètes engagés à l'échelle globale, les dimensions économiques, sociales et environnementales du développement durable continuent à suivre des chemins distincts.

661. Puis, dix ans après la CNUED de Rio, l'Assemblée générale de l'ONU a convoqué un nouveau Sommet mondial pour le développement durable⁷⁴². Également connue sous le nom de « Rio+10 », cette rencontre s'est tenue à Johannesburg, à l'été 2002. L'objectif était d'examiner les progrès accomplis jusqu'alors quant aux objectifs et principes énumérés à Rio et dans l'Agenda 21 en s'accordant sur « les réalisations et les domaines où des efforts supplémentaires sont nécessaires »⁷⁴³. Pendant le Sommet, les défauts de mise en œuvre de l'Agenda 21, surtout à l'égard de ses composantes sociales et environnementales, sont devenus apparents. Les défis liés à la désertification, à l'appauvrissement de la biodiversité et à la surpêche ou encore aux émissions de GES n'avaient pas diminué ; ils étaient devenus encore plus critiques. Nonobstant, les priorités des pays participants se sont avérées trop éloignées les unes des autres et le Sommet n'a finalement pas réussi à remplir son objectif initial de galvaniser l'action de la communauté internationale autour du développement durable⁷⁴⁴.

principes du développement durable dans les politiques et programmes nationaux et inverser la tendance à la déperdition des ressources environnementales ; 7.B – Réduire la perte de biodiversité et atteindre, d'ici à 2010, une diminution significative du taux de perte ; 7.C – Réduire de moitié, d'ici à 2015, le pourcentage de la population qui n'a pas accès de façon durable à un approvisionnement en eau potable ni à des services d'assainissement de base ; et 7.D – Améliorer sensiblement, d'ici à 2020, les conditions de vie d'au moins 100 millions d'habitants de taudis.

⁷⁴² ONU, *Résolution de l'Assemblée générale. Examen décennal des progrès accomplis dans la mise en œuvre des textes issus de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, A/RES/55/199, 5 février 2001.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 2. Il convient de noter qu'à ce moment, l'équilibre programmatique entre les questions environnementales, économiques et sociales n'était pas tout à fait défini. Si, d'une part, la récente Déclaration du Millénaire appelait à l'action concertée pour le développement et commençait à galvaniser l'attention des hommes et femmes politiques, d'autre part, la Déclaration ministérielle de Malmö manifestait les efforts des défenseurs de l'environnement de voir leurs préoccupations élevées au niveau des décideurs, ce qui refléterait la grandeur de ces défis. Sur le sujet, la résolution adoptée à la clôture du Sommet en 2002 précise qu'il « devrait veiller à l'équilibre entre développement économique, développement social et protection de l'environnement en tant qu'il s'agit d'éléments interdépendants et complémentaires du développement durable ». *Ibid.*, p.3.

⁷⁴⁴ La déclaration politique finale des dirigeants d'à peu près quatre pages et la réaffirmation d'objectifs et de cibles déjà adoptés auparavant (et pour lesquels peu d'avancement ont été réalisés) sont souvent indiquées comme des signes de l'échec relatif du Sommet. ONU, *Rapport du Sommet mondial pour le développement*

662. En 2012, le temps était venu, encore une fois, d'examiner la réalisation des objectifs adoptés à Rio ainsi que du Plan de mise en œuvre décidé à Johannesburg⁷⁴⁵. La ville de Rio a de nouveau été choisie comme lieu de déroulement de la Conférence des Nations unies sur le développement (« Rio+20 »). Cette fois-ci, les négociations ont réussi à attirer l'attention globale et ont abouti à une déclaration politique plus ambitieuse et à de multiples résultats qui seront actés par l'Assemblée générale de l'ONU, en septembre 2012, dans le document intitulé « L'avenir que nous voulons »⁷⁴⁶. Précisément, la résolution a consacré des lignes directrices ayant trait aux politiques visant le développement d'une « économie verte »⁷⁴⁷. En outre, la résolution appela au renouvellement des OMD de façon à y intégrer des objectifs de développement économique et social et de protection environnementale.

663. Trois ans plus tard, l'évolution de ce long processus politique a abouti à l'adoption d'Objectifs de Développement Durable (ODD) et à un Programme à l'horizon 2030 (« Programme 2030 ») lors du Sommet des Nations unies sur le développement durable qui a eu lieu à New York⁷⁴⁸. Il s'agit d'un document juridico-politique comprenant 17 objectifs

durable, A/CONF.199/20, Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002, 195 p. Pour une analyse contemporaine du Sommet, voir ; OECD OBSERVER, *Johannesburg summit: Success or failure?*, Ken Ruffing, Head, OECD Environment Directorate, n° 234, octobre 2002, disponible sur : <http://oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/902/Johannesburg_summit:_Success_or_failure_.html>, dernier accès le 16.04.2019.

⁷⁴⁵ ONU, *Résolution de l'Assemblée générale. Mise en œuvre d'Action 21, du Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21 et des textes issus du Sommet mondial pour le développement durable*, A/RES/66/197, 9 février 2012.

⁷⁴⁶ ONU, *Résolution de l'Assemblée générale. L'avenir que nous voulons*, A/RES/66/288, 11 septembre 2012. Parmi les résultats les plus intéressants de la Conférence, relevons qu'elle a établi le Forum politique de haut niveau pour le développement durable (FPHN), une enceinte politique annuelle chargée d'accompagner la réalisation des objectifs de développement durable que la communauté internationale s'était engagée à atteindre. De plus, la question du financement pour le développement durable a été mise en évidence, donnant lieu à un processus politique qui aboutira, quelques années plus tard, au Programme d'action d'Addis-Abeba de 2015 pour le financement du développement durable. Finalement, comme nous l'avons déjà noté, la Conférence décida de renforcer le PNUE, ce qui donnera lieu à la création de l'Assemblée des Nations unies pour l'environnement.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 11-15. Comme l'objectif de développement durable, ce concept vise à allier les impératifs économiques et environnementaux. La résolution indique 16 principes que les « politiques de promotion d'une économie verte dans le contexte du développement durable et de l'élimination de la pauvreté » devraient respecter. Parmi eux, l'alinéa h) indique notamment que les politiques de promotion ne devraient pas :

« constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée aux échanges internationaux, éviter les actions unilatérales visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur, et veiller à ce que les mesures de lutte contre les problèmes environnementaux transfrontières ou mondiaux soient, autant que possible, fondées sur un consensus international ».

⁷⁴⁸ ONU, *Résolution de l'Assemblée générale. Transformer notre monde : le Programme de développement*

et 169 cibles qui, à l'instar des OMD, fournit un cadre théorique et politique pour guider l'action des États, des organisation internationales ainsi que d'autres acteurs majeurs (dans la société civile et le secteur privé) vers leur réalisation à l'horizon 2030.

664. Or, à la différence des OMD, chaque ODD intègre des impératifs relatifs aux trois composantes théoriques du développement durable. Ainsi, même si certains objectifs peuvent porter sur des éléments plus particuliers à l'économie ou à l'environnement, l'approche holistique adoptée lors de la définition des cibles relevant de chaque objectif garantit en principe qu'au moment de leur réalisation les besoins sociaux, économiques et environnementaux soient concomitamment traités de façon à se renforcer mutuellement (voir le tableau 24 comparatif des OMD et ODD)⁷⁴⁹.

665. Les questions commerciales ont cependant occupé une place particulière dans le cadre des ODD et du Programme 2030⁷⁵⁰. Tout d'abord, l'objectif 17 sur les « Partenariats pour la réalisation des objectifs » reconnaît le commerce international en tant que l'un des moyens de mise en œuvre du Programme 2030, surtout en ce qu'il s'agit de la participation accrue des PMA aux marchés internationaux. D'autre part, plusieurs cibles font une référence expresse à des questions ou mesures commerciales relevant de la compétence du système commercial multilatéral. En particulier, en ce qui concerne les subventions, trois cibles sont particulièrement pertinentes :

« **2.b** Corriger et prévenir les restrictions et distorsions entravant le fonctionnement des marchés agricoles mondiaux, y compris par l'élimination parallèle de toutes les formes de subventions aux exportations agricoles et de toutes les mesures à l'exportation ayant un effet équivalent, conformément au mandat du Cycle de négociations de Doha pour le développement »⁷⁵¹.

durable à l'horizon 2030, A/RES/70/1, 25 septembre 2015.

⁷⁴⁹ Par exemple, la cible 1.5 de l'objectif premier sur l'élimination de la pauvreté prévoit que les États devront « d'ici à 2030, renforcer la résilience des pauvres et des personnes en situation vulnérable et réduire leur exposition aux phénomènes climatiques extrêmes et à d'autres chocs et catastrophes d'ordre économique, social ou environnemental et leur vulnérabilité ». De même, dans l'objectif 15 sur la vie terrestre, la cible 15.6 les appelle à « favoriser le partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'utilisation des ressources génétiques et promouvoir un accès approprié à celles-ci, ainsi que cela a été décidé à l'échelle internationale ».

⁷⁵⁰ Sur la perspective du Secrétariat de l'OMC quant au rôle du commerce et du système commercial multilatéral s'agissant de la réalisation des ODD, voir OMC, *L'intégration du commerce en vue de la réalisation des objectifs de développement durable*, Genève, OMC, 2018, 69 p.

⁷⁵¹ Une cible de l'objectif 2 « Éliminer la faim, assurer la sécurité alimentaire, améliorer la nutrition et promouvoir l'agriculture durable ».

« **12.c** Rationaliser les subventions aux combustibles fossiles qui sont source de gaspillage, grâce à l'élimination des distorsions du marché, eu égard au contexte national, y compris au moyen de la restructuration de la fiscalité et de la suppression progressive des subventions préjudiciables qui sont en place, en mettant en évidence leur impact sur l'environnement, en tenant pleinement compte des besoins et de la situation propres aux pays en développement et en réduisant au minimum les éventuels effets négatifs sur le développement de ces pays tout en protégeant les pauvres et les populations concernées »⁷⁵².

« **14.6** D'ici à 2020, interdire les subventions à la pêche qui contribuent à la surcapacité et à la surpêche, supprimer celles qui favorisent la pêche illicite, non déclarée et non réglementée et s'abstenir d'en accorder de nouvelles, sachant que l'octroi d'un traitement spécial et différencié efficace et approprié aux pays en développement et aux pays les moins avancés doit faire partie intégrante des négociations sur les subventions à la pêche menées dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce »⁷⁵³.

666. Comme nous l'avons vu, de nouvelles règles ont été consacrées depuis l'adoption des ODD⁷⁵⁴ en ce qui concerne les subventions à l'exportation de produits agricoles (cible 2.b). L'inclusion expresse des subventions aux combustibles fossiles et à la pêche comme cibles dans le Programme 2030 a donné un nouveau souffle aux négociations sur ces sujets.

667. Enfin, d'autres cibles et éléments de la résolution sont également intéressants pour comprendre la relation entre l'objectif de développement durable, la pertinence des subventions en tant qu'instruments de mise en œuvre des objectifs s'y rapportant et la réglementation commerciale multilatérale des subventions. On pourrait mentionner, par exemple, l'appel à consacrer « les ressources voulues au développement des zones rurales, d'une agriculture et d'une pêche durables, en vue d'aider les petits exploitants agricoles, en particulier les femmes parmi eux, les éleveurs et les pêcheurs des pays en développement, notamment des pays les moins avancés »⁷⁵⁵.

668. Il convient par ailleurs de noter qu'à l'instar des autres instruments internationaux ayant trait à l'objectif de développement durable étudiés dans le cadre de la présente sous-

⁷⁵² Une cible de l'objectif 12 « Établir des modes de consommation et de production durables ».

⁷⁵³ Une cible de l'objectif 14 « Conserver et exploiter de manière durable les océans, les mers et les ressources marines aux fins du développement durable ».

⁷⁵⁴ Voir le chapitre 2, section 3:2 de la deuxième partie ci-dessus.

⁷⁵⁵ ONU, *Résolution de l'Assemblée générale. Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, A/RES/70/1, 25 septembre 2015, p. 8.

section⁷⁵⁶, la résolution de 2015 ne semble pas adopter une approche unique ou stricte à l'égard des subventions. Le document identifie des situations dans lesquelles leur utilisation a produit des effets nuisibles sur le développement durable et d'autres où un soutien accru de l'État pourrait, en revanche, être nécessaire (y compris par la voie, par exemple, de lignes de crédits subventionnés). Comme nous l'avons analysé dans la première partie de notre thèse, cette approche se conforme, bien que superficiellement, aux impératifs économiques liés à l'utilisation des subventions en tant qu'outils étatiques d'intervention dans l'économie.

669. En somme, ce n'est qu'avec l'adoption des ODD en 2015 qu'un instrument international a plus clairement décrit la relation entre les dimensions économiques, sociales et environnementales du concept de développement durable en termes d'objectifs et de cibles concrets d'action. De ce fait, la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, qui a consacré les ODD et le Programme 2030, offre une indication incontestable des priorités et positions politiques de la communauté internationale concernant les défis et objectifs complexes que

⁷⁵⁶ La Rapport du Sommet Rio+10 tenu à Johannesburg en 2002 est particulièrement riche en référence aux subventions. Par exemple, le Plan de mise en œuvre note ce qui suit :

« Des politiques réduisant les distorsions du marché permettraient de promouvoir des systèmes énergétiques compatibles avec le développement durable en utilisant de meilleurs signaux de marché et en éliminant les distorsions du marché, y compris par la restructuration de la fiscalité et l'élimination progressive d'éventuelles subventions néfastes, compte tenu de leurs effets sur l'environnement, ces politiques tenant pleinement compte des besoins et de la situation propres aux pays en développement, dans le but de réduire au minimum les éventuels effets délétères sur leur développement ;

Prendre, là où il convient de le faire, des mesures pour supprimer progressivement les subventions qui entravent le développement durable, en tenant pleinement compte de la situation particulière et du niveau de développement de chaque pays et en prenant en considération les effets néfastes de ces subventions, en particulier pour les pays en développement... » (ONU, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, A/CONF.199/20, Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002, p. 19).

De plus, la Vice-Présidente de droit du Sommet a résumé les débats tenus sur les subventions dans le cadre de l'initiative « eau et assainissement, énergie, santé, culture et diversité biologique » de la manière suivante :

« Des instruments économiques, parmi lesquels les subventions, ont été utilisés pour faire obstacle à l'accès aux marchés et au commerce international en général. Il conviendrait donc de s'efforcer de les éliminer et d'utiliser au contraire ces instruments pour promouvoir le développement durable.

(...)

Introduire et utiliser des instruments économiques plus largement en rapport avec la diversité biologique (incitations économiques et examens plus attentifs de la relation entre les effets pervers des subventions et la perte et la dégradation de la diversité biologique) » (ONU, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, A/CONF.199/20, Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002, p. 102 et 106).

Dans le même sens, la résolution adoptée lors de la conclusion du Sommet Rio +20 en 2012 note, en particulier, que les États restaient « résolus à faire des avancées sur certaines questions importantes, notamment les subventions qui faussent les échanges et le commerce des biens et services environnementaux ». ONU, *Résolution de l'Assemblée générale. L'avenir que nous voulons*, A/RES/66/288, 11 septembre 2012, p. 60.

les pays se sont engagés à relever et à atteindre. Par ailleurs, ce document offre un cadre pertinent pour l'interprétation et l'application des dispositions du système commercial multilatéral liées à l'objectif de développement durable. Les objectifs de développement durable et de protection environnementale, tels qu'ils ont été indiqués dans le préambule de l'Accord sur l'OMC, doivent « éclairer, ordonner et nuancer » la mise en œuvre des dispositions commerciales multilatérales, la compréhension de la portée et du contexte actuels de ce concept, tel que décrits dans le cadre des instruments internationaux récemment adoptés. Il s'agit d'un processus indispensable d'analyse et d'interprétation juridiques.

Tableau 24 – Comparatif des OMD et ODD

Objectifs du Millénaire pour le Développement (2000-2015)	Objectifs de Développement Durable (2015-2030)	
1) Réduire l'extrême pauvreté et la faim	1) Pas de pauvreté	9) Industrie, innovation et infrastructure
2) Assurer l'éducation primaire universelle	2) Faim « zéro »	10) Inégalités réduites
3) Promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes	3) Bonne santé et bien-être	11) Villes et communautés durables
4) Réduire la mortalité infantile	4) Éducation de qualité	12) Consommation et production responsables
5) Améliorer la santé maternelle	5) Égalité entre les sexes	13) Lutte contre les changements climatiques
6) Combattre le VIH/sida, le paludisme et d'autres maladies	6) Eau propre et assainissement	14) Vie aquatique
7) Assurer un environnement durable	7) Énergie propre et d'un coût abordable	15) Vie terrestre
8) Mettre en place un partenariat mondial pour le développement	8) Travail décent et croissance économique	16) Paix, justice et institutions efficaces
	17) Partenariats pour la réalisation des objectifs	

670. Enfin, si le concept de développement durable a connu une évolution importante tout au long des presque trois décennies qui se sont écoulées depuis l'organisation de la CNUED à Rio en 1992, on ne peut en dire autant s'agissant du contenu des règles commerciales multilatérales applicables aux subventions adoptées à des fins de développement durable. L'Accord sur l'agriculture prévoit toujours des règles spécifiques régissant de façon préférentielle les mesures de soutien interne adoptées aux fins de développement durable. Or, avec la disparition de la clause de la paix ainsi que de la catégorie « feu vert » de l'Accord SMC, les subventions adoptées aux fins de protection environnementale ne semblent plus

bénéficier d'un traitement significativement plus flexible que celui accordé aux mesures adoptées à d'autres fins⁷⁵⁷.

671. Cette situation est due au fait que la réglementation commerciale multilatérale applicable aux subventions ne se fonde pas sur la pertinence de l'utilisation de celles-ci afin de faire face à des impératifs ayant trait aux défaillances du marché ou aux externalités environnementales mais vise plutôt à neutraliser leurs effets sur les échanges (voir chapitre 2, section 5 de notre deuxième partie). De ce fait, les dispositions sur les subventions relevant du cadre multilatéral ne s'harmonisent pas aisément, à tout le moins d'après une interprétation purement textuelle, avec les instruments internationaux visant l'objectif de développement durable. Cela explique, par exemple, pourquoi les mentions des subventions et des règles multilatérales dans le cadre de l'Agenda 2030 se font souvent à travers un appel au développement de nouvelles dispositions spécifiques à certaines situations.

672. Finalement, même si les autres Accords multilatéraux relevant du cadre juridique établi par l'OMC contiennent davantage de références et règles ayant trait à la protection environnementale, leur portée n'était pas encore clairement définie au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle Organisation. Comme on le verra à présent, une telle configuration a suscité la préoccupation de plusieurs experts environnementaux. L'Organe d'appel – qui venait d'être établi –, a alors joué un rôle essentiel sur le sujet, surtout à l'occasion des premières affaires liées à la protection de l'environnement qu'il a eu à traiter.

Chapitre 2 : La prise en compte de l'objectif de développement durable par l'Organe d'appel de l'OMC

673. L'étude des conséquences de la prise en compte de l'objectif de développement durable par l'Organe d'appel sur l'application des règles du GATT et de l'OMC permettent de démontrer que l'inclusion de l'objectif de développement durable dans le cadre juridique du système commercial multilatéral s'est révélée particulièrement intéressante, notamment au regard de l'évolution de l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel.

⁷⁵⁷ Les flexibilités ayant trait à l'emploi de subventions aux fins de développement économique des pays en développement Membres semblent accorder relativement plus de marge de manœuvre, même si certaines limitations importantes sont prévues comme nous l'avons noté.

674. Avant d'y venir, il convient cependant d'aborder brièvement une question herméneutique qui se pose au regard du concept de développement durable. La section 1 examinera donc d'abord la qualification juridique du développement durable dans le cadre du système commercial multilatéral. La section 2 examinera l'évolution des contours juridiques de l'application de l'Art. XX du GATT. La section 3 couvrira l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel en ce qui concerne l'Art. XX et la prise en compte de l'objectif de développement durable. Enfin, la section 4 apportera quelques conclusions quant à la pertinence d'une telle approche pour l'espace politique accordé par les règles commerciales multilatérales en ce qui concerne les mesures liées au commerce adoptées à des fins de développement durable.

Section 1 : Développement durable - un concept, un objectif ou un principe dans le cadre du système commercial multilatéral ?

675. Depuis la prise en compte du développement durable dans des instruments et dispositifs internationaux comme régionaux⁷⁵⁸, surtout après la Déclaration de Rio de 1992 qui a consacré le concept dans le cadre multilatéral en appelant « au développement du droit international dans le domaine du développement durable »⁷⁵⁹, un débat intense s'est instauré au sein la communauté juridique internationale à propos de sa portée normative dans le cadre du droit international public. Est-il un principe du droit international public ayant un caractère auto-exécutoire ou un simple concept politique ? Relève-t-il déjà de la coutume internationale ? L'objectif de développement durable est-il une obligation internationale imposable aux signataires des traités s'y référant ?

676. Ce débat a notamment été renforcé par certaines décisions de la Cour internationale de justice (CIJ) qui semblent avoir accordé une portée normative importante au concept et ce, même en l'absence de référence expresse dans les instruments juridiques internationaux en cause dans ces différends Par exemple, dans son arrêt sur l'affaire relative au projet

⁷⁵⁸ Selon une étude approfondie sur le sujet réalisée par V. Barral en 2012, plus de 300 conventions internationales y font référence, dont 112 traités multilatéraux. Selon l'auteure, dans 207 de ces conventions, les références au concept figurent dans les parties « opérationnelles » de celles-ci et non pas uniquement dans leur préambule respectif. Voir : BARRAL, Virginie, « Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm », *The European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 384.

⁷⁵⁹ Principe 27, ONU, *Rapport de la CNUED*, A/CONF.151/26/Re.1 (vol.1), Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992.

Gabčíkovo-Nagymaros, la CIJ a fait référence au « concept » de développement durable pour affirmer que « les Parties devraient, ensemble, examiner à nouveau les effets sur l'environnement de l'exploitation de la centrale de Gabčíkovo »⁷⁶⁰. La CIJ fera de nouveau référence à ce concept (cette fois en tant qu'« objectif ») en 2010 afin d'étayer son arrêt dans l'affaire sur les usines de pâte à papier en considérant, en l'espèce, que la *fermeture* de ces usines ne serait pas un résultat *équilibré* étant donné qu'elles n'avaient pas causé de pollution *significative* du fleuve partagé.⁷⁶¹

677. Parmi la doctrine, les positions quant à la portée normative du concept de développement durable se sont multipliées⁷⁶². Pour certains auteurs, il s'agit d'un véritable principe du droit international à la lumière de l'article 38, paragraphe 1 du statut de la CIJ ou, à tout le moins, il s'inscrit dans le cadre de la coutume internationale⁷⁶³. D'autres s'appuient sur la fonction « d'intégration » du concept de développement durable, comme indiqué dans la Déclaration de Rio de 1992, pour considérer qu'il s'agit d'un « principe d'intégration en droit international », c'est-à-dire, un principe qui s'applique en cas de conflit ou d'interposition de dispositions issues de différents systèmes juridiques internationaux afin de considérer des impératifs économiques, sociaux et environnementaux⁷⁶⁴.

⁷⁶⁰ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Recueil*, 1997, p. 78.

⁷⁶¹ Voir CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Recueil*, 2010, p. 94.

⁷⁶² Pour un aperçu des différentes positions, voir, entre autres : BARRAL, Virginie, « Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm », *The European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 377-400 ; FIEVET, Gilles, « Réflexions sur le concept de développement durable : prétentions économiques, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », *Revue belge de droit international*, vol. 34, n° 1, 2001, p. 128-184 ; MAHBUB, Nabaat T., « Sustainable Development and its Evolution in the Realm of International Environmental Law », *NAUJILJ*, vol. 7, 2016, p. 1-16. Voir aussi les ouvrages spéciaux : BOYLE, Alan et FREESTONE, David (eds.), *International law and sustainable development : past achievements and future challenges*, Oxford, Oxford University Press, 1999, xxx, 377 p. ; SCHRIJVER, Nico et WEISS, Friedl (eds.), *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, xxxvii, 711 p. ; SEGGER, Marie-Claire C. et KHALFAN, Ashfaq (eds.), *Sustainable development law: principles, practices and prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, xxv, 464 p. ; MARCEAU, Gabrielle et MOROSINI, Fabio, « O Status do desenvolvimento sustentável no direito da Organização Mundial do Comércio » in MOROSINI, Fabio (ed.), *Regulação do Comércio Internacional e do Investimento Estrangeiro*, Saraiva, 2018, p. 23-56.

⁷⁶³ Selon P. Sands *et al.*, « there can be little doubt that the concept of sustainable development has entered the corpus of international customary law requiring different streams of international law to be treated in an integrated manner. ». SANDS, Philippe, PEEL, Jacqueline, FABRA, Adriana, et MACKENZIE, Ruth, *Principles of international environmental law*, Cambridge, Cambridge University Press, 4th ed., 2018, p. 254.

⁷⁶⁴ Selon C. Voigt, « the principle of sustainable development as a legal principle of integration of social and

678. M.-C. Segger adopte une position semblable mais préfère recadrer la discussion en termes d'*intersection de régimes ou de systèmes* différents de règles internationales plutôt qu'en termes de *conflits de normes*. Selon cette auteure, le principe de développement durable contribuerait ainsi à ce que les pays parviennent à respecter concomitamment toutes les dispositions qu'ils se sont engagés à respecter à l'échelle internationale au lieu de déterminer lesquelles l'emportent sur les autres. À cet effet, le principe jouerait un rôle plutôt *intégratif*, opérant dans l'interprétation et mise en application des dispositions. L'interprète devrait en tenir compte quand il serait chargé d'appliquer le droit⁷⁶⁵.

679. Pour d'autres, « l'objectif » imposerait une *obligation relative* (au lieu d'une *obligation absolue*) pour les pays de réaliser le développement durable, à l'instar d'une « obligation de moyens ou d'efforts »⁷⁶⁶. D'autres encore ont proposé une analyse plus nuancée du concept, en défendant l'idée qu'il s'agit d'un amalgame de plusieurs principes essentiels à la réalisation du développement durable (une « matrice conceptuelle »)⁷⁶⁷. D'autre part, des auteurs considèrent que le concept n'a pas de portée juridique *stricto sensu* dans le cadre du droit international mais relève plutôt de la politique et/ou de la philosophie⁷⁶⁸.

environmental provisions into international trade law could provide an appropriate means of dealing with the (so far) unresolved issue of the relationship between WTO law and MEAs. ». VOIGT, Christina, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 325-339. C. Voigt propose un « test cadre » en cas de conflits prenant en compte cinq éléments d'analyse (y compris les « effets secondaires de durabilité ») afin de déterminer si la mesure est durable. Précisément, selon l'auteure, « [a] measure would not be sustainable, if it allows one or more of the dimensions of sustainable development to be ignored ». *Ibidem*, p. 330-332.

⁷⁶⁵ SEGGER, Marie-Claire C., « Integrating social and economic development and environmental protection in World Trade Law », in GEHRING, Markus W. et SEGGER, Marie-Claire C. (eds), *Sustainable development in world trade law*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2005, p. 134-190.

⁷⁶⁶ BARRAL, Virginie, « Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm », *The European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 377-400.

⁷⁶⁷ Voir DUPUY, Pierre-Marie, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *Revue générale de droit international public*, vol. 101, n° 4, 1997, p. 873-903. Les travaux entamés par l'Association de droit international (ADI) semblent étayer cette position. Dans le cadre de sa « Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatifs au développement durable » adoptée en 2002, l'ADI énumère une série de principes dont le respect est considéré comme nécessaire pour atteindre un développement durable. Voir pour plus d'informations sur ces travaux la note de bas de page 774 ci-dessous.

⁷⁶⁸ Selon G. Fiévet, « les "incarnations" juridico-politiques de second rang du concept (...) rel[è]v[e]nt autant de l'éthique de comportement que de la sphère de la "soft law" ». (FIEVET, Gilles, « Réflexions sur le concept de développement durable : prétentions économiques, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », *Revue belge de droit international*, vol. 34, n° 1, 2001, p. 143).

680. Dans le même sens, M. Koskenniemi s'y est référé en tant que « notion » qui dénote un « compromis fragile » dans un domaine où la lutte entre groupes d'experts opposés en raison de considérations politiques est toujours d'actualité⁷⁶⁹. Certains n'y voient pas d'utilité pratique en tant que concept normatif eu égard à la grande flexibilité accordée à son contenu⁷⁷⁰. D'autres commentateurs, en revanche, en dégagent toute une branche nouvelle du droit international public qui commence à peine à se développer⁷⁷¹.

681. Cependant, parmi ce large univers de positions diverses sur le développement durable, une semble avoir recueilli une relative majorité de voix parmi les experts. Ainsi que l'explique V. Lowe, le concept ne disposerait pas de la normativité nécessaire pour être considéré comme un vrai principe ou norme de droit international opératif en soi. Le concept

⁷⁶⁹ KOSKENNIEMI, Martti, « The Politics of International Law. 20 Years Later », *The European Journal of International Law*, vol. 20, n° 1, 2009, p. 10.

⁷⁷⁰ Comme le note Wälde :

« Its beauty lies in the fact that it is the “principle of all seasons”: it neither imposes insufferable deprivation of consumption on the present nor disregards the needs of the future. It encompasses humanity, but also nature. It appears to solve irresolvable contradictions Everybody – from liberal advocates of the global economy to fundamental environmentalists – can fill the concept with his/her meaning. ...One can end the reference to sustainable development simply by suggesting that its comprehensive acceptance indicates that in effect it means nothing, and serves rather as an incarnation of contemporary political correctness, with no substantive content in an essentially hollow formula devoid of practical significance » (WÄLDE, Thomas W., « Natural Resources and Sustainable Development: From “good intentions” to “good consequences” », in SCHRIJVER, Nico et WEISS, Friedl (eds.), *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, p. 119-120).

Il convient de noter que certains experts des sciences politiques considèrent ce caractère diffus de l'objectif comme un atout, une caractéristique que le développement durable partage avec d'autres « méta-objectifs » centraux de la société moderne comme la *démocratie*, la *liberté* et la *justice*. Voir, entre autres : MEADOWCROFT, James, « Sustainable Development: A New(ish) Idea for a New Century. », *Political Studies*, vol. 48, n° 2, 2000, p. 370-387. Pour un aperçu des perspectives non-juridiques sur le concept, voir le chapitre 12 dans METZ, Bert, DAVIDSON, Ogunlade, BOSCH, Peter, RUTU, Dave et MEYER, Leo (eds.), *Climate Change 2007. Mitigation*, Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the IPCC, GIEC, 2007, p. 691-744.

⁷⁷¹ Selon M.-C. Segger et A. Khalfan, « while there is doubt that a legally binding “principle of sustainable development” exists as such, a growing body of “international law in the field of sustainable development” or “sustainable development law” can be identified, analyzed and implemented » (SEGGER, Marie-Claire C. et KHALFAN, Ashfaq, *Sustainable development law: principles, practices and prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 50). D'après l'ancien juge de la CIJ auteur de la célèbre opinion dissidente dans le cadre de l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, Christopher Weeramantry, « [sustainable development law] may begin in the realm of the aspirational, but as time progresses and its importance becomes clearer, it is accepted into the established legal order and is infused into established domestic legal orders » (WEERAMANTRY, Christopher G., « Foreword », in SEGGER, Marie-Claire C. et KHALFAN, Ashfaq, *Sustainable development law : principles, practices and prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. x.).

serait davantage un « méta-principe » qui agirait sur d'autres normes et principes juridiques afin d'en préciser les contours. En effet, selon l'auteur qui résume cette position majoritaire :

« Sustainable development can properly claim a normative status as an element of the process of judicial reasoning. It is a meta-principle, acting upon other legal rules and principles – a legal concept exercising a kind of interstitial normativity, pushing and pulling the boundaries of true primary norms when they threaten to overlap or conflict with each other »⁷⁷².

682. De ce fait, le concept aurait une « fonction herméneutique » dans la mesure où il est utilisé par les juges aux fins d'interprétation juridique des dispositions juridiques d'un système de règles donné afin de garantir la cohérence entre ces dispositions et celles issues d'autres corpus juridiques internationaux. A l'instar de l'ancien président de l'Organe d'appel G. Abi-Saab, il nous semble que cette approche est pertinente⁷⁷³.

683. Bien que le concept de développement durable ne paraisse pas avoir acquis, au regard des instruments internationaux signés comme de la pratique des États, une portée normative suffisante pour pouvoir être considéré en tant que principe du droit international ayant un caractère auto-exécutoire⁷⁷⁴, il a semble-t-il contribué à l'interprétation holistique de

⁷⁷² LOWE, Vaughan, « Sustainable Development and Unsustainable Arguments », in BOYLE, Alan et FREESTONE, David (eds.), *International law and sustainable development: past achievements and future challenges*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 31. Il est intéressant de relever que V. Lowe commence le paragraphe dans lequel il examine la portée normative du concept de développement durable en notant : « international lawyers are perhaps excessively concerned with the aspect of the norm which demands that states and other legal persons bound by the norm conduct themselves in compliance with it. There are other aspects of normativity ». Nous sommes tout à fait d'accord avec cette position.

⁷⁷³ Voir ABI-SAAD, Georges « Foreword », in GEHRING, Markus W. et SEGGER, Marie-Claire C. (eds), *Sustainable development in world trade law*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2005, p. xxxiii.

⁷⁷⁴ Il convient de noter que l'ADI a développé un long travail relatif aux éléments composant le concept de développement durable depuis que le principe 27 de la Déclaration de Rio en 1992 appela « au développement du droit international dans le domaine du développement durable ». Précisément, l'ADI a établi des comités spécifiques sur le sujet dont les travaux ont abouti, en 2002, à la « Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatif au développement durable » qui énumère une série de principes dont le respect est considéré comme nécessaire pour la réalisation du développement durable. Dans la déclaration, l'ADI fait référence au « sujet » et à « l'objectif » de développement durable mais ne le considère pas comme un principe en soi, parlant plutôt des « principes et règles du droit international relatifs au développement durable ». Cette approche a été réaffirmée dans la Résolution et Directives de Sofia de 2012. Voir : ONU, *Lettre adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Bangladesh et le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente des Pays-Bas auprès de l'Organisation des Nations Unies - Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatif au développement durable (en annexe)*, Point 89 de l'ordre du jour provisoire, A/57/329, 31 août 2002 ; ADI, *Résolution et Directives de Sofia sur l'élaboration judiciaire de la Déclaration de 2002 de New Delhi sur les principes du droit international relatifs au développement durable*, 75^e Conférence de l'ADI, Comité pour le droit international du développement durable, Résolution n° 7/2012,

certaines normes de droit international, surtout quand le juge est appelé à les appliquer à des situations mettant en jeu des intérêts et impératifs relevant des trois dimensions du développement durable. En tout état de cause, les principes du droit international qui ont été dégagés et reliés à l'objectif de développement durable par les instruments internationaux mentionnés (comme, par exemple, ceux de l'intégration, de l'équité intergénérationnelle ou du pollueur-payeur) fournissent du contenu normatif au concept et contribuent à son analyse et interprétation juridique à l'égard de cas particuliers.

684. Finalement, nous partageons la position de M.-C. Segger et A. Khalfan selon laquelle le nombre croissant d'instruments juridiques multilatéraux et régionaux qui font référence ou intègrent l'objectif de développement durable parmi leurs dispositions révèle, à tout le moins, une incorporation normative plus importante du concept dans le droit international public général ainsi qu'au sein de systèmes juridiques spécifiques. Précisément, selon les auteurs :

« [I]t is difficult, at present, to describe “sustainable development” as a binding international legal principle in the traditional sense. ... But neither is it accurate to describe sustainable development as simply a vague international policy goal, void of normative value. ... The sheer weight of legal instruments and treaties which have been set in place to implement the sustainable development obligations, and its significant procedural elements, argue against such a facile dismissal »⁷⁷⁵.

685. Pour autant, s'agissant de la portée normative du concept de développement au sein du cadre juridique de l'OMC, indépendamment de la pertinence des arguments divergents soulevés par la doctrine en relation avec le droit international public général, il importe avant tout de comprendre l'approche retenue par l'Organe d'appel lorsqu'il y fait référence.

Sofia, 26-30 août 2012. Pour une analyse des travaux de l'ADI jusqu'en 2004, voir SEGGER, Marie-Claire C. et KHALFAN, Ashfaq (eds), *Sustainable development law : principles, practices and prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 95-175.

⁷⁷⁵ SEGGER, Marie-Claire C. et KHALFAN, Ashfaq, *Sustainable development law: principles, practices and prospects*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 46-47 (notes de bas de page omises). Les auteurs se fondent sur ce fait pour affirmer que « “sustainable development law” describes a “group of congruent norms”, a corpus of international legal principles and treaties which address the areas of intersection between international economic law, international environmental law and international social law aiming toward development that can last ».

686. Tout d'abord, il convient de noter que l'Organe d'appel s'est presque toujours référé au développement durable en tant que *concept, notion* ou *objectif*⁷⁷⁶. Durant les procédures de règlement de différends qui se sont déroulées dans le cadre de l'OMC, certains Membres se sont parfois référés au « principe de développement durable »⁷⁷⁷, cependant l'Organe d'appel s'est limité à utiliser le concept tel qu'il est inscrit dans le préambule de l'Accord sur l'OMC. L'Organe d'appel a en effet considéré que le préambule, qui « fait expressément état » de cet *objectif*, « éclaire » (« *informs* » dans la version en anglais du rapport) non seulement l'interprétation du GATT mais aussi de tous les accords de l'OMC⁷⁷⁸. Il a par ailleurs indiqué que le préambule « dénote les intentions des négociateurs » et qu'ainsi il doit « éclairer, ordonner et nuancer » l'interprétation des accords de l'OMC⁷⁷⁹.

687. De plus, concernant le rôle des « objectifs » des Accords de l'OMC, comme celui de développement durable ou de protection environnementale, l'Organe d'appel a affirmé qu'un interprète doit tenir compte « de l'objet et du but du traité pour déterminer le sens de ses dispositions »⁷⁸⁰. Il a en outre précisé qu'il « faut se référer à l'"objet" et au "but" du traité

⁷⁷⁶ Voir : Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, paras. 129 et 153 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Terres rares*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014, para. 5.78 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, WT/DS456/AB/R, 16 septembre 2016, paras. 5.72 et 5.138-149. Il y a lieu de relever qu'à deux occasions durant la deuxième procédure de mise en conformité de l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a fait référence au « principe de développement durable mentionné dans le préambule de l'Accord sur l'OMC » (para. 6.21) et à « la pertinence du principe de développement durable pour l'interprétation de l'article 2.1 [de l'Accord OTC] » (para. 6.25). Or, un examen plus détaillé de ces mentions démontre que, en l'occurrence, l'Organe d'appel ne faisait que décrire un argument soulevé par le Mexique selon lequel les obligations des accords de l'OMC devaient être lues et appliquées en consonance avec le principe de développement durable qui, selon le Mexique, « avait acquis le statut de principe de droit international applicable à tous les pays » (para. 6.17). Selon le Mexique encore, bien que « la mention du développement durable dans le préambule de l'Accord sur l'OMC ne crée elle-même aucune obligation » (para. 6.24), lorsqu'une mesure « se rapporte » au développement durable, elles sont incompatibles avec les règles de l'Accord OTC « si leurs effets ne sont pas durables » (para. 6.25). Comme nous le verrons par la suite, l'Organe d'appel n'a cependant pas considéré que cet argument était recevable. En effet, l'Organe d'appel s'est référé à « l'objectif » de développement durable tout au long des autres paragraphes étayant ses argumentations dans le cadre de cette affaire. Voir Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique) (21:5 2 – Mexique)*, WT/DS381/AB/RW2, 14 décembre 2018, paras. 6.21-6.26.

⁷⁷⁷ Voir, par exemple, l'argument avancé par les CE dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Crevettes* ou celui de Cuba dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* se référant au *principe* de développement durable, ou encore à nouveau l'argument présenté par Cuba. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 67 ; et Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, 12 Juin 2007, para. 39.

⁷⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 129.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, para. 153.

⁷⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R,

pour déterminer le sens des "termes du traité" et *non en tant que base indépendante d'interprétation* » (accentuation ajoutée)⁷⁸¹.

688. En ce sens, il nous semble pertinent de considérer que l'objectif de développement durable, ainsi que les autres objectifs inscrits dans le préambule de l'Accord sur l'OMC, en particulier celui de protection et de préservation de l'environnement, sont des objectifs qui doivent guider *l'interprétation et l'application* de toutes les dispositions du système commercial multilatéral. Autrement dit, dans le cadre juridique de l'OMC, l'objectif de développement durable aurait une *fonction herméneutique*, c'est-à-dire qu'il inspire l'examen juridique réalisé par l'interprète chargé d'appliquer les règles multilatérales à un cas concret. Cet objectif permettrait de délimiter les contours de ces règles et de déterminer si la mesure commerciale en question est compatible avec les obligations du système.

689. L'Organe d'appel a eu récemment l'occasion de confirmer cette approche de la portée de l'objectif de développement durable au regard des dispositions du système commercial multilatéral à l'occasion de la deuxième procédure de mise en conformité de l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*. En l'espèce, le Mexique soutenait que le Groupe spécial avait commis une erreur de droit dans la mesure où ses membres « auraient dû prendre en compte l'objectif de développement durable mentionné dans le préambule de l'Accord sur l'OMC lorsqu'ils ont interprété et appliqué l'article 2.1 de l'Accord OTC dans le présent différend »⁷⁸². En l'occurrence, le Mexique se plaignait du fait que la mesure américaine portait sur la protection de dauphins pris individuellement plutôt que sur la durabilité de certaines populations de dauphins, voire de l'écosystème marin dans son ensemble⁷⁸³.

WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 14.

⁷⁸¹ *Ibidem*, note de bas de page 20. Voir aussi : Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Brevets (Etats-Unis)*, WT/DS50/AB/R, 19 décembre 1997, para. 57 ; discussions sur la portée de l'objectif de l'Accord sur les textiles et les vêtements dans Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Fils de coton*, WT/DS192/AB/R, 8 octobre 2001.

⁷⁸² Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique) (21:5 2 – Mexique)*, WT/DS381/AB/RW2, 14 décembre 2018, para. 6.16.

⁷⁸³ Selon le Mexique, « en encourageant l'utilisation de dispositifs de concentration du poisson et d'autres formes de pêche au thon (...) pour remplacer la méthode de pêche par encerclement des dauphins, la mesure (...) "cause des dommages sérieux aux zones de pêche et à l'écosystème marin dans son ensemble" et "doit donc être considérée comme incompatible avec l'objectif de développement durable" ». *Ibidem*, para. 6.19 (notes de bas de page omises). Voir notre examen de cette affaire dans la section 3:3 ci-dessous.

690. Le Mexique considérait que « le principe de développement durable avait acquis le statut de principe de droit international applicable à tous les pays »⁷⁸⁴, sans pour autant affirmer que ce *principe* l'emporterait sur les *dispositions* des accords de l'OMC. Précisément, le Mexique affirmait que « la mention du développement durable dans le préambule de l'Accord sur l'OMC ne crée elle-même aucune obligation »⁷⁸⁵. Cependant, selon ce pays, l'objectif inscrit dans le préambule « se rapportait » à « toutes les obligations dans le cadre de l'OMC » et une interprétation correcte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, à la lumière de cet objectif, ne permettait pas de considérer qu'une mesure qui n'est pas durable serait compatible avec les dispositions des accords de l'OMC. Comme l'a résumé l'Organe d'appel, « [d]e l'avis du Mexique, appliquer un règlement technique qui est incompatible avec l'objectif de développement durable et l'affaiblit entraîne une "discrimination injustifiable" »⁷⁸⁶.

691. L'approche interprétative proposée par le Mexique à l'occasion de cette affaire reprend ainsi des réflexions normatives avancées par plusieurs experts que nous venons d'analyser. En effet, cette approche attribuée à l'objectif de développement durable, tel qu'il est reconnu dans le cadre juridique de l'OMC, un statut de principe général de droit – comme le Mexique l'a expressément défendu – avec force auto-exécutoire. Néanmoins, l'Organe d'appel n'a pas accepté cette interprétation.

692. D'après lui, la portée juridique de l'obligation inscrite à l'Article 2.1 de l'Accord OTC ne peut « différer selon qu'une mesure "se rapporte au" développement durable ou a "des effets sur" le développement durable ». Dès lors, selon l'Organe d'appel, l'objectif de développement durable ne pourrait avoir comme effet de changer la « nature et la portée de l'obligation » de l'Accord⁷⁸⁷. De ce fait, et dans la mesure où la mesure américaine contestée n'avait pas pour objectif le développement durable mais plutôt la protection et le bien-être de dauphins pris individuellement, l'Organe d'appel (ainsi que le Groupe spécial compétent) n'avait pas besoin de déterminer si cette mesure respectait ou non l'objectif de

⁷⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 2 – Mexique), WT/DS381/RW2, 26 octobre 2017, para. 7.128.

⁷⁸⁵ *Ibidem*

⁷⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 2 – Mexique), WT/DS381/AB/RW2, 14 décembre 2018, para. 6.19.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, paras. 6-25-26.

développement durable pour décider s'il y avait eu atteinte ou non aux dispositions invoquées. L'office qui lui incombait était de décider si les effets commerciaux préjudiciables causés par la mesure américaine étaient justifiés (« découlaient exclusivement d'une distinction réglementaire légitime » selon le langage du test développé pour analyser cette obligation⁷⁸⁸) « compte tenu des objectifs que les États-Unis avaient choisi de poursuivre au moyen de cette mesure » - c'est-à-dire, la protection de dauphins pris individuellement⁷⁸⁹.

693. Dans le même sens, dans l'affaire *Chine – Matières premières*, la Chine a mis en avant l'argument selon lequel la référence, dans le préambule de l'Accord sur l'OMC, à certains « intérêts fondamentaux non liés au commerce, tels que la conservation et la santé publique » (ainsi que des références similaires dans les préambules d'autres accords de l'OMC) aurait un impact sur l'approche interprétative qu'un groupe spécial ou que l'Organe d'appel devrait adopter pour déterminer la relation juridique entre les dispositions des différents instruments juridiques de l'OMC⁷⁹⁰. Ces références imposeraient à l'interprète l'obligation d'appliquer les dispositions de façon à garantir un équilibre entre les intérêts commerciaux et les intérêts non-commerciaux⁷⁹¹. L'Organe d'appel a toutefois rejeté l'argument en affirmant que :

« Le préambule de *l'Accord sur l'OMC* énumère différents objectifs, y compris "le relèvement des niveaux de vie", "à la fois ... protéger et préserver l'environnement" et "l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable". Le préambule s'achève par la résolution de "mettre en place un système commercial multilatéral intégré, plus viable et durable". D'après ce libellé, nous comprenons que *l'Accord sur l'OMC, dans son ensemble*, reflète l'équilibre établi par les Membres de l'OMC entre les considérations d'ordre commercial et celles autres que d'ordre commercial »⁷⁹² (italique dans l'original).

⁷⁸⁸ Sur le sujet, voir notre brève analyse dans la section 3 ci-dessous.

⁷⁸⁹ *Ibidem*.

⁷⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012, para. 305.

⁷⁹¹ En l'occurrence, la Chine défendait que l'Article XX du GATT devait être applicable aux obligations découlant de son Protocole d'accession.

⁷⁹² *Ibidem*, para. 306. Dans l'affaire *Chine – Terres rares*, la Chine s'est à nouveau basée sur l'objectif de développement durable inscrit dans le préambule de l'Accord sur l'OMC pour étayer son argument selon lequel le terme « conservation » employé dans l'Article XX g) du GATT devait être interprété *lato sensu* afin

694. Enfin, la portée normative limitée de l'objectif de développement durable *en soi* est davantage étayée par la clarification qu'en a donné l'Organe d'appel lorsqu'il a déterminé que les objectifs énoncés dans le préambule de l'Accord sur l'OMC pouvaient être réalisés dans le cadre des obligations du GATT. Lors de l'affaire *CE – Préférences tarifaires*, les CE ont mis en avant l'argument selon lequel la clause d'habilitation ne saurait être interprétée en tant qu'exception aux règles multilatérales sous peine d'en réduire l'importance et la portée. L'Organe d'appel a répondu que ce ne serait pas le cas dans la mesure où le cadre juridique multilatéral prévoit d'accorder aux Membres les moyens d'atteindre les objectifs énoncés dans le préambule de l'Accord sur l'OMC par la voie des exceptions prévues à l'Article XX du GATT. Plus précisément, l'Organe d'appel a considéré que :

« Le préambule de l'Accord sur l'OMC définit certains objectifs que les Membres peuvent chercher à atteindre au moyen de mesures qu'il faudrait justifier au titre des "exceptions générales" de l'article XX. Par exemple, l'un de ces objectifs ressort du fait que les Membres ont reconnu que l'expansion du commerce devrait être accompagnée par : ... l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable ... Comme l'Organe d'appel l'a fait observer dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, les Membres de l'OMC ont conservé l'article XX g) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (le "GATT de 1947") sans modification après la conclusion du Cycle d'Uruguay, "tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale".... Il est bien établi que l'article XX g) est une *exception* à propos de laquelle la charge de la preuve incombe à la partie défenderesse. Ainsi, en autorisant à l'article XX g) les mesures de protection de l'environnement, objectif important mentionné dans le préambule de l'Accord sur l'OMC, les Membres ont reconnu implicitement que la mise en œuvre de telles mesures ne serait pas

d'exempter la politique chinoise de contingents d'exportations. En revanche, selon les plaignants, ce terme « ne devrait pas être interprété comme incorporant la notion de promotion du propre développement économique d'un Membre de l'OMC ». Dans une décision qui n'a pas fait l'objet d'un appel, le Groupe spécial a rejeté cette approche proposée par la Chine en notant ce qui suit :

« [U]ne lecture correcte de l'article XX g) dans le contexte du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC devrait tenir compte de l'objectif consistant à utiliser et à gérer les ressources d'une manière durable qui assure la protection et la conservation de l'environnement sans contrarier en même temps le développement économique. En d'autres termes, l'objectif de développement durable est pertinent pour l'interprétation de l'article XX g). Toutefois, cela ne signifie pas que le développement durable peut être invoqué comme fondement pour s'écarter des prescriptions de l'alinéa g) de l'article XX » (Rapport du Groupe spécial, *Chine – Terres rares*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, 26 mars 2014, para. 7.261).

découragée simplement parce que l'article XX g) constituait un moyen de défense concernant des mesures sinon incompatibles avec les règles de l'OMC »⁷⁹³ (notes de bas de page omises, italiques dans l'original).

695. Il nous semble donc évident que l'Organe d'appel ne pourrait accepter que l'application de l'objectif de développement durable, en tant, par exemple, que principe de droit international public, puisse s'appliquer de préférence à l'une des dispositions du système multilatéral. C'est dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions *elles-mêmes* du GATT (en l'occurrence, de l'Article XX) que les Membres de l'OMC pourraient trouver l'expression de l'objectif de développement durable ainsi que de ses impératifs d'intégration et d'équilibre entre ses trois dimensions.

696. Il convient toutefois de noter que l'Organe d'appel a fait l'effort de préciser que le fait que ces objectifs peuvent être atteints par la voie des *exceptions* de l'Article XX n'en diminue pas la portée, importance ou encore la possibilité pour les Membres d'adopter des mesures nationales visant à les réaliser. En effet, selon l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Préférences tarifaires* :

« Qualifier la Clause d'habilitation d'exception, selon nous, n'amoindrit pas l'importance de la Clause à l'intérieur du cadre général des accords visés et en tant qu'"effort positif" visant à renforcer le développement économique des pays en développement Membres ... [S]elon nous, qualifier la Clause d'habilitation d'exception ne diminue en aucune façon le droit des Membres d'accorder ou de recevoir un "traitement différencié et plus favorable". Le statut et l'importance relative d'une disposition donnée ne dépendent pas du point de savoir si elle est qualifiée, aux fins de l'attribution de la charge de la preuve, d'allégation devant être prouvée par la partie plaignante ou de moyen de défense devant être établi par la partie défenderesse. Quelle que soit sa qualification, une disposition des accords visés doit être interprétée conformément aux "règles coutumières d'interprétation du droit international public"... Qualifier la Clause d'habilitation d'exception n'enlève rien non plus à son rôle essentiel qui est d'encourager l'octroi d'un traitement spécial et différencié aux pays en développement Membres de l'OMC »⁷⁹⁴ (notes de bas de page omises).

⁷⁹³ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Préférences tarifaires*, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004, paras. 94-95.

⁷⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Préférences tarifaires*, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004, paras. 95 et 98.

697. Au vu de cette approche de l'Organe d'appel, on peut formuler quatre réflexions. *Primo*, en adoptant une telle approche - alors que l'on pourrait considérer l'objectif de développement durable comme un véritable principe du droit international -, l'Organe d'appel a réitéré son interprétation traditionnelle au sein du système commercial multilatéral. Or, cette approche se différencie de celle adoptée par d'autres mécanismes internationaux de règlement des différends. Même si les principes et normes substantiels du droit international général peuvent avoir une portée dans le cadre du droit de l'OMC, ils ne sont pas d'application directe sans un lien normatif explicite avec les dispositions du système commercial multilatéral.

698. Nous relevons que l'Organe d'appel a adopté une approche différente par rapport aux principes internationaux relatifs au droit procédural, notamment en fonction de la relative absence de règles détaillées dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC. L'analyse de l'approche adoptée en relation avec ces principes échappe à la portée de notre thèse⁷⁹⁵. Il suffit ici de noter que lorsque l'Organe d'appel a pris sa désormais célèbre décision selon laquelle il ne convient pas de lire les dispositions de l'OMC en les « isolant cliniquement du droit international public », il l'a fait en considérant les « règles générales d'interprétation » des traités formulées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (« Convention de Vienne »)⁷⁹⁶. Bien que l'Organe d'appel ait reconnu que ces règles du « droit international coutumier ou général » avaient été codifiées dans la Convention de Vienne, il a aussi noté qu'il avait « pour instruction » de les appliquer « en vertu de l'article 3 2) du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends »⁷⁹⁷.

699. Cet effort engagé par l'Organe d'appel qui consiste à relier étroitement l'application d'une règle du droit international coutumier ou général à des dispositions expresses du cadre

⁷⁹⁵. Sur le sujet, voir, par exemple, CAMERON, James et GRAY, Kevin R., « Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 272-296.

⁷⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 18-19.

⁷⁹⁷ La partie pertinente de l'Article 3 2) se lit comme suit :

« Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ».

juridique de l'OMC peut s'expliquer par une volonté d'éviter qu'il lui soit reproché de pratiquer un « activisme judiciaire ». La situation actuelle de blocage de l'élection de nouveaux membres de l'Organe d'appel s'explique notamment par les critiques émises par les États-Unis selon lesquelles l'Organe d'appel n'aurait pas adopté une approche interprétative qui respecte le texte de ces accords, tel que négocié et accepté par les Membres de l'OMC⁷⁹⁸. Une telle situation démontre les limites de cet effort qui connaît aussi des limitations juridiques et présente certaines contradictions inhérentes. Certes, l'Organe d'appel a fait référence à d'autres principes du droit international outre ces principes d'interprétation mais ces références ont été faites en connexion avec des dispositions concrètes des accords de l'OMC. Précisément, l'Organe d'appel a identifié dans ces dispositions des « expressions » de tels principes ou évoqué ces derniers de façon à éclairer la portée des règles du système commercial multilatéral⁷⁹⁹.

700. Ainsi, outre les « règles coutumières d'interprétation du droit international public », les principes du droit international général ont une portée très similaire à l'objectif de développement durable tel qu'il est inscrit dans le préambule de l'Accord sur l'OMC : ils ont la capacité normative « d'informer » et de fournir du *contexte* pour l'interprétation et l'application des dispositions de l'OMC⁸⁰⁰. Cette influence interprétative, comme on le verra, peut avoir des conséquences juridiques importantes et étendues.

⁷⁹⁸ Voir le rapport du Représentant commercial des États-Unis détaillant ses critiques quant à la mise en application *contra legem* par l'Organe d'appel : US TRADE REPRESENTATIVE, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, February 2020, v-121.

⁷⁹⁹ Par exemple, l'Organe d'appel a considéré, à plusieurs reprises, que certaines dispositions des Accords de l'OMC sont des expressions du principe de bonne foi des relations internationales (*pacta sunt servanda*) dans le droit de l'OMC. Voir, par exemple : sur le texte introductif de l'Article XX du GATT, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 158 ; sur l'Article 3:10 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – FSC*, WT/DS108/AB/R, 24 février 2000, para. 166. ; sur le paragraphe 2 de l'Annexe II et l'Article 3.1 de l'Accord antidumping, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Acier laminé à chaud*, WT/DS184/AB/R, 24 juillet 2001, paras. 101 et 192-193. De plus, s'agissant du principe de proportionnalité, l'Organe d'appel a trouvé son expression dans : l'Article 6:4 de l'Accord sur les textiles et les vêtements et l'Article 22:4 du Mémoire d'accord, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Fils de coton*, WT/DS192/AB/R, 8 octobre 2001, paras. 119-120 ; les Articles 4:2 b) et 5:1 de l'Accord sur les sauvegardes, Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*, WT/DS202/AB/R, 15 février 2002, paras. 242-259.

⁸⁰⁰ Sur le sujet, voir COOK, Graham, *A digest of WTO jurisprudence on public international law concepts and principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, lii, 363 p. Voir aussi CAMERON, James et GRAY, Kevin R., « Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 248-298. Pour une vision alternative selon laquelle les principes de droit international public auraient (ou devraient avoir) une applicabilité directe dans les procédures de

701. A plusieurs occasions, l'Organe d'appel a confirmé la limitation de la portée de certains principes et concepts du droit international public par rapport aux normes du système commercial multilatéral. Par exemple, dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, ayant reconnu que le paragraphe 2 de l'Annexe II de l'Accord sur la mise en œuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (« Accord antidumping ») est une « autre expression détaillée du principe de la bonne foi », l'Organe d'appel a affirmé que ce dernier « est en même temps un principe juridique général et un principe du droit international général, qui *éclaire* les dispositions de l'Accord antidumping ainsi que des autres accords visés »⁸⁰¹.

702. De même, à l'occasion de l'affaire *CE – Hormones*, les CE avaient affirmé que le principe de précaution était devenu « une règle coutumière générale du droit international ou du moins un principe général de droit »⁸⁰². De ce fait, elles considéraient que le principe devait prévaloir sur les dispositions de l'Accord SPS requérant une évaluation des risques avant de mettre en œuvre une mesure plus restrictive que la norme internationale, à l'exception des cas d'urgence. Notant, d'abord, qu'il serait « superflu, et probablement imprudent », de prendre position sur le fait de savoir si le principe de précaution était devenu un principe du droit international coutumier ou général, l'Organe d'appel a statué que le principe était effectivement pris en compte dans les articles 5:7 et 3:3 de l'Accord SPS qui « reconnaissent explicitement le droit des Membres d'établir leur propre niveau approprié de protection sanitaire, lequel peut être plus élevé (c'est-à-dire plus prudent) que celui qu'impliquent les normes, directives et recommandations internationales existantes »⁸⁰³.

703. En revanche, le principe n'aurait pas, « en soi et sans une directive explicite et claire dans ce sens », la capacité de changer les obligations de l'Accord tel qu'elles sont interprétées à la lumière des « principes normaux (c'est-à-dire du droit international coutumier) de

règlement des différends dans le cadre de l'OMC, voir : PAUWELYN, Joost, « The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go ? », *The American Journal of International Law*, vol. 95, n° 3, 2001, p. 535-578 ; VOIGT, Christina, « The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law », *Retfærd Årgang. Nordic Journal of Law and Justice*, Vol 31, n° 121, n° 2, 2008, p. 3-25.

⁸⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Acier laminé à chaud*, WT/DS184/AB/R, 24 juillet 2001, para. 101 (italique dans l'original, accentuation additionnée).

⁸⁰² Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS28/AB/R, 16 janvier 1998, para. 121.

⁸⁰³ *Ibidem*, paras. 123-124.

l'interprétation des traités »⁸⁰⁴. Autrement dit, les CE avaient le droit d'adopter des mesures eu égard au principe de précaution comme cela ressort des dispositions de l'OMC elles-mêmes. Un groupe spécial ou l'Organe d'appel confronté à l'application de ces dispositions à une mesure concrète prise en fonction du principe de précaution devrait donc tenir compte de telles préoccupations lorsqu'il interprète et applique les dispositions⁸⁰⁵. Pour autant, il ne pourrait adopter une interprétation *contra legem* de l'obligation ou la changer.

704. Finalement, dans le cadre des affaires *Inde – Brevets (États-Unis)* et *CE – Matériels informatiques*, l'Organe d'appel s'est prononcé, d'une part, sur le fait de savoir si le concept d'« attentes légitimes » pouvait être invoqué afin d'étayer des allégations d'annulation d'avantages découlant de l'ADPIC⁸⁰⁶ et, d'autre part, sur les modifications de classifications tarifaires qui auraient engendré l'annulation des avantages légitimement et respectivement attendus par les parties plaignantes⁸⁰⁷. Précisément, selon l'Organe d'appel :

« Les attentes légitimes des parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même. Le devoir de celui qui interprète un traité est d'examiner les termes du traité pour déterminer les intentions des parties. Cela devrait se faire conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la *Convention de*

⁸⁰⁴ *Ibid.*, para. 124.

⁸⁰⁵ En l'occurrence, l'Organe d'appel a affirmé ce qui suit :

« [U]n Groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s'il existe des "preuves scientifiques suffisantes" pour justifier le maintien par un Membre d'une mesure SPS particulière peut, évidemment, et doit, garder à l'esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes » (*Ibid.*).

⁸⁰⁶ Le Groupe spécial saisi de l'affaire *Inde – Brevets* avait considéré que l'obligation de l'Article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC d'établir des « moyens » qui permettent de déposer des demandes de brevet s'agissant des produits pharmaceutiques et chimiques pour l'agriculture pendant la période d'exception aux obligations concernant les brevets (Article 27) pour ces produits devaient aussi être conçus « de manière à dissiper tout doute raisonnable sur le point de savoir si les demandes présentées (...) pourraient être rejetées ou invalidées ». Le Groupe spécial était arrivé à une telle interprétation de l'obligation en fonction des « attentes légitimes des Membres de l'OMC » et eu égard au « principe de la protection des conditions de concurrence découlant des accords commerciaux multilatéraux ». Selon le Groupe spécial, « [l]a protection des attentes légitimes des Membres concernant les conditions de concurrence est dans le cadre du GATT un principe bien établi qui découle en partie de l'article XXIII ». Voir Rapport du Groupe spécial, *Inde – Brevets (Etats-Unis)*, WT/DS50/R, 5 septembre 1997, paras. 7.20-31.

⁸⁰⁷ Le Groupe spécial saisi de l'affaire *CE – Matériels informatiques* a compris que les Membres de l'OMC avaient des attentes légitimes sur le fait qu'une concession tarifaire ne serait pas annulée en raison d'une modification de classification tarifaire. Le Groupe spécial a conclu qu'en vue des attentes légitimes d'un autre Membre, même si un Membre pouvait légitimement changer ses classifications, il ne pouvait le faire de façon à affecter négativement les concessions tarifaires. Voir Rapport du Groupe spécial, *CE – Matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/DS67/R WT/DS68/R, 5 février 1998, para. 8.25.

Vienne. Mais ces principes d'interprétation ne signifient pas qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus. ... Aussi bien les groupes spéciaux que l'Organe d'appel doivent se conformer aux règles d'interprétation des traités énoncées dans la *Convention de Vienne* et ne doivent pas accroître ou diminuer les droits et obligations prévus dans *l'Accord sur l'OMC* »⁸⁰⁸ (italiques dans l'original).

705. Selon l'Organe d'appel, le concept d'« attentes légitimes » en soi ne se voyait reflété qu'au regard de l'Article XXIII:1 b) du GATT qui permet une procédure de règlement de différends du fait d'une non-violation des obligations de l'Accord.⁸⁰⁹

706. *Secundo*, l'approche adoptée par l'Organe d'appel s'agissant de l'interprétation et de l'application de l'objectif de développement durable revendique un degré important de déférence à l'égard des autorités nationales en considérant que les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC ne doivent pas s'immiscer dans l'office et la décision du responsable politique⁸¹⁰. Les décideurs disposent ainsi non seulement d'un large espace politique pour déterminer le *contenu* de leurs propres politiques⁸¹¹ mais ils ont également toute latitude pour choisir les *objectifs* qu'ils envisagent de réaliser par le biais de mesures prises dans le cadre de ces politiques (tant qu'elles sont considérées comme « légitimes » par le droit de l'OMC mais aussi conçues et appliquées de manière cohérente et adaptée aux besoins)⁸¹².

707. Par conséquent, s'agissant par exemple de l'affaire *États-Unis – Thon II*, même si l'on pouvait considérer que la voie politique adoptée par les États-Unis n'était pas la bonne du point de vue des préoccupations de durabilité et du principe de développement durable,

⁸⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Brevets (Etats-Unis)*, WT/DS50/AB/R, 19 décembre 1997, paras. 45-46.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, paras. 36 et 41. Voir aussi Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998, paras. 83-89.

⁸¹⁰ À cette approche, R. Howse donne le nom de « déférence conditionnelle ». Selon l'auteur, l'approche est « broadly deferential not only to the choice of policy objectives and the level or strictness of regulation but also to the general form of the regulation, the basic choice of the policy instrument ». HOWSE, Robert, « The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary », *The European Journal of International Economic Law*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 46.

⁸¹¹ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 33.

⁸¹² Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique) (21:5 2 – Mexique)*, WT/DS381/AB/RW2, 14 décembre 2018, paras. 6.19-6.26.

comme le faisait valoir le Mexique, il revenait néanmoins aux seuls décideurs américains de décider les objectifs spécifiques de politique publique qu'ils voulaient poursuivre (dans ce cas, la protection des dauphins individuels).⁸¹³

708. Les règles de l'OMC imposent des obligations importantes lorsque les autorités nationales adoptent des mesures de politique commerciale pour réaliser des objectifs non-commerciaux, notamment qu'elles ne le fassent pas de façon discriminatoire injustifiable ou arbitraire. Toutefois, ces conditions ne peuvent conduire à modifier l'objectif principal de la mesure prise, ni le degré de protection choisi par le Membre de l'OMC. En réalité, si l'on prend du recul et que l'on examine la question sous l'angle de la légitimité judiciaire et démocratique, il s'avère que cette application du principe de développement durable doit, du point de vue des instances juridictionnelles internationales, avoir beaucoup plus de sens que toute solution de rechange suggérée. Si tel n'était pas le cas, si l'interprétation du principe de développement durable permettait au groupe spécial ou à l'Organe d'appel de s'immiscer dans l'action du décideur et d'évaluer l'équilibre entre les objectifs légitimes décidés par ce dernier dans le cadre du processus démocratique national, la source du mandat pour ce faire pourrait être interrogée.

709. *Tertio*, il est intéressant de noter qu'en répondant à l'argumentation du Mexique, l'Organe d'appel a aussi réaffirmé le fait que le préambule de l'Accord sur l'OMC porte sur l'interprétation des règles de *tous* les Accords de l'OMC et non pas seulement celles du GATT. En effet, l'Organe d'appel précise :

« Nous considérons que le préambule de l'Accord sur l'OMC peut aussi éclairer les interprétations des accords visés dans des circonstances appropriée ... même si le préambule de l'Accord sur l'OMC ne crée par lui-même des obligations de fond, il peut fournir un contexte important pour l'interprétation des accords visés, par exemple en mettant en lumière les types d'objectifs de politique générale qu'un Membre peut chercher à atteindre »⁸¹⁴.

⁸¹³ À cet effet, voir l'argumentation du Mexique sur Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 2 – Mexique), WT/DS381/AB/RW2/Add.1, 14 décembre 2018. En l'occurrence l'Organe d'appel a confirmé que c'était aux États-Unis de définir leurs objectifs qu'ils voulaient poursuivre tout en respectant les dispositions des Accords de l'OMC. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 2 – Mexique), WT/DS381/AB/RW2, 14 décembre 2018, para. 6.26.

⁸¹⁴ *Ibidem*, para. 6.23. Ainsi que nous l'avons déjà noté, lors de l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe

710. Cette précision sera particulièrement pertinente lorsque nous comparerons cette approche holistique de la portée du préambule de l'Accord sur l'OMC avec l'approche beaucoup plus restreinte de l'applicabilité des exceptions de l'Article XX du GATT.

711. *Quarto*, l'Organe d'appel a pu clarifier que le fait que les flexibilités et voies d'action offertes par le GATT pour la réalisation des objectifs de développement durable s'inscrivent dans le cadre des *exceptions générales* de l'Article XX ne réduit pas l'importance de ceux-ci pour le système multilatéral, ni la latitude accordée aux Membres de l'OMC pour les poursuivre. Cette position s'explique notamment par le fait que l'Accord sur l'OMC inscrit clairement le développement durable et la protection de l'environnement parmi les objectifs centraux du système. Comme l'Organe d'appel l'a fait valoir dans l'affaire *CE – Hormones* :

« [L]e simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d'"exception" ne justifie pas en soi une interprétation "plus stricte" ou "plus étroite" de cette disposition que ne le justifierait l'examen du sens ordinaire du libellé du traité considéré dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce dernier ou, autrement dit, en appliquant les règles normales d'interprétation des traités »⁸¹⁵.

712. En somme, il nous semble que l'ancien juge de l'Organe d'appel G. Abi-Saab a bien résumé l'importance et la portée de l'objectif de développement durable pour le système commercial multilatéral en employant les termes suivants :

« In a world characterized by deepening economic interdependence and the growing complexity of international rules reflecting common concerns about human rights, human development, and the human environment, there is a great need for unifying concepts and principles to guide decision-makers – be they national or international, including the judges of the diverse international for a – through the huge maize of seemingly overlapping international rules and commitments. Sustainable development has emerged as one such concept »⁸¹⁶.

d'appel avait affirmé que « le préambule de l'Accord sur l'OMC ... éclaire non seulement le GATT de 1994 mais aussi les autres accords visés ». Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 129.

⁸¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS28/AB/R, 16 janvier 1998, para. 104.

⁸¹⁶ ABI-SAAB, Georges, « Foreword », in GEHRING, Markus W. et SEGGER, Marie-Claire C. (eds), *Sustainable development in world trade law*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2005, p. xxxiv

Section 2 : L'évolution de l'application des exceptions de l'Article XX et leurs contours normatifs

713. Le GATT de 1947 contenait déjà les exceptions générales prévues par l'Article XX mais les questions environnementales ne prendront véritablement de l'ampleur à l'échelle globale qu'à partir des années 1970. Avec la promulgation d'un nombre croissant de lois nationales aux fins de protection environnementale ainsi que l'adoption d'AEM établissant des droits et obligations sur un sujet spécifique (plusieurs d'entre eux prévoyant expressément des mesures commerciales), des questions juridiques portant sur l'application des dispositions du système commercial multilatéral aux politiques de protection environnementale ont peu à peu été soulevées. Cependant, on relève finalement peu d'affaires ayant donné l'occasion de préciser l'application des exceptions de l'Article XX à l'époque du GATT. Les exceptions environnementales ne seront véritablement soulevées qu'à partir des années 1980.

714. Plus précisément, l'Article XX du GATT n'a été expressément invoqué en défense que dans 23 des 316 différends⁸¹⁷ traités dans le cadre multilatéral avant l'entrée en vigueur de l'OMC⁸¹⁸. Dans 18 de ces affaires, un rapport écrit indiquant un examen de l'argumentation a été publié ; 14 d'entre eux ont été adoptés par les PARTIES CONTRACTANTES. Dans 10 de ces 18 affaires, la partie contractante défenderesse s'est appuyée sur les exceptions des alinéas b) (sept affaires) et/ou g) (cinq affaires). Dans cinq autres affaires, la partie a soulevé l'alinéa d)⁸¹⁹, dans une affaire l'alinéa a), dans une autre

⁸¹⁷ Pour un aperçu détaillé des différends survenus dans le cadre du GATT, voir : OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 1: Overview and one-page case summaries*, Genève, OMC, 2018, 390 p.

⁸¹⁸ Nous n'incluons pas dans ce chiffre la toute première affaire à l'occasion de laquelle l'Article XX a été soulevé par une partie contractante : l'affaire *États-Unis - Restrictions à l'exportation (Tchécoslovaquie)* de 1949. Dans cette affaire, a été traitée l'allégation de la Tchécoslovaquie selon laquelle les restrictions du gouvernement américain à l'exportation d'armements étaient contraires aux dispositions du GATT, y compris le texte introductif de l'Article XX. Les États-Unis ont initialement justifié leur mesure au regard des Articles XX et XXI (sécurité nationale) du GATT. Cependant, lors du débat en plénière, les États-Unis ont étayé leur argumentation exclusivement sur l'exception de sécurité nationale et les parties contractantes ont fait de même. À la majorité, la position américaine a été acceptée. Voir GATT, *Compte rendu de la vingt-deuxième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Troisième Session, GATT/CP.3/SR.22, 8 juin 1949.

⁸¹⁹ À l'occasion de l'affaire, *États-Unis – Thon (CEE)*, la partie défenderesse s'est appuyée en même temps sur les alinéas b), d) et g). Du fait de l'importance centrale de cette affaire s'agissant de l'évolution de l'application des exceptions commerciales aux mesures environnementales, nous allons l'examiner plus en détail ci-dessous.

l'alinéa h) et, finalement, dans une affaire la partie défenderesse n'a spécifié aucun alinéa. Plus précisément, 14 des 18 affaires mentionnées ont été examinées à partir de décembre 1981, y compris les seules *cinq affaires* ayant trait à des mesures prises aux fins de protection environnementale (voir notre tableau 25 sommaire de ces affaires du GATT).⁸²⁰

715. Cependant, le recours de la partie défenderesse aux exceptions de l'Article XX n'a été accepté que dans un seul différend parmi les 18 cités⁸²¹. Dans aucune des cinq affaires portant sur des mesures prises aux fins de protection environnementale, la justification juridique fondée sur l'Article XX n'a été acceptée. Ce fait, en soi, ne détermine pas nécessairement l'utilité de la disposition pour justifier des mesures légitimes, ni pour délimiter la latitude que l'Article XX, tel qu'interprété par les groupes spéciaux du GATT, accordait aux parties contractantes pour adopter des mesures à des fins non commerciales.

716. Une étude plus détaillée de ces affaires nous permettra de dégager les éléments normatifs pertinents de l'évolution de l'application des exceptions disponibles dans le cadre multilatéral, en particulier à l'égard des mesures de soutien adoptées au nom du développement durable. On peut d'ores et déjà avancer que la perception négative du résultat de ces affaires et la façon restrictive dont les groupes spéciaux ont interprété ces exceptions ont donné lieu à un débat intense dans la doctrine et parmi les experts commerciaux et environnementaux quant aux conséquences potentiellement nuisibles d'un renforcement du système de règlement de différends après la création de l'OMC sur les efforts de protection environnementale.

⁸²⁰ Les autres quatre affaires ont été traitées d'avril 1959 à octobre 1963. Cette concentration de différends paraît tout à fait cohérente avec l'évolution de l'intersection entre le système commercial multilatéral et l'adoption croissante de mesures de protection environnementales. De plus, il convient de noter qu'elle coïncide aussi avec une hausse généralisée des différends dans le cadre du GATT. En effet, à partir de 1980, une croissance considérable de différends a eu lieu. Plus de 50 % des différends survenus dans le cadre du GATT se sont effectivement produits au cours de la dernière décennie avant l'entrée en vigueur de l'OMC. Voir OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 1: Overview and one-page case summaries*, Genève, OMC, 2018, p. 8-9.

⁸²¹ Nous allons examiner brièvement cette affaire ci-dessous. Toutefois, il convient d'ores et déjà de noter que dans deux autres affaires dans lesquelles il a été fait recours à l'Article XX, aucune violation du GATT n'a été relevée par le Groupe spécial. Il s'agit des affaires *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (I) et (II)*. Étant donné que le Groupe spécial saisi de ces affaires n'a pas examiné les défenses soulevées sur le fondement de l'Article XX mais a plutôt considéré que les mesures visées n'étaient pas contraires aux dispositions du GATT, nous n'avons pas considéré que ces affaires constituaient des exemples de recours réussi aux exceptions prévues.

717. Comme l'affirma D. Esty en 1994 :

« The substantive rules of the international trade regime are also unequivocally in need of being updated to respond to the environmental critique (Jackson 1992a; London 1993b; Hittle 1992; European Parliament 1994). The GATT, for example, currently has no provision that permits a party to use trade actions to act against another nation's low environmental standards and resulting pollution spillovers or degradation of the global commons. Nor does it provide safe haven for parties imposing trade restrictions required by international environmental agreements such as the trade controls of CFCs mandated by the Montreal Protocol. In addition, as discussed earlier in this chapter, the GATT's rules for analyzing cases where one country's environmental regulations have been challenged by another as a barrier to trade are imbalanced and insufficiently attentive to environmental considerations »⁸²².

Paragraphe 1 : Les années formatrices des contours normatifs de l'Article XX du GATT

718. Premièrement, il convient de noter que les discussions autour des allégations de violation des règles commerciales dans le cadre du GATT ne se sont pas toujours tenues en termes juridiques et analytiques comme elles le sont aujourd'hui. La façon dont les parties contractantes du GATT ont appliqué les Articles XXII et XXIII a effectivement beaucoup évolué tout au long des années, tant formellement qu'en substance⁸²³.

719. Par exemple, durant les premières années de fonctionnement du système, les différends étaient soumis à des « groupes de travail » composés de délégués des parties contractantes, y compris des parties au différend. À partir des années 1950, les différends ont commencé à être soumis à des « groupes spéciaux » chargés de leur règlement. Lors de cette période initiale, les rapports et conclusions émis par ces groupes étaient faibles en termes

⁸²² ESTY, Daniel C., *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Washington, Institute for International Economics, 1994, p. 53.

⁸²³ Pour un examen de l'évolution de la pratique du règlement des différends dans le cadre du système commercial multilatéral, voir, entre autres : HUDEC Robert E., *Enforcing international trade law: the evolution of the modern GATT legal system*, Salem, Butterworth Legal Publishers, 1993, xvi, 630 p. ; CAMERON, James et GRAY, Kevin R., « Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 248-298 ; MARCEAU, Gabrielle (ed.), *A history of law and lawyers in the GATT/WTO: the development of the rule of law in the multilateral trading system*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, xxiii, 655 p. Voir aussi : OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 1: Overview and one-page case summaries*, Genève, OMC, 2018, 390 p.

analytiques et juridiques, fournissant ainsi peu d'éléments utiles pour le règlement d'éventuelles autres différends portant sur des problématiques similaires. Comme le note en ce sens le Secrétariat de l'OMC :

« The first GATT dispute settlement reports were usually very short and directly addressed the matter at issue without exhaustively summarizing the arguments by the parties and the evidentiary elements. During the 1950s, some reports were limited to a single page. As the procedures became increasingly legalistic, the length of the reports, including the number of pages containing legal reasoning, also began to grow »⁸²⁴ (notes de bas de page omises).

720. De ce fait, les rapports initiaux portant sur des différends impliquant des argumentations relatives à l'Article XX du GATT ne nous offrent guère d'éléments normatifs utiles pour notre thèse. En effet, ce ne sera qu'à la suite de plusieurs décisions des PARTIES CONTRACTANTES visant à renforcer le système de règlement de différends dans le cadre du GATT que la procédure prendra un caractère plus juridique, tout comme les rapports des groupes spéciaux durant les dernières années du GATT⁸²⁵. C'est notamment à ce moment, à partir des années 1980, que la majorité des éléments normatifs de l'Article XX seront examinés par les groupes spéciaux du GATT (voir notre tableau 8 contenant une répartition analytique des exceptions les plus pertinentes de l'Article XX du GATT au regard des mesures environnementales).

721. En tout état de cause, en ce qui concerne les mesures prises pour la protection environnementale, trois affaires ayant surgi dans les années 1950 offrent plusieurs éléments pertinents de réflexion. Les exceptions de l'Article XX b) du GATT visaient principalement, lorsque que l'Accord a été adopté, à permettre l'adoption de mesures sanitaires tendant à la protection de la vie et de la santé humaine ainsi que des animaux et plantes des pays importateurs. Ces trois premières affaires confirment une telle compréhension de la disposition.

722. En 1959, l'Allemagne a été la première partie contractante à invoquer l'Article XX pour justifier des mesures restrictives. Selon le représentant allemand, certaines des

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 23-24.

⁸²⁵ Pour une compilation de ces décisions, voir le volume deux de la publication du Secrétariat de l'OMC : OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 2: Dispute Settlement Procedures*, Genève, OMC, 2018, 414 p.

restrictions prises par son gouvernement relatives à l'importation de graines et d'animaux étaient des mesures sanitaires nécessaires au regard de l'Article XX b). Les représentants des parties contractantes participant à l'affaire ne se sont pas spécifiquement prononcés sur ces mesures mais ont noté, de façon générale, que l'application de certaines mesures sanitaires « paraissait comporter un élément supplémentaire de protection et, parfois, de discrimination ». Selon les parties, « si la République fédérale v[oulait] invoquer les dispositions de l'article XX, il conviendrait, selon eux, d'examiner l'opportunité d'établir une procédure permettant aux fournisseurs étrangers de se conformer aux lois allemandes et de s'affranchir ainsi des restrictions fondées sur les seules considérations visées »⁸²⁶.

723. De même, à l'occasion de deux affaires introduites par l'Uruguay en 1962 et 1963, les parties défenderesses ont fondé leur argumentation sur l'Article XX b). L'Uruguay a présenté une plainte concernant des mesures adoptées par 15 parties contractantes qui affectaient négativement ses exportations de produits agricoles⁸²⁷. L'Uruguay déplorait, entre autres, l'adoption de réglementations sanitaires par plusieurs parties contractantes qui empêchaient les exportateurs de produits carnés uruguayens d'avoir accès à leur marché de viande fraîche. Dans le cadre de cette procédure, l'Australie, la Finlande, le Japon, la Suède et les États-Unis ont soulevé l'exception de l'Article XX b) du GATT pour justifier leurs mesures sanitaires⁸²⁸.

724. Le Groupe spécial saisi de l'affaire n'a finalement établi de violation des dispositions du GATT pour aucune des mesures visées par la plainte de l'Uruguay tout en précisant, cependant, que le maintien de certaines d'entre elles, y compris les mesures sanitaires, pouvait « annuler ou compromettre les avantages résultant pour l'Uruguay » du GATT. De

⁸²⁶ GATT, *Restrictions allemandes à l'importation - Consultation commune avec la République fédérale d'Allemagne, en vertu de l'article XXII, au sujet du maintien de restrictions à l'importation - Rapport des parties contractantes participantes*, L/966, 10 avril 1959, p. 5. Il est intéressant de noter que dans cette affaire, l'Allemagne a aussi essayé de justifier certaines restrictions à l'importation comme étant nécessaires pour protéger l'industrie nationale contre le préjudice que pourraient lui causer des *importations subventionnées*. Les autres parties contractantes ont cependant fait observer que l'article VI du GATT (autorisant les mesures compensatoires) était l'outil mis à disposition en conformité avec les règles multilatérales pour ce faire. En effet, selon eux, « [l']Accord général n'autorise cependant pas le recours aux restrictions à l'importation pour contrebalancer l'effet des subventions ». *Ibidem*, p. 6.

⁸²⁷ GATT, *Déclaration du représentant de l'Uruguay*, PARTIES CONTRACTANTES en Dix-neuvième session, Recours à l'article XXIII, L/1647, 23 novembre 1961.

⁸²⁸ Rapport du Groupe spécial du GATT, *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (I)*, L/1923, 15 novembre 1961.

ce fait, le Groupe spécial n'a pas examiné la pertinence des allégations fondées sur l'Article XX. S'agissant des mesures sanitaires, le Groupe spécial a indiqué :

« [E]n ce qui concerne les réglementations sanitaires, le Groupe spécial a noté la déclaration de l'Uruguay selon laquelle ces réglementations, telles qu'elles sont appliquées actuellement, constituent un obstacle considérable, sinon insurmontable, aux exportations uruguayennes de viandes non cuites. Le Groupe spécial suggère aux PARTIES CONTRACTANTES qu'il serait utile que le Canada engage une consultation avec l'Uruguay pour examiner la possibilité d'appliquer la réglementation de manière à permettre l'entrée des viandes uruguayennes au Canada tout en accordant une protection sanitaire suffisante au cheptel canadien »⁸²⁹.

725. Le Groupe spécial a fait des observations similaires quant aux mesures appliquées par la Finlande, le Japon, la Suède et les États-Unis⁸³⁰. Après plusieurs consultations et négociations qui ont eu lieu à la suite de l'adoption du rapport, l'Uruguay a cependant réintroduit en 1963 une plainte très similaire contre sept parties contractantes⁸³¹. Néanmoins, de nouveau, le Groupe spécial saisi de l'affaire n'a pas déterminé l'existence d'une violation des dispositions du GATT, ni ne s'est prononcé sur l'Article XX. Il a toutefois réaffirmé les observations faites à l'occasion de l'affaire antérieure précitée quant aux réglementations sanitaires et leurs effets nuisibles sur les exportations uruguayennes. Le Groupe spécial a, par ailleurs, suggéré que des discussions multilatérales sur le sujet soient menées dans le cadre de négociations commerciales ultérieures afin de trouver une solution au problème⁸³².

726. Ces trois affaires illustrent le fait que des tensions existaient dès les premières décennies d'existence du système commercial multilatéral entre des mesures sanitaires prises pour la protection de la vie et de la santé humaine ainsi que des animaux et plantes, et les intérêts commerciaux des parties contractantes. Elles révèlent aussi l'équilibre recherché par les groupes spéciaux du GATT entre mesures commerciales et préoccupations sanitaires.

⁸²⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 31-32 ; p. 51-52 ; p. 61 ; et p. 70-71, respectivement. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

⁸³¹ Les parties contractantes visées en l'occurrence étaient la République fédérale d'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, l'Italie, la Norvège et la Suède. Rapport du Groupe spécial du GATT, *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (II)*, L/2074, 30 octobre 1963.

⁸³² *Ibidem*, p. 3. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

Paragraphe 2 : L'introduction d'un examen juridico-analytique de l'Article XX - le développement d'un test strict à l'égard des prescriptions prévues dans ses paragraphes, et faible s'agissant de son texte introductif⁸³³

A. L'application des prescriptions de l'alinéa g) et du texte introductif de l'Article XX

727. Ce ne sera que presque vingt ans plus tard qu'un Groupe spécial aura l'occasion d'examiner de nouveau une justification de la prise d'une mesure fondée sur l'Article XX. Cette affaire est intéressante, car il s'agit de la première fois où une mesure plus particulièrement adoptée aux fins de protection environnementale a été examinée. Il s'agit aussi de la première fois où une partie contractante a soulevé le paragraphe g) à l'appui de son argumentation. Enfin, il s'agit également de la première fois où un Groupe spécial a réalisé un examen plus détaillé et juridique de l'application d'une exception de l'Article XX du GATT.

728. Les faits de l'affaire étaient les suivants. Le 31 août 1979, les États-Unis ont édicté une interdiction d'importation de tous les produits de thon en provenance du Canada. L'interdiction avait été imposée en réaction à la saisie par les autorités canadiennes de 19 bateaux de pêche américains qui pêchaient le thon à l'intérieur de la zone des 200 milles de la côte ouest du Canada. Le Canada considérait que cette zone relevait de sa juridiction nationale exclusive tandis que les États-Unis ne la reconnaissaient pas en ce qui concerne la pêche au thon.

729. L'interdiction avait été décrétée par les États-Unis conformément à la section 205 de leur loi de 1976 sur la conservation et la gestion des pêches. Cette loi visait à garantir la conservation et une gestion appropriées de certains stocks de poissons ainsi qu'à soutenir et encourager la mise en œuvre et l'application d'accords de pêche internationaux visant la conservation et la gestion des espèces de grands poissons migrateurs. En particulier, la

⁸³³ Pour une description factuelle des affaires ayant trait à l'application de l'Article XX les plus pertinentes s'agissant de l'adoption de mesures commerciales aux fins de protection environnementale, voir les synthèses respectivement préparées par les Secrétariats du GATT et de l'OMC dans : GATT, *Commerce et environnement*, Note d'information établie par le Secrétariat, L/6896, 18 septembre 1991, p. 42-50 ; OMC, *Pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994*, Comité du commerce et de l'environnement, note d'information du Secrétariat, WT/CTE/W/203, 8 mars 2002, p. 32-42.

section 205 précitée prévoyait l'imposition d'une interdiction d'importation de produits de la pêche en provenance de pays qui auraient saisi un bateau de pêche américain pêchant en dehors de ce que les États-Unis considèrent être la mer territoriale d'un pays étranger. Cette disposition visait ainsi à décourager les autres pays de chercher à gérer la question de la pêche au thon unilatéralement et à saisir les navires de pêche américains pêchant à plus de 12 milles de leurs côtes⁸³⁴.

730. Le Canada alléguait que la mesure américaine était notamment contraire à l'Article XI du GATT (interdiction d'imposer des restrictions quantitatives). Selon le représentant du Canada, « la grande question de principe dans ce différend commercial était de savoir si une partie contractante devait ou non avoir le droit de contrevenir aux obligations qu'elle tenait de l'Accord général afin de recourir à des mesures commerciales pour exercer une pression bilatérale dans des domaines étrangers au commerce »⁸³⁵. De leur côté, les États-Unis considéraient leur action comme « pleinement justifiée au titre de l'Article XX g) » du GATT prévoyant une exception en faveur de mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables⁸³⁶. Selon le représentant des États-Unis, le différend se rapportait, en effet, essentiellement « à la nécessité d'avoir un programme international rationnel de conservation et de gestion des stocks de thons »⁸³⁷. Il a également fait valoir que « le thon à nageoires jaunes de l'Atlantique faisait l'objet d'une exploitation intensive, le thon à nageoires jaunes du Pacifique était en danger et les stocks de thons rouges de l'Atlantique et du Pacifique étaient en danger et peut-être épuisés »⁸³⁸.

⁸³⁴ Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Thon canadien*, L/5198, 22 février 1982, paras. 2.1-4 et 3.12.

⁸³⁵ *Ibidem*, 3.1-4.

⁸³⁶ Les États-Unis ont fait valoir à ce sujet « [qu']il ne faisait guère de doute que les stocks de thons risquaient d'être surexploités et épuisés », étant ainsi une *ressource naturelle épuisable*. *Ibid.*, para. 3.8. Le Canada a aussi considéré que le thon était une ressource naturelle épuisable. *Ibid.*, para. 3.13.

⁸³⁷ *Ibid.*, paras. 3.5-6. Sur ce point, le Canada a affirmé que l'interdiction américaine avait été imposée non pas en fonction des politiques canadiennes à l'égard de la conservation du thon, mais au regard du blocage de l'accès aux zones de pêche relevant de la juridiction canadienne imposé par ce dernier aux thoniers américains. Il a aussi noté que l'interdiction d'importer avait été levée au moment où les autorités canadiennes et américaines avaient conclu un accord provisoire prévoyant que, sur une base de réciprocité, les pêcheurs de thon de chacun des deux pays auraient accès aux eaux soumises à la juridiction de l'autre en matière de pêche, et non pas au moment où la politique canadienne en matière de conservation avait été modifiée. Finalement, le Canada a noté que lorsque les États-Unis avaient publiquement adopté la mesure, ils n'avaient jamais soulevé la question de la conservation, ayant seulement fait référence à la saisie des bateaux. *Ibid.*, paras. 3.13-18.

⁸³⁸ *Ibid.*, para. 3.8.

731. Finalement, le représentant américain a mentionné la préoccupation des autorités de son pays à l'égard d'une décision du Groupe spécial sur le sujet. Selon le représentant, « on risquait fort de créer ainsi au GATT des précédents non voulus ou imprévus si l'on exprimait des opinions sur les questions délicates de conservation que soulève l'article XX g), alors que les critères nationaux et internationaux ont beaucoup changé au fil des ans et continuent d'évoluer »⁸³⁹.

732. Après une analyse assez succincte de l'affaire, le Groupe spécial a affirmé que la mesure américaine était de fait incompatible avec l'Article XI du GATT. En ce qui concerne la justification juridique fondée sur l'Article XX, le Groupe spécial a d'abord examiné son texte introductif avant de décider qu'au regard de mesures analogues prises par les États-Unis à l'égard des importations en provenance de quatre autres pays, « la discrimination à l'égard du Canada n'avait peut-être pas été nécessairement arbitraire ou injustifiée ». De surcroît, dans la mesure où la mesure avait été décrétée par les États-Unis et « publiquement annoncée », elle ne devait pas être considérée comme une restriction déguisée au commerce international⁸⁴⁰.

733. S'agissant des conditions spécifiques de l'alinéa g), le Groupe spécial a relevé que les deux parties considéraient les stocks de thons comme constituant une « ressource naturelle épuisable dont la conservation devait être gérée et que les deux parties étaient signataires de conventions internationales, visant, entre autres, à améliorer la conservation de ces stocks »⁸⁴¹. Cependant, l'interdiction américaine qui visait *toutes sortes de thons* n'était pas appliquée *conjointement* à des restrictions à la production ou à la consommation nationales *des même espèces*⁸⁴². Le Groupe spécial a ainsi considéré que la mesure américaine n'était pas justifiable au regard de l'exception de l'Article XX g).

⁸³⁹ *Ibid.*, para. 3.24. Il convient de noter que bien que le rapport du Groupe spécial dans cette affaire ait été publié en février 1982, l'interdiction d'importation avait été levée en septembre 1980 à la suite d'un accord provisoire entre les deux parties. Le Canada avait demandé au Groupe spécial de rendre sa décision en fonction de la possibilité que d'autres embargos soient imposés sur les produits de la pêche canadiens. Les États-Unis ont décidé de continuer à participer au différend même s'ils préféraient que les procédures se terminent. *Ibid.*, para. 2.8.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, para. 4.8.

⁸⁴¹ *Ibid.*, para. 4.9.

⁸⁴² Les États-Unis avaient appliqué certaines restrictions internes à la production de certaines espèces pendant certaines périodes durant lesquelles l'interdiction était en vigueur, mais non pour toutes les espèces visées, ni

734. Néanmoins, le premier Groupe spécial qui a examiné plus en détail les éléments constitutifs d'une exception au titre de l'Article XX a établi un critère juridique relativement faible en comparaison de l'application des conditions prévues dans son texte introductif. En effet, selon l'approche adoptée par le Groupe spécial, dès lors que la mesure est appliquée à d'autres situations semblables et est publiquement annoncée, elle n'est pas considérée comme une discrimination arbitraire ni une restriction déguisée au commerce. Le Groupe spécial a tout de même noté que la mesure américaine avait été décrétée à la suite de la saisie par les autorités canadiennes de bateaux américains de pêche et que « cette mesure particulière » ne « constituait [pas] en soi une mesure d'un type prévu à l'Article XX »⁸⁴³. Mais il n'a pas considéré cet élément dans le cadre de son application des prescriptions du texte introductif.

735. Ayant appliqué ce faible test pour le texte introductif, le Groupe spécial s'est par ailleurs prononcé sur le morceau de phrase « appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales » présent dans l'Article XX g) (les parties étaient d'accord sur le fait que les stocks de thons constituaient des ressources naturelles épuisables). Ici, le critère exigé par le Groupe spécial a été beaucoup plus strict : il a signalé le besoin que des mesures imposant une restriction semblable à la production et consommation nationales soient mises en place *pour les mêmes espèces et pendant la même période* que l'interdiction générale énoncée par les autorités américaines à l'égard des marchandises canadiennes. Ce faisant, le Groupe spécial n'a toutefois traité ni des difficultés d'ordre pratique, ni des impératifs de conservation des ressources halieutiques soulevés par le représentant américain.

736. De fait, la décision n'a pas eu de répercussions majeures dans la mesure où les deux parties avaient déjà signé, le 26 mai 1981, le « Traité concernant les thoniers (thon blanc) du Pacifique et leurs privilèges portuaires ». Néanmoins, l'affaire a eu un impact sur des différends ultérieurs ayant trait à l'application de l'Article XX du GATT. Généralement, la même approche sera retenue, c'est-à-dire une faible application des prescriptions du texte

pendant toute la période. *Ibid.*, paras. 3.9 et 17 et 4.10-12.

⁸⁴³ *Ibid.*, para. 4.13. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

introductif et une interprétation plutôt restrictive de celles des paragraphes de cette disposition.

737. Ainsi, six ans plus tard, une nouvelle affaire opposera encore une fois les États-Unis et le Canada s'agissant de leurs politiques de conservation de stocks menacés de poissons. Cette fois-ci, les positions étaient inversées. Ce sont les États-Unis qui ont déposé une plainte à l'encontre d'une mesure prise par le Canada. Le Groupe spécial saisi de cette affaire *Canada – Harengs et saumons* sera ainsi le deuxième groupe à se prononcer sur l'application de l'exception du paragraphe g) de l'Article XX du GATT visant la conservation des ressources naturelles épuisables. À l'instar de l'analyse réalisée dans l'affaire *États-Unis – Thon canadien*, le test développé par le Groupe spécial à l'égard de cet alinéa impose des restrictions importantes au recours à cette exception en vue de justifier des mesures de protection environnementale.

738. En l'occurrence, le différend portait sur une prescription de la Loi canadienne sur les pêcheries de 1970 qui interdisait l'exportation de certaines espèces de saumon et de harengs non préparés. Les mesures canadiennes ayant trait à la conservation, la gestion et la mise en valeur des stocks de saumon et de hareng dans les eaux de la Colombie-Britannique remontaient aux premières décennies du XX^e siècle. Elles avaient abouti à une série d'efforts nationaux et bilatéraux qui s'étaient notamment traduits dans divers traités et conventions bilatéraux et multilatéraux relatifs à la pêche dans ces eaux⁸⁴⁴. De ce fait, le Canada a soutenu, entre autres, que cette nouvelle mesure faisait partie intégrante de son régime de conservation des pêches sur la côte ouest et qu'à ce titre, elle était justifiée aux termes de l'alinéa g) de l'article XX⁸⁴⁵. De leur côté, les États-Unis ont allégué que l'interdiction d'exporter ces produits non transformés allait à l'encontre de l'Article XI du GATT et était davantage

⁸⁴⁴ Rapport du Groupe spécial du GATT, *Canada – Harengs et saumons*, L/6268, 22 mars 1988, paras. 2.1-6.

⁸⁴⁵ Le Canada a aussi argué que les prescriptions de préparation et de mise en vente étaient nécessaires afin de maintenir la réputation du Canada en matière de salubrité et de qualité élevées de ses produits à base de poisson et qu'elles étaient donc justifiées au titre de l'Article XI:2 b). *Ibidem*, paras. 3.3-4. Le Groupe spécial a cependant rejeté cet argument au motif que les restrictions à l'exportation imposées par le Canada à la vente du saumon et du hareng *non préparés* ne constituaient pas des « réglementations concernant la mise en vente » du saumon et du hareng *préparés* au sens de l'Article XI:2 b), mais plutôt des restrictions destinées à promouvoir les ventes d'un autre produit. Selon le Groupe spécial, l'Article XI:2 b) ne pouvait donc pas permettre des restrictions de produits en amont visant à promouvoir la vente de produits en aval sous peine d'introduire du protectionnisme « par une porte dérobée ». *Ibid.*, paras. 4.2-3.

motivée par l'intérêt du Canada de protéger le secteur de la transformation de poissons de la côte ouest du Canada, qui employait à l'époque près de cinq sixièmes des travailleurs de l'industrie de la transformation de poissons de la Colombie-Britannique⁸⁴⁶. En effet, d'après les États-Unis :

« [L]e présent cas n'était pas celui du droit indéniable des États à protéger les poissons dans le sens communément admis d'un renforcement des stocks et d'une limitation de l'exploitation dans le but de garantir les rendements futurs. Le problème portait plutôt sur l'admissibilité de mesures additionnelles à caractère commercial qui interdisent l'exportation de poissons déjà pêchés mais non préparés »⁸⁴⁷.

739. Le Groupe spécial n'a pas examiné l'application des prescriptions du texte introductif de l'Article XX, ayant décidé de commencer son analyse directement par le paragraphe g) de l'article. Il a été convenu avec les parties que les stocks de saumons et de harengs étaient des « ressources naturelles épuisables » et les limitations d'exploitation imposées aux pêcheurs canadiens des « restrictions à la production nationale »⁸⁴⁸. En revanche, sur le critère juridique requis par l'expression « se rapportant à », le Groupe spécial a noté que, même si cette prescription n'exige pas que la mesure commerciale en question soit *nécessaire* ou *essentielle* pour la conservation d'une ressource naturelle épuisable (des termes utilisés plutôt dans d'autres paragraphes de l'Article XX), il est néanmoins requis qu'elle vise *principalement* à la conservation des ressources⁸⁴⁹. De surcroît, quant à l'expression « appliquées conjointement avec », le Groupe spécial a considéré que la mesure commerciale restrictive contraire aux dispositions du GATT qui « se rapporte » à la conservation des ressources naturelles épuisables visées devait s'accompagner de mesures de « restrictions à la production nationale ». Pour le Groupe spécial, une mesure commerciale ne peut être considérée comme appliquée « conjointement avec » des restrictions à la production que si elle vise *principalement à donner effet à ces restrictions*⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, para. 3.11.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, para. 3.8. Il

⁸⁴⁸ *Ibid.*, paras. 3.29 et 4.4.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, para. 4.6

⁸⁵⁰ *Ibid.*

740. Le Groupe spécial s'est donc posé la question de savoir si l'interdiction d'exportation imposée par le Canada visait principalement à la conservation du saumon et du hareng mais aussi à donner effet aux restrictions d'exploitation de ces ressources halieutiques dans le pays. En l'occurrence, le Groupe spécial n'a pas considéré que les mesures canadiennes remplissaient ces conditions et les a ainsi déclarées incompatibles avec les dispositions du GATT⁸⁵¹.

741. Il convient néanmoins de noter que, dans son argumentation sur cette affaire, le Canada semble avoir pris en compte des aspects économiques et sociaux mais aussi d'autres purement écologiques :

« [L]a conservation des ressources, au lieu d'être une notion étroite ayant seulement trait au maintien des niveaux physiques d'une ressource, devait être considérée comme une notion large englobant l'ensemble des problèmes scientifiques et économiques que soulève l'exploitation des ressources. Dans le cas de la pêche, la notion de conservation avait évolué et pris des dimensions socio-économiques et biologiques dont il avait été tenu compte dans des accords et traités internationaux et bilatéraux régissant la gestion des pêches. ... [L]es restrictions à l'exportation contribuaient à l'effort de conservation entrepris par les autorités canadiennes en ceci qu'elles permettaient au gouvernement canadien d'engager les dépenses publiques nécessaires pour développer les stocks de saumons en escomptant que les retombées économiques continueraient de s'en faire sentir dans tous les secteurs de l'industrie de la pêche et pas seulement dans celui de l'exploitation »⁸⁵².

742. Dès lors, il nous semble que dès 1988, le Canada, même s'il l'a fait de façon indirecte, avait déjà développé des considérations holistiques ayant trait à des objectifs économiques, sociaux et de protection environnementale faisant écho au concept de développement durable

⁸⁵¹ *Ibid.*, para. 4.7. Selon le Groupe spécial, les prohibitions à l'exportation ne limitaient pas l'accès aux approvisionnements en saumon et en hareng *en général*, mais seulement aux approvisionnements en certains saumons et en harengs *non préparés*. De surcroît, le Canada limitait l'achat de ces poissons non préparés seulement pour les préparateurs et les consommateurs étrangers, non pour les préparateurs et les consommateurs nationaux. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

⁸⁵² *Ibid.*, para. 3.37. Les États-Unis ont « vivement contesté l'affirmation du Canada selon laquelle le terme "conservation", à l'article XX g), devait être interprété dans un sens large ». Selon eux, « le Préambule de l'article XX indiquait très clairement que toutes les exceptions à cet article devaient être interprétées de façon stricte afin d'empêcher des restrictions déguisées au commerce international ». De surcroît, les accords internationaux pour la conservation des poissons indiquaient que la notion de « conservation » limitait les avantages résultant de l'exploitation des ressources halieutiques se rapportant explicitement à la pêche et non aux opérations en aval. *Ibid.*, para 3.40.

qui ne sera toutefois consacré à l'échelle globale que quatre ans plus tard à Rio. Pour autant, ces considérations holistiques n'ont pas été acceptées par le Groupe spécial. L'adoption de mesures protectionnistes afin de promouvoir le développement économique ne relève pas des exceptions de l'Article XX du GATT mais plutôt de l'Article XVIII. De plus, eu égard à la manière segmentée et singularisée dont les objectifs légitimes de l'Article XX sont présentés, cette disposition ne se prête pas aisément à ce genre d'approche holistique.

743. Enfin, on peut noter que le Groupe spécial saisi de l'affaire *Canada – Harengs et saumons* a introduit de nouvelles conditions assez strictes pour qu'une partie contractante puisse prendre une mesure de conservation exemptée provisoirement par l'Article XX g). Une telle approche sera reprise par plusieurs groupes spéciaux du GATT à l'occasion d'affaires ultérieures et ne sera modifiée qu'avec l'entrée en vigueur de l'OMC.

B. L'application des prescriptions des alinéas b) et d) : l'évolution du test de nécessité

744. Six mois après la publication du premier rapport d'un Groupe spécial ayant examiné de façon plus détaillée l'application des prescriptions de l'Article XX du GATT (rapport sur l'affaire *États-Unis – Thon canadien* de 1981), l'occasion s'est de nouveau présentée qu'un Groupe spécial se prononce sur le sujet, dans l'affaire *États-Unis – Assemblages de ressorts*. Ce cas mérite d'être mentionné, car il s'agit de la seule affaire dans laquelle une partie contractante a réussi à justifier sa mesure au regard des exceptions générales durant la période du GATT. Il s'agit aussi de la première fois où un Groupe spécial a examiné plus en détail l'application de l'exception du paragraphe XX d) de l'Article XX.

745. En l'espèce, les États-Unis avaient imposé en 1981 une interdiction des importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles de toutes provenances à la suite d'une décision de la Commission du commerce international des États-Unis actant que les importations provenant d'une entreprise canadienne (Wallbank) contenaient des composants fabriqués en contrefaçon en violation des droits de propriété intellectuelle d'une entreprise américaine (Kuhlman Corporation)⁸⁵³. La mesure avait été adoptée en application de l'article

⁸⁵³ Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Assemblages de ressorts*, L/5333, 26 mai 1983, paras. 1-13.

337 de la loi tarifaire nord-américaine de 1930 qui prévoyait le droit de recourir à des mesures commerciales restrictives importantes en matière de droit de la propriété intellectuelle en présence de « méthodes déloyales de concurrence et actes déloyaux » de la part d'exportateurs étrangers.

746. Or, le Canada estimait qu'une telle interdiction d'importation était contraire aux obligations découlant des Articles III et XI, et était, plus généralement, trop large et stricte pour sanctionner la violation d'un brevet⁸⁵⁴. Les États-Unis considéraient, en revanche, que leur action était justifiable d'après l'exception de l'Article XX d) dans la mesure où elle était nécessaire pour assurer le respect des lois et règlements ayant trait à la protection des brevets, une possibilité effectivement expressément prévue dans le paragraphe⁸⁵⁵.

747. Dans un premier temps, le Groupe spécial a suivi l'approche du Groupe spécial précédemment cité en considérant que la mesure respectait les prescriptions du texte introductif de l'Article XX dans la mesure où elle s'appliquait à tous les pays et avait été publiée au Registre fédéral américain (*Federal Register*)⁸⁵⁶. S'agissant des conditions découlant de l'alinéa d), le Groupe spécial a déterminé que la mesure était de nature à garantir l'application du droit des brevets aux États-Unis⁸⁵⁷. Il a aussi considéré qu'elle était *nécessaire* dans la mesure où, bien que le recours à la voie judiciaire permettrait au titulaire du brevet (Kuhlman), après son éventuelle victoire, d'empêcher les utilisateurs connus des produits de les importer (GM et Ford), elle n'empêcherait pas, en revanche, les utilisateurs inconnus des produits contrefaits de le faire. L'alternative judiciaire ne serait pas non plus susceptible d'empêcher la contrefaçon par d'autres fabricants, outre le fabricant canadien connu. De ce fait, l'alternative présentée ne serait pas « suffisamment efficace contre la contrefaçon » du brevet⁸⁵⁸.

748. L'approche retenue par le Groupe spécial dans cette affaire quant à l'application de l'alinéa d) a été beaucoup plus déférente à l'égard de la politique publique engagée et du niveau de protection de l'objectif choisi par les autorités américaines. En effet, la mesure en

⁸⁵⁴ *Ibidem*, paras. 14-21 et 34-40.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, paras. 22-32 et 41-48.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, paras. 54-56.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, para. 57.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, paras. 58-61. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

question a été considérée comme étant nécessaire au motif que l'alternative présentée n'était pas en mesure de garantir le *niveau de protection* du droit de la propriété intellectuelle souhaité par les États-Unis.

749. Cependant, ce niveau de renvoi à l'option étatique ne sera pas maintenu par les groupes spéciaux du GATT saisis d'affaires ultérieures. Six ans plus tard, le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière* a adopté une approche très différente quant à l'interprétation du terme « nécessité »⁸⁵⁹. En premier lieu, il a affirmé que *chaque aspect* de la mesure prise pour la protection du brevet contraire au GATT devait *lui-même* être nécessaire pour assurer le respect de la loi et non pas le système dans son ensemble. De plus, le test normatif réalisé par le Groupe spécial pour déterminer la nécessité de ces aspects discriminatoires a été beaucoup plus strict. En l'espèce, il a considéré qu'une mesure n'est pas *nécessaire* s'il existe une autre mesure compatible avec le GATT dont on peut *raisonnablement s'attendre qu'elle soit prise* par la partie contractante⁸⁶⁰. De surcroît, si une mesure compatible n'est pas raisonnablement disponible, la partie est toujours tenue d'adopter *la mesure disponible la moins restrictive pour le commerce*. Autrement dit, la partie contractante est obligée d'adopter la mesure « qui comporte le moindre degré d'incompatibilité avec les autres dispositions de l'Accord général ». Finalement, le Groupe spécial a précisé qu'il appartenait *à la partie contractante qui cherche à justifier sa mesure* au titre de l'Article XX d) *de démontrer* qu'elle est « nécessaire »⁸⁶¹.

750. En l'occurrence, le système de mise en application des droits de propriété intellectuelle à la frontière *in rem* et non pas *in personam* (c'est-à-dire visant des choses et non des personnes) établi par l'article 337 de la loi douanière des États-Unis a été considéré comme étant contraire aux règles du GATT et injustifié au regard de l'Article XX d). Selon le Groupe spécial, les éléments discriminatoires pris individuellement (comme, par exemple,

⁸⁵⁹ Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, L/6439, 7 novembre 1989. Sur le sujet de la compatibilité de l'Article 337 de la Loi douanière des États-Unis avec les dispositions du système commercial multilatéral ainsi que l'évolution de ce texte dans le cadre juridique interne américain, voir, entre autres : PALMETER, David, « Section 337 and the WTO Agreements: Still in Violation ? », *World Competition*, vol. 20, n° 1, 1996, p. 27-35 ; ROGERS, Joel W. et WHITLOCK, Joseph P., « Is Section 337 Consistent with the GATT and the TRIPs Agreement ? », *American University International Law Review*, vol. 17, n° 3, article 1, 2002, p. 459-525.

⁸⁶⁰ *Ibidem*, para. 5.26.

⁸⁶¹ *Ibid.*, para. 5.27.

une procédure et des recours juridiques disponibles pour les détenteurs de brevets contre les importations plus bénéfiques que ceux disponibles contre les contrefaçons américaines)⁸⁶² n'étaient pas nécessaires à la protection des droits de la propriété intellectuelle aux États-Unis⁸⁶³.

751. Cette approche beaucoup plus restrictive du concept de nécessité avait déjà été employée par le Groupe spécial saisi de l'affaire *Canada – LEIE* en 1984. Dans le cadre de ce différend, le Groupe spécial avait considéré que les obligations en matière d'achat de produits nationaux imposées aux investisseurs par la loi canadienne sur l'examen de l'investissement étranger, qui avait pour effet d'accorder une préférence aux produits d'origine nationale, n'étaient pas *elles-mêmes* nécessaires pour assurer l'application effective de la loi ni pour atteindre ses buts⁸⁶⁴. Autrement dit, les *éléments discriminatoires* de la mesure canadienne (en l'occurrence, les engagements de se procurer des biens locaux) devaient être considérés nécessaires *en soi* pour assurer le respect de la loi sur l'examen de l'investissement étranger. Le Groupe spécial a aussi noté que ces obligations d'achat étaient, en soi, contraires aux dispositions du GATT⁸⁶⁵.

752. Enfin, relevons qu'une interprétation très similaire du terme *nécessaire* sera reprise par le Groupe spécial saisi de l'affaire *Thaïlande – Cigarettes* en 1990. Le différend portait sur l'interdiction d'importation de tabac et de produits du tabac en Thaïlande sans licence

⁸⁶² *Ibid.*, para. 5.20.

⁸⁶³ *Ibid.*, paras. 5.28-35. Il y a lieu de relever que le Groupe spécial est tenu de clarifier « afin d'éviter tout malentendu » que les dispositions du GATT, y compris l'Article XX d) « n'imposent aux parties contractantes d'obligations spécifiant le niveau de la protection qu'elles doivent accorder aux brevets ou l'efficacité des procédures destinées à assurer cette protection ». Autrement dit, le niveau de protection ou de réalisation de l'objectif appartient au droit souverain des parties contractantes. Ce qu'exigent les règles multilatérales est que, en instituant des politiques commerciales visant un niveau de protection ou la réalisation d'un objectif, les parties contractantes respectent les obligations de l'Accord général. Comme on le verra plus loin, cette approche sera reprise dans le cadre de l'OMC par rapport aux mesures environnementales. *Ibid.*, paras. 6.1-2. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

⁸⁶⁴ Le Canada avait soutenu que ces prescriptions étaient nécessaires afin de garantir que les investisseurs étrangers respectent leurs promesses d'investissement dans la production locale qui avaient été faites afin de recevoir une autorisation d'investissement de la part du gouvernement canadien. Selon la Loi canadienne sur l'examen de l'investissement étranger, les investisseurs étrangers étaient en effet tenus d'apporter « la preuve que, globalement, leur projet apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada ». Rapport du Groupe spécial du GATT, *Canada – LEIE*, L/5504, 07 février 1984, paras. 2.1-12 et 3.6.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, paras. 5.19-20. Il convient de noter que le Groupe spécial saisi de cette affaire ne s'est pas prononcé sur les prescriptions du texte introductif de l'Article XX du GATT. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

d'importation délivrée par le gouvernement thaïlandais en application de l'article 27 de la loi sur le tabac de 1966. En l'occurrence, une licence d'importation n'avait été accordée qu'au Monopole thaïlandais des tabacs, qui n'avait réalisé d'importation qu'à trois reprises depuis l'entrée en vigueur du dispositif en 1966. La vente de tabac national thaïlandais était bien sûr permise⁸⁶⁶.

753. Selon la Thaïlande, le système de licences et la restriction aux importations étaient nécessaires au regard de l'Article XX b), les mesures adoptées par le gouvernement ayant pour finalité de lutter contre le tabagisme dans le pays. De plus, elles visaient à restreindre l'introduction de cigarettes fabriquées aux États-Unis qui contenaient des additifs chimiques et étaient donc plus nocives que les cigarettes thaïlandaises⁸⁶⁷. La Thaïlande a aussi demandé que le Groupe spécial se renseigne auprès des experts de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) sur les conséquences pour la santé de l'ouverture au commerce international des cigarettes⁸⁶⁸.

754. Les États-Unis arguaient, en revanche, que même si « les dangers du tabagisme pour la santé avaient fait l'objet d'une vaste documentation dans un certain nombre de pays », « [c]e n'était pas l'existence de ces dangers qui était réellement en jeu » dans l'affaire. En effet, selon les États-Unis, « la Thaïlande ne pouvait pas prétendre que la prohibition des importations fût nécessaire pour protéger la vie ou la santé des personnes, puisque la production, les ventes intérieures et les exportations de cigarettes et de tabac [thaïlandais] demeuraient à des niveaux élevés ». De plus, les États-Unis ont fait valoir que la vente du

⁸⁶⁶ Rapport du Groupe spécial du GATT, *Thaïlande – Cigarettes*, DS10/R, 7 novembre 1990, para. 6.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, paras. 14, 21, 24-28 et 32-34. La Thaïlande a aussi soutenu que les cigarettes thaïlandaises étaient un « produit agricole » puisque composées de « tabac en feuilles se trouvant à un stade de transformation peu avancé ». De ce fait, les restrictions à l'importation et à l'exportation imposées étaient justifiées au regard de l'Article XI:2 c) i) du GATT afin de « restreindre la quantité produit national similaire qui peut être mise en vente ou produite ». Le Groupe spécial a cependant rejeté cette classification du tabac proposée par la Thaïlande et a ainsi considéré les restrictions adoptées comme étant contraires à l'Article XI. *Ibid.*, paras. 17 et 70.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, para. 27. Sur la base d'un mémorandum d'accord entre les parties, le Groupe spécial a demandé à l'OMS de présenter ses conclusions sur des aspects techniques du cas tels que les effets sur la santé de l'usage et de la consommation de cigarettes. Selon la contribution de l'OMS, il y avait de fait d'importantes différences entre les cigarettes produites dans les pays en développement et celles produites dans les pays développés. Ces dernières contenaient considérablement plus d'additifs et d'arômes chimiques. De surcroît, le tabac thaïlandais était plus amer et plus difficile à consommer que le produit américain. En revanche, l'OMS n'était pas en mesure de fournir des données scientifiques susceptibles de prouver que des cigarettes contenant des additifs étaient plus ou moins dommageables pour la santé que des cigarettes sans additifs. *Ibid.*, paras. 50-57.

tabac national continuait d'être importante, notamment que « le Monopole des tabacs thaïlandais produisait au moins 15 marques de cigarettes pouvant plaire à tous les types de consommateurs » et que ses techniques de commercialisation étaient « tout aussi efficaces que celles des fabricants américains ». Et d'ajouter que « [s]i le vrai problème était celui de la publicité et de la crainte de voir créer une clientèle et une demande nouvelles, il convenait de s'y attaquer directement, et non par une prohibition à l'importation incompatible avec l'Accord général ». D'autre part, s'agissant des additifs chimiques ajoutés, les États-Unis ont relevé que la Thaïlande « n'avait ni réglementation ni restriction sur les ingrédients ou les arômes employés dans la fabrication des cigarettes »⁸⁶⁹.

755. Le Groupe spécial a ici convenu avec les parties et l'OMS que « l'usage du tabac constituait un risque sérieux pour la santé des personnes et qu'en conséquence, les mesures destinées à réduire la consommation de cigarettes entraient dans le champ d'application de l'Article XX b) ». Dès lors, le Groupe spécial a reconnu que le paragraphe b) permet aux parties contractantes de « donner à la santé des personnes priorité sur la libéralisation du commerce ». En revanche, il a exigé que la mesure prise à cette fin soit *nécessaire*. En se référant au rapport du Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, le Groupe spécial a considéré que le terme « nécessaire » devait avoir le même sens à l'alinéa b) comme à l'alinéa d). De ce fait, une mesure prise par une partie contractante en application de l'Article XX b) ne sera considérée comme *nécessaire* que s'il n'existe pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec l'Accord général qui pourraient raisonnablement être mises en œuvre afin d'atteindre les objectifs de sa politique.

756. En l'occurrence, le Groupe spécial a déterminé qu'il y avait effectivement d'autres options moins restrictives et non-discriminatoires pour atteindre l'objectif de la Thaïlande de « protéger la population contre les ingrédients nocifs contenus dans les cigarettes importées et de réduire la consommation nationale de cigarettes », y compris, par exemple « des règlements rigoureux et non discriminatoires », ou encore un monopole d'État sur la commercialisation afin d'en contrôler les prix et la disponibilité⁸⁷⁰. Pour cette raison, le

⁸⁶⁹ *Ibid.*, paras. 22-25, 29-31 et 35.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, paras. 72-81. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

Groupe spécial a finalement considéré que l'interdiction d'importation imposée par la Thaïlande ne pouvait être vue comme *nécessaire* au titre de l'Article XX b) du GATT.

757. Dès lors, le rapport du Groupe spécial saisi de l'affaire *Thaïlande – Cigarettes* confirme et précise les contours normatifs de l'application du test de *nécessité* au regard des alinéas b) et d) en considérant que ces dispositions imposent aux parties contractantes qui souhaitent y avoir recours de s'assurer qu'il n'y ait *aucune* autre mesure *moins incompatible* avec le GATT pour réaliser leurs objectifs. Ce test est plus strict dans la mesure où l'examen réalisé en l'espèce par le Groupe spécial semble indiquer qu'il suffît qu'une *option théorique moins contraignante* soit trouvée pour que la mesure en cause ne soit pas considérée comme nécessaire⁸⁷¹. Il convient de noter aussi qu'à la différence de l'approche adoptée par le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Assemblages de ressorts*, le Groupe spécial n'a pas ici vérifié si les options moins contraignantes mentionnées étaient susceptibles d'atteindre l'objectif choisi par la partie contractante *dans la même mesure* que la mesure originalement prise ou d'accorder le *même niveau de protection* de l'objectif déterminé par la partie contractante.

758. Deux plus tard, en 1992, le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt* reprendra cette même interprétation restrictive du critère de la nécessité au regard de l'Article XX d) à propos de mesures de contrôle de la vente d'alcool aux États-Unis. Le Groupe spécial a examiné une série de mesures discriminatoires appliquées par le gouvernement fédéral et par plusieurs États américains⁸⁷², en particulier l'obligation seulement imposée aux boissons alcooliques importées de passer par des grossistes avant d'être vendues au détail et d'être transportées par des « transporteurs publics » dans plusieurs États américains. Selon les États-Unis, ces mesures étaient nécessaires au titre de l'Article

⁸⁷¹ Lors de son examen, le Groupe spécial a mentionné de façon très générale les exemples de mesures suivantes : « des règlements rigoureux et non discriminatoires concernant l'étiquetage et la divulgation de la composition, qui permettaient au gouvernement de réglementer le contenu des cigarettes et au public d'en être informé » ; « les interdictions de publicité » ; « des programmes d'information » ; « des mises en garde sur les paquets de cigarettes » ; « des interdictions de fumer dans certains lieux publics » ; « monopoles d'Etat ... pour régler l'offre globale, les prix et les disponibilités au détail de cigarettes ». *Ibid.*, paras. 77-79.

⁸⁷² Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Boissons à base de malt*, DS23/R, 19 juin 1992. Voir la note de bas de page 429 ci-dessus pour une brève description des mesures fiscales appliquées et de l'argumentation américaine au regard de l'Article III:8.

XX d) du GATT afin d'assurer le respect des lois et règlements internes ayant trait au contrôle fiscal des États⁸⁷³.

759. Le Groupe spécial a d'abord confirmé les contours normatifs de l'application de l'Article XX d) tels qu'établis par les groupes spéciaux précédemment cités. En mentionnant expressément les critères précisés par le Groupe spécial dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, le Groupe spécial a considéré qu'il incombait à la partie contractante soulevant une exception au titre de l'Article XX d) de démontrer : i) que les lois ou les règlements dont l'application était assurée ne sont pas incompatibles avec l'Accord général ; ii) et que les mesures *en question* - et non les mesures *en général* - sont *nécessaires* pour assurer l'application de ces lois ou règlements. Le Groupe spécial a aussi noté que les PARTIES CONTRACTANTES avaient « pour pratique » d'interpréter de manière étroite les exceptions au titre de l'Article XX et qu'il revenait à la partie invoquant une exception d'en justifier l'application. Enfin, le Groupe spécial a aussi confirmé l'interprétation du terme *nécessaire* comme exigeant de la partie défenderesse de « montrer qu'aucune mesure faussant moins les échanges ne pouvait être appliquée » aux fins soulevées⁸⁷⁴.

⁸⁷³ Selon les États-Unis,

« [L]a prescription selon laquelle les bières des autres Etats et les bières étrangères devaient être distribuées par des grossistes locaux, contrairement aux produits des microbrasseries locales (...) se justifiait au regard de l'article XX d). (...) il n'y avait pas d'autre système raisonnable qui comporte un risque acceptable d'évasion fiscale et soit susceptible de réglementer le comportement des producteurs d'autres Etats. Le problème de l'application se posait de façon particulièrement aiguë lorsque la taxe représentait une partie importante du prix de détail, car on avait alors tout intérêt à en éviter le paiement. Si l'accise était imposée au niveau du détail, les autorités chargées de l'application des lois auraient à vérifier les comptes, non plus d'un nombre relativement faible de grossistes, mais de milliers de maisons de détail, ce qui représentait une tâche impossible; ou encore, la solution consistant à percevoir le droit d'accise auprès des producteurs des autres Etats poserait de graves problèmes de juridiction et augmenterait de façon spectaculaire les coûts du recouvrement et de l'application. De même, l'obligation de déposer une caution assortie d'une autorisation d'examen des dossiers ne conviendrait pas parce que les autorités locales compétentes devraient se rendre partout dans le monde pour vérifier les dossiers en question et n'auraient quand même pas accès à toutes les pièces supplémentaires nécessaires pour effectuer une vérification comptable efficace, par exemple les dossiers bancaires.

[S]i les prescriptions concernant les transporteurs publics avaient été imposées, c'était pour que les expéditions d'alcools provenant de l'extérieur puissent être comptabilisées à part. Les transporteurs publics étaient tenus d'établir des dossiers sur les expéditions en question. L'administration fiscale de l'Etat pouvait utiliser ces dossiers pour vérifier les informations fournies par les grossistes locaux et aider à contribuer à empêcher la fraude fiscale. (...) [Les États] estimaient qu'il était nécessaire d'avoir accès à des dossiers établis par une source indépendante car leurs autorités ne pouvaient pas consulter ceux des producteurs extérieurs. » (*Ibidem*, paras. 3.66 et 95)

⁸⁷⁴ *Ibid.*, paras. 5.41-42.

760. En l'occurrence, le Groupe spécial a considéré que les États-Unis n'avaient pas démontré que l'obligation discriminatoire de passer par des grossistes et de transporter les produits importés par le biais de transporteurs publics était nécessaire aux termes de l'article XX d) pour assurer l'application des lois en question. Le Groupe spécial a donc conclu que, pour ces deux mesures, « les États-Unis n'avaient pas démontré, comme ils le devaient, que l'obligation discriminatoire imposée par les divers États... était la seule mesure raisonnable disponible pour assurer l'application des lois des États relatives au droit d'accise »⁸⁷⁵. Il a ainsi finalement noté que :

« [L]e fait que les 50 États n'avaient pas tous des systèmes de distribution discriminatoires indiquait qu'il existait bien d'autres mesures pour appliquer les législations. ... Il lui paraissait donc que certains avaient trouvé d'autres moyens d'appliquer leur législation fiscale, qui, peut-être, avaient des effets moins restrictifs sur les échanges et étaient compatibles avec l'Accord général »⁸⁷⁶.

Paragraphe 3 : L'application de l'Article XX aux différends ayant trait à l'environnement durant les dernières années du GATT de 1947 - la réalisation du cauchemar des environnementalistes ?

761. Comme nous l'avons noté, durant les premières quatre décennies d'application du GATT, il n'y eut qu'une seule instance dans le cadre de laquelle une partie contractante avait réussi à justifier une mesure fondée sur les exceptions de l'Article XX. L'examen détaillé de plusieurs affaires qui précède a en effet révélé que, dans la plupart des cas, l'objectif légitime visé par les mesures prises par les parties contractantes était « pollué » par des éléments protectionnistes ou, à tout le moins, que l'on pouvait légitimement arguer qu'une mesure non-discriminatoire pouvait réaliser les buts des politiques publiques de façon aussi voire plus efficace.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, paras. 5.43 et 52.

⁸⁷⁶ *Ibid.* Il y a lieu de relever que les États-Unis ont aussi eu recours aux exceptions des alinéas a) et b) de l'Article XX afin de justifier le traitement différencié accordé par plusieurs États américains aux bières par rapport à leur teneur en alcool. Le Groupe spécial n'a cependant pas examiné cette argumentation parce qu'il a considéré qu'en égard aux objectifs de protéger la santé des personnes et la moralité publique ainsi qu'à l'application non-discriminatoire de ces lois, « la bière à faible teneur en alcool et la bière à forte teneur en alcool ne devaient pas nécessairement être considérées comme des produits similaires aux termes de l'article III:4. » Ainsi, une violation de l'Article III:4 n'a pas été établie par le Groupe spécial. *Ibid.*, para. 5.75. Le rapport a été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

762. D'autre part, il est aussi vrai que la détermination des contours normatifs de l'Article XX par ces groupes spéciaux a considérablement restreint la flexibilité en principe offerte aux États par les exceptions générales pour prendre des mesures à des fins non commerciales⁸⁷⁷. Cela est dû, à tout le moins partiellement, au fait que les groupes spéciaux ont employé des critères juridiques assez stricts pour les prescriptions des alinéas de l'Article XX tandis que ceux appliqués à l'égard de son texte introductif ont été assez faibles. Or, c'est au regard des alinéas de l'Article XX que le groupe spécial sera saisi pour analyser les choix spécifiques de politique publique adoptés par les responsables politiques dans le cadre national en vue de réaliser les objectifs énumérés par la disposition. Si les critères juridiques imposés deviennent trop stricts, cet examen engendre un risque que le groupe spécial ne se substitue aux responsables politiques.

763. En réalité, c'est au regard du texte introductif de l'Article XX que le groupe spécial peut identifier d'éventuelles composantes discriminatoires dans la conception et l'application d'une mesure, qui pourraient ne pas être *justifiées* à la lumière des objectifs légitimes choisis par la partie contractante. En acceptant qu'une mesure qui a été « publiée » ne soit pas une

⁸⁷⁷ Il convient de noter que les groupes spéciaux saisis des trois autres affaires dans le cadre desquelles a été examinée l'application des exceptions de l'Article XX dans les années 1980 ne se sont pas prononcés sur des éléments et des contours normatifs de cette disposition pertinents pour notre thèse. Il s'agit des affaires *Japon – Produits agricoles I*, *CEE – Pièces détachées et composants* (XX d)) et *Japon – Boissons alcooliques I* (XX b)). Le Groupe spécial saisi de l'affaire *Japon – Produits agricoles I* avait considéré que ni les restrictions quantitatives appliquées par le Japon à douze catégories de produits agricoles aux fins de stabilisation des prix, ni celles imposées aux préparations contenant de la viande de bœuf afin de maintenir son monopole commercial d'Etat sur l'importation de viande de bœuf n'étaient justifiées au regard de l'Article XX d) du fait que les mesures que le Japon envisageait pour « assurer le respect » par la voie de ces restrictions n'étaient pas elles-mêmes compatibles avec le GATT. Bien que le GATT prévoyait la possibilité, pour les parties contractantes d'exercer des monopoles d'État, il établissait aussi plusieurs règles restrictives à ce sujet. De l'avis du Groupe spécial, l'article XX d) ne pouvait pas autoriser une partie contractante à opérer un monopole d'État dans le non-respect de ces règles. Le Groupe ne s'est prononcé sur aucun autre élément ou membre de phrase de la disposition. Rapport du Groupe spécial du GATT, *Japon – Produits agricoles I*, L/6253, 2 mars 1988. Le Groupe spécial saisi de l'affaire *CEE – Pièces détachées et composants* a noté que l'alinéa d) ne fait pas mention des *objectifs* des lois et règlements mais seulement des lois et règlements, ce qui donne à penser qu'il ne couvre que les mesures destinées à assurer l'application *des lois et règlements à proprement parler* et non la réalisation de leurs objectifs. De ce fait, étant donné que les droits anti-échappatoires (*anticonournement*) étaient contraires aux règles du GATT, la mesure ne pouvait être justifiée au regard de l'Article XX d). Rapport du Groupe spécial du GATT, *CEE – Pièces détachées et composants*, L/6657, 16 mai 1990. Enfin, le Groupe spécial saisi de l'affaire *Japon – Boissons alcooliques I* a simplement considéré que le système japonais de taxation des boissons alcooliques basé sur différentes catégories de teneur alcoolique et qualité ainsi que des catégorisations ayant trait aux méthodes de production « traditionnelles » ou celles « de type occidental » et visant à assurer « le principe que la taxe perçue devait correspondre à la capacité contributive » ne relevait pas « de l'une quelconque des exceptions prévues dans l'Accord général ». Rapport du Groupe spécial du GATT, *Japon – Boissons alcooliques I*, L/6253, 10 novembre 1987.

« restriction déguisée » au commerce international ou bien que le simple fait qu’une mesure soit appliquée horizontalement à toute partie contractante ne donne pas lieu à une « discrimination arbitraire ou injustifiée », les groupes spéciaux ont abandonné l’outil juridique le plus apte à identifier ces éléments discriminatoires. Leur approche ne nous semble ainsi guère suffisante pour éviter un abus de recours aux exceptions générales offertes par le système commercial multilatéral.

764. Il est par ailleurs intéressant de noter qu’à plusieurs reprises, des groupes spéciaux ou des parties aux différends se sont référés au texte introductif de l’Article XX pour défendre une interprétation restrictive des alinéas afin d’éviter tout abus dans leur application⁸⁷⁸. En revanche, c’est seulement à l’occasion des deux premières affaires parmi les dix que nous avons examinées qu’un examen du texte introductif de l’Article XX a été réalisé. Cependant, il nous semble que la majorité des affaires dont nous venons de discuter auraient pu légitimement être analysées au regard du texte introductif. Si cela avait été le cas, des critères moins contraignants pour déterminer les contours spécifiques des choix politiques adoptés par les parties contractantes auraient pu être utilisés s’agissant des paragraphes de la disposition.

765. En tout état de cause, ce panorama d’affaires révèle un large échec du recours à la disposition censée offrir les flexibilités nécessaires à l’adoption de mesures environnementales ayant des effets commerciaux nuisibles. Or, les débats sur la tension entre développement économique et protection environnementale ont pris peu à peu de l’ampleur. A la fin des années 1980 et au début des années 1990, la communauté internationale s’est rassemblée autour du concept de développement durable en appelant à considérer différentes dimensions de ses objectifs. Au même moment, les parties contractantes du GATT étaient en pleine négociation multilatérale visant à élargir substantiellement les dispositions régissant

⁸⁷⁸ Voir Rapport du Groupe spécial du GATT, *Japon – Produits agricoles I*, L/6253, 2 mars 1988, paras. 3.3.8 et 3.4.23 ; Rapport du Groupe spécial du GATT, *Canada – Harengs et saumons*, L/6268, 22 mars 1988, paras. 3.29 et 40 et 4.6 ; Rapport du Groupe spécial du GATT, *CEE – Pièces détachées et composants*, L/6657, 16 mai 1990, para. 5.17 ; Rapport du Groupe spécial du GATT, *Thaïlande – Cigarettes*, DS10/R, 7 novembre 1990, para. 22 ; Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Boissons à base de malt*, DS23/R, 19 juin 1992, paras. 3.67 et 126.

leurs relations commerciales ainsi qu'à renforcer la structure institutionnelle du système commercial multilatéral, y compris son dispositif de règlement de différends.

766. Or, c'est aussi à cette même époque que des affaires phares portant sur des mesures commerciales restrictives adoptées à des fins de protection environnementale seront tranchées par des groupes spéciaux du GATT. Le résultat de ces affaires, ainsi que les nouveaux contours normatifs établis par les panels du GATT à ces occasions, ont aggravé les craintes des environnementalistes tout en alimentant le débat sur la pertinence d'un système commercial multilatéral renforcé dont l'application tient compte de préoccupations environnementales.

A. L'affaire « taxes sur les automobiles »

767. Le 20 mai 1992, la CE a demandé aux États-Unis de tenir des consultations sur trois mesures affectant le commerce d'automobiles, à savoir : i) la taxe de luxe sur les automobiles prévue dans la loi de finances de 1990 appliquée aux automobiles dont le prix de vente dépassait 30 000 dollars (taxe de luxe) ; ii) la taxe sur les automobiles grosses consommatrices de carburant prévue par la loi de 1978 relative à la taxe sur l'énergie appliquée à la vente d'automobiles dont la consommation atteignait moins de 22,5 mpg (taxe de grosse consommation) ; iii) les dispositions visant la consommation moyenne de carburant de la flotte d'automobiles de chaque fabricant prévues dans la loi de 1975 sur la politique énergétique et les économies d'énergie (CAFE) exigeant que la consommation moyenne des automobiles particulières ne soit pas inférieure à 27,5 mpg⁸⁷⁹.

768. Dans la mesure où la taxe de luxe et celle de grosse consommation étaient appliquées de façon non-discriminatoire aux automobiles importées et nationales et se basaient sur des critères neutres et techniques, le Groupe spécial a considéré qu'elles étaient compatibles avec l'Article III:2 du GATT⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, DS31/R, 11 octobre 1994, paras.2.2-16.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, paras. 5.16 et 37. Il est intéressant de noter que lors de son examen, le Groupe spécial a retenu la même approche du concept de *similarité* que celle employée par le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt* (voir la note de bas de page 876 ci-dessus). En l'occurrence, il a considéré qu'étant donné que la législation fiscale américaine ne s'appliquait pas de façon à protéger la production nationale mais davantage à des fins légitimes de politique publique, les classements en voitures « de luxe » ou « de grosse

769. S'agissant de la CAFE, la CE s'était plainte qu'elle établissait deux méthodes de calcul différents de la consommation moyenne de carburant des voitures particulières selon qu'elles étaient importées ou fabriquées aux États-Unis. Pour les voitures fabriquées aux États-Unis, le calcul se faisait pour chaque année-modèle fabriquée par le même « fabricant » et la moyenne de la flotte devait être au-dessus du seuil de 27,5 mpg. La CAFE considérait que l'expression « automobiles fabriquées par un fabricant » recouvrait toutes les automobiles fabriquées par les personnes qui contrôlent ledit fabricant, sont sous son contrôle ou se trouvent sous le même contrôle que lui. Ainsi, si un groupe d'entreprises fabriquait différents modèles sous différentes marques ou, par exemple, si un constructeur américain concluait des arrangements avec un constructeur étranger pour que celui-ci fabrique un véhicule aux États-Unis, les automobiles étaient toutes considérées comme étant fabriquées par le même « fabricant »⁸⁸¹.

770. En revanche, pour les voitures importées, la CAFE considérait que le « fabricant » était l'importateur et le calcul était basé sur une moyenne pour la flotte importée, même si les automobiles provenaient en réalité de différents constructeurs étrangers non liés⁸⁸². D'après la CE, ce calcul était discriminatoire pour ses producteurs dans la mesure où les importateurs de voitures de constructeurs spécialisés, qui étaient généralement étrangers, ne pouvaient pas compenser les consommations de carburant des différentes voitures entre elles, comme le pouvaient les constructeurs américains.

771. Selon les États-Unis, cette différenciation dans les méthodes de calcul était justifiée au regard des dispositions de l'article XX g) relatives à la conservation des ressources

consommation » étaient valables et les automobiles ainsi classées n'étaient pas similaires. Par conséquent, les mesures ne violaient pas l'Article III:2 du GATT. *Ibid.*, paras 5.15-16, 26, 32 et 36-37. Il convient de noter que cette approche, connue comme « le critère du but et de l'effet », a ensuite été écartée par l'Organe d'appel lors d'une des premières affaires surgies dans le cadre de l'OMC, l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*. En effet, comme on le verra par la suite, ce genre de discussion portant sur l'objectif justifiable ou arbitraire d'un traitement différencié (ou discriminatoire) entre produits importés et nationaux sera fait plutôt au regard du texte introductif de l'Article XX du GATT. Voir : Rapport du Groupe spécial, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 juin 1996, paras. 6-15-19 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 25. Sur le critère du but et de l'effet, voir : HUDEC, Robert E., « GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test », *The International Lawyer*, Symposium on the First Three Years of the WTO Dispute Settlement System, vol. 32, n° 3, 1998, p. 619-649.

⁸⁸¹ *Ibid.*, paras. 2.16 et 5.39-40.

⁸⁸² *Ibid.*, paras. 2.17-18 et 5.41.

naturelles épuisables dans la mesure où l'objectif de ce dispositif était d'assurer l'application d'une politique sur le long terme en exigeant des fabricants américains qu'ils modifient leur production⁸⁸³. Mais, de l'avis de la CE, le calcul de la moyenne ne favorisait pas, voire, à certains égards, compromettait la réalisation de l'objectif de conservation du carburant parce qu'il permettait aux fabricants produisant une gamme complète d'automobiles de vendre un grand nombre de voitures consommant beaucoup de carburant pour autant que ces ventes soient contrebalancées par la production de voitures plus petites⁸⁸⁴.

772. Le Groupe spécial a, en l'espèce, déterminé que les méthodes de calcul différenciées pour les voitures de production nationale et celles importées plaçaient effectivement ces dernières dans une position concurrentielle moins favorable⁸⁸⁵. Puis, examinant le recours américain aux exceptions de l'Article XX g) du GATT, le Groupe spécial a tout d'abord vérifié si la *politique* mise en œuvre dans le cadre de la CAFE visait la conservation d'une

⁸⁸³ *Ibid.*, paras. 3.319-323. Les États-Unis ont aussi argué que les amendes prévues par la CAFE étaient nécessaires pour assurer l'application de la CAFE et, ainsi, justifiées au regard de l'Article XX d). *Ibid.*, para. 3.343.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, paras 3.316-3.318. Il est intéressant de noter que la Suède, en sa capacité de tierce partie dans l'affaire, a étayé son argumentation en se référant aux principes découlant de l'Action 21 et de la CCNUCC qui venaient d'être adoptées :

« La Suède a noté que dans le domaine de la protection de l'environnement, les gouvernements recouraient de plus en plus à des instruments économiques comme les redevances et les taxes pour atteindre des objectifs environnementaux. Les taxes visant à réduire la consommation de carburant appliquées par les Etats-Unis, telles que la taxe sur les automobiles grosses consommatrices de carburant et le régime CAFE, ne constituaient pas des exceptions. La Suède a reconnu que, conformément à Action 21 et à la Convention sur les changements climatiques, il fallait réduire les émissions de gaz à effet de serre, comme celles de CO₂ des voitures, et était favorable à l'adoption de mesures pour atteindre cet objectif. Elle était néanmoins opposée à ce qu'il soit recouru à des mesures faussant le commerce pour atteindre des objectifs environnementaux. La Suède estimait que l'application par les Etats-Unis de la taxe sur les automobiles grosses consommatrices de carburant et du régime CAFE visait clairement à réduire la compétitivité des voitures importées sur les marchés des Etats-Unis » (*Ibid.*, para. 4.5).

⁸⁸⁵ Selon le Groupe spécial :

« [L]a comptabilisation séparée des flottes étrangères empêchait les fabricants de grosses voitures d'origine nationale de satisfaire à la prescription CAFE pour leur flotte nationale du fait qu'il y était ajouté des petites voitures étrangères ou des petites voitures fabriquées avec des pièces étrangères. En pareil cas, la mesure CAFE plaçait les petites voitures étrangères et les pièces étrangères dans une position concurrentielle moins favorable par rapport aux petites voitures d'origine nationale et aux pièces d'origine nationale. Le Groupe spécial a également noté que la mesure CAFE empêchait les fabricants de grosses voitures étrangères, mais pas de grosses voitures d'origine nationale, de se conformer à la prescription pour leur flotte importée du fait qu'il y était ajouté des petites voitures d'origine nationale. En pareil cas, la mesure CAFE plaçait également les grosses voitures étrangères dans une position concurrentielle moins favorable par rapport aux grosses voitures d'origine nationale » (*Ibid.*, para. 5.47).

« ressource naturelle épuisable ». Ainsi, notant que *l'essence* était dérivée du *pétrole*, ressource naturelle épuisable, le Groupe spécial a statué qu'une politique visant la conservation de l'essence entrerait dans la catégorie des politiques envisagées à l'article XX g)⁸⁸⁶.

773. Puis, le Groupe spécial a traité la question de savoir si la *mesure* pour laquelle l'exception était invoquée (la mesure CAFE) *se rapportait* bien à la politique de conservation de l'essence et si elle était appliquée *conjointement* à des restrictions à la production ou à la consommation nationales d'essence. En reprenant les critères juridiques élaborés par le Groupe spécial saisi de l'affaire *Canada – Harengs et saumons*, le Groupe spécial a également considéré qu'une mesure fondée sur l'Article XX g) devait viser « principalement à la conservation du carburant et à donner effet aux restrictions à la production nationale ». Selon le Groupe spécial, la mesure qui devait être justifiée au titre de l'Article XX g) n'était pas la loi sur l'information et la réduction du coût des véhicules automobiles en général, ni la norme CAFE proprement dite de consommation de carburant, mais plutôt la discrimination *elle-même* établie par la réglementation CAFE⁸⁸⁷.

774. De ce fait, le Groupe spécial a conclu que les aspects discriminatoires découlant de la différence de méthodes de calcul pour les voitures importées et pour celles produites aux États-Unis « ne favorisai[en]t pas la réalisation des objectifs de conservation d'une ressource épuisable » et ne sauraient donc être « considérée[s] comme visant principalement à la conservation de cette ressource »⁸⁸⁸. En conséquence, la mesure américaine a été considérée comme étant incompatible avec les dispositions du GATT⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, para. 5.57.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, para. 5.59.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, paras. 5.60-61. D'après le Groupe spécial :

« En fait, les éléments de preuve communiqués au Groupe spécial lui donnaient à penser que la comptabilisation séparée des flottes étrangères servait principalement à empêcher les importations de petites voitures, ce qui ne contribuait pas directement à la conservation du carburant aux États-Unis. En fait, il en résultait probablement qu'il était plus coûteux, et par conséquent plus difficile, pour les fabricants nationaux de respecter la norme CAFE et l'objectif général de la conservation du carburant » (*Ibid.*)

⁸⁸⁹ Le Groupe spécial a aussi décidé que le recours des États-Unis à l'exception de l'Article XX d) pour justifier le paiement d'amendes en vertu de la réglementation CAFE n'était pas valable. Selon le Groupe, « [l]a question fondamentale dont il était saisi (...) était (...) la compatibilité avec l'Accord général de la prescription CAFE de base, et non du paiement d'amendes en tant que tel. » De ce fait, même si le Groupe spécial « examinait la

B. Les « affaires du thon »

775. Pour des raisons qui ne sont pas encore tout à fait connues, dans certaines régions océaniques du monde, on trouve des bancs de thon à nageoires jaunes nageant sous des bancs de dauphins. Ce phénomène se produit en particulier dans la zone tropicale orientale de l'Océan Pacifique Est (« ETP » d'après son acronyme en anglais) qui s'étend approximativement de San Diego aux États-Unis à l'ouest d'Hawaï et au sud jusqu'au Pérou. Au fil des années, les pêcheries commerciales du thon à nageoires jaunes dans l'ETP ont développé une technique de pêche au moyen de sennes coulissantes⁸⁹⁰ qui tire profit de cette association particulière. La technique dit de « l'encerclement des dauphins » consiste à repérer les bancs de thons submergés grâce aux dauphins qui évoluent en surface, à les chasser avec des vedettes rapides qui les poursuivent longuement jusqu'à ce qu'ils s'arrêtent et à les encercler délibérément au moyen de filets afin de pêcher les thons qui nagent en-dessous⁸⁹¹.

776. Plusieurs études réalisées pour surveiller le nombre de prises directes et indirectes ont démontré que poissons et dauphins sont présents ensembles dans un certain nombre de régions du monde. Des dauphins peuvent donc être pris accidentellement pendant les opérations de pêche ailleurs que dans l'ETP et/ou par des pêcheries qui n'utilisent pas la technique de l'encerclement des dauphins⁸⁹². En tout état de cause, en raison de l'encerclement des dauphins, pratique répandue parmi les thoniers de plusieurs pays y

question de la compatibilité du paiement d'amendes en tant que tel, ce paiement ne pourrait pas être justifié au titre de l'article XX d), étant donné que, contrairement à ce que prescrivait cette disposition, la mesure de base (la prescription CAFE) était elle-même incompatible avec l'Accord général ». *Ibid.*, para. 5.67. Le rapport n'a pas été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

⁸⁹⁰ Le Groupe spécial a ainsi décrit la technique de pêche au thon à la senne coulissante :

« [A]près avoir repéré un banc de poissons, il met à l'eau un canot automobile qui retient une extrémité de la senne. Il fait ensuite le tour du banc, dévide le filet et encercle les poissons, après quoi il récupère l'extrémité retenue par le canot. Il referme ensuite la base du filet en serrant le câble qui s'y trouve au moyen d'un treuil, puis tire les câbles situés à la partie supérieure, emprisonnant ainsi tout ce qui est à l'intérieur. » (Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Thon (Mexique)*, DS21/R, 3 septembre 1991, para. 2.1)

⁸⁹¹ *Ibidem*, paras. 2.2. Beaucoup plus de détails sur les conséquences nuisibles découlant de la pêche au thon par la technique de l'encerclement des dauphins ainsi que par la voie d'autres techniques de pêche ont été apportés lors d'un différend sur le même sujet dans le cadre de l'OMC. Nous allons examiner cette affaire en détail dans la section 3:3 ci-dessous. Nous avons tout de même déjà introduit certaines informations ici afin d'en présenter le contexte.

⁸⁹² *Ibid.*, paras. 2.2.

compris les États-Unis, on a dénombré qu'entre 1959 et 1976 au moins 5 millions de dauphins avaient été tués dans les eaux de l'ETP.

777. En partie en réaction aux taux élevés de prises accessoires et de mortalité des dauphins, les États-Unis ont adopté, en 1972, la loi sur la protection des mammifères marins (MMPA d'après son acronyme en anglais). En ce qui concerne la pêche au thon, la MMPA, telle qu'elle a été révisée, établissait une interdiction générale de la « prise » (harcèlement, chasse, capture, abattage ou tentative d'abattage) et de l'importation aux États-Unis de mammifères marins, sauf autorisation expresse. Son objectif déclaré était de réduire à des niveaux insignifiants, proches de zéro, le nombre de mammifères marins tués ou gravement blessés au cours d'opérations de pêche commerciale⁸⁹³.

778. La loi contenait aussi des prescriptions spécifiques encadrant la prise accidentelle de mammifères marins lors de la pêche de thons à nageoires jaunes dans l'ETP. Elle établissait en effet une *limite de mortalité* ou de *blessure grave* accidentelle des mammifères marins au-dessus de laquelle l'importation du produit de la pêche commerciale était interdite. En particulier, la MMPA introduisait un « *embargo national* » (ou « *embargo de la nation première* ») sur l'importation de thons à nageoires jaunes pêchés avec une senne coulissante dans l'ETP, à moins que les autorités américaines compétentes ne constatent que : i) le gouvernement du pays d'origine du bateau de pêche avait un *programme de réglementation de la prise de mammifères marins* qui était *comparable* à celui des États-Unis et ii) que le *taux moyen des prises accidentelles de mammifères* par des navires de ce pays était *comparable* au taux moyen enregistré pour les navires des États-Unis⁸⁹⁴. De plus, les importations de thons provenant de pays qui s'étaient procuré du thon de pays faisant l'objet d'un embargo national étaient aussi interdites (« *embargo de la nation intermédiaire* »)⁸⁹⁵.

779. En 1990, les États-Unis ont adopté la loi sur l'information du consommateur pour la protection des dauphins (DPCIA d'après son acronyme en anglais) qui énonçait une norme

⁸⁹³ *Ibid.*, para. 2.3.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, para. 2.5. En l'occurrence, la limite de la mortalité et de blessure graves était, au maximum, 25 % supérieure que la mortalité moyenne par opération de sennage fixée pour les thoniers des États-Unis pendant la même période et la mortalité de deux stocks d'animaux particulièrement vulnérables ne pouvait pas excéder des pourcentages déterminés de la mortalité globale.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, para. 2.10.

en matière d'étiquetage de tout produit à base de thon exporté des États-Unis ou mis à la vente sur leur territoire selon laquelle il était interdit d'inscrire sur l'étiquette la mention « *Dolphin Safe* » (pêche sans risque pour les dauphins) ou toute autre expression donnant à entendre fallacieusement que le thon contenu dans l'emballage avait été pêché d'une manière qui ne nuit pas aux dauphins, lorsqu'il s'agissait de thon : 1) pêché dans l'ETP par un navire utilisant des sennes coulissantes qui ne répondent pas à certaines spécifications pour pouvoir être considérées comme étant sans risque pour les dauphins ; ou 2) pêché en haute mer par un navire opérant au chalut⁸⁹⁶. Les produits contenant du thon provenant de la pêche réalisée par la voie de la technique de l'encerclement des dauphins n'étaient pas éligibles à une inscription de la mention *Dolphin Safe*. L'étiquette n'était toutefois pas obligatoire pour vendre des produits de thon aux États-Unis.

780. Le 28 août 1990, et encore le 3 avril 1991, le gouvernement des États-Unis a décidé d'interdire les importations de thons à nageoires jaunes (et les produits dérivés) pêchés au moyen de sennes coulissantes dans l'ETP par des navires du Mexique, du Venezuela et de Vanuatu. A la suite de ces décisions, en 1991, le Costa Rica, la France, l'Italie, le Japon et le Panama ont été affectés par l'embargo pesant sur la nation intermédiaire⁸⁹⁷.

781. Le Mexique a alors déposé une plainte contre les trois composantes de la mesure américaine : i) l'embargo de la nation première ; ii) l'embargo de la nation intermédiaire ; iii) les réglementations en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*. Selon le Mexique, les embargos étaient contraires, en particulier, à l'Article XI du GATT, tandis que les réglementations en matière d'étiquetage portaient atteinte à l'Article IX (sur les marques d'origine) et l'Article I (nation la plus favorisée) dans la mesure où elles établissaient des conditions spécifiques discriminatoires pour une zone géographique déterminée⁸⁹⁸. Or, selon les États-Unis, l'embargo de la nation première était, au minimum, justifiée au regard des paragraphes b) et g)⁸⁹⁹ de l'Article XX ; l'embargo de la nation intermédiaire l'était au regard des paragraphes

⁸⁹⁶ *Ibid.*, para. 2.12 et 5.6.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, paras. 2.7-8 et 11.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, paras. 3.1-3.5.

⁸⁹⁹ Sur ce point, le Mexique a fait valoir que, d'après les travaux de rédaction de la disposition, l'Article XX g) n'incluait « aucun être vivant ». En effet, selon le Mexique, « [p]ar définition, il s'agissait de ressources qui, une fois exploitées ou utilisées, ne pouvaient pas se renouveler, c'est-à-dire de produits dont les caractéristiques physiques ou chimiques entraînaient la destruction ou la transformation définitive lorsqu'ils étaient utilisés,

b), d) et g) ; et les prescriptions en matière d'étiquetage étaient couvertes par l'Article premier et l'Article III et n'étaient pas contraires à ceux-ci dans la mesure où la discrimination établie par la loi en question était fonction des eaux dans lesquelles le thon était pêché et non de l'origine du thon⁹⁰⁰.

782. Le Groupe spécial a tout d'abord décidé que les embargos établis par la mesure américaine étaient incompatibles avec l'Article XI du GATT⁹⁰¹. D'autre part, il a entamé un examen de l'historique de la négociation de l'Article XX b) afin de déterminer si les exceptions générales pouvaient s'appliquer aux mesures prise aux fins de protection de la vie humaine, animale et des plantes *hors de la sphère de compétence* du pays qui les adopte. Notant qu'originellement l'Article XX b) était « centré » sur le « recours aux mesures sanitaires ... dans la sphère de compétence du pays importateur » et faisant aussi référence aux termes employés dans le texte introductif de l'Article XX, le Groupe spécial a décidé que l'Article XX b) ne couvrait pas les mesures prises pour la protection de la vie et de la santé hors de la sphère de compétence du pays⁹⁰².

783. De plus, le Groupe spécial a considéré qu'au regard de l'exception de l'Article XX g), un pays ne pouvait « réguler effectivement la production ou la consommation d'une ressource naturelle épuisable que si la production ou la consommation relève de sa juridiction ». Par conséquent, l'Article XX g) ne pouvait permettre l'application extraterritoriale de mesures de conservation de ressources naturelles épuisables par une partie contractante⁹⁰³.

comme le pétrole, l'uranium ou tout autre combustible. Cette définition du mot "épuisable" ne s'appliquait pas aux êtres vivants, qui pouvaient se reproduire ». *Ibid.*, para 3.43. Ce sujet n'a pas été traité par le Groupe spécial dans le cadre de la présente affaire. Or, il sera l'une des questions centrales posées lors de l'affaire *États-Unis – Crevettes* dans le cadre de l'OMC quelques années plus tard. Voir notre analyse de cette affaire dans la section 3:2 ci-dessous. De surcroît, il est intéressant de noter que le Mexique a fait mention aux travaux de rédaction de la Charte de La Havane et a noté, ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus, que l'incorporation dans le GATT d'une exception spécifique relative à la conservation « des ressources des pêcheries » avait été proposée mais que les PARTIES CONTRACTANTES en avaient décidé autrement. De ce fait, selon le Mexique, l'Article XX ne pouvait être interprété comme couvrant ce genre de mesures. *Ibid.*, para. 3.30

⁹⁰⁰ *Ibid.*, paras. 3.6-9.

⁹⁰¹ *Ibid.*, para. 5.18.

⁹⁰² *Ibid.*, paras. 5-25-27. Il est intéressant de noter qu'à l'instar des groupes spéciaux précédents, le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Thon (Mexique)* a fait référence expresse aux termes du texte introductif de l'Article XX pour étayer son interprétation restrictive de l'alinéa b).

⁹⁰³ *Ibid.*, para. 5.32. Comme pour l'interprétation de la portée de l'Article XX b), le Groupe spécial a fait

784. Selon le Groupe spécial, si l'« interprétation large » des deux alinéas proposée par les États-Unis était acceptée, chaque partie contractante pourrait déterminer *unilatéralement* les politiques de protection de la vie et de la santé que les autres parties contractantes seraient obligées de mener sous peine de perdre les avantages commerciaux du GATT. Précisément, d'après le Groupe spécial :

« Celui-ci ne constituerait plus un cadre multilatéral régissant le commerce entre toutes les parties contractantes, et la sécurité juridique qu'il apportait ne jouerait plus que pour les échanges entre un nombre limité de parties contractantes ayant des réglementations intérieures identiques »⁹⁰⁴.

785. De surcroît, le Groupe spécial a fait valoir que, même si les paragraphes b) et g) permettaient l'application extra-juridictionnelle de mesures internes, les embargos américains ici envisagés ne respecteraient pas les conditions posées aux alinéas de l'Article XX dans la mesure où ils : i) n'étaient pas *nécessaires* dès lors que les États-Unis n'avaient pas « épuisé tous les moyens qu'ils pouvaient raisonnablement utiliser pour réaliser leurs objectifs de protection des dauphins en prenant des mesures compatibles avec » le GATT, en particulier par la voie de négociation d'arrangements de coopération internationale - une option souhaitable selon le Groupe spécial dans la mesure où les dauphins « vivaient dans les eaux de nombreux États et en haute mer »⁹⁰⁵ - ; ii) ne *se rapportaient* pas à la protection des dauphins, car les États-Unis avaient utilisé comme limite de mortalité ou de blessures graves accidentelles celle des thoniers américains - un critère trop *imprévisible* pour être considéré comme « visant principalement à » la protection des dauphins⁹⁰⁶.

référence expresse aux termes du texte introductif de l'Article XX pour étayer son argumentation.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, paras. 5.27 et 32.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, para. 5.28.

⁹⁰⁶ Selon le Groupe spécial :

« [L]es États-Unis établissaient un lien entre le nombre maximal de dauphins que le Mexique pouvait prendre accidentellement pendant une période déterminée pour pouvoir exporter du thon à destination des États-Unis, et celui des prises effectives des pêcheurs des États-Unis pendant la même période. Les autorités mexicaines ne pouvaient donc pas savoir si, à un moment donné, leurs politiques en matière de conservation étaient conformes aux normes de conservation des États-Unis. Le Groupe spécial a estimé qu'une limitation des échanges fondés sur des conditions aussi imprévisibles ne pouvait pas être considérée comme visant principalement à la conservation des dauphins » (*Ibid.*, para. 5.33).

786. Finalement, en ce qui concerne l'Article XX d) et l'embargo de la nation intermédiaire, dans la mesure où les États-Unis arguaient qu'il était nécessaire pour assurer le respect de l'embargo de la nation première mais que ce dernier avait été considéré par le Groupe spécial comme étant contraire aux dispositions du GATT, la condition de l'alinéa d) selon laquelle la mesure originale ne devait pas être contraire au GATT n'avait pas été respectée⁹⁰⁷. De ce fait, le Groupe spécial a constaté que les embargos imposés par la mesure américaine étaient incompatibles avec les dispositions du GATT.

787. S'agissant des mesures réglementaires en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*, le Groupe spécial a constaté que la DPCIA n'établissait pas un traitement contraire à la clause de la nation la plus favorisée (Article I du GATT), car elle s'appliquait à tous les pays dont les navires opéraient dans l'ETP et ne faisait donc pas de distinction entre produits originaires du Mexique et produits originaires d'autres pays. Le Groupe spécial a noté que, « [d]'après les renseignements qui lui avaient été communiqués, cette technique de pêche au thon n'était employée que dans l'ETP en raison du caractère unique de l'association dauphins/thons observée dans cette région ». Ainsi, le fait que les produits de thons capturés par encerclement de dauphins n'étaient pas autorisés à avoir accès à l'étiquette ne constituait pas une « discrimination à l'égard des pays opérant dans cette zone »⁹⁰⁸. En conséquence, le Groupe spécial a constaté que les dispositions de la DPCIA concernant l'étiquetage *Dolphin Safe* n'étaient pas incompatibles avec les dispositions du GATT.

788. Ce Groupe spécial a ainsi introduit certains critères juridiques quant à l'application des exceptions de l'Article XX dont la portée pour les mesures commerciales adoptées aux fins de protection environnementale est large et très importante. En effet, d'après son interprétation, les exceptions de l'Article XX b) et g), outre le respect des critères juridiques assez stricts auparavant développés par d'autres groupes spéciaux, exigeaient aussi que les mesures prises pour la protection des objectifs légitimes listés ne soient pas appliquées *hors de la sphère de compétence* de la partie contractante qui les adopte sous peine d'imposer *unilatéralement* une politique publique particulière aux autres parties contractantes.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, para. 5.40.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, paras. 5.42-43.

Autrement dit, cette approche adoptée par le Groupe spécial interdit l'adoption de mesures commerciales restrictives qui imposent des effets et conditions *extraterritoriales*.

789. Cette décision a eu des répercussions majeures parmi la communauté académique et les experts en politiques commerciales et environnementales. Le rapport du Groupe spécial du GATT ne sera finalement pas adopté par les PARTIES CONTRACTANTES, mais les embargos décidés dans le cadre de la MMPA feront à nouveau l'objet d'un examen par un Groupe spécial trois ans plus tard, à l'occasion de l'affaire *États-Unis – Thon (CEE)*.

790. S'agissant des faits de l'espèce, après des modifications apportées à la définition des « nations intermédiaires », la France, les Antilles néerlandaises et le Royaume Uni ont été retirés de la liste, tandis que le Costa Rica, l'Italie, le Japon et l'Espagne y sont restés⁹⁰⁹. Les CE et les Pays-Bas (au nom des Antilles néerlandaises) ont alors avancé que l'embargo de la nation intermédiaire, mais aussi celui de la nation primaire, étaient contraires aux dispositions du GATT. Les États-Unis ont néanmoins réaffirmé leur argumentation selon laquelle l'embargo de la nation intermédiaire était justifié au regard des alinéas b), d) et g) de l'Article XX. Concernant l'embargo de la nation première, les États-Unis ont argué qu'il n'annulait ni ne compromettait les avantages résultant du GATT pour les CE et les Pays-Bas.

791. A l'instar du Groupe spécial qui avait traité la question quelques années plus tôt, le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Thon (CEE)* a considéré que les embargos étaient incompatibles avec l'Article XI du GATT⁹¹⁰. En revanche, en ce qui concerne l'interprétation des exceptions de l'Article XX et la question de l'application extraterritoriale des mesures environnementales, le Groupe spécial a adopté une approche assez différente de celle de son prédécesseur. Tout d'abord, il a convenu avec les États-Unis, contrairement aux CE, que les dauphins étaient des « ressources naturelles épuisables »⁹¹¹. Par ailleurs, le Groupe spécial a fait valoir qu'il n'existait aucune base textuelle permettant de conclure que l'Article XX s'appliquait seulement aux mesures ayant trait à la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux, des végétaux ou à la conservation des ressources naturelles

⁹⁰⁹ Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Thon (CEE)*, DS29/R, 16 juin 1994, paras. 2.12-15 et 5.5.

⁹¹⁰ *Ibidem*, para. 5.10.

⁹¹¹ *Ibid.*, para. 5.13.

situés sur le territoire relevant de la compétence de la partie contractante. Selon le Groupe spécial, ce qui était pertinent était de déterminer si la mesure s'appliquait dans la sphère de compétence de la partie contractante qui l'appliquait, y compris la juridiction sur ses nationaux et navires⁹¹². En l'occurrence, le Groupe spécial a considéré que la *politique* de protection environnementale mise en œuvre par le biais de la MMPA rentrait effectivement dans la sphère de compétence des États-Unis et, par conséquent, relevait de l'Article XX b) et g)⁹¹³.

792. En revanche, d'après le Groupe spécial, des mesures adoptées en vue de *contraindre* d'autres pays à modifier leurs politiques publiques à l'égard de personnes et de choses *relevant de leur propre compétence* et qui *n'avaient d'effet que si ces modifications étaient effectuées* ne pouvaient être considérées comme *nécessaires*, ni *visant principalement* les objectifs identifiés ou bien à donner effet aux restrictions nationales de consommation et production⁹¹⁴. D'après un examen du texte de l'Article XX « à la lumière de l'objet et de la finalité de l'Accord général », le Groupe spécial a ainsi statué :

« Si l'article XX était interprété comme autorisant les parties contractantes à se soustraire aux obligations découlant de l'Accord général en prenant des mesures commerciales pour mettre en œuvre des politiques, y compris des politiques de conservation, dans leur propre sphère de compétence, les objectifs fondamentaux de l'Accord général seraient préservés. Si, par contre, l'article XX était interprété comme autorisant les parties contractantes à prendre des mesures commerciales de manière à contraindre d'autres parties contractantes à modifier leurs politiques dans leur sphère de compétence, y compris leurs politiques de conservation, l'équilibre des droits et obligations entre les parties contractantes, en particulier le droit d'accès aux marchés, serait gravement compromis. Avec une telle interprétation, l'Accord général

⁹¹² *Ibid.*, paras. 5.14-20 et 32. Selon le Groupe spécial :

« [En droit international général, il n'était pas en principe interdit aux États de réglementer la conduite de leurs ressortissants à l'égard de personnes, animaux, végétaux et ressources naturelles hors de leur territoire. Il ne leur était pas davantage interdit en principe de réglementer la conduite des navires battant leur pavillon ou de toute personne présente sur ces navires, à l'égard de personnes, animaux, végétaux et ressources naturelles hors de leur territoire. Un Etat pouvait en particulier réglementer la conduite de ses pêcheurs ou des navires battant son pavillon ou de tout pêcheur présent à bord de ces navires, à l'égard des poissons situés en haute mer » (*Ibid.*, para. 5.17).

⁹¹³ *Ibid.*, paras. 5.20 et 33.

⁹¹⁴ *Ibid.*, paras. 5.23-27 et 34-39.

ne pourrait plus servir de cadre multilatéral pour le commerce entre les parties contractantes »⁹¹⁵.

793. S'agissant de l'Article XX d), le Groupe spécial a réaffirmé la décision de son prédécesseur selon laquelle l'embargo de la nation intermédiaire ne pouvait être justifié en tant que nécessaire pour assurer le respect de l'embargo de la nation primaire du fait que celui-ci était lui-même contraire à l'Article XI du GATT et injustifié au regard de l'Article XX⁹¹⁶.

794. Finalement, le Groupe spécial, peut être soucieux des réactions que pouvait soulever son rapport et conscient des développements en matière de protection environnementale à l'époque du différend (en 1994), a introduit quelques « observations finales » intéressantes, en particulier :

« Le Groupe spécial a noté que l'objectif du développement durable, qui prévoyait la protection et la préservation de l'environnement, avait été largement approuvé par les parties contractantes à l'Accord général. Il a relevé que l'objet du différend à l'étude n'était pas la validité des objectifs écologiques poursuivis par les États-Unis en matière de protection et de conservation des dauphins. *C'était la question de savoir si, pour atteindre ces objectifs, les États-Unis pouvaient imposer des embargos commerciaux en vue d'obtenir des modifications des politiques que les autres parties contractantes appliquaient dans leur propre sphère de compétence.* Le Groupe spécial avait examiné cette question à la lumière des méthodes d'interprétation reconnues et avait constaté qu'aucune d'elles ne permettait de penser qu'un tel arrangement ressortait de l'article XX.

⁹¹⁵ *Ibid.*, para. 5.26. Au même sens, au cadre de son examen de l'alinéa b) de l'Article XX, le Groupe spécial a dit ce qui suit :

« [L]a prohibition à l'importation de thon imposée par les États-Unis dans le cadre de l'embargo de la nation première ne pouvait absolument pas, en soi, favoriser l'objectif des États-Unis en matière de protection de la vie et de la santé des dauphins. L'embargo de la nation première ne pouvait avoir l'effet voulu que s'il était suivi de modifications des politiques et des méthodes dans les pays exportateurs. (...) Si l'article XX b) était interprété comme autorisant les parties contractantes à se soustraire aux obligations fondamentales découlant de l'Accord général en prenant des mesures commerciales pour mettre en œuvre des politiques dans leur propre sphère de compétence, y compris des politiques destinées à protéger les organismes vivants, les objectifs de l'Accord général seraient préservés. Si par contre, l'article XX b) était interprété comme autorisant les parties contractantes à imposer des embargos commerciaux visant à contraindre d'autres pays à modifier leurs politiques dans leur sphère de compétence, y compris les politiques destinées à protéger les organismes vivants, et n'ayant de l'effet que si de telles modifications étaient effectuées, les objectifs de l'Accord général seraient gravement compromis » (*Ibid.*, paras. 5.37-38)

⁹¹⁶ *Ibid.*, para. 5.41.

Le Groupe spécial a en outre relevé que les procédures de règlement des différends ne pouvaient pas élargir ou réduire les droits que les parties contractantes tenaient de l'Accord général. Il a noté *qu'il existait dans le cadre de l'Accord général d'autres procédures permettant de relever une partie contractante de ses obligations*. Le Groupe spécial a noté que la relation entre les mesures de protection de l'environnement et les mesures commerciales serait examinée dans le cadre des travaux préparatoires de l'Organisation mondiale du commerce »⁹¹⁷ (italiques ajoutés).

795. Même si le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Thon (CEE)* semble avoir essayé d'éviter une polémique sur l'application extraterritoriale de mesures environnementales en recadrant le débat autour des exigences textuelles des alinéas de l'Article XX, il nous semble qu'en réaffirmant que des mesures prises de manière à « contraindre » d'autres parties contractantes à changer leurs propres politiques publiques de protection de l'environnement et de conservation s'appliquant à l'égard de personnes et de choses *relevant de leur propre compétence* ne respecteraient pas les conditions de ces dispositions, le Groupe spécial a, en termes pratiques, maintenu le cœur du problème normatif.

796. Il a par ailleurs introduit une condition additionnelle assez déroutante concernant les mesures justifiées au regard des alinéas b) et g) de l'Article XX. En mettant l'accent sur le fait que les mesures américaines contestées ne remplissaient pas la condition d'être *nécessaires* ou de *se rapporter* à la réalisation des objectifs choisis parce qu'elles n'avaient *d'effets que si les modifications [de comportement] étaient effectives*, le Groupe spécial semblait exiger que les effets souhaités d'une politique commerciale soient en mesure de se produire *directement* à travers l'application de la mesure et non en raison de *la modification* d'une politique d'un autre pays.

797. Face à une telle approche interprétative, on ne peut que se poser la question de la compatibilité des obligations commerciales multilatérales avec celles conclues dans le cadre d'arrangements internationaux et régionaux de protection environnementale exigeant l'adoption de contremesures commerciales en cas de violation des obligations par les autres parties ou prescrivant des restrictions au commerce à l'égard de pays non-parties (comme,

⁹¹⁷ *Ibid.*, para. 5.42-43.

par exemple, les accords de conservation des ressources halieutiques imposant ou interdisant des techniques de pêche particulières). De plus, la possibilité pour les parties contractantes d'adopter des réglementations internes imposant des prescriptions ayant trait aux procédures et processus de production serait considérablement réduite. Suivant une telle interprétation, un pays pourrait-il imposer des interdictions à l'égard de l'importation de produits carnés, par exemple, en se basant sur la façon dont les animaux sont abattus au nom de la garantie d'un traitement humain minimum ? Et qu'en serait-il s'il s'agissait d'interdictions fondées sur des considérations à teneur religieuse tels les critères *halal* ?

798. Enfin, une telle approche a aussi soulevé des questions intéressantes en termes de cohérence interne du système commercial multilatéral dans la mesure où certaines dispositions semblaient expressément permettre l'adoption de mesures commerciales restrictives en se fondant sur le comportement des pays exportateurs à l'égard des personnes et choses relevant de leur propre compétence comme, par exemple, l'exception de l'Article XX e) relative aux articles fabriqués dans les prisons. Face à ces questions, le message du Groupe spécial exprimé dans le cadre de ses observations finales semble indiquer qu'il devenait nécessaire de prévoir des exemptions expresses dans le cadre du GATT (par exemple, par la voie de l'adoption d'une décision collective des PARTIES CONTRACTANTES).

799. Cependant, à l'instar du rapport précédemment analysé mais aussi de celui relatif à l'affaire *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, ce rapport n'a pas été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES.

Tableau 25 – Sommaire des affaires dans le cadre desquelles il a été recouru à l'Article XX (en rouge, aucun examen juridique de l'alinéa n'a été réalisé / en vert, affaire ayant trait à la protection de l'environnement)

Affaire	Publication du rapport	a)	b)	d)	g)	h)	Rapport adopté ?	Recours à l'Article XX réussi ?
Allemagne – Restrictions aux importations	10.04.1959		X				*918	Non
Italie – Restrictions aux importations	09.05.1961						Oui	Non
Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (I)	15.11.1962		X				Oui	Aucune violation du GATT identifiée

⁹¹⁸ Aucune information sur l'adoption n'a été trouvée.

Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (II)	30.10.1963		X				Oui	Aucune violation du GATT identifiée
États-Unis – Thon canadien	22.12.1981				X		Oui	Non
États-Unis – Assemblages de ressorts	11.06.1982			X			Oui	Oui
Canada – LEIE	25.07.1983			X			Oui	Non
Japon – Produits agricoles I	18.11.1987			X			Oui	Non
Japon – Boissons alcooliques I	13.10.1987		X				Oui	Non
Canada – Harengs et saumons	20.11.1987				X		Oui	Non
États-Unis – Article 337 de la loi douanière	16.01.1989			X			Oui	Non
CEE – Pièces détachées et composants	22.03.1990			X			Oui	Non
Thaïlande – Cigarettes	07.11.1990		X				Oui	Non
États-Unis – Thon (Mexique)	03.09.1991		X	X	X		Non	Non
États-Unis – Boissons à base de malt	16.03.1992	X	X	X			Oui	Non
États-Unis – Thon (CEE)	16.06.1994		X	X	X		Non	Non
États-Unis – Taxes sur les automobiles	11.10.1994			X	X		Non	Non
CEE – Bananes II	11.02.1994					X	Non	Non

Paragraphe 4 : Répercussions négatives et appel au « verdissement » du GATT

« Defending policies under Article XX under these conditions was essentially a sucker's game. »

HOWSE, Robert, « The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary », *European Journal of International Economic Law*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 48.

800. Au regard de l'évolution des contours normatifs des exceptions générales de l'Article XX que nous venons d'examiner, certains éléments juridiques controversés de la relation entre les dispositions multilatérales du commerce et les mesures environnementales peuvent être soulevés (voir le tableau 26 sommaire de l'évolution des contours normatifs établis par les groupes spéciaux du GATT).

801. En premier lieu, seuls les deux premiers groupes spéciaux du GATT qui se sont penchés sur l'examen des critères juridiques d'application de l'Article XX ont entamé un examen analytique des conditions posées par le texte introductif. Plusieurs autres groupes spéciaux se sont basés sur le texte introductif pour étayer leur interprétation restrictive des conditions mentionnées aux alinéas de l'Article. Or, ces deux premiers groupes spéciaux ont établi un test juridique faible selon lequel une mesure est considérée comme n'établissant aucune *discrimination arbitraire ou injustifiable* si elle s'applique *a priori* et *prima facie* à

plusieurs parties contractantes. En outre, suivant leur interprétation, une mesure ne sera pas considérée comme une *restriction déguisée* au commerce international si elle est publiée dans un journal officiel ou encore publiquement énoncée⁹¹⁹.

802. S'agissant des paragraphes de l'article XX, les critères juridiques conditionnant un recours réussi aux exceptions des alinéas b), d) et g) sont devenus progressivement plus stricts. Concernant les alinéas b) et d), le terme *nécessaire* a été interprété comme exigeant l'absence de *toute autre mesure* moins incompatible avec le GATT que la partie contractante pouvait *raisonnablement employer* afin d'atteindre les objectifs de sa politique. De surcroît, chaque élément restrictif de la mesure doit, *en soi*, être considéré comme nécessaire à la réalisation de ces objectifs. À plusieurs reprises, il a ainsi suffi à un Groupe spécial d'identifier une alternative théorique moins restrictive au commerce ou même des politiques internes divergentes employées aux mêmes fins par la partie contractante défenderesse pour établir que la mesure n'était pas *nécessaire*.

803. Par ailleurs, l'expression *se rapportant à* a été interprétée comme exigeant qu'une mesure *visé principalement* la conservation de la ressource naturelle épuisable et que tous les aspects discriminatoires de la mesure contribuent à cet objectif. Un critère *imprévisible* ou *variable* comme, par exemple, le taux de prise accidentelle de mammifères par une pêcherie en particulier, ne satisferait donc pas le critère enjoignant de viser principalement la conservation de la ressource naturelle. De plus, les termes *conjointement avec* ont été interprétés comme exigeant que la mesure commerciale s'applique *aux mêmes produits visés*

⁹¹⁹ S. Charnovitz argumente, de manière pertinente à notre avis, que ces faibles critères juridiques employés à l'égard du texte introductif ont contribué à ce que les groupes spéciaux ultérieurement saisis de l'application de l'Article XX adoptent une approche interprétative restrictive des paragraphes :

« By leaning so heavily on one connotation of "disguised", these GATT decisions suggest that the transparency of a trade measure can be an exonerating factor. In other words, a blatantly protectionist measure might pass the "disguised restriction" test precisely because of such blatancy. (...) A more strictly interpreted "disguised restriction" condition would be an important bulwark against abuse of Article XX. Determining when an environmental measure is really a protectionist measure is not an easy task. (Perhaps that is why the panels avoided it.) But having a multilateral organization make such judgments was certainly an expectation of the authors of the GATT » (CHARNOVITZ, Steve, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *Journal of World Trade*, vol. 25, n° 5, 1991, p. 48)

Dans le même sens, voir SCHOENBAUM, Thomas J., « International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation », *The American Journal of International Law*, vol. 91, n° 2, 1997, p. 274.

par la mesure de conservation affectant la production ou consommation interne et *visé aussi principalement à donner effet* à ces restrictions nationales, établissant ainsi une relation étroite entre la mesure commerciale restrictive et celles adoptées dans le cadre national.

804. Enfin, les dernières affaires environnementales traitées dans le cadre du GATT ont introduit une considération très pertinente quant aux efforts multilatéraux de protection environnementale qui se renforçaient alors progressivement, notamment depuis la Conférence de Rio en 1992. D'après les interprétations de l'Article XX réalisées par différents groupes spéciaux, une mesure commerciale prise aux fins de protection environnementale prévoyant des effets *extraterritoriaux* ne serait que très difficilement justifiée au regard des règles commerciales multilatérales.

805. De ce fait, il n'est guère surprenant qu'un débat approfondi se soit instauré dans la doctrine universitaire, mais aussi entre les décideurs politiques, en matière commerciale et de protection de l'environnement⁹²⁰. D'une part, certains considéraient que la prise de mesures commerciales pour atteindre des objectifs de protection environnementale n'était pas un choix pertinent de politique publique⁹²¹. Ils faisaient alors valoir que le système commercial multilatéral devait éviter l'adoption de telles mesures sous peine d'enclencher une *course vers le bas* de la réglementation environnementale et sociale à des fins de concurrence internationale. Comme l'a ainsi noté le Secrétariat du GATT dans sa contribution envoyée aux participants de la Conférence de Rio en 1992 :

« Lorsqu'un problème écologique est lié à la production ou à la consommation dans un autre pays, les règles du GATT sont plus contraignantes, car elles interdisent de subordonner l'accès aux marchés à la modification des politiques ou des pratiques internes du pays exportateur. La raison d'être de cette interdiction est que, sans cela, les restrictions à l'importation se multiplieraient, car les pays (surtout ceux qui représentent de grands marchés) essaieraient

⁹²⁰ D. Esty et A. Cosbey et Runnalls résument bien les débats et les enjeux du sujet à l'époque. Voir : ESTY, Daniel C., *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Washington, Institute for International Economics, 1994, xvi, 319 p. ; COSBEY, Aaron et RUNNALLS, David, *Trade and Sustainable Development: A Survey of the Issues and a New Research Agenda*, IISD, 1992, 131 p.

⁹²¹ Des exemples et argumentations des partisans de cette vision ont été bien présentés par : BHAGWATI, Jagdish, « Trade and Environment : The False Conflict? » in ZAELKE Durwood, ORBUCH, Paul et HOUSMAN, Rob (eds.), *Trade and the Environment: Law, Economics, and Policy*, Center for international environmental law, Island Press, Washington, 1993, p. 159-190 ; BANQUE MONDIALE, *Rapport sur le développement dans le monde 1992. Le développement et l'environnement*, rapport 10517, 1992, 310 p.

d'imposer à d'autres leur propre politique environnementale, économique et sociale, ou en profiteraient pour réduire la concurrence exercée par les importations. ... Si on laissait les pays libres de recourir unilatéralement à des politiques commerciales pour compenser les effets de normes écologiques différentes sur la compétitivité, ou de tenter de contraindre d'autres pays à adopter les pratiques et politiques qu'eux-mêmes préconisent au niveau national, le système commercial s'engagerait sur une pente très dangereuse »⁹²².

806. D'autre part, certains défendaient une flexibilité plus importante au regard de l'adoption de mesures commerciales aux fins de protection environnementale, considérant que la situation normative résultant de presque quarante années d'interprétation juridique par les groupes spéciaux n'était guère satisfaisante⁹²³.

807. L'argument principal de cette position, dans ses lignes générales, était que la relation juridique entre les dispositions du système commercial multilatéral et celles découlant des AEM ne pouvait toujours dépendre de l'adoption, par les PARTIES CONTRACTANTES, d'exemptions spécifiques pour chaque situation environnementale particulière⁹²⁴. De plus,

⁹²² GATT, *Le Commerce international 1990-91. Commerce et Environnement*, Rapport annuel du GATT de 1992, GATT/1529, communiqué de presse et avant tirage du rapport, 3 février 1992, p. 7.

⁹²³ Voir, entre autres : SNAPE III, William J. et LEFKOVITZ, Naomi B., « Searching for GATT's Environmental Miranda: Are "Process Standards" Getting "Due Process"? », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, n° 3, Symposium, 1994, p. 777-815 ; CHEYNE, Ilona, « Environmental Unilateralism and the WTO/GATT System », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, n° 3, 1995, p. 433-465 ; ERNST-ULRICH, Petersmann, « International Trade Law and International Environmental Law », *Journal of World Trade Law*, vol. 27, n° 1, 1993, p. 43-81 ; JACKSON, John, « World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict? », in ZAELEKE Durwood, ORBUCH, Paul et HOUSMAN, Rob (eds.), *Trade and the Environment: Law, Economics, and Policy*, Center for international environmental law, Island Press, Washington, 1993, p. 219-236 ; CHARNOVITZ, Steve, « Free Trade, Fair Trade, Green Trade : Defogging the Debate », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, n° 3, Symposium, Article 2, 1994, p. 459-525 ; FERRANTE, Akuson Raina, « The Dolphin Tuna Controversy and Environmental Issues : Will the World Trade Organization's Arbitration Court and the International Court of Justice's Chamber for Environmental Matters Assist the United States and the World in Furthering Environmental Goals », *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 5, 1996, p. 279-314 ; SCHOENBAUM, Thomas J., « International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation », *The American Journal of International Law*, vol. 91, n° 2, 1997, p. 268-313.

⁹²⁴ Comme nous l'avons noté, celle-ci semblait être la position adoptée par le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Thon (CEE)*. Dans le même sens, le Secrétariat du GATT affirma, en 1992, ce qui suit :

« [L]e fait que les règles du GATT empêchent un pays d'utiliser unilatéralement des mesures commerciales pour imposer des modifications de la politique environnementale d'autres nations ne veut pas dire que les gouvernements n'ont aucun moyen d'agir. Ils peuvent toujours négocier une solution multilatérale ou, à défaut, demander une dérogation à l'Accord général. Ces options offrent la possibilité de résoudre les problèmes et les conflits touchant à l'environnement, tout en évitant dans la pratique les excès qui découleraient de l'unilatéralisme. En d'autres termes, les règles du GATT n'empêcheraient jamais l'adoption de politiques environnementales bénéficiant d'un large soutien dans la communauté internationale, parce que, dans la plupart des cas, le soutien des deux

certaines considéraient le recours à des mesures commerciales « unilatérales » comme un outil indispensable pour la protection des biens communs et des biens publics⁹²⁵.

808. D. Esty a bien résumé la position des commentateurs critiquant les dispositions du GATT telles qu'interprétées par les groupes spéciaux. Il releva, en particulier, que les règles de fond du régime commercial multilatéral devraient « être mises à jour » afin de permettre aux parties contractantes d'agir contre les normes environnementales médiocres d'un autre pays et leurs conséquences néfastes en termes de pollution ou de dégradation des ressources communes, mais aussi pour garantir la compatibilité avec les dispositions commerciales des restrictions aux échanges imposées par des AEM tels les contrôles commerciaux des CFC prescrits par le Protocole de Montréal ou des produits des espèces menacées d'extinction par la CITES⁹²⁶. Comme l'a effectivement par ailleurs noté S. Charnotvitz :

« Another key question being raised ... is whether a trade measure can be used to protect foreign life or health. After noting the ambiguity in the GATT, most commentators have leaned toward the view that Article XX is limited to domestic life or health. But it is hard to reconcile a reading of domestic-only with the long history of environmental laws and treaties concerned with seals, match workers, fisheries, etc.-in other countries as well as in the international "commons"... »⁹²⁷ (notes de bas de page omises).

tiers des parties contractantes - soit actuellement 70 pays sur 103 - suffit pour modifier les règles ou accorder une dérogation » (GATT, *Le Commerce international 1990-91. Commerce et Environnement*, Rapport annuel du GATT de 1992, GATT/1529, communiqué de presse et avant tirage du rapport, 3 février 1992, p. 7).

⁹²⁵ D'après C. Arden-Clarke :

« Trade measures designed in accordance with the Polluter Pays Principle offer an important adjunct and in some cases the only feasible option for internalizing costs. ... interim trade policies or instruments to internalize environmental costs externalized at an earlier or later stage of a traded product's "life cycle" could prove most appropriate. In others, trade measures will have to be permanently in place to regulate trade in, for example, materials or products which are environmentally hazardous. International environmental institutions, with greater powers than at present, and with clear mandates to set environmental priorities, will be necessary to coordinate and implement such work » (ARDEN-CLARKE, Charles, « South-North Terms of Trade: Environmental Protection and Sustainable Development », *World Wide Fund for Nature Discussion Paper*, WWF, Gland, 1992, p. 7).

⁹²⁶ ESTY, Daniel C., *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Institute for International Economics, Washington, 1994, p. 53.

⁹²⁷ CHARNOVITZ, Steve, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *Journal of World Trade*, vol. 25, n° 5, 1991, p. 52. L'auteur notait de surcroît que « the foreign/domestic distinction is being rendered obsolete by the increasing number of trans-border and global environmental problems. As it becomes more apparent that mankind shares one biosphere, the line between paternalism and domestic interests continues

809. Ces critiques ont conduit à de multiples propositions de réforme du GATT de la part de la doctrine. Par exemple, selon T. Schoenbaum, les groupes spéciaux auraient « profondément mal interprété » les contours normatifs des exceptions de l’Article XX et l’alinéa b) devrait être amendé pour devenir une exception environnementale⁹²⁸. L’auteur suggéra aussi la création d’un nouveau paragraphe k) à l’Article XX visant les mesures imposées par des AEM⁹²⁹. D’autre part, D. Esty appela à l’élaboration d’un test de « légitimité environnementale » afin d’évaluer la justesse d’une restriction commerciale adoptée aux fins de protection environnementale. Précisément, d’après l’auteur :

« An environmental “legitimacy” test should be employed to assess the underlying environmental injury or interest of the jurisdiction whose standards or regulations are in question and whose use of trade measures in support of its environmental policy has been challenged. Finally, an “unjustified disruption to trade” inquiry should be used to judge whether the trade restriction or sanction employed was clearly disproportionate to the environmental harm at issue and whether equally effective alternative policies were reasonably available. This new set of rules could replace the existing GATT Article XX analysis and should be employed to review any case where an environmental policy is challenged as a trade restriction »⁹³⁰.

810. En outre, certains experts ont proposé des réformes non seulement de l’Article XX mais également d’autres dispositions commerciales multilatérales, y compris, notamment, de celles régissant les subventions. Ces propositions visaient à assurer, dans le même temps, que les dispositions commerciales multilatérales considèrent des réglementations environnementales faibles ou de gestion non durable des ressources naturelles comme des subventions « préjudiciables », et des mesures adoptées pour promouvoir la durabilité des activités économiques comme « permmissibles »⁹³¹.

to fade away. One consequence has been a more frequent recourse to intrusive trade legislation ».

⁹²⁸ L’auteur suggérerait la rédaction suivante : « (b) reasonably necessary to protect the natural environment and human health ». SCHOENBAUM, Thomas J., « International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation », *The American Journal of International Law*, vol. 91, n° 2, 1997, p. 277-278.

⁹²⁹ Ibid., para. 284.

⁹³⁰ ESTY, Daniel C., *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Institute for International Economics, Washington, 1994, p. 115.

⁹³¹ COSBEY, Aaron et RUNNALLS, David, *Trade and Sustainable Development: A Survey of the Issues and a New Research Agenda*, IISD, 1992, p. 56. Ernst-Ulrich semble aller dans le même sens, à tout le moins pour assurer la bonne application du principe du pollueur payeur. Voir ERNST-ULRICH, Petersmann,

811. Par exemple, S. Shrybman proposa une nouvelle exception aux dispositions du GATT afin de permettre toute action de soutien à la protection environnementale. Selon l'auteur, une telle exception serait nécessaire dans la mesure où une atteinte aux obligations sur les subventions du GATT ne pourrait être justifiée au regard des exceptions de l'Article XX parce que celles-ci avaient été négociées en visant des mesures commerciales restrictives spécifiques telles que des mesures sanitaires ou de restriction à l'importation et à l'exportation⁹³². Aucune prérogative générale de protection environnementale ne pouvait changer ce fait⁹³³.

812. Enfin, au regard des potentiels différends normatifs entre les mesures unilatérales ou multilatérales de protection de l'environnement et les dispositions du système commercial multilatéral, Jackson appela, en 1992, à une réforme substantielle des règles de fond du GATT, en particulier de celles relatives aux subventions. L'auteur, qui était déjà à l'époque reconnu comme l'un des commentateurs les plus respectés en matière de droit international du GATT et loin d'être considéré comme un « environnementaliste », suggéra ce qui suit :

« 1) The subsidies area will need substantial study and some kind of rule alteration to accommodate the respective interest;

2) Some type of more permanent exception will be needed either as an amendment or waiver embellishment of the Article XX exceptions of the GATT system,

3) ... Even if near term provision is made for policy advocacy inputs from environmental policy experts, as time goes on and experience is obtained, there will need to be further adjustments in that procedure, possibly with some added limitations on the scope of review of international panels over domestic national environmental provisions; and

« International Trade Law and International Environmental Law », *Journal of World Trade Law*, vol. 27, n° 1, 1993, p. 72.

⁹³² SHRYBMAN, Steven, *International Trade and the Environment: An Environmental Assessment of the Present GATT Negotiations*, Canadian Environmental Law Association, (revised) 1990, p. 15

⁹³³ Selon l'auteur :

« [I]t would be extremely difficult to argue that GATT rules should be read as being subject to some overriding, and unarticulated concern for the environment ... Environmental protection was simply not a public issue in 1947, when Article XX(b) was drafted, and no effort has been made since then to amend the Agreement to reflect contemporary priorities. It is simply not plausible to suggest that environmental protection be left to a forty-year-old GATT provision that was never intended, or used, for that purpose » (*Ibidem*, p. 15-16).

4) In particular, there needs to be some clarification about the rules and exceptions to accommodate national government unilateral imposition of environmentally justified rules that require or provide incentive for a higher standard of environmental protection than that for which the international community is able to develop a consensus.

It would be tragic if increased antagonism between the two policy groups occurred in such a way that the essential policy goals of both groups would be damaged unnecessarily. Hopefully, with some of the clarifications of the policies outlined in this paper, combined with some of the institutional measures suggested, such antagonism can be largely avoided, or creatively channeled to promote a constructive accommodation of the discordant policy objectives »⁹³⁴.

813. Il nous semble donc indéniable que les critiques portant sur la situation normative entre les dispositions commerciales multilatérales et les mesures prises aux fins de protection environnementale résultant de l'interprétation et de l'application des dispositions du GATT étaient répandues immédiatement avant l'entrée en vigueur de l'OMC. Elles n'étaient pas uniquement circonscrites aux commentateurs qui portaient habituellement un regard négatif sur le système commercial multilatéral⁹³⁵.

814. Avec l'entrée en vigueur de l'OMC en 1995, de nouvelles dispositions imposeront davantage de prescriptions aux politiques commerciales des Membres de la nouvelle organisation. De plus, un système de règlement des différends renforcé visera à éviter que l'adoption des rapports des groupes spéciaux soit trop conditionnée aux aléas politiques et aux rapports de force, une évolution qui devrait aussi renforcer la force contraignante des dispositions commerciales multilatérales. C'est dans ce nouveau cadre juridique que les

⁹³⁴ JACKSON, John, « World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict? », *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, n° 4, 1992, p. 1258-1259. Jackson inclut dans son article une annexe avec des propositions spécifiques de réforme textuelle du GATT. Il propose aussi une section dédiée aux réformes nécessaires des disciplines régissant les subventions. *Ibidem*, p. 1269-1276 et 1245-1248 respectivement.

⁹³⁵ S. Charnovitz adopte une position critique similaire vis-à-vis des dispositions multilatérales mais considère plutôt que l'interprétation correcte des règles existantes pourrait fournir la marge de manœuvre nécessaire afin d'adopter des mesures commerciales aux fins de protection environnementale. Voir CHARNOVITZ, Steve, « Free Trade, Fair Trade, Green Trade: Defogging the Debate », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, n° 3, Symposium, Article 2, 1994, p. 459-525. Pour une vision opposée selon laquelle les dispositions du GATT étaient correctement employées et qu'il était nécessaire de renforcer l'aspect multilatéral et constitutionnel du droit international de l'environnement, voir ERNST-ULRICH, Petersmann, « International Trade Law and International Environmental Law », *Journal of World Trade Law*, vol. 27, n° 1, 1993, p. 43-81.

premières affaires environnementales seront soumises à l'examen des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC.

815. Enfin, avant d'examiner l'interprétation des dispositions commerciales multilatérales réalisée par l'Organe d'appel après la création de l'OMC, il convient de noter que tous les rapports du GATT que nous venons d'analyser ont, en théorie, une portée pertinente pour l'application des dispositions de l'OMC. En effet, comme l'a précisé l'Organe d'appel dès 1996 :

« Les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'"acquis" du GATT. Ils sont souvent examinés par les groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend »⁹³⁶.

816. Même si les rapports des trois dernières affaires ayant trait à des mesures adoptées aux fins de protection environnementale que nous venons d'examiner n'ont pas été adoptés par les PARTIES CONTRACTANTES⁹³⁷, l'Organe d'appel a considéré que le « raisonnement présenté dans un rapport de Groupe spécial non adopté » pouvait « inspirer utilement » le règlement d'un différend *en relation* avec l'affaire sur laquelle porte ce rapport non adopté.

817. Nonobstant, l'approche interprétative de l'Organe d'appel sera en réalité profondément différente, voir opposée, à celle effectuée par les groupes spéciaux du GATT.

Tableau 26 – Sommaire de l'évolution des contours normatifs établis par les groupes spéciaux du GATT

États-Unis – Assemblages de ressorts	Canada – LEIE / États-Unis – Article 337 de la Loi douanière / États- Unis – Boissons à base de malt	Canada – LEIE / États- Unis – Article 337 de la Loi douanière / Thaïlande – Cigarettes	États-Unis – Thon (Mexique)	États-Unis – Thon (CEE)

⁹³⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, p. 17.

⁹³⁷ Les trois rapports font partie des seuls quatre rapports non-adoptés sur les 18 affaires dans le cadre desquelles il a été recouru à l'Article XX. Cela montre une absence de consensus sur les questions tranchées par les rapports ainsi que leur sensibilité.

XXb) et XX d)	Nécessaire ?	Interdiction nécessaire parce que la mesure alternative présentée n'offrait pas le même niveau de protection	Chaque élément de la mesure contraire au GATT doit être nécessaire pour assurer l'application de la loi. La partie défenderesse doit démontrer la nécessité	Une mesure ne sera nécessaire que s'il n'y a aucune autre mesure moins incompatible avec le GATT dont on pourrait raisonnablement attendre qu'elle soit employée pour atteindre les objectifs poursuivis	L'Article XX b) ne couvre pas les mesures prise aux fins de protection de la vie humaine, des animaux ou des plantes hors de la sphère de compétence du pays qui les adoptent. Il faut épuiser tous les moyens compatibles avec le GATT qui pourraient raisonnablement être utilisés pour réaliser l'objectif	Mesures adoptées en vue de contraindre d'autres pays à modifier leurs politiques publiques à l'égard de personnes et de choses relevant de leur propre compétence et qui n'avaient d'effet que si les modifications sont effectives ne peuvent pas être considérées comme nécessaires à la protection de la vie des dauphins
		États-Unis – Thon canadien	Canada – Harengs et saumons	États-Unis – Taxes sur les automobiles	États-Unis – Thon (Mexique)	États-Unis – Thon (CEE)
XX(g)	Se rapportant ?	-	Mesure qui doit viser principalement à atteindre l'objectif poursuivi	Aspects discriminatoires de la mesure doivent contribuer à la conservation de l'essence	Un critère imprévisible ou variable ne peut pas être considéré comme visant principalement la protection des dauphins	Mesures adoptées en vue de contraindre d'autres pays à modifier leurs politiques publiques à l'égard de personnes et de choses relevant de leur propre compétence et qui n'ont d'effet que si les modifications sont effectives ne peuvent pas être considérées comme visant principalement à la conservation des ressources naturelles
	Ressources naturelles épuisables ?	Oui - deux parties d'accord sur le thon	Oui - deux parties d'accord sur le saumon et le hareng	L'essence, qui est dérivée du pétrole, est une ressource naturelle épuisable	Dauphins considérés implicitement comme des ressources naturelles épuisables	Dauphins considérés comme des ressources naturelles épuisables
	Appliquée conjointement avec restrictions nationales	Les restrictions internes doivent s'appliquer aux mêmes espèces de thon visées et pour la même période que l'interdiction d'importation	Mesure qui doit viser principalement à donner effet aux restrictions nationales (l'interdiction d'exportation ne se rapportait pas suffisamment aux limitations d'exploitation)	-	L'Article XX g) ne couvre pas les mesures prise aux fins de conservation des ressources naturelles épuisables hors de la sphère de compétence du pays qui les adoptent	Mesures adoptées en vue de contraindre d'autres pays à modifier leurs politiques publiques à l'égard de personnes et de choses relevant de leur propre compétence et qui n'ont d'effet que si les modifications sont effectives ne peuvent pas être considérées comme visant principalement à donner effet aux restrictions nationales
		États-Unis – Thon canadien et États-Unis – Assemblages de ressorts				
Chapeau	Discrimination arbitraire ou injustifiable ?	Non - l'interdiction s'appliquait aussi à d'autres pays				
	Restriction déguisée ?	Non - l'interdiction avait été publiée				

Section 3 : La portée de l'objectif de développement durable et l'approche interprétative de l'Organe d'appel de l'OMC - une approche accommodante vis à vis des impératifs de développement durable

818. Si durant la période du GATT (1947-1994), seules cinq affaires ont vu une partie contractante recourir à l'Article XX du GATT pour justifier une mesure environnementale⁹³⁸,

⁹³⁸ Il convient de noter que d'autres affaires examinées dans le cadre du système de règlement des différends du GATT ont traité de mesures environnementales, même si indirectement ou partiellement. On pourrait mentionner, par exemple, l'affaire *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement* (« Superfund ») de 1987. Cependant, étant donné que ces affaires n'ont pas conduit à l'examen de l'application des dispositions régissant les subventions à des mesures de soutien à des fins environnementales, ni celles offrant des flexibilités pour l'intégration de préoccupations environnementales, nous ne les avons pas analysées dans le cadre de notre thèse.

les trois premières années d'existence de l'OMC ont été caractérisées par deux affaires phares pour la redéfinition des contours normatifs des règles multilatérales régissant les mesures commerciales adoptées aux fins de protection environnementale. En 2019, l'application des dispositions du système commercial multilatéral à des politiques environnementales avait été examinée dans le cadre d'au moins 13 affaires, accompagnées de 31 rapports des groupes spéciaux et de l'Organe appel. Cet acquis juridique inclut notamment des affaires récentes ayant trait à des mesures de soutien à la production d'énergies renouvelables prises dans le cadre de politiques publiques visant à réduire les émissions de GES.

819. C'est à l'occasion des premières affaires phares, complétées par quelques autres dans les années 2000, que l'Organe d'appel a adopté une nouvelle approche interprétative qui a conduit à un changement des contours normatifs établis à l'époque du GATT en intégrant des considérations ayant trait aux impératifs de développement durable, en s'appuyant notamment sur l'introduction de cet objectif parmi les objectifs centraux de l'OMC. Plus précisément, l'Organe d'appel a entrepris une « interprétation évolutive »⁹³⁹ des dispositions de l'OMC de façon à les lire à la lumière des efforts multilatéraux croissants réalisés en matière de protection environnementale (examinés ci-dessus).

820. Nous allons analyser les éléments les plus importants de ces affaires phares en nous concentrant sur l'étude de cette approche interprétative retenue par l'Organe d'appel ainsi que sur ses conséquences sur les contours normatifs des dispositions de l'OMC. Nous examinerons ensuite plus en détail l'approche retenue par l'Organe d'appel au moment d'interpréter les dispositions régissant les subventions dans le cadre de récents différends portant sur des mesures de soutien aux énergies renouvelables. Ce faisant, nous tenterons de déterminer si l'approche interprétative développée durant les premières années d'opération de l'OMC, fortement influencée par les objectifs de développement durable, a aussi eu un effet sur l'application des dispositions régissant les subventions précédemment étudiées.

821. Avant cet examen, il convient de rappeler certaines questions juridiques clés restées ouvertes avant la création de l'OMC concernant la relation entre les mesures commerciales

⁹³⁹ Il convient de noter que certains commentateurs ne sont pas d'accord avec la qualification de l'approche employée par l'Organe d'appel de véritable « interprétation » évolutive. Voir nos réflexions sur le sujet ci-après.

adoptées aux fins de protection de l'environnement et les dispositions du système commercial multilatéral.

i) Quelle est la portée « environnementale » des exceptions des paragraphes b) et g) de l'Article XX ?

Même si des groupes spéciaux les avaient jusqu'à présent appliquées au regard de mesures visant la préservation de certaines espèces et ressources naturelles, les parties contractantes avaient à certaines occasions émis des opinions divergentes sur la portée « environnementale » de ces exceptions. Eu égard à l'historique des négociations portant sur ces disciplines, l'alinéa b) déterminerait plutôt une exception visant les *mesures sanitaires*. Ainsi, devrait-il de ce fait ne pas être interprété de façon extensive pour y inclure des mesures de protection de l'environnement « général » ? Par ailleurs, l'alinéa g) est-il restreint à la conservation des ressources naturelles ayant une valeur économique et commerciale (comme les ressources halieutiques, par exemple) ou encore seulement aux ressources proprement « épuisables » en excluant ainsi celles qui ne sont pas exploitées systématiquement ? Si c'était le cas, quels types de mesures de soutien pourraient-elles être justifiées au regard de ces alinéas, surtout l'alinéa g) ? Seulement celles visant à promouvoir la conservation des ressources naturelles à valeur économique ?

ii) Les mesures « unilatérales » sont-elles contraires, par principe, aux dispositions du système commercial multilatéral ?

Comme nous l'avons noté, certains groupes spéciaux⁹⁴⁰, ainsi que des parties aux différends⁹⁴¹, semblent avoir mis l'accent sur le danger « systémique » de l'autorisation de mesures de protection environnementale prises *unilatéralement*, c'est-à-dire en dehors d'un cadre multilatéral de coopération. Bien que ce raisonnement ne se soit pas exprimé juridiquement d'une manière très précise, on pourrait se poser la question de savoir si une mesure prise dans le cadre d'un AEM (par exemple, une subvention octroyée aux pêcheurs pour qu'ils emploient des équipements plus précis ou moins dangereux pour l'écosystème marin) serait-elle plus facilement justifiée au regard de l'Article XX du GATT ? Suivant quelle logique juridique ?

⁹⁴⁰ Par exemple, le Groupe spécial saisi de l'affaire *États-Unis – Thon (Mexique)* avait noté que l'embargo américain n'était pas *nécessaire* au titre de l'Article XX b) du fait que les États-Unis n'avaient pas épuisé tous les moyens qu'il pouvaient raisonnablement utiliser pour réaliser leurs objectifs de protection des dauphins en prenant des mesures compatibles avec le GATT, « en particulier par la négociation d'arrangements de coopération internationale, qui paraissait souhaitable puisque les dauphins vivaient dans les eaux de nombreux États et en haute mer ». Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Thon (Mexique)*, DS21/R, 3 septembre 1991, para. 53.

⁹⁴¹ Voir, par exemple, l'argumentation des parties et tierces parties dans l'affaire *États-Unis – Thon (CEE)*. Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Thon (CEE)*, DS29/R, 16 juin 1994. Voir aussi, l'argumentation des États-Unis dans le cadre des affaires *États-Unis – Thon canadien* et *États-Unis – Taxes sur les automobiles* selon laquelle leurs mesures étaient fondées sur des efforts internationaux de protection environnementale. Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Thon canadien*, L/5198, 22 février 1982, para. 4.5 et Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, DS31/R, 11 octobre 1994, para. 3.323.

iii) Une mesure adoptée en vue de la protection de ressortissants, de l'environnement ou de la conservation des ressources naturelles épuisables d'un autre pays (c'est-à-dire, hors de la « sphère de compétence » du pays qui l'adopte et ayant des effets extraterritoriaux) peut-elle être justifiée au regard de l'Article XX du GATT ?

Liée à cette question, une autre interrogation se pose : des mesures environnementales ne pourraient-elles pas réglementer les processus de production en dehors du pays qui les adopte ? En ce qui concerne les subventions, un pays pourrait-il, par exemple, justifier la vente de biens environnementaux à des prix de rabais en faveur d'un pays en développement afin de contribuer à la protection de leur environnement local ? Le résultat serait-il différent s'il s'agissait de panneaux solaires visant à réduire l'empreinte carbone dans la mesure où le climat peut être considéré comme un bien public que le pays qui subventionne ces exportations aurait « intérêt à protéger » ?

822. Ces questions ont été traitées, à différents degrés, par l'Organe d'appel dans le cadre des affaires qui lui ont été soumises et que nous allons à présent examiner. Ces interrogations étaient d'autant plus pertinentes que le cycle de négociation d'Uruguay, malgré l'inclusion de nombreuses nouvelles dispositions, n'avait guère modifié les dispositions fondamentales du GATT. Des précisions étaient donc nécessaires. En ce qui concerne les subventions, elles sont encore plus pertinentes dans la mesure où, à partir de la création de l'OMC en 1995, les mesures de soutien ont été encadrées non seulement par les dispositions du GATT mais aussi par une série d'autres accords multilatéraux. La réponse à ces questions pourrait ainsi révéler une potentielle incohérence entre les diverses dispositions du système commercial multilatéral.

Paragraphe 1 : L'affaire États-Unis – Essence - l'assouplissement des critères du paragraphe g) de l'Article XX du GATT

823. Les dernières années du GATT ont été caractérisées par une série d'affaires environnementales traitées dans le cadre de son système de règlement des différends ainsi que par l'apogée de tensions juridiques entre les dispositions commerciales et les mesures prises aux fins de protection environnementale. Or, ces problématiques seront rapidement de nouveau soumises à examen dans le système de règlement des différends de l'OMC. En effet, le tout premier rapport publié dans ce cadre portait sur une mesure commerciale prise aux fins de protection environnementale.

824. L'affaire *États-Unis – Essence* est le tout premier différend sur lequel l'Organe d'appel ait eu l'occasion de se prononcer. Bien qu'il ne se soit alors pas appuyé expressément sur le concept de développement durable introduit parmi les objectifs cadres de l'OMC pour étayer son approche interprétative des dispositions commerciales multilatérales, il a engagé une modification profonde des contours normatifs des exceptions générales ainsi que de la relation entre celles-ci et les obligations de fond du GATT. Cette démarche nous indique qu'il était bien conscient des enjeux et du débat qui s'était alors instauré entre les systèmes multilatéraux commercial et de protection de l'environnement.

825. De fait, l'Organe d'appel indiqua expressément à la fin de son raisonnement qu'il avait ces éléments en tête durant son examen du différend, en notant que, même si les dispositions de l'Article XX étaient restées inchangées après le cycle de négociations d'Uruguay, le préambule de l'Accord sur l'OMC et la Décision sur le commerce et l'environnement avaient « spécifiquement reconnu qu'il importe de coordonner les politiques relatives au commerce et à l'environnement »⁹⁴².

826. L'affaire *États-Unis – Essence* portait sur les plaintes déposées par le Venezuela et le Brésil contre les prescriptions imposées à l'importation d'essence aux États-Unis. En exécution d'une modification, en 1990, de la loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique de 1963, l'Agence pour la protection de l'environnement des États-Unis (EPA, d'après son acronyme en anglais) promulgua une réglementation sur l'essence concernant sa composition et ses effets polluants. D'après cette réglementation, à partir du 1^{er} janvier 1995, dans certaines régions américaines où la pollution atmosphérique était la plus élevée, la vente était autorisée uniquement pour une essence présentant un certain degré de propreté (« essence nouvelle formule »). Dans le reste du pays, l'essence ne pouvait être plus polluante que celle qui avait été vendue pendant l'année de base 1990 (« essence ancienne formule »)⁹⁴³.

827. La réglementation s'appliquait à tous les raffineurs, mélangeurs et importateurs d'essence aux États-Unis. Les raffineurs nationaux devaient établir un *niveau de base individuel* de qualité de l'essence produite par chacun d'eux pour l'année 1990. Pour les

⁹⁴² Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, WT/DS4AB/R, 20 mai 1996, p. 33.

⁹⁴³ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/R, WT/DS4/R, 29 janvier 1996, para. 2.2.

raffineries qui n'étaient pas en opération en 1990, le niveau de base était celui établi par l'EPA et reflétant la qualité moyenne de l'essence en 1990 aux États-Unis (*niveau de base réglementaire*). Ce niveau de base réglementaire s'appliquait obligatoirement aux importateurs et aux mélangeurs d'essence, indépendamment du fait de savoir si le producteur étranger était ou non en opération en 1990. Le niveau de base réglementaire était plus strict que certains niveaux de base individuels⁹⁴⁴.

828. Le Venezuela et le Brésil ont argué que la mesure établissait une discrimination illégitime envers les exportateurs dans la mesure où, contrairement à leurs concurrents américains, ceux-ci ne pouvaient utiliser leur propre niveau de base individuel afin de démontrer que l'essence exportée en 1994 était aussi ou plus propre que celle qu'ils avaient exportée en 1990. Selon eux, la mesure était ainsi contraire à l'Article III du GATT. Les États-Unis considéraient, en revanche, que celle-ci était compatible avec les dispositions du GATT et, au minimum, justifiée par les exceptions des alinéas b), d) et g) de l'Article XX⁹⁴⁵.

829. Ainsi, la première affaire surgie dans le cadre de l'OMC⁹⁴⁶ portait sur une mesure environnementale qui, pour reprendre l'expression employée par le Groupe spécial du GATT saisi de l'affaire *États-Unis – Thon (CEE)*, *n'aurait d'effet que si des modifications sont effectuées par des personnes relevant d'une compétence autre que celle du pays qui l'adopte*. Bien évidemment, la mesure n'exigeait pas la modification de la politique publique d'autres pays mais plutôt une action de la part des raffineries étrangères afin d'améliorer le coefficient d'émissions polluantes de leurs produits. De plus, les États-Unis avaient clairement un intérêt à ce que l'essence consommée sur leur territoire soit la plus propre possible. Néanmoins, l'affaire soulevait certaines questions juridiques complexes qui n'avaient pas encore été résolues de manière satisfaisante dans le cadre du GATT.

830. Le Groupe spécial a d'abord convenu avec les parties plaignantes que l'obligation d'utiliser le niveau de base réglementaire américain empêchait les produits importés de

⁹⁴⁴ *Ibidem*, paras. 2.3-8 et 6.10.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, paras. 3.1-3.

⁹⁴⁶ Techniquement, la première affaire qui a surgi dans le cadre de l'OMC (« DS1 ») est la plainte déposée par Singapour contre la prohibition des importations de polyéthylène et de polypropylène imposée par la Malaisie, le 10 janvier 1995. Cependant, le 19 juillet 1995, Singapour a retiré sa plainte et aucun Groupe spécial n'a donc été établi pour examiner cette question.

bénéficier de conditions de vente aussi favorables que l'essence nationale, contrairement au principe du traitement national⁹⁴⁷. Puis, le Groupe spécial a repris les critères et contours normatifs dessinés par ses prédécesseurs dans le cadre du système de règlement des différends du GATT pour appliquer les alinéas de l'Article XX à la mesure en question. S'agissant du paragraphe b), le Groupe spécial a convenu avec les parties que la *politique* de réduction de la pollution de l'air résultant de la consommation d'essence était couverte par l'alinéa en tant que mesure visant à la protection de la vie et de la santé humaine, des animaux et des plantes. En revanche, il a considéré que *l'aspect discriminatoire* de la mesure - c'est-à-dire, l'obligation faite aux importateurs d'utiliser le niveau de base réglementaire -, n'était pas *nécessaire* pour la réalisation de l'objectif parce qu'il existait *d'autres mesures moins incompatibles avec le GATT raisonnablement disponibles* pour les États-Unis⁹⁴⁸. En particulier, le Groupe spécial n'était pas convaincu par l'argument des États-Unis selon lequel il était impossible de considérer les niveaux de base individuels des raffineurs étrangers pour des raisons de difficultés logistiques ou à cause du danger que les exportateurs et importateurs « manipulent » les données⁹⁴⁹.

831. Concernant le paragraphe d), le Groupe spécial a considéré que le *système de niveaux de base* ne constituait pas un « mécanisme coercitif » visant à assurer le respect de la loi américaine contestée mais « simplement des règles servant à déterminer les niveaux de base

⁹⁴⁷ Ibid., para. 6.16.

⁹⁴⁸ Ibid., paras. 6-21-28.

⁹⁴⁹ Selon le Groupe spécial :

« Si l'application d'un niveau de base réglementaire unique à toutes les entités - raffineurs, mélangeurs et importateurs - n'était pas la méthode réglementaire choisie, un importateur pourrait alors, par exemple, être autorisé à utiliser un niveau de base applicable aux importations et obtenu, si possible, à partir des données retenues pour établir les niveaux de base individuels de 1990 des raffineurs étrangers avec lesquels l'importateur travaillait actuellement. (...) si le Groupe spécial reconnaissait qu'il serait nécessaire, selon ce système, de déterminer l'origine de l'essence, il ne pouvait conclure que les États-Unis avaient montré qu'il serait impossible d'y parvenir par le biais d'autres mesures dont ils disposaient raisonnablement et qui étaient compatibles ou moins incompatibles avec l'Accord général. En fait, le Groupe spécial a noté qu'une détermination de l'origine serait souvent possible. Il a examiné, par exemple, le cas d'une expédition directe vers les États-Unis. (...) Deuxièmement, le Groupe spécial ne pensait pas que les États-Unis s'étaient acquittés de leur obligation de prouver que le risque de "manipulation" constituait une justification adéquate (...) On ne pouvait dire avec certitude que des manipulations se produiraient effectivement ni quelle serait leur ampleur, compte tenu en particulier de la faible part du marché de l'essence importée (...) L'imposition de sanctions aux importateurs était, selon le Groupe spécial, un mécanisme coercitif efficace, utilisé par les États-Unis dans d'autres circonstances » (*Ibid.*, paras. 6.24-28)

individuels ». De ce fait, ce ne serait pas une mesure « du type de celles qui étaient visées à l’Article XX d) » et, ainsi, cet alinéa n’était pas applicable⁹⁵⁰. Enfin, en ce qui concerne le paragraphe g), le Groupe spécial a convenu avec les États-Unis, rejetant ainsi l’argument du Venezuela, que l’air était une ressource naturelle épuisable⁹⁵¹ et que la politique de conservation employée par les États-Unis était couverte par l’alinéa⁹⁵². En revanche, l’imposition d’un niveau de base réglementaire aux importateurs ne pouvait être considérée comme *visant principalement* à la conservation de l’air parce qu’il n’existait *aucun lien direct* entre le traitement moins favorable de l’essence importée qui était chimiquement identique à l’essence nationale et l’objectif des États-Unis consistant à améliorer la qualité de l’air dans le pays⁹⁵³.

832. Les États-Unis ont alors tiré profit de la possibilité de faire appel prévue dans le nouveau système de règlement des différends et ont porté l’affaire à l’examen de l’Organe d’appel. Cependant, ils n’ont questionné que l’interprétation par le Groupe spécial du paragraphe g) de l’Article XX. Premièrement, modifiant l’approche retenue par tous les groupes spéciaux du GATT, l’Organe d’appel de l’OMC a précisé qu’au moment d’appliquer l’Article XX, l’examen de la « mesure » doit se faire *dans sa totalité* et non par uniquement au regard de *ses composantes discriminatoires* - c’est-à-dire de ses éléments qui ont été considérés comme incompatibles avec une ou plusieurs dispositions du GATT. Or, selon l’Organe d’appel, le problème que posait le raisonnement suivi par le Groupe spécial (et, de ce fait, par tous les autres groupes spéciaux du GATT) est qu’il avait commis une erreur dans sa conclusion juridique relative à l’Article III:4 en se référant aux composantes discriminatoires de la mesure en question au lieu de traiter la mesure dans sa totalité. Une

⁹⁵⁰ *Ibid.*, paras. 6.32-34.

⁹⁵¹ Selon le Venezuela, l’air n’est pas une ressource naturelle épuisable au sens de l’article XX g) et il convenait plutôt de dire que son « état » changeait en fonction de sa pureté. L’article XX g) était, à l’origine, censé s’appliquer aux exportations de biens épuisables, comme le pétrole et le charbon, et il n’était pas donc justifié d’en étendre la portée à « l’état » des ressources épuisables. *Ibid.*, para. 6.36.

⁹⁵² *Ibid.*, paras. 6.36-37.

⁹⁵³ *Ibid.*, para. 6.40. Il est intéressant de noter que, comme son prédécesseur, le Groupe spécial a saisi l’occasion de cette affaire pour faire quelques observations finales. En effet, selon le Groupe, « sa tâche ne consistait pas à examiner d’une façon générale l’opportunité ou la nécessité des objectifs écologiques de la Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique ou de la Réglementation sur l’essence. Il s’était borné à examiner les aspects de la Réglementation sur l’essence que les plaignants avaient contestés ». En fait, « les Membres de l’OMC étaient libres d’établir leurs propres objectifs écologiques mais ils étaient tenus de chercher à les atteindre par le biais de mesures compatibles avec les dispositions de l’Accord, notamment celles qui concernaient le traitement relatif des produits nationaux et des produits importés ».

telle analyse aurait pour résultat de « renverser » l'Article XX dans la mesure où le recours à ce dernier ne se ferait alors que si un « traitement moins favorable » a déjà été identifié⁹⁵⁴.

833. L'Organe d'appel s'est également opposé au critère utilisé par le Groupe spécial lorsqu'il a affirmé que la mesure américaine *ne se rapportait pas* à la conservation de l'air du fait qu'il n'y avait *aucun lien direct* entre le traitement moins favorable et l'objectif énoncé. D'après l'Organe d'appel, le Groupe spécial a utilisé le même critère pour les termes *nécessaire* et *se rapportant à*, une pratique qui serait incompatible avec les règles coutumières d'interprétation du droit international public figurant dans la Convention de Vienne. Si l'existence d'autres mesures raisonnablement disponibles et moins contraignantes pour la réalisation de l'objectif avait pour conséquence que la mesure n'était pas *nécessaire*, ce même critère ne pouvait être déterminant pour considérer que la mesure *ne se rapportait pas* à la conservation de la ressource naturelle épuisable⁹⁵⁵.

834. Notant que tous les parties et tierces parties à l'appel étaient d'accord avec les contours normatifs établis par les groupes spéciaux du GATT, en particulier celui saisi de l'affaire *Canada – Harengs et saumons*, selon lesquels une mesure *ne se rapporterait* à la conservation de ressources naturelles épuisables *que si* elle *visait principalement* à cet objectif, l'Organe d'appel s'est cependant limité à affirmer que cette expression ne faisait pas elle-même partie du texte du traité et, ainsi, ne pouvait relever d'un « simple critère d'inclusion ou d'exclusion pour ce qui est de l'Article XX g) »⁹⁵⁶.

835. En revanche, lorsque l'Organe d'appel a appliqué ces critères à la mesure américaine en question, il a effectivement « renversé » le critère normatif. Selon lui, les règles d'établissement des niveaux de base considérées *dans leur ensemble* avaient été conçues pour permettre d'examiner et de vérifier dans quelle mesure les raffineurs, importateurs et mélangeurs, respectaient les prescriptions de la loi contestée. Sans un tel système, l'examen ne serait pas possible et l'objectif de conservation de l'air « serait fortement compromis ». Étant donné cette *relation substantielle*, l'Organe d'appel a infirmé la décision du Groupe spécial et a considéré que, en l'occurrence, « les règles d'établissement des niveaux de base

⁹⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, WT/DS4AB/R, 20 mai 1996, p. 17-18.

⁹⁵⁵ *Ibidem*, p. 18-20.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 20.

ne peuvent pas être considérées comme ne visant qu'incidemment ou qu'accidentellement à la conservation de l'air pur aux États-Unis aux fins de l'Article XX g) »⁹⁵⁷.

836. De surcroît, s'agissant de la nécessité que la mesure soit appliquée *conjointement avec* des restrictions internes, l'Organe d'appel a aussi modifié substantiellement l'approche interprétative retenue par les groupes spéciaux du GATT. Il a effectivement considéré que les termes « *appliquée* » et « *conjointement avec* » devaient être interprétés comme établissant une obligation d'*impartialité* dans l'imposition des restrictions - c'est-à-dire, que ladite mesure impose des restrictions non seulement en ce qui concerne les importations, mais aussi les produits, producteurs et consommateurs nationaux. Cette obligation d'impartialité n'exigerait pas une *identité de traitement* et toute différence doit être examinée au cas par cas. En l'occurrence, la mesure américaine affectait à la fois l'essence nationale et l'essence importée et, ainsi, remplissait l'exigence d'être *appliquée conjointement avec* des restrictions internes⁹⁵⁸.

837. Enfin, en réponse à l'argument soulevé par le Venezuela selon lequel les États-Unis auraient dû démontrer que les restrictions internes à la production et à la consommation avaient *un certain effet de conservation positif* des ressources naturelles épuisables pour être considérées à juste titre comme *visant principalement* cet objectif, l'Organe d'appel a considéré qu'une telle exigence de résultat et la démonstration d'un lien de causalité n'étaient pas raisonnables pour l'application des dispositions du droit international, surtout en ce qui concerne les mesures prises aux fins de protection environnementale⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 21. L'Organe d'appel a aussi noté que la relation entre les règles d'établissement des niveaux de base et l'objectif de la mesure n'était pas « niée par l'incompatibilité de ces règles avec le dispositions de l'Article III:4 du GATT ».

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁹⁵⁹ Selon l'Organe d'appel :

« Premièrement, le problème de l'établissement du lien de causalité, bien connu en droit national et en droit international, est toujours difficile. Deuxièmement, dans le domaine de la conservation des ressources naturelles épuisables, il peut s'écouler beaucoup de temps, peut-être des années, avant que l'on puisse observer les effets attribuables à la mise en œuvre d'une mesure donnée. Il n'est pas raisonnable de faire dépendre la qualification juridique d'une mesure de ce type de la survenance d'événements ultérieurs. Nous ne laissons pas entendre, toutefois, que l'examen des effets prévisibles d'une mesure n'est jamais pertinent. Dans un cas concret, s'il devenait évident que, d'un point de vue réaliste, une mesure spécifique ne peut pas, dans aucune situation possible, avoir un effet positif sur la réalisation d'objectifs de conservation, ce serait très probablement avant toute chose parce que ladite mesure n'a pas été conçue comme une réglementation en matière de

838. Cette approche de l'Organe d'appel est clairement beaucoup plus déférente à l'égard des choix de politique publique des Membres de l'OMC que les critères qui avaient été développés par les groupes spéciaux du GATT. Il ne s'agit plus de déterminer si *les composantes de la mesure contraires aux règles du GATT visent principalement l'objectif* et, en même temps, à *donner effet aux restrictions nationales*, mais plutôt si la mesure *dans son ensemble* ne peut pas être considérée comme ne visant *qu'incidemment ou qu'accidentellement* l'objectif. La relation entre la restriction aux échanges et celle appliquée en interne devrait être une relation d'*impartialité*, c'est-à-dire visant à éviter l'abus dans la restriction commerciale imposée, plutôt que la relation étroite exigée par les groupes spéciaux du GATT.⁹⁶⁰

839. De plus, la reconnaissance qu'une preuve de résultat concret n'est pas une exigence convenable pour des mesures environnementales peut avoir d'importantes conséquences pour la flexibilité accordée aux mesures adoptées pour affronter des défis environnementaux de long terme comme, par exemple, la lutte contre les changements climatiques⁹⁶¹. C'est

conservation. En d'autres termes, elle n'aurait pas du tout "visé principalement à" la conservation de ressources naturelles » (*Ibid.*, p. 24).

⁹⁶⁰ Cette relation a été davantage éclaircie par l'Organe d'appel dans son rapport de 2014 sur l'affaire *Chine – Terres rares*. Le Groupe spécial, dans cette affaire, avait considéré que la prescription de l'Article XX g) que la mesure soit appliquée conjointement avec des restrictions nationales impliquait une obligation d'impartialité exigeant que la charge de la conservation *soit répartie de manière égale* entre les consommateurs étrangers, d'une part, et les producteurs ou consommateurs nationaux, d'autre part. L'Organe d'appel a infirmé cette affirmation du Groupe spécial en notant qu'un tel examen relèverait de l'application du texte introductif plutôt que de l'alinéa. De plus, il a noté ce qui suit :

« L'alinéa g) prescrit donc que la mesure commerciale et la restriction nationale, dans le cadre de leur fonctionnement conjoint, imposent des limitations effectives à la fois au commerce international et à la production ou à la consommation nationales. Toutefois, ... l'article XX g) ne prescrivait pas que la charge de la conservation soit répartie de manière égale, par exemple, dans le cas des contingents d'exportation en cause, entre les consommateurs étrangers, d'une part, et les producteurs ou consommateurs nationaux, d'autre part » (Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Terres rares*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014, paras. 5.163-168. Voir aussi paras. 5.129-136).

⁹⁶¹ En effet, l'Organe d'appel réaffirmera cette interprétation dans son rapport sur l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Lors de son examen de la *contribution* de l'interdiction brésilienne à l'importation de pneumatiques usagés et rechapés à l'objectif environnemental et de santé en cause, l'Organe d'appel a affirmé que :

« [C]ertains problèmes complexes liés à la santé publique ou à l'environnement peuvent être traités uniquement au moyen d'une politique globale comprenant de multiples mesures interdépendantes. À court terme, il peut être difficile de discerner la contribution apportée par une mesure spécifique à la réalisation d'objectifs concernant la santé publique ou l'environnement de celles qui sont imputables aux autres mesures faisant partie de la même politique globale. De plus, les résultats obtenus grâce à certaines actions – par exemple, des mesures adoptées en vue d'atténuer le

certainement valable pour les mesures de soutien qui dépendent d'un changement des méthodes de production et des modes de consommation, ou encore du développement de nouvelles technologies. Cette approche consacre, en tout état de cause, beaucoup plus de marge de manœuvre pour les Membres de l'OMC.

840. Ce faisant, l'Organe d'appel a transposé l'examen des éléments discriminatoires de la mesure américaine en question du cadre de l'alinéa g) vers le texte introductif de l'Article XX en indiquant trois clarifications importantes quant à la portée de cette disposition. Tout d'abord, appliquant les critères normatifs relevant du texte introductif de l'Article XX, l'Organe d'appel a affirmé que c'était bien ces prescriptions qui étaient censées généralement *prévenir l'abus* de recours aux exceptions énumérées à l'Article XX. D'après l'Organe d'appel, « les mesures relevant des exceptions particulières doivent être appliquées de manière raisonnable, compte dûment tenu à la fois des obligations légales de la partie qui invoque l'exception et des droits légaux des autres parties intéressées ». De fait, il s'agirait d'une « tâche plus lourde que celle qui consistait à montrer qu'une exception, par exemple celle de l'Article XX g), est applicable à la mesure en cause »⁹⁶².

841. Deuxièmement, l'Organe d'appel a précisé que la discrimination examinée au regard du texte introductif de l'Article XX ne serait pas de même nature que celle identifiée au regard des autres obligations substantielles du GATT. Puisque, pour avoir recours à la justification de l'Article XX, une discrimination doit normalement avoir déjà été identifiée (ce que nous appelons désormais de *discrimination lato sensu* ou *au sens large*), la discrimination interdite par le texte introductif devrait forcément être qualifiée (*discrimination stricto sensu*)⁹⁶³. La qualification découlerait des termes *arbitraires* et

réchauffement de la planète et le changement du climat, ou certaines actions préventives visant à réduire l'incidence de maladies qui peuvent ne se manifester qu'après un certain temps – peuvent uniquement être évalués avec le recul » (Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 03 décembre 2007, para. 151).

Nous aurons l'occasion d'examiner cette affaire plus loin dans notre thèse.

⁹⁶² Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, WT/DS4AB/R, 20 mai 1996, p. 25.

⁹⁶³ Il est bien évidemment possible qu'une mesure horizontale, et ainsi généralement non-discriminatoire, soit contraire aux dispositions de fond du GATT, comme par exemple une interdiction d'importation et de production qui s'applique à tout Membre de l'OMC y compris celui qui l'applique. Cette mesure relèverait de l'Article XI du GATT et pourrait être examinée dans le cadre des exceptions de l'Article XX. Or, comme nous le verrons plus loin, même dans ce cas, l'examen d'éventuels effets ou composantes discriminatoires se concentrera sur la discrimination *stricto sensu* au regard de l'Article XX.

injustifiables et entre les pays où les mêmes conditions existent. De ce fait, l'Article XX justifierait des discriminations *lato sensu* mais pas *stricto sensu* dans la mesure où ces dernières relèveraient de l'arbitraire ou ne seraient pas justifiées par les objectifs poursuivis. Il incombait alors à la partie défenderesse de démontrer que la discrimination n'était pas arbitraire ou injustifiable⁹⁶⁴.

842. Enfin, le texte introductif éviterait l'abus de recours aux exceptions en prohibant que les mesures en question ne soient pas des *restrictions déguisées au commerce*. Ici, l'Organe d'appel a également rejeté l'approche interprétative retenue par les groupes spéciaux du GATT qui considéraient qu'une mesure *publiquement disponible* n'était pas une restriction déguisée⁹⁶⁵. Cette prescription faisait certainement partie de l'examen, mais ne l'épuisait pas.

843. En l'occurrence, l'Organe d'appel a considéré que la discrimination introduite par les règles d'établissement de niveaux de base ne pouvait être justifiée par l'objectif de conservation de l'air pur. En particulier, l'Organe d'appel n'a pas été convaincu par les arguments des États-Unis expliquant pourquoi il n'aurait pas été réaliste de permettre aux raffineurs étrangers, comme aux raffineurs nationaux, de conserver des niveaux de base individuels. Selon l'Organe d'appel, les États-Unis auraient dû, à tout le moins, rechercher d'autres options, y compris en collaboration avec le Brésil et le Venezuela, afin de surmonter les difficultés ayant trait aux problèmes administratifs prévisibles que la conservation de niveaux de base individuels par les raffineurs étrangers aurait engendré⁹⁶⁶. De plus, l'Organe d'appel a noté que l'EPA avait considéré que l'application du *niveau de base réglementaire* conduirait à des coûts trop importants pour les raffineurs américains mais elle n'en avait pas fait de même à l'égard des raffineurs étrangers. Ces deux défaillances dénotaient, selon l'Organe d'appel, une discrimination qui « devait avoir été prévue, et n'était pas purement accidentelle ou inévitable ». En conséquence, il s'agissait d'une *discrimination injustifiable* et une *restriction déguisée* au commerce international incompatibles avec le texte introductif de l'Article XX⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, WT/DS4AB/R, 20 mai 1996, p. 25-27.

⁹⁶⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 28-31.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 31-32.

844. Il convient ici de noter qu'en réalisant *l'examen de la discrimination et de l'arbitraire* de la mesure environnementale au regard du texte introductif, l'Organe d'appel a procédé à une analyse beaucoup plus centrée sur un raisonnement susceptible de justifier ces éléments à la lumière de l'objectif énoncé au lieu de discuter des options politiques spécifiques adoptées, à leur convenance, par les Membres de l'OMC. Cet examen nous semble beaucoup plus raisonnable. Au lieu de se concentrer sur la preuve que chaque élément discriminatoire (*lato sensu*) d'une mesure est *nécessaire* ou *visé principalement* à la réalisation d'un objectif, la réflexion se concentre plutôt sur le fait de savoir si ces composantes discriminatoires ne dénotent pas du protectionnisme - *restriction déguisée* - ou une décision *arbitraire* qui ne puisse pas s'expliquer (*se justifier*) eu égard aux circonstances, faits et objectifs de l'espèce.

845. Il y a aussi lieu de relever que, peut-être soucieux de la façon dont son premier rapport serait reçu et interprété par les Membres de l'OMC (et aussi par la communauté internationale de façon générale), l'Organe d'appel a tenu à faire certaines observations générales à la fin de celui-ci :

« Il est d'une certaine importance que l'Organe d'appel souligne ce que cela ne signifie pas. Cela ne signifie pas, ou n'implique pas, que la capacité de tout Membre de l'OMC de prendre des mesures pour lutter contre la pollution atmosphérique ou, d'une façon plus générale, pour protéger l'environnement, est en cause. Cela reviendrait à ne pas tenir compte du fait que l'article XX de l'*Accord général* contient des dispositions visant à permettre que d'importants intérêts des Etats - y compris la protection de la santé des personnes et la conservation des ressources naturelles épuisables - trouvent leur expression. Les dispositions de l'article XX n'ont pas été modifiées à la suite des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay. De fait, dans le préambule de l'*Accord sur l'OMC* et dans la *Décision sur le commerce et l'environnement*, il est spécifiquement reconnu qu'il importe de coordonner les politiques relatives au commerce et à l'environnement. Les Membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (y compris la relation entre l'environnement et le commerce), leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en œuvre. En ce qui concerne l'OMC, cette autonomie n'est limitée que par la nécessité de

respecter les prescriptions de l'Accord général et des autres accords visés »⁹⁶⁸ (notes de bas de page omises, italiques dans l'original).

846. Cette référence exprime à l'inclusion de la protection environnementale parmi les objectifs centraux de l'OMC aura une importance accrue dans l'approche interprétative de l'Organe d'appel à l'occasion d'une affaire ultérieure.

Paragraphe 2 : Affaire *États-Unis – Crevettes* - la prise en compte de l'objectif de développement durable et « l'interprétation évolutive » des dispositions multilatérales

847. Deux ans plus tard, en 1998, l'Organe d'appel aura l'occasion d'examiner de nouveau une mesure commerciale restrictive adoptée aux fins de protection environnementale dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Cette-fois-ci, l'affaire soulevait davantage de questions normatives complexes. À la différence de l'affaire *États-Unis – Essence*, la mesure américaine ici en question, à l'instar de celle visée dans l'affaire *États-Unis – Thon (CEE)*, exigeait des pays exportateurs l'introduction ou la modification d'une politique de protection environnementale. De ce fait, la question de l'*extraterritorialité* des mesures environnementales était encore une fois soumise à examen.

848. De plus, les parties aux différends ont à nouveau soulevé des arguments relatifs à la portée environnementale des exceptions du GATT, en particulier de l'Article XX g). Cette fois, le Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC ont directement fait référence à l'objectif de développement durable et au préambule de l'Accord sur l'OMC pour fonder leurs réponses. L'approche interprétative qui en est résultée aura une importance majeure pour le système multilatéral. En outre, il s'agit aussi de la première affaire de l'OMC à propos de laquelle différentes versions d'une même politique environnementale ont été examinées à la lumière des dispositions multilatérales. Cette analyse de versions successives donne des indications pertinentes quant aux conséquences environnementales de l'application des dispositions de l'OMC aux politiques nationales de conservation.

849. L'affaire *États-Unis – Crevettes* porte sur l'interdiction de l'importation de crevettes pêchées dans des eaux où vivent l'une des sept espèces de tortues marines menacées

⁹⁶⁸ *Ibid.*, p. 33.

d'extinction, selon des pratiques et dans des conditions susceptibles de nuire à ces tortues. Les sept espèces de tortues marines connues étaient menacées d'extinction et, de ce fait, listées dans l'Annexe I de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES d'après son acronyme en anglais)⁹⁶⁹. Les activités humaines les avaient mises en danger, soit directement (elles ont été chassées pour leur viande, leur carapace et leurs œufs), soit indirectement (captures accidentelles durant les pêches, destruction de leur habitat, pollution des océans)⁹⁷⁰.

850. Plus précisément, en vertu de la loi nord-américaine de 1973 sur les espèces menacées d'extinction ainsi que la loi générale n° 101-102 promulguée en 1989, l'importation de crevettes pêchées dans ces eaux et dans ces conditions était interdite à moins qu'il ne soit démontré que les pays d'exportation avaient mis en place des réglementations imposant aux crevettiers relevant de leur juridiction des programmes de protection et un taux de prises accidentelles d'efficacité comparable aux dispositifs mis en place par les États-Unis. En pratique, la mise en œuvre de cette exigence se traduisait par l'obligation des pays exportateurs d'imposer à tous les crevettiers qui utilisaient des moyens mécaniques de pêche l'utilisation de « dispositifs d'exclusion des tortues marines » (DET) de leurs filets à tout moment⁹⁷¹.

851. La mesure américaine de protection des tortues contenait plusieurs éléments communs avec celle précédemment analysée qui avait été prise pour la protection des dauphins, y compris l'obligation imposée aux pays exportateurs de mettre en conformité leurs politiques publiques de protection de l'environnement et de conservation à l'égard des personnes et des choses *relevant de leur propre compétence* avec celles des États-Unis. Tout

⁹⁶⁹ L'Annexe I indique les espèces de faune et de flore sauvages les plus menacées. Le commerce international de ces espèces listées à l'Annexe I est généralement interdit par la Convention, sauf certaines exceptions. Sur le sujet, voir OMC-CITES, *CITES et l'OMC : Renforcer la coopération en faveur du développement durable*, OMC, Genève, 2015, 16 p.

⁹⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998, para. 2.3.

⁹⁷¹ *Ibidem*, paras. 2.5-7. Un DET est une trappe grillagée, développée aux États-Unis, qui est installée à l'intérieur d'un chalut pour permettre le passage des crevettes vers le fond du filet tout en évacuant vers l'extérieur les tortues marines et autres objets de grande dimension involontairement pris.

comme les groupes spéciaux du GATT saisis des affaires du thon l'avaient fait, le Groupe spécial saisi de cette affaire a analysé cette question problématique⁹⁷².

852. De fait, le Groupe spécial a considéré que la mesure *unilatérale* adoptée par les États-Unis constituait une discrimination injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existaient et posait des problèmes systémiques pour le cadre multilatéral du commerce⁹⁷³. Rappelant que « le but et l'objet des clauses introductives de l'Article XX est généralement de prévenir "l'abus des exceptions énumérées" », le Groupe spécial a affirmé que l'Accord sur l'OMC préconise une *approche multilatérale des questions commerciales* et qu'en conséquence, le texte introductif de l'Article XX autorisait *uniquement* les Membres à déroger aux dispositions du GATT dans la mesure où, ce faisant, ils ne *portent pas atteinte au système commercial multilatéral* de l'OMC⁹⁷⁴. Ainsi, le Groupe spécial explique :

« A notre avis, si l'on devait interpréter le texte introductif de l'article XX comme autorisant un Membre à adopter des mesures subordonnant l'accès à son marché pour un produit déterminé à l'adoption par les Membres exportateurs de certaines politiques, y compris des politiques de conservation, le GATT de 1994 et l'Accord sur l'OMC ne pourraient plus servir de cadre multilatéral pour le commerce entre les Membres, car la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales au titre de ces accords seraient menacées. Cela tient au fait que, si un Membre de l'OMC était autorisé à adopter de telles mesures, d'autres Membres auraient alors aussi le droit d'adopter sur le même sujet des mesures analogues mais comportant des prescriptions différentes, voire contradictoires. Si cela arrivait, il serait impossible aux Membres exportateurs de satisfaire en même temps à des prescriptions multiples et contradictoires en matière de politique. En effet, étant donné que chacune de ces prescriptions nécessiterait l'adoption d'une politique applicable non seulement à la production destinée à l'exportation (comme des normes spécifiques applicables uniquement aux marchandises exportées vers le pays imposant de telles normes) mais aussi à la production destinée au marché intérieur, il serait impossible pour un pays d'adopter une de ces politiques sans courir le risque d'enfreindre les prescriptions contradictoires en matière de politique imposées par d'autres Membres pour le même produit et de se voir refuser l'accès à ces autres marchés. Nous notons qu'en l'espèce un pays n'aurait même pas la possibilité d'adapter sa production destinée à l'exportation aux prescriptions respectives des différents Membres.

⁹⁷² *Ibid.*, para. 7.46.

⁹⁷³ *Ibid.*, paras. 7.34-49.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, paras. 7.42-44.

L'accès aux marchés pour les marchandises pourrait alors être soumis à un nombre croissant de prescriptions contradictoires en matière de politique concernant le même produit et cela aboutirait rapidement à la fin du système commercial multilatéral de l'OMC »⁹⁷⁵.

853. Il est intéressant de noter que le Groupe spécial a bien mis en évidence les objectifs de protection environnementale et de développement durable introduits dans l'Accord sur l'OMC. En revanche, il a précisé que ceux-ci étaient subordonnés aux buts essentiels de développement économique poursuivis par la voie d'engagements commerciaux multilatéraux. En effet, le Groupe spécial a indiqué :

« Le préambule de l'Accord sur l'OMC confirme que les considérations environnementales sont importantes pour l'interprétation dudit accord, mais l'idée qui sous-tend celui-ci reste la promotion du développement économique par le biais du commerce ; et les dispositions du GATT sont essentiellement axées sur la libéralisation de l'accès aux marchés sur une base non discriminatoire »⁹⁷⁶.

854. Or, le Groupe spécial a affirmé que la mesure américaine n'était pas du *type* des mesures qui pourraient être justifiées au titre de l'Article XX sous peine de mettre le système multilatéral en question. De plus, il a fait mention expresse à la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement pour étayer son argumentation, en affirmant qu'elle « reconnaît le droit des États de concevoir leurs propres politiques environnementales en fonction de leurs situations et responsabilités particulières en matière d'environnement et de développement »⁹⁷⁷.

855. Il y a lieu de relever que le Groupe spécial a, en l'espèce, essayé de différencier son interprétation de la portée des exceptions générales du GATT de celle adoptée par les groupes spéciaux saisis des affaires du thon. En traitant un argument soulevé par les États-Unis, le Groupe spécial a nié que l'applicabilité des exceptions dépende du fait que les animaux protégés se trouvent à l'intérieur ou en dehors de la *sphère de compétence* du pays qui adopte la mesure ou bien où ses effets y opèrent. Le Groupe spécial a plutôt considéré que l'élément qui excluait la mesure américaine du champ d'application de l'Article XX était son caractère

⁹⁷⁵ *Ibid.*, paras. 7.45 et 52.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, para. 7.42.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, para. 7.49.

unilatéral. Ainsi, la situation aurait été différente si la mesure avait été prise dans le cadre d'un accord international de conservation des tortues⁹⁷⁸.

856. Finalement, le Groupe spécial a ici décidé d'examiner directement les conditions découlant du texte introductif de l'Article XX. De ce fait, il n'a pas trouvé nécessaire de se prononcer sur la longue argumentation des parties ayant trait à l'applicabilité des paragraphes de l'Article XX à la mesure en question⁹⁷⁹.

857. L'Organe d'appel a retenu une approche diamétralement opposée. Tout d'abord, il a renversé l'ordre de l'examen de l'Article XX opéré par le Groupe spécial. Pour l'Organe d'appel, l'examen préalable des conditions prévues dans les alinéas de la disposition était indispensable afin de délimiter les contours de la mesure environnementale examinée⁹⁸⁰. Ce faisant, l'Organe d'appel a infirmé toute l'analyse entreprise par le Groupe spécial, en particulier son approche interprétative qui écartait la justification de mesures *unilatérales* au regard de l'Article XX. Par ailleurs, l'Organe d'appel a considéré comme particulièrement problématique le fait que le Groupe spécial ait établi un critère *a priori* en prétendant définir une catégorie de mesures qui, *ratione materiae*, ne peuvent bénéficier des exceptions l'Article XX, ce sans « aucun fondement, que ce soit dans le texte introductif ou dans le texte des deux exceptions spécifiques invoquées par les États-Unis ». En particulier, selon l'Organe d'appel :

« [L]'assujettissement de l'accès au marché intérieur d'un Membre au respect ou à l'adoption par les Membres exportateurs d'une politique ou de politiques prescrites unilatéralement par le Membre importateur peut, jusqu'à un certain point, être un élément commun aux mesures

⁹⁷⁸ *Ibid.*, paras. 7.50-51. Ici aussi le Groupe spécial a fait référence à la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement pour étayer son argumentation en affirmant que ce texte souligne « la nécessité d'instaurer une coopération internationale » et « d'éviter les mesures unilatérales ».

⁹⁷⁹ *Ibid.*, paras. 7.28 et 62-63. Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont argué que leur mesure était au minimum justifiable au regard des alinéas b) et g) de l'Article XX. Les plaignants considéraient, en revanche, que ces dispositions n'étaient pas applicables. *Ibid.*, paras. 7.24 et 11-23.

⁹⁸⁰ Selon l'Organe d'appel :

« L'ordre des étapes (...) à suivre pour analyser une allégation concernant une justification au titre de l'article XX ne dénote pas un choix fortuit ou aléatoire, mais plutôt la structure et la logique fondamentales de l'article XX. (...) La tâche qui consiste à interpréter le texte introductif de façon à empêcher l'usage abusif ou impropre des exceptions spécifiques prévues à l'article XX devient très difficile, sinon tout à fait impossible, lorsque celui qui interprète (comme le Groupe spécial en l'espèce) n'a pas d'abord identifié et examiné l'exception spécifique susceptible d'abus » (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, paras. 119-120).

relevant de l'une ou l'autre des exceptions a) à j) prévues à l'article XX. Les paragraphes a) à j) comprennent les mesures qui ... ont été reconnues comme ayant un caractère important et légitime. Il n'est pas nécessaire de tenir pour établi que le fait d'exiger des pays exportateurs qu'ils respectent ou adoptent certaines politiques (même si elles sont couvertes en principe par telle ou telle exception) prescrites par le pays importateur a pour résultat qu'une mesure n'est pas susceptible *a priori* de justification au titre de l'article XX. Une telle interprétation rend inutile la plupart des exceptions spécifiques prévues à l'article XX, sinon toutes, résultat qui est incompatible avec les principes d'interprétation que nous sommes tenus d'appliquer »⁹⁸¹ (italiques dans l'original).

858. Puis, l'Organe d'appel est passé à l'examen de la question posée par les parties plaignantes quant à la portée environnementale de l'exception à l'Article XX g). Ainsi que le Mexique l'avait soulevé lors de l'affaire *États-Unis – Thon (Mexique)*, les parties plaignantes (l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande) ont eu recours à l'historique de la rédaction de l'alinéa g) de l'Article XX⁹⁸² afin d'étayer leur interprétation selon laquelle l'exception visait à l'origine les restrictions à l'exportation aux fins de conservation des minéraux. De surcroît, le terme *épuisable* était rendu inutile si l'on considérait que les ressources naturelles visées pouvait englober aussi les ressources biologiques. Celles-ci, par définition, ne peuvent effectivement être *épuisables* du fait qu'elles se *reproduisent*. Dès lors, selon ces parties, les tortues marines ne pouvaient être considérées comme des *ressources naturelles épuisables* et leur conservation n'entraînait donc pas dans le champ de l'exception prévue à l'Article XX g)⁹⁸³.

859. L'Organe d'appel a examiné l'historique de rédaction de la disposition ainsi que l'intention originelle supposée des parties contractantes lors de la négociation du GATT. Il a également noté la longue et importante évolution des efforts de coopération à l'échelle internationale pour la protection de l'environnement depuis lors. En s'appuyant sur des décisions de la CIJ dans les affaires *Namibie (Conséquences juridiques) avis consultatif (1971)* et *Plateau continental de la mer Égée (1978)*, l'Organe d'appel a considéré que les termes employés par l'Article XX ne sont pas *statiques* mais *par définition évolutifs*. Par

⁹⁸¹ *Ibid.*, para. 121.

⁹⁸² Sur l'historique de la rédaction de l'Article XX du GATT, voir le chapitre 1, section 1 de cette troisième partie.

⁹⁸³ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 127.

conséquent, ils devraient être interprétés à la lumière de l'évolution que le droit a ultérieurement connue ainsi qu'au regard de *l'ensemble du système juridique en vigueur* au moment où l'interprétation a lieu (*interprétation évolutive des traités*)⁹⁸⁴.

860. Plus précisément, d'après l'Organe d'appel, il convenait d'interpréter les dispositions du système commercial multilatéral à la lumière de son contexte présent, y compris au regard des *préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement*, et non de celles existantes lorsque l'Article XX g) a été façonné « il y a plus de 50 ans »⁹⁸⁵. Ce contexte incluait les AEM qui avaient été négociés depuis la conclusion du GATT⁹⁸⁶. Or, ces accords avaient notamment reconnu les ressources biologiques « vivantes » et la biodiversité comme des ressources naturelles de l'humanité⁹⁸⁷.

861. De surcroît, l'Organe d'appel a aussi fait référence à l'inclusion des *objectifs de développement durable et de protection et conservation environnementale* parmi les objectifs

⁹⁸⁴ *Ibidem*, paras. 128-131 et note de bas de page 109. Il convient de noter que certains commentateurs ne considèrent pas que l'Organe d'appel procédait à une véritable interprétation évolutive, c'est-à-dire que l'Organe d'appel ne changeait pas effectivement le « significat » original des termes employés à l'Article XX du GATT. Or, s'appuyant sur l'approche interprétative des constitutions nationales (surtout celle des États-Unis), ces commentateurs relèvent qu'alors que le sens des termes restait le même, les conditions et contexte de leur application avaient changé. Dès lors, l'Organe d'appel ne faisait qu'une *application* évolutive des termes dont le sens restait inchangé. Autrement dit, l'expression « ressources naturelles épuisables » gardait le même sens juridique que lorsqu'elle avait été adoptée en 1947 alors que le groupe de biens/êtres couverts par cette dernière pourraient être élargi ou réduit au regard de la réalité, notamment les connaissances scientifiques et les considérations culturelles existantes au moment de l'application de la disposition. Voir COOK, Graham, « The Illusion of 'Evolutionary Interpretation' in WTO Dispute Settlement », in MARCEAU ABI-SAAB, Georges, KEITH, Kenneth, MARCEAU, Gabrielle et MARQUET, Clément (eds.), *Evolutionary Interpretation and International Law*, Hart Publishing, 2019, p. 181-194. Bien nous décelons le bien fondé et comprenons le rationnel qui fonde cette approche, nous ne sommes pas convaincus que l'Organe d'appel n'a pas effectivement employé la même approche interprétative que celle utilisée par la CIJ (requis par la majorité de la doctrine de l'interprétation évolutive) étant donné la référence expresse faite aux affaires phares de ladite cour ainsi que l'utilisation des termes « interpréter » et « contenu du terme [pas statique] [par définition évolutif] » au lieu « d'application ». Aussi, la référence expresse au fait que l'Article XX g) avait été façonné « il y a plus de 50 ans » et que cette disposition devait « être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations », renforce cette idée. Cela dit, il est aussi vrai qu'il est difficile pour un commentateur de trouver un autre cas dans lequel l'Organe d'appel a employé cette approche interprétative (dite évolutive) aussi clairement. En tout état de cause, s'agissant de notre thèse, indépendamment de la qualification de l'approche en tant qu'*interprétation* ou *application* évolutive, la prise en compte par l'Organe d'appel de l'évolution du droit international de l'environnement, ainsi que la portée juridique de l'inclusion du concept de développement durable parmi les objectifs du système commercial multilatéral, sont davantage pertinents pour les contours juridiques des obligations commerciales que nous sommes en train d'examiner.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, para 129.

⁹⁸⁶ Sur cette évolution, voir le chapitre 1, sections 1 et 2 ci-dessus.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, paras. 130-131.

de l'OMC pour étayer son argumentation. Ainsi, il a noté que même si l'Article XX n'avait pas été modifié à l'issue du cycle de négociations de l'Uruguay, le *préambule de l'Accord sur l'OMC* qui en avait résulté démontrait que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de politiques nationales et internationales⁹⁸⁸. L'Organe d'appel a également relevé qu'à la différence des objectifs inscrits dans le préambule du GATT en 1947, ceux indiqués dans le préambule de l'Accord sur l'OMC établissaient une relation tout à fait différente et nuancée entre les activités économiques favorisées par les échanges internationaux et les ressources naturelles. Selon l'Organe d'appel, le fait que le préambule prévoyait désormais l'utilisation *optimale* des ressources naturelles mondiales *conformément à l'objectif de développement durable* au lieu d'une *pleine utilisation* comme le préambule du GATT, démontrait que les négociateurs de l'OMC avaient reconnu que cet objectif de *pleine utilisation* « n'était plus adapté au système commercial mondial des années 90 »⁹⁸⁹.

862. Ce préambule fournissait ainsi un contexte favorable à l'interprétation de l'Organe d'appel et devait *éclairer, ordonner et nuancer* les droits et les obligations des Membres au titre de tous les accords de l'OMC⁹⁹⁰. Étant donné qu'il faisait expressément état de *l'objectif de développement durable*, selon l'Organe d'appel, il était « trop tard à présent pour supposer que l'Article XX g) du GATT de 1994 [puisse] être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables »⁹⁹¹.

863. De ce fait, en employant une approche interprétative dite *évolutive* des accords de l'OMC et en tenant compte de l'inclusion du *concept de développement durable et de protection environnementale* parmi les buts de la nouvelle organisation, l'Organe d'appel a considéré que l'objectif de développement durable devait désormais inspirer l'interprétation de toutes les dispositions du système commercial multilatéral⁹⁹². L'Organe d'appel est ainsi tenu d'entreprendre une approche interprétative *non statique, voir intégrative*, des

⁹⁸⁸ *Ibid.*, para. 131.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, paras. 152-153.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, paras. 153 et 155.

⁹⁹¹ *Ibid.*, paras. 131 et 152-155.

⁹⁹² Voir la section 1 du présent chapitre ci-dessus.

dispositions du GATT ainsi que des autres accords de l'OMC, y compris des règles relatives aux subventions. Il a en ce sens indiqué que le préambule, qui contient des objectifs de protection de l'environnement et de développement durable, « dénote les intentions des négociateurs » et ainsi doit « éclairer, ordonner et nuancer » l'interprétation des accords de l'OMC⁹⁹³.

864. Cette interprétation imposait, en l'occurrence, de lire l'exception de l'Article XX g) comme incluant la conservation des *ressources vivantes*. En l'appliquant au terme *épuisable*, l'Organe d'appel a pris en compte le fait que les sept espèces marines étaient listées dans l'Annexe I de la CITES pour considérer non seulement ces ressources naturelles étaient épuisables mais étaient en cours d'épuisement⁹⁹⁴. Dès lors, il a considéré que les tortues marines visées en l'espèce constituaient bien des *ressources naturelles épuisables* au regard de l'Article XX g) du GATT⁹⁹⁵.

865. Enfin, l'Organe d'appel a considéré que, d'après *la structure et la conception générales* de la mesure américaine en question, celle-ci *visait principalement* à la conservation des tortues marines dans la mesure où elle avait un *lien substantiel* avec la politique de conservation des tortues marines. Il existait donc une « relation étroite et réelle » entre la mesure et l'objectif poursuivi⁹⁹⁶. De plus, la mesure *s'appliquait conjointement avec* des restrictions à la production et à la consommation internes dans la mesure où l'obligation d'utiliser des DET s'appliquait également aux crevettiers américains⁹⁹⁷. De ce fait, la mesure était provisoirement justifiée au regard de l'alinéa g) de l'Article XX⁹⁹⁸.

⁹⁹³ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 153.

⁹⁹⁴ *Ibidem*, para. 132. Il est intéressant de noter que l'Organe d'appel a lui aussi fait référence à la publication de la CMED de 1988 que nous avons examinée plus haut en notant que celle-ci reconnaissait que les espèces disparaissaient à un rythme que la planète n'avait jamais connu antérieurement. *Ibid.*, note de bas de page 106.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, para 134.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, paras 135-142. Selon l'Organe d'appel, la mesure américaine n'était pas « une simple interdiction générale de l'importation des crevettes imposée au mépris des conséquences que le mode de pêche employé a (ou n'a pas) sur la capture accidentelle et la mortalité des tortues marines » et que « les moyens correspondent raisonnablement à la fin ». *Ibid.* para. 141.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, paras. 143-145.

⁹⁹⁸ Ayant constaté que la mesure américaine entrait bien dans le cadre de l'Article XX g), l'Organe d'appel a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'analyser la mesure au regard de l'Article XX b). *Ibid.*, para. 146. En effet, les États-Unis avaient expressément considéré que leurs allégations au regard de l'Article XX b) n'était qu'à titre subsidiaire et, ainsi, ne devraient être examinées par l'Organe d'appel que s'il constatait que la mesure ne relevait pas de l'Article XX g). *Ibid.*, para. 125.

866. L'Organe d'appel n'a pas expressément considéré l'effet *extraterritorial* de la mesure américaine comme un élément problématique. En effet, en précisant qu'il ne se prononçait pas « sur la question de savoir s'il existe une limitation de juridiction implicite dans l'Article XX g) », l'Organe d'appel s'est contenté de noter que les tortues marines sont des animaux extrêmement migrateurs, qui se déplacent dans les eaux relevant de la juridiction de divers États côtiers, y compris les États-Unis, ainsi qu'en haute mer. De ce fait, il existerait « un lien suffisant entre les populations marines migratrices et menacées d'extinction considérées et les États-Unis aux fins de l'Article XX g) »⁹⁹⁹.

867. Cette affirmation ne nous donne cependant pas suffisamment d'éléments de réponse à la question de savoir si un Membre de l'OMC pourrait justifier une mesure commerciale contraires aux règles du GATT en vue de la protection de choses, personnes ou intérêts hors de sa *sphère de compétence*¹⁰⁰⁰. Les affaires environnementales suivantes traitées par l'Organe d'appel n'apportent pas non plus de réponse définitive à cette question. En tout état de cause, le fait que l'Organe d'appel ait relevé « un lien suffisant » entre les tortues et les

⁹⁹⁹ *Ibid.*, para 133. Il y a lieu de relever que les États-Unis avaient aussi soulevé un argument auxiliaire intéressant afin de justifier son intérêt dans la protection des tortues marines même si elles n'étaient pas migratrices. Selon les États-Unis, elles pouvaient représenter une ressource mondiale partagée du point de vue de la diversité biologique et à la protection de laquelle ils pouvaient avoir un intérêt légitime. Le Groupe spécial n'a pas nié cet argument mais a noté qu'étant une « ressource globale partagée », l'intérêt quant à leur protection serait mieux pris en compte par la négociation d'accords internationaux que par des mesures unilatérales. Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998, para. 7.53.

¹⁰⁰⁰ L'argumentation de l'Inde, du Pakistan et de la Thaïlande sur la question de l'extraterritorialité au regard de l'Article XX b) mérite mention du fait qu'il semble révéler une préoccupation commune à plusieurs pays en développement Membres de l'OMC. Précisément, selon les parties :

« Si l'interprétation des Etats-Unis devait être acceptée [de que l'Article XX b) du GATT n'interdisait pas l'adoption de restrictions commerciales pour la protection des êtres vivants hors la "sphère de compétence" du pays qui l'adopte"], les Etats-Unis pourraient décider, par exemple, qu'ils étaient mieux placés que la Thaïlande pour déterminer le degré de pureté de l'air que les citoyens thaïlandais devraient respirer. Ils pourraient alors prendre les dispositions voulues pour prohiber l'importation de produits fabriqués dans des usines qui ne respectaient pas les normes des Etats-Unis en matière d'émissions dans l'atmosphère. Ou encore, les Etats-Unis pourraient décider que la qualité de l'eau avait de l'importance pour la vie et la santé des poissons d'eau douce en Chine et pourraient donc interdire l'importation de marchandises manufacturées par des industries qui polluaient l'eau. Qui pourrait nier que l'air pur et l'eau pure soient nécessaires à la santé des organismes vivants ? La question était de savoir qui avait le droit d'en décider ; qui avait le droit d'arbitrer entre surcroît de protection de l'environnement et croissance économique. (...) C'est seulement en constatant une limitation implicite de compétence aux fins de l'application de l'article XX b) et g) que le GATT et le Groupe spécial pourraient à coup sûr éviter de parvenir à ce résultat » (Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998, para. 3.203).

États-Unis nous indique que la question demeure assez pertinente s'agissant des efforts de conservation multilatéraux, y compris dans le cadre de la CITES ou de la CDB, par exemple.

868. De surcroît, au cours de son raisonnement sur l'application de la prescription de l'alinéa g) pour déterminer si la mesure en question *se rapportait à la conservation* de ressources naturelles épuisables, l'Organe d'appel a remarqué que la politique de protection et de conservation des tortues marines menacées d'extinction était *commune à tous les participants et participants tiers* à l'affaire¹⁰⁰¹. La pertinence de cette reconnaissance pour le critère normatif employé par l'Organe d'appel pour appliquer le paragraphe g) n'est cependant pas très évidente. Ainsi que nous l'avons noté, l'Organe d'appel avait infirmé l'interprétation réalisée par le Groupe spécial qui consacrait une valeur juridique au fait qu'une *mesure* de conservation soit appliquée dans le cadre d'une coopération internationale sur le sujet et non de façon *unilatérale*. L'Organe d'appel semble ici, au moins indirectement, essayer de consacrer une valeur juridique au fait que la *politique* générale de conservation des tortues marines menacées était partagée, en l'occurrence par les Membres de l'OMC. Or, quelle serait la conséquence si, par exemple, un ou plusieurs participants à l'affaire n'étaient pas signataire(s) de la CITES ?¹⁰⁰²

869. Étant donné qu'à la différence de ce qu'il a dit concernant une éventuelle *limitation de juridiction implicite à l'article XX g) (extraterritorialité)* l'Organe d'appel ne semble pas ici avoir considéré l'acceptation multilatérale de la *politique* de protection des animaux en extinction comme un élément normatif de son analyse, il nous semble que le fait qu'une mesure soit prise hors du cadre d'une politique acceptée multilatéralement (ou même qui ne relève de l'intérêt d'aucun autre Membre de l'OMC que celui qui l'adopte) n'empêche *a priori* pas qu'elle soit vue comme *se rapportant à* la conservation de la ressource naturelle.

870. Enfin, il y a lieu de relever que, lors de son examen de la portée du préambule de l'Accord sur l'OMC pour l'interprétation des dispositions multilatérales, l'Organe d'appel a aussi considéré que *certaines autres événements* qui s'étaient produits depuis que le préambule avait été négocié pourraient « aide[r] à éclaircir les objectifs des Membres de l'OMC

¹⁰⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para.135.

¹⁰⁰² L'Organe d'appel a expressément noté que tous les participants à l'appel étaient signataires de la CITES. *Ibid.*, note de bas de page 121.

concernant le lien entre commerce et environnement ». Il a notamment fait référence à la Décision sur le commerce et l'environnement qui a créé le CCE, ce Comité chargé, entre autres, d'élaborer des *recommandations appropriées* pour déterminer s'il y a lieu de *modifier les dispositions du système commercial multilatéral*. Or, l'Organe d'appel a aussi noté que le CCE n'avait pas encore fait de telles recommandations spécifiques et, qu'en attendant son intervention, il convenait d'interpréter le texte introductif « actuel » de l'Article XX en tenant compte du libellé spécifique du préambule de l'Accord sur l'OMC¹⁰⁰³. Il nous semble donc évident qu'une décision ou recommandation adoptée dans le cadre du CCE pourrait avoir une incidence sur l'interprétation des dispositions de l'OMC à l'instar du préambule de l'Accord sur l'OMC¹⁰⁰⁴.

871. Après avoir considéré que la mesure américaine était provisoirement justifiée au regard de l'Article XX g), l'Organe d'appel est passé à l'examen des prescriptions du texte introductif de l'Article XX. Ce faisant, il a réaffirmé les critères normatifs qu'il avait élaborés dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Essence*. Pour l'Organe d'appel, deux facteurs liés à l'application de la mesure américaine en question soulevaient des préoccupations particulières.

872. Premièrement, tel qu'elle était appliquée, la mesure américaine contraignait les pays exportateurs de crevettes à adopter *essentiellement la même* politique de protection des tortues que celle qui était appliquée par les États-Unis, c'est-à-dire, imposer aux crevettiers d'employer des DET. Cependant, selon l'Organe d'appel, la mesure était trop *rigide et stricte* et ne permettait pas de tenir compte des différences de conditions qui pouvaient exister sur le territoire des autres Membres, ni de la présence réelle des tortues dans les eaux, ou encore

¹⁰⁰³ *Ibid.*, paras. 154-155.

¹⁰⁰⁴ En effet, l'Organe d'appel a renforcé la portée juridique des décisions adoptées par les Comités de l'OMC lors de l'affaire *États-Unis – Thon II* quand il a considéré qu'une décision prise par le Comité des OTC était un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou l'application de ses dispositions » au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En l'occurrence, l'Organe d'appel a eu recours à cette décision du Comité pour fonder son interprétation des contours normatifs de l'Article 2.4 de l'Accord OTC, en particulier de l'expression *norme internationale*. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thons II*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012, paras. 371-372.

d'autres efforts de conservation autant voire plus efficaces que les DET pour la protection des tortues que d'autres Membres pourraient promouvoir¹⁰⁰⁵.

873. Deuxièmement, l'Organe d'appel a noté que, même si les États-Unis avaient entamé des efforts de coopération avec les nations d'Amérique, y compris le Brésil, et des Caraïbes concernant l'obligation d'imposer l'utilisation des DET à leurs crevettiers, le même élan négociateur *sérieux* n'avait pas eu lieu avec les parties plaignantes. En l'occurrence, l'Organe d'appel a noté que les États-Unis avaient, entre autres, négocié et conclu en 1996 la Convention interaméricaine pour la protection et la conservation des tortues marines ainsi que coopéré avec 14 pays de la région Caraïbes/Atlantique Ouest afin de leur transmettre la technologie du DET¹⁰⁰⁶. Or, selon l'Organe d'appel, les faits du différend n'indiquaient pas que des efforts diplomatiques sérieux et substantiels avaient été déployés avec d'autres pays exportateurs de crevettes. Ce manque de flexibilité¹⁰⁰⁷ et d'effort de négociation équitable dénotait, selon l'Organe d'appel, que la discrimination découlant de l'application de la

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, paras. 161-165. Sur ce point, l'Organe d'appel a affirmé « qu'il y a discrimination non seulement lorsque les pays où les mêmes conditions existent sont traités de manière différente, mais aussi lorsque l'application de la mesure en cause ne permet pas de s'assurer du bien-fondé du programme de réglementation au regard des conditions existant dans ces pays exportateurs ». *Ibid.*, para. 165.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, paras. 166-175. Il est intéressant de noter qu'à l'instar du Groupe spécial, l'Organe d'appel a expressément mentionné la Déclaration de Rio de 1992 (en particulier son principe 12) et l'Action 21 pour étayer son interprétation que les États-Unis auraient dû également avoir entrepris des efforts de coopération bilatéraux ou internationaux avec les parties plaignantes. L'Organe d'appel s'est aussi référé à plusieurs autres instruments internationaux, y compris le rapport de 1996 du CCE que le Conseil général a présenté aux Ministres à l'occasion de la Conférence ministérielle de Singapour, en notant l'importance de l'action environnementale collective au lieu d'une action unilatérale. En revanche, comme nous l'avons noté, à la différence du Groupe spécial, l'Organe d'appel ne semble pas avoir considéré le fait que la mesure ait été adoptée en dehors du cadre d'une telle coopération internationale *a priori* comme un facteur décisif pour la question de savoir si la mesure pouvait être justifiée à l'égard de l'Article XX. Il nous semble que l'Organe d'appel ait utilisé cette référence seulement pour étayer son interprétation que le manque d'effort négociateur dénotait l'arbitre et le caractère injustifiable de la discrimination imposée par la mesure américaine. *Ibid.*, para. 168.

¹⁰⁰⁷ Il y a lieu de relever le besoin qu'une mesure soit *flexible* - c'est-à-dire qu'elle permette d'examiner le « bien-fondé » ou l'efficacité d'une mesure prise par un autre Membre (ou par un exportateur) afin de démontrer la réalisation d'un objectif quelconque établi par le Membre qui applique la mesure - est aussi présent dans d'autres accords de l'OMC. À titre d'exemple, l'Article 2.8 de l'Accord OTC détermine que les règlements techniques, « [d]ans tous les cas où cela sera approprié » soient « basés sur les prescriptions relatives au produit *en fonction des propriétés d'emploi* du produit *plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives* ». De ce fait, l'exigence de *flexibilité* imposée par l'Organe d'appel pour que les effets discriminatoires d'une mesure ne soient pas considérés comme arbitraires ou injustifiables à l'égard du texte introductif de l'Article XX nous semble tout à fait cohérente avec l'esprit et le libellé des dispositions de l'Accord OTC.

mesure était arbitraire et injustifiable¹⁰⁰⁸. En conséquence, l'Organe d'appel a affirmé que la mesure ne respectait pas les prescriptions du texte introductif de l'Article XX et était, ainsi, incompatible avec les dispositions du GATT.

874. En outre, comme il l'avait fait lors de l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a finalement tenu à exposer certaines conclusions afin de préciser la portée de sa décision. En particulier, il a noté ce qui suit :

« En formulant ces conclusions, nous tenons à insister sur ce que nous n'avons *pas* décidé dans cet appel. Nous n'avons *pas* décidé que la protection et la préservation de l'environnement n'ont pas d'importance pour les Membres de l'OMC. Il est évident qu'elles en ont. Nous n'avons *pas* décidé que les nations souveraines qui sont Membres de l'OMC ne peuvent pas adopter de mesures efficaces pour protéger les espèces menacées telles que les tortues marines. Il est évident qu'elles le peuvent et qu'elles le doivent. Et nous n'avons *pas* décidé que les États souverains ne devraient pas agir de concert aux plans bilatéral, plurilatéral ou multilatéral, soit dans le cadre de l'OMC, soit dans celui d'autres organismes internationaux, pour protéger les espèces menacées ou protéger d'une autre façon l'environnement. Il est évident qu'ils le doivent et qu'ils le font »¹⁰⁰⁹ (italiques dans l'original).

875. À la suite de l'affaire, les États-Unis ont adopté des directives révisées portant application de l'article 609 de la loi générale n° 101-162 concernant la protection des tortues marines au cours des opérations de pêche à la crevette au chalut (« directives révisées »). Ces directives révisées énoncèrent de nouveaux critères selon lesquels, désormais, un pays pouvait être certifié pour importer des crevettes sur le marché américain même si son programme de protection des tortues n'imposait pas l'utilisation des DET. Dans ce cas, le pays exportateur devait démontrer qu'il avait mis en place, et appliquait, un programme réglementaire *d'efficacité comparable* à celui des États-Unis afin de protéger les tortues marines sans avoir recours à des DET. De surcroît, les autorités américaines chargées de la certification étaient obligées de « dûment [tenir] compte des différences démontrées entre les conditions dans lesquelles s'effectue la pêche de la crevette aux États-Unis et celles dans

¹⁰⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thons II*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012, paras. 176-184. L'Organe d'appel a également noté certains éléments discriminatoires ayant trait à la procédure d'examen des demandes de certification, y compris le manque de transparence des décisions prises. *Ibid.*, paras. 180-184.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*, para. 185.

lesquelles elle s'effectue dans d'autres pays, ainsi que des renseignements disponibles émanant d'autres sources »¹⁰¹⁰.

876. Toutefois, en octobre 2000, la Malaisie a eu recours à la procédure de contrôle de la mise en œuvre des conclusions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC (Article 21:5 du Mémoire d'accord), considérant que les directives révisées, telles qu'elles étaient appliquées, continuaient d'être incompatibles avec l'Article XI du GATT et n'étaient toujours pas justifiées au regard de l'Article XX. La Malaisie alléguait notamment que les États-Unis n'auraient pas dû maintenir leur embargo sur l'importation de crevettes sans avoir auparavant *négocié et conclu* avec elle un accord international de conservation des tortues marines - ce qui ne s'était pas encore produit¹⁰¹¹. De plus, la mesure manquerait encore de flexibilité du fait que les États-Unis avaient imposé leur politique de protection des tortues marines *unilatéralement*¹⁰¹².

877. L'Organe d'appel a cependant réfuté ces deux arguments de la Malaisie. En premier lieu, il a considéré que les États-Unis n'étaient pas obligés de négocier *et conclure* un accord de conservation avec la Malaisie avant d'imposer l'interdiction d'importation de crevettes provenant de pays non-certifiés pour que la mesure en question respecte les prescriptions du texte introductif de l'Article XX du GATT¹⁰¹³. D'après l'Organe d'appel, ce que le texte introductif de l'Article XX exigeait, en l'occurrence, était que les États-Unis fassent *des efforts de bonne foi* pour parvenir à des accords internationaux qui *soient comparables d'une enceinte de négociation à l'autre*.

878. L'Organe d'appel s'est à nouveau référé expressément au libellé de la Déclaration de Rio de 1992 pour étayer son argumentation. Cette-fois-ci, en revanche, il a souligné qu'au regard du Principe 12 de la Déclaration, le principe selon lequel *les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières* devaient être fondées sur « un consensus

¹⁰¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes (21:5 Malaisie)*, WT/DS58/AB/RW, 22 octobre 2001, para. 6.

¹⁰¹¹ *Ibidem*, paras. 111-116.

¹⁰¹² *Ibid.*, paras. 135-136.

¹⁰¹³ *Ibid.*, paras. 122-123. D'après l'Organe d'appel, si cela était le cas, la prescription d'éviter une discrimination arbitraire ou injustifiable « signifierait que tout pays partie aux négociations avec les États-Unis (...) aurait, en fait, un droit de veto sur la possibilité pour les États-Unis d'honorer les obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC ». *Ibid.*, para. 123.

international » était nuancé par l'expression « *autant que possible* ». Pour l'Organe d'appel, ce qualificatif démontrait que la conclusion d'un accord international ne pouvait pas être imposée¹⁰¹⁴. Cette interprétation démontre, à notre avis, l'importance que certains libellés des instruments de protection environnementale peuvent avoir dans le cadre du règlement de différends relevant d'autres systèmes juridiques internationaux que ceux directement liés au droit international environnemental. Ce fait est encore plus pertinent s'agissant des concepts normatifs qui ont plusieurs objectifs comme le développement durable. Il montre aussi que différents interprètes peuvent avoir recours à des termes et expressions différents d'un même texte juridique afin d'étayer leur interprétation juridique.

879. En l'espèce, l'Organe d'appel a considéré que les efforts de négociation des États-Unis avec des pays exportateurs, dont la Malaisie, entamés après sa décision de 1998 avaient été *sérieux* et réalisés *de bonne foi*. Dès lors, l'absence d'initiative négociatrice qui avait été identifiée par l'Organe d'appel dans le cadre de la procédure de règlement des différends n'était plus considérée comme un facteur attestant que la mesure était appliquée de façon contraire aux prescriptions de l'Article XX du GATT¹⁰¹⁵.

880. Deuxièmement, l'Organe d'appel a considéré que les directives révisées ne manquaient pas de flexibilité. Il a d'abord réaffirmé sa position selon laquelle le caractère *unilatéral* de la mesure américaine ne pouvait pas, *en soi*, déterminer qu'elle était incompatible avec les prescriptions du texte introductif du GATT¹⁰¹⁶. En acceptant de certifier des pays exportateurs, même si ceux-ci n'imposaient pas l'utilisation des DET, les États-Unis avaient corrigé le problème identifié initialement par l'Organe d'appel - c'est-à-dire, l'exigence que les pays exportateurs adoptent *essentiellement la même* politique de

¹⁰¹⁴ Selon l'Organe d'appel :

« [L]a partie pertinente du Principe 12 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement dispose que "[l]es mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international". De toute évidence, et "autant que possible", la préférence est largement donnée à une approche multilatérale. Toutefois, c'est une chose de *préférer* une approche multilatérale dans l'application d'une mesure qui est provisoirement justifiée au titre d'un des alinéas de l'article XX du GATT de 1994 et c'en est une autre de prescrire la *conclusion* d'un accord multilatéral comme condition nécessaire pour éviter une "discrimination arbitraire ou injustifiable" conformément au texte introductif de l'article XX » (italique dans l'original, notes de bas de page omises) (*Ibid.*, para. 124)

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, paras.131-133.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, paras. 137-138.

protection environnementale qu'eux. D'après l'Organe d'appel, le fait que la mesure exigeait maintenant qu'un pays exportateur démontre avoir mis en place et appliqué une politique de conservation *d'efficacité comparable* à celle des États-Unis établissait que la mesure était *suffisamment flexible* tout en permettant aux autorités américaines de *s'assurer du bien-fondé du programme de réglementation* au regard des conditions existant dans ces pays exportateurs¹⁰¹⁷.

881. De plus, les autorités américaines étaient désormais obligées de tenir dûment compte des différences démontrées entre les conditions dans lesquelles s'effectue la pêche à la crevette aux États-Unis et celles dans d'autres pays¹⁰¹⁸. De ce fait, la mesure américaine, telle que modifiée par les directives révisées, n'était plus appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable. Dès lors, la mesure environnementale américaine était dorénavant justifiée à l'égard des dispositions du GATT¹⁰¹⁹.

882. Ainsi, c'est dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* qu'une mesure environnementale contestée a pour la première fois été considérée comme compatible avec les dispositions du système commercial multilatéral. Il s'agit aussi de la première fois où une mesure environnementale modifiée à la suite d'une décision du système multilatéral de règlement des différends commerciaux a de nouveau été soumise à l'examen d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

883. L'importance de l'approche interprétative retenue par l'Organe d'appel dans cette affaire - considérée conjointement avec celle employée dans l'affaire *États-Unis – Essence* qui a effectivement reconfiguré les contours normatifs de l'application des exceptions de l'Article XX et consacré considérablement plus de marge d'action aux politiques

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, paras. 139-144

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, paras. 145-150. Sur ce point, l'Organe d'appel a clarifié ce qui suit :

« [U]ne mesure devrait être conçue de façon à ce qu'il y ait une flexibilité suffisante pour tenir compte des conditions spécifiques existant dans *tout* Membre exportateur, y compris, naturellement, la Malaisie. Toutefois, cela ne revient pas à dire qu'il doit y avoir dans la mesure des dispositions spécifiques visant à traiter spécifiquement des conditions particulières existant dans *chaque* Membre exportateur *pris individuellement*. L'article XX du GATT de 1994 n'exige pas qu'un Membre anticipe et prévoie explicitement les conditions spécifiques qui existent et qui évoluent dans *chaque* Membre *pris individuellement* » (italiques dans l'original, notes de bas de page omises) (*Ibid.*, para. 149)

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, para. 152.

environnementales adoptées par les Membres de l'OMC - ne peut ainsi être sous-estimée. Tout aussi intéressante est l'importance symbolique de la considération qu'une mesure environnementale est compatible avec les dispositions de l'OMC. C'est un signe que les systèmes multilatéraux du commerce et de la protection environnementale peuvent effectivement coexister.

884. De plus, certains éléments démontrent que les membres de l'Organe d'appel étaient tout à fait conscients de la portée politique de ces premières affaires environnementales traitées dans le cadre de l'OMC. À côté des « considérations finales » des rapports mettant en évidence l'opinion des membres de l'Organe d'appel sur la relation entre les règles commerciales et les mesures environnementales, ceux-ci se sont prononcés en 2005 sur le sujet dans le cadre d'une rare table-ronde¹⁰²⁰. Mitsuo Matsushita a alors expressément indiqué que l'accent mis sur l'importance de l'ordre d'analyse consistant à examiner la mesure environnementale en question au regard des alinéas de l'Article XX du GATT avant de l'analyser par rapport aux prescriptions du texte introductif reposait sur des raisons autant politiques que juridiques. Selon lui, « [t]he environmental issue is so important that it has to be recognized within the framework of GATT Article XX. This is a mixture of legal interpretation and policy consideration »¹⁰²¹. Dans le même sens, James Bacchus nota ce qui suit :

« I think it is important for those out in the world to know that whatever the failings of the Appellate Body, those failings are not caused by the fact that members of the Appellate Body are narrow-minded trade gurus who wear blinders and thus cannot see any values other than trade. This is not true of the members of the WTO, it's not true of the WTO Agreement, and it's certainly not true of the members of the Appellate Body »¹⁰²².

885. Enfin, on peut raisonnablement arguer que la mesure américaine telle que modifiée à la suite de l'affaire offre une protection plus efficace et effective des tortues marines. Alors

¹⁰²⁰ CHARNOVITZ, Steve (modérateur) et JACKSON, John H. (commentateur) ; BACCHUS, James, LACARTE-MURÓ, Julio, MATSUSHITA, Mitsuo (membres du panel), « WTO Appellate Body Roundtable », *Proceedings of the Annual Meeting of American Society of International Law*, vol. 99, 2005, p. 175-187.

¹⁰²¹ *Ibidem*, p. 180.

¹⁰²² *Ibidem*, p. 182.

que la mesure originale exigeait l'utilisation *du même mécanisme de protection* partout, indépendamment de l'efficacité ou du « bien-fondé » de cette option de politique publique quel que soit le lieu, la nouvelle mesure assure qu'indépendamment de l'option de politique publique précise choisie, la protection doit être, au minimum, *d'efficacité comparable* à l'utilisation des DET.

886. Ainsi, en soulignant l'importance des critères de discrimination *arbitraire ou injustifiable* de l'Article XX et en transposant le cœur de l'examen juridique des éléments discriminatoires des alinéas vers le texte introductif de cette disposition, l'Organe d'appel a effectivement non seulement consacré plus de déférence à l'égard du choix spécifique de politique publique du Membre en cause, mais aussi garanti que d'éventuels éléments discriminatoires soient identifiés comme *ceux qui doivent être éliminés*. De ce fait, et si ces éléments discriminatoires ne contribuent pas à la réalisation de l'objectif environnemental, un Membre qui modifie sa politique publique et les élimine, contribuera non seulement au respect des droits commerciaux mais aussi à la réalisation de l'objectif environnemental. En effet, dans la plupart des cas, ces composantes discriminatoires opèrent en opposition avec l'objectif environnemental.

887. Une mesure qui n'est pas *discriminatoire stricto sensu* - c'est-à-dire, une discrimination qui n'est ni arbitraire ni injustifiable - contribuera généralement davantage à la réalisation des objectifs environnementaux. Cette logique vaut aussi dans le cas des subventions dans la mesure où, ainsi que nous l'avons démontré auparavant, ces éléments arbitraires ou injustifiables opèrent de façon à augmenter les coûts des politiques de soutien ainsi qu'à empêcher que les défaillances du marché et les externalités environnementales en cause soit bien ciblées.

888. La solution dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* a été amplement examinée et commentée par la doctrine et les experts en politiques environnementale et commerciale¹⁰²³.

¹⁰²³ Voir, entre autres : CHARNOVITZ, Steve, « World trade organization “turtle”; decision makes progress », *Journal of International Wildlife Law & Policy*, vol. 1, n° 2, 1998, p. 307-308 ; ATIK, Jeffery, « Two Hopeful Readings of Shrimp-Turtle », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 9, 1999, p. 6-12 ; HOWSE, Robert, « The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 27, 2002, p. 491-514 ; KELLY, J. Patrick, « The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO

Si les échecs du recours à l'exception de l'Article XX avaient engendré des préoccupations importantes, la modification des contours normatifs de la disposition et l'issue positive de cette affaire ont commencé à offrir un cadre juridique reflétant mieux les impératifs de renforcement mutuel des questions environnementales et commerciales en consonance avec l'objectif de développement durable reconnu à l'échelle politique globale depuis 1992¹⁰²⁴.

889. Le processus de prise en compte de cet objectif se poursuivra dans le cadre d'affaires environnementales ultérieures dans lesquelles l'Organe d'appel appliquera les dispositions de l'Article XX ainsi que d'autres accords de l'OMC en employant la même approche interprétative, même s'il ne le fera pas toujours de façon si expresse. Nous nous limiterons à en mentionner quelques-unes afin de souligner certains éléments et critères normatifs pertinents pour l'application de l'Article XX aux mesures de soutien, avant d'examiner avec plus d'attention l'approche interprétative de l'Organe d'appel pour l'application des dispositions de l'Accord SMC aux mesures de soutien aux technologies vertes.

Paragraphe 3 : Les affaires *Brésil – Pneumatiques rechapés et États-Unis – Thon II (Mexique)* - la concrétisation des contours normatifs de l'Article XX interprété à la lumière de l'objectif de développement durable et de protection environnementale

890. Durant les 20 premières années de fonctionnement du système de règlement des différends de l'OMC, on peut recenser sept autres affaires dans lesquelles un Membre de

Governance », *Cornell International Law Journal*, vol. 38, n° 2, article 4, 2005, p. 459-49 ; CHANG, Howard F., « Environmental Trade Measures, the Shrimp-Turtle Rulings, and the Ordinary Meaning of the Text of the GATT », *Chapman Law Review*, vol. 8, n° 25, 2005, p. 25-51. Pour une vision plutôt négative, voir : PYATT, Suzanne, « The WTO Sea Turtle Decision », *Ecology Law Quarterly*, vol. 26, n° 4, article 9, 1999, p. 815-838.

¹⁰²⁴ R. Howse, par exemple, a affirmé ce qui suit sur l'infirmité par l'Organe d'appel de l'approche interprétative employée par le Groupe spécial dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Crevettes* :

« The Appellate Body had to choose between affirming the orthodox free trader view that prevailed within the trade policy community or acknowledging in some way and attempting to mitigate the harm to the external legitimacy of the system from simply excluding even nondiscriminatory trade policies to deal with global environmental problems. Had the Appellate Body upheld the panel's approach (or defended the result or a similar result on another doctrinal grounds), it would have clearly been perceived as siding with the 'institution' on an issue that sharply divided insiders from important outsider constituencies. To use the language some scholars have deployed, the Appellate Body would have chosen 'internal legitimacy' over 'external legitimacy'. The Appellate Body took the opposite course. ... The Appellate Body was quite capable of giving purchase to constituencies characteristically critical of, if not hostile to, the WTO as a neo-liberal or free trade-driven institution. Yet this revelation was not so easy to see unless one followed carefully the GATT/WTO legal system » (HOWSE, Robert, « The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary », *The European Journal of International Economic Law*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 37).

l'OMC a eu recours aux exceptions de l'Article XX afin de justifier une mesure commerciale restrictive adoptée aux fins de protection environnementale.

A. L'affaire Brésil – Pneumatiques rechapés : les contours normatifs du test de la nécessité

891. La première affaire à l'occasion de laquelle l'Organe d'appel a eu l'occasion de se prononcer sur les contours normatifs de l'alinéa b) de l'Article XX (mesures *nécessaires* à la protection de la santé et de la vie des personnes ainsi que des animaux ou à la préservation des végétaux) appliqué à une mesure environnementale a été l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Il s'agit aussi de la première affaire dans laquelle une mesure prise aux fins de protection environnementale par un pays en développement Membre a été examinée à la lumière de dispositions commerciales.

892. En l'occurrence, le Brésil avait imposé une interdiction générale des importations de pneumatiques rechapés¹⁰²⁵ et usagés en vertu de la *portaria n° 14* du 17 novembre 2004 et certaines autres décisions d'institutions gouvernementales brésiliennes, dont l'Institut brésilien de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables (IBAMA) et le Conseil national de l'environnement (CONAMA)¹⁰²⁶. Cependant, à la suite de la décision d'un tribunal arbitral *ad hoc* du Mercosur du 9 janvier 2002¹⁰²⁷, les exportations de

¹⁰²⁵ Les pneumatiques rechapés sont fabriqués en reconditionnant des pneumatiques usagés, c'est-à-dire en retirant la bande de roulement usée du squelette (enveloppe) d'un pneumatique usagé et en la remplaçant par un nouveau matériau prenant la forme d'une nouvelle bande de roulement et, parfois, par un nouveau matériau appliqué sur une partie ou la totalité des flancs également. Les pneumatiques rechapés ont une durée de vie plus courte que les pneumatiques neufs. Les pneumatiques rechapés pour voitures particulières ne peuvent pas être rechapés à nouveau et les pneumatiques rechapés pour véhicules utilitaires ont moins de cycles de vie restants. Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, 12 juin 2007, paras. 2.1 et 4.20-21.

¹⁰²⁶ *Ibidem*, paras. 2.3-2.12.

¹⁰²⁷ Le différend dans le cadre du système de règlement des différends du Mercosur a pour l'essentiel porté sur la même mesure que celui de l'OMC et les obligations découlant de ce système régional sont assez similaires à celles du GATT. En revanche, lors des procédures qui se sont déroulées dans le cadre du Mercosur, le Brésil n'a pas mis l'accent sur les justifications environnementales comme il l'a fait devant l'OMC, ni soulevé les exceptions générales disponibles à cet égard. Cependant, le tribunal arbitral du Mercosur a fait mention expresse à certaines considérations du ministère de l'environnement brésilien différenciant les préoccupations environnementales soulevées par les pneumatiques rechapés de celles soulevées par les pneumatiques usagés, ces derniers étant plus problématiques d'après le ministère. Le tribunal arbitral a ainsi décidé que l'interdiction imposée par le Brésil était incompatible avec les obligations commerciales du Brésil en vertu de l'accord régional. Voir MERCOSUR, *Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL constituído para entender da controversia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Federativa do Brasil sobre "Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados (Remolded) Procedentes de Uruguai"*, arrêt du 9

pneumatiques rechapés en provenance d'autres pays du Mercosur ont été exemptées de l'interdiction générale¹⁰²⁸.

893. Outre les importations des pays du Mercosur, certaines entreprises brésiliennes du secteur du rechapage avaient obtenu des injonctions préliminaires de tribunaux inférieurs brésiliens leur permettant d'importer des pneumatiques usagés afin de les utiliser comme intrants dans leur production de pneumatiques rechapés. En effet, à cette époque au Brésil, différentes procédures juridiques internes avaient été engagées mettant en balance les droits constitutionnels à la santé et à la protection de l'environnement d'un côté et le droit à l'activité économique des entreprises de rechapage de l'autre. Ces affaires s'étaient lentement dirigées vers la Cour suprême du Brésil¹⁰²⁹.

894. Or, en 2006, les CE ont argué devant l'OMC que l'interdiction était incompatible avec l'Article XI du GATT et n'était pas justifiée au regard de l'Article XX¹⁰³⁰. En particulier, les CE considéraient que d'autres *solutions de rechange raisonnablement disponibles* pour le Brésil et moins restrictives pour les échanges auraient pu être adoptées comme, par exemple, le recyclage et la réaffectation des pneumatiques usagés¹⁰³¹. Les CE se plaignaient aussi du fait que les pays membres du Mercosur étaient exemptés de l'interdiction et que l'importation de quantités importantes de pneumatiques usagés bénéficiant des injonctions préliminaires consacrait une protection injustifiée des producteurs nationaux brésiliens de pneumatiques rechapés.

895. Cependant, d'après le Brésil, l'interdiction était justifiée au regard de l'Article XX b) car elle était nécessaire pour réduire la quantité de pneumatiques de rebut qui s'accumulaient dans l'environnement brésilien. Or, selon le Brésil, cette situation présentait plusieurs

janvier 2002. Pour un commentaire de cette affaire, voir : MOROSINI, Fabio, « The MERCOSUR Trade and Environment Linkage Debate: The Disputes over Trade in Retreaded Tires' », *Journal of World Trade*, vol. 44, n° 5, 2010, p. 1127-1144.

¹⁰²⁸ Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, 12 juin 2007, paras. 2.13-17.

¹⁰²⁹ *Ibidem*, paras. 4.108-113 et 5.62-63.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, paras. 3.1 et 7.1, 358, 391 et 448. Les CE ont également argué que les amendes applicables à l'importation, à la commercialisation, au transport, au stockage, à la conservation ou à l'entreposage de pneumatiques rechapés et les restrictions légales imposées par certains États brésiliens à la vente et à la commercialisation de pneumatiques rechapés importés étaient contraires aux Articles XI et III:4 du GATT.

¹⁰³¹ Les CE ont mentionné, entre autres : a) la mise en décharge contrôlée ; b) le stockage ; c) l'incinération de pneus usagés dans des fours à ciment et des installations similaires (valorisation énergétique et co-incinération des déchets) ; d) le recyclage des matériaux.

risques, y compris : i) un risque d'incendies dangereux, ii) un risque de contamination du sol environnant ainsi que des cours d'eau et des aquifères situés à proximité par l'huile produite par les incendies de pneumatiques, et iii) un risque que les pneumatiques de rebut constituent des gîtes larvaires pour les moustiques qui transmettent plusieurs maladies dangereuses, une situation relevant ainsi d'un risque pour la santé humaine mais aussi animale, en particulier pour les singes¹⁰³².

896. Le Groupe spécial saisi de l'affaire a considéré que l'interdiction était incompatible avec l'Article XI du GATT. S'agissant de l'alinéa b), le Groupe spécial a convenu avec le Brésil que le risque découlant de l'accumulation dans l'environnement des pneumatiques usagés était important, tant pour la santé des personnes que pour l'environnement plus largement, et que la protection de ces objectifs rentrait dans le cadre des politiques concernées par l'Article XX b)¹⁰³³. Ce faisant, le Groupe spécial a confirmé la *portée environnementale* de l'alinéa b) de l'Article XX, contrairement à ce qu'arguait les CE. En effet, les CE avaient, en l'occurrence, considéré que l'Article XX b) n'était pas une disposition « qui englobe des mesures destinées à protéger l'environnement en général »¹⁰³⁴. Précisant le champ des termes « animaux » et « végétaux » de la note de bas de page de l'Annexe A de l'Accord SPS en considérant qu'ils englobent les *poissons et la faune sauvage* ainsi que *les forêts et la flore sauvage*, le Groupe spécial a statué que la référence faite par le Brésil à la protection de l'environnement était une « formulation abrégée du membre de phrase "la santé et la vie des animaux ou la préservation des végétaux" »¹⁰³⁵. De ce fait, le Groupe spécial a pu prendre en considération, par exemple, les risques pour les « animaux » et « végétaux » découlant de la

¹⁰³² Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, 12 juin 2007, paras. 3.3 et 7.82, 88 et 90. À l'égard de l'exception au bénéfice des exportations du Mercosur, le Brésil arguait que la mesure avait été prise en fonction d'une obligation découlant d'un accord commercial international établissant une union douanière. Eu égard à l'exception de l'Article XXIV, il considérait que cet accord n'était pas incompatible avec le GATT et l'exemption des exportations du Mercosur était, ainsi, justifiée à l'égard de l'Article XX d) du GATT. *Ibidem*, para. 7.449.

¹⁰³³ *Ibid.*, paras. 7.71, 82-83, 88, 93 et 100.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, paras. 7.45 et 95.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, paras. 7.46 et 94-102. Il y a lieu de relever, en revanche, que le Groupe spécial semble avoir essayé de circonscrire la portée de son interprétation en considérant que « dans la mesure où le Brésil invoque l'existence d'un risque pour la santé et la vie des animaux ou la préservation des végétaux au sens de l'article XX b), il doit établir l'existence non seulement de risques pour "l'environnement" en général, mais plus particulièrement de risques pour la santé et la vie des animaux ou la préservation des végétaux ». En tout état de cause, le Groupe spécial ne semble pas avoir appliqué ce critère normatif de façon stricte dans le reste de son examen. *Ibid.*, para. 7.46.

potentielle contamination du sol environnant ainsi que des cours d'eau et des aquifères situés à proximité par l'huile produite par les incendies de pneumatiques¹⁰³⁶.

897. Puis, le Groupe spécial a appliqué les critères du test de nécessité élaboré par l'Organe d'appel. Il a d'abord précisé que, des mesures autres que celles qui sont *indispensables*, d'une *nécessité absolue* ou encore *inévitables* peuvent aussi être considérées comme *nécessaires*. Puis, il a souligné que, dans le champ sémantique du terme « nécessaire », on trouve à une extrémité « indispensable » et à l'autre extrémité « simplement favoriser ». Or, une mesure nécessaire se situerait « beaucoup plus près du pôle "indispensable" que du pôle opposé »¹⁰³⁷. Selon les critères juridiques dégagés, l'examen de la nécessité d'une mesure implique *un processus de soupesage et de mise en balance* de trois facteurs en particulier : i) l'importance relative des intérêts ou valeurs promus par la mesure contestée, ii) le degré de contribution de la mesure à la réalisation de l'objectif, et iii) le degré de restriction aux échanges internationaux imposé par la mesure commerciale. D'après ces critères, plus l'objectif et la contribution de la mesure à sa réalisation sont importants, plus celle-ci sera considérée

¹⁰³⁶ Le raisonnement du Groupe spécial lors de son examen de ce risque en particulier mérite attention. Il démontre la difficulté que peut engendrer une interprétation trop stricte des termes juridiques employés dans les accords internationaux négociés, en l'occurrence, des décennies avant leur application. Selon nous, une *approche interprétative* des termes de l'Article XX b) similaire à celle employée l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Crevettes* en relation avec les termes de l'alinéa g), aurait évité cette « contorsion » interprétative. En l'espèce, le Groupe spécial a en effet considéré :

« [I]l existe un risque de contamination du sol environnant ainsi que des cours d'eau et des aquifères situés à proximité par l'huile produite par les incendies de pneumatiques. Bien que les éléments de preuve dont nous disposons *expliquent moins clairement en quoi consiste le risque pour la santé et la vie des animaux et la préservation des végétaux* par opposition au risque pour la santé et la vie des personnes, *ils donnent à penser que la contamination de l'eau et du sol a inévitablement une incidence défavorable sur la santé et la vie des animaux et la préservation des végétaux*. À titre d'exemple, nous faisons observer qu'un incendie survenu dans l'Ohio (États-Unis) a entraîné la mort de milliers de poissons dans un petit cours d'eau situé à proximité en raison de l'huile produite par cet incendie. À cet égard, nous rappelons notre constatation antérieure figurant au paragraphe 7.77 selon laquelle des éléments de preuve spécifiques sur l'incidence défavorable des incendies de pneumatiques sur la santé et la vie des personnes sur le territoire brésilien ne sont pas nécessaires pour prouver l'existence du risque que présentent de tels incendies au Brésil. Le même raisonnement s'applique également ici. Nous *relevons également les éléments de preuve montrant que, puisque de nombreux tas de pneumatiques se trouvent dans des zones rurales, il y a un grand risque que les incendies de pneumatiques s'étendent à des zones boisées, y compris des fourrés, des forêts et des terres sauvages* » (notes de bas de page omises, italiques ajoutés) (*Ibid.*, para. 7.88).

¹⁰³⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, WT/DS161/AB/R, 11 décembre 2000, para. 161.

comme *nécessaire*. En revanche, plus ses effets sur les échanges sont restrictifs et/ou sa contribution moindre, plus la démonstration de sa nécessité sera difficile¹⁰³⁸.

898. Enfin, s'inspirant des critères normatifs développés par les groupes spéciaux du GATT¹⁰³⁹, l'Organe d'appel a aussi considéré que, dans le cas où une *mesure moins restrictive aux échanges* (ou moins incompatible avec les dispositions du GATT) existe et où *l'on peut raisonnablement attendre qu'un Membre l'emploie* pour atteindre l'objectif poursuivi, la mesure en cause ne pourra être considérée comme *nécessaire*.

899. Cependant, l'Organe d'appel a considérablement modifié les enjeux normatifs de l'application des critères permettant de déterminer la *nécessité* des mesures prises en application des alinéas a) et b) lors des affaires *CE – Amiante* et *États-Unis – Jeux*. Dans ces affaires, l'Organe d'appel a, en effet, inversé la charge de la preuve pour ce qui concerne que le troisième élément du test de nécessité, c'est-à-dire l'existence éventuelle de mesures alternatives moins restrictives pour le commerce et raisonnablement disponibles. Pour ce dernier élément, il a indiqué qu'il ne suffirait simplement aux parties plaignantes d'énumérer des alternatives moins contraignantes *théoriques*. Si cela était le cas, les Accords de l'OMC imposeraient une charge de preuve *irréalisable* pour les parties défenderesses qui seraient tenues d'identifier « l'ensemble des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce puis de montrer qu'aucune de ces mesures ne réalise l'objectif souhaité »¹⁰⁴⁰. Cette approche rendrait inutiles les exceptions des paragraphes a), b) et d) l'Article XX.

900. Au contraire, une fois que la partie défenderesse établit *prima facie* que sa mesure est *nécessaire* eu égard aux éléments de soupesage et mise en balance mentionnés ci-dessus, il incombe à la partie plaignante de démontrer qu'une mesure de rechange existait, était raisonnablement disponible et pouvait atteindre l'objectif visé *avec le même degré et avec le*

¹⁰³⁸ *Ibidem*, paras. 163-164. Voir aussi Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, para. 172.

¹⁰³⁹ Voir l'examen que l'Organe d'appel a fait de l'affaire *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière* dans son rapport sur l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* : Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, WT/DS161/AB/R, 11 décembre 2000, paras. 165-166. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a expressément confirmé l'approche selon laquelle une mesure ne pourrait être considérée comme *nécessaire* s'il existe une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement que la partie l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général.

¹⁰⁴⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *États- États-Unis – Jeux*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, para. 309.

même niveau de protection que ceux envisagés par le Membre qui a adopté la mesure¹⁰⁴¹. Si c'est établi, la charge de la preuve revient vers la partie défenderesse pour réfuter la disponibilité des mesures suggérées.

901. Le Groupe spécial de l'affaire *Brésil – Pneux rechapés* a procédé à l'application de ces critères juridiques à la mesure brésilienne contestée. Il a d'abord considéré que l'objectif de la mesure brésilienne était d'une grande importance. En particulier, le Groupe spécial a relevé que la protection contre les « pathologies humaines (...) associées à l'accumulation de pneumatiques de rebut (...) est à la fois vital et important au plus haut point »¹⁰⁴². S'agissant de l'objectif de protection environnementale, le Groupe spécial s'est basé sur le préambule de l'Accord sur l'OMC ainsi que sur la Déclaration de Rio de 1992 pour souligner que les Membres de l'OMC étaient *conscients de l'importance* et de la *légitimité de la protection de l'environnement* en tant qu'objectif de politiques nationales et internationales. Par

¹⁰⁴¹ L'Organe d'appel avait affirmé lors de l'affaire *CE – Amiante* que chaque Membre de l'OMC avait « le droit de fixer le niveau de protection de la qu'i[l] jug[eait] approprié dans une situation donnée ». Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, para. 168. Dans le même sens, voir : Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Viande de bœuf*, WT/DS161/AB/R, 11 décembre 2000, para. 176. Puis, en examinant la mesure de rechange proposée par le Canada à l'interdiction d'importation d'amiante – à savoir, « l'utilisation contrôlée » - l'Organe d'appel a noté ce qui suit :

« À notre avis, on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que la France emploie une autre mesure *quelle qu'elle soit*, si cette mesure supposait la continuation du risque même que le Décret cherchait à "arrêter". Une telle mesure empêcherait, en fait, la France d'atteindre le niveau voulu de protection de la santé... même dans les cas où des méthodes relevant de l'"utilisation contrôlée" sont appliquées "avec plus de certitude d'efficacité", les preuves scientifiques indiquent que le niveau d'exposition peut, dans certaines circonstances, rester suffisamment élevé pour qu'un "risque significatif de développement de maladies liées à l'amiante demeure". (...) nous estimons que l'"utilisation contrôlée" ne permettrait pas à la France d'atteindre le niveau voulu de protection de la santé en arrêtant la propagation des risques pour la santé liés à l'amiante. Par conséquent, l'"utilisation contrôlée" ne serait pas une autre mesure qui permettrait d'atteindre l'objectif poursuivi par la France » (italiques dans l'original, notes de bas de page omises) (*Ibidem*, para. 174)

Voir aussi : Rapport de l'Organe d'appel, *États-États-Unis – Jeux*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005, paras. 308 et 310, dans lequel l'Organe d'appel affirme que « la partie défenderesse peut indiquer pourquoi les mesures de rechange ne permettraient pas de réaliser les mêmes objectifs que la mesure contestée, mais elle n'a aucune obligation de le faire pour établir, d'emblée, que sa mesure est "nécessaire" » et que « une mesure de rechange n'est pas "raisonnablement disponible" lorsqu'elle est de nature purement théorique ». « Par ailleurs, une mesure de rechange "raisonnablement disponible" doit être une mesure qui préserverait le droit du Membre défendeur d'assurer le niveau de protection qu'il souhaite pour ce qui est de l'objectif poursuivi ».

¹⁰⁴² Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, 12 juin 2007, paras. 7.110-111.

conséquent, il a considéré que l'objectif environnemental de la mesure brésilienne « devait également être jugé important »¹⁰⁴³.

902. S'agissant de la *contribution de la mesure à l'objectif* de réduire la quantité de pneumatiques usagés accumulés dans l'environnement, le Groupe spécial a souligné que l'interdiction d'importation est « l'arme » la plus lourde dont dispose un Membre parmi son arsenal de mesures commerciales¹⁰⁴⁴. Il a considéré que son examen se rapportait essentiellement à la *relation fins - moyens* entre l'objectif poursuivi et la mesure choisie, autrement dit, à évaluer *la capacité de la mesure choisie à contribuer* à la réalisation de l'objectif¹⁰⁴⁵. En l'occurrence, le Groupe spécial a conclu que l'interdiction d'importation était *susceptible de favoriser la réalisation de l'objectif visé par le Brésil* dans la mesure où elle pouvait entraîner une réduction du nombre global de pneumatiques de rebut sur son territoire¹⁰⁴⁶.

903. En ce qui concerne les *mesures de rechange* présentées par les CE, le Groupe spécial a affirmé qu'elles ne pouvaient être considérés comme des alternatives permettant un niveau identique de protection à celui souhaité par le Brésil dans la mesure où le pays appliquait déjà ces mesures conjointement avec l'interdiction¹⁰⁴⁷. De surcroît, certaines mesures de rechange proposées n'étaient pas *raisonnablement disponibles* pour le Brésil, un pays en développement, du fait de leurs coûts élevés de mise en œuvre¹⁰⁴⁸. De ce fait, la mesure brésilienne a été provisoirement justifiée au regard de l'alinéa b) de l'Article XX.

904. Par ailleurs, en application des critères du texte introductif, le Groupe spécial a constaté que l'exception en faveur des exportations du Mercosur n'avait engendré que peu d'importations de pneumatiques rechapés. Ces petites quantités ne compromettaient pas la réalisation de l'objectif de la mesure en cause. Par conséquent, il a considéré que l'application de l'interdiction d'importer ne constituait pas un moyen de *discrimination injustifiable*¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴³ *Ibidem*, para. 7.112.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, paras. 7.114.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, para. 7.119.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, paras. 7.130-148.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, para. 7.178.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, paras. 7.193, 205, 207-208.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, paras. 7.270, 288-289. En l'occurrence le Groupe spécial avait considéré que l'exemption des importations du Mercosur était le résultat d'une décision du tribunal arbitral du Mercosur et, ainsi, n'était pas

En revanche, les injonctions préliminaires avaient provoqué l'importation de quantités importantes de pneumatiques usagés. Ainsi, l'objectif d'empêcher l'entrée au Brésil de pneumatiques ayant une durée de vie courte avait été *notablement compromis*. De ce fait, cette exception faisait de l'interdiction d'importer un moyen de *discrimination injustifiable* et constituait une *restriction déguisée* au commerce international¹⁰⁵⁰.

905. En appel, les constatations du Groupe spécial au regard de l'alinéa b) de l'Article XX ont été confirmées. En particulier, l'Organe d'appel a considéré que l'approche retenue par le Groupe spécial selon laquelle l'examen de la *contribution* de la mesure à la réalisation de l'objectif pouvait se faire aussi bien par des éléments de preuve *qualitatifs* que *quantitatifs* était correcte¹⁰⁵¹. Il serait donc possible, par exemple, de démontrer qu'une mesure est nécessaire sur la base d'un raisonnement aboutissant à la conclusion que celle-ci *est à même d'apporter une contribution importante* à la réalisation de l'objectif visé. Cette démonstration pourrait notamment consister « en des projections quantitatives pour l'avenir, ou en un raisonnement qualitatif fondé sur un ensemble d'hypothèses qui sont vérifiées et étayées par des éléments de preuve suffisants »¹⁰⁵². En l'occurrence, l'Organe d'appel a

la conséquence d'une action *fantaisiste* ou *imprévisible*. De ce fait, la discrimination n'était pas *arbitraire*. Il avait aussi noté « [qu']a]u moment de l'examen par le Groupe spécial, toutefois, il apparaît que le volume des importations de pneumatiques rechapés effectuées en vertu de l'exemption n'était pas important ». Dès lors, la discrimination n'était pas *injustifiable*.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, paras. 7.292, 297, 303-306 et 349. Comme pour les exemptions du Mercosur, le Groupe spécial a considéré que les injonction internes auxquelles le gouvernement brésilien était opposé et contre lesquelles il avait introduit des recours devant les instances judiciaires supérieures, n'était pas le résultat d'une action *fantaisiste* ou *imprévisible*. La discrimination en découlant n'était ainsi non plus *arbitraire*. Or, il a noté que :

« Par suite des injonctions judiciaires, les pneumatiques usagés d'origine étrangère à partir desquels sont fabriqués les pneumatiques rechapés sont donc en fait autorisés à entrer sur le territoire brésilien, ce qui, dans le meilleur des cas, a la même incidence défavorable ou, dans le pire des cas, une incidence plus négative sur l'objectif du Brésil que l'importation de pneumatiques rechapés, rendant de ce fait directement inopérant l'objectif de l'interdiction d'importer elle-même » (*Ibid.*, para. 7.303).

De ce fait, la discrimination était *injustifiable*. Le Groupe spécial a également décidé que les autres aspects de la mesure brésilienne questionnés par les CE - les amendes applicables et les restrictions légales imposées par certains États brésiliens - n'étaient pas justifiables au regard de l'alinéa b) de l'Article XX pour les mêmes raisons soulevées auparavant, ni au regard de l'alinéa d) du fait que l'interdiction en soi était contraire au GATT. *Ibid.*, paras. 7.379, 388, 441. Finalement, s'agissant de l'exemption des pays du Mercosur et l'argument du Brésil selon lequel elle serait justifiée au regard de l'Article XX d) en combinaison avec l'Article XXIV du GATT, le Groupe spécial a décidé d'appliquer le *principe d'économie jurisprudentielle* et n'a pas donc décidé sur le sujet. *Ibid.*, para. 7.456.

¹⁰⁵¹ Dans le cadre de l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel avait déjà considéré que l'évaluation du *risque* que la mesure en cause vise à pallier pourrait se faire « d'un point de vue quantitatif ou qualitatif ». Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, para. 167.

¹⁰⁵² Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 03 décembre 2007, para.

relevé les difficultés particulières que peut soulever l'examen de la contribution d'une mesure commerciale à la réalisation d'objectifs de protection environnementale en soulignant que ses résultats peuvent, en outre, demander du temps pour se produire. Plus précisément, selon l'Organe d'appel :

« Nous reconnaissons que certains problèmes complexes liés à la santé publique ou à l'environnement peuvent être traités uniquement au moyen d'une politique globale comprenant de multiples mesures interdépendantes. À court terme, il peut être difficile de discerner la contribution apportée par une mesure spécifique à la réalisation d'objectifs concernant la santé publique ou l'environnement de celles qui sont imputables aux autres mesures faisant partie de la même politique globale. De plus, les résultats obtenus grâce à certaines actions – par exemple, des mesures adoptées en vue d'atténuer le réchauffement de la planète et le changement du climat, ou certaines actions préventives visant à réduire l'incidence de maladies qui peuvent ne se manifester qu'après un certain temps – peuvent uniquement être évalués avec le recul »¹⁰⁵³.

906. De ce fait, l'Organe d'appel a expressément reconnu qu'un Membre qui souhaite justifier sur la base de l'Article XX une mesure en principe incompatible n'est pas tenu de *quantifier exactement* la contribution de celle-ci afin de prouver sa nécessité.

907. De plus, pour ce qui est du recyclage des déchets, l'Organe d'appel a reconnu qu'une politique de *restriction des importations de déchets* (ou de produits qui sont proches de la fin de leur *durée de vie*) *encourageant l'industrie nationale de recyclage* à utiliser des déchets *d'origine nationale* ainsi que la *consommation de produits recyclés nationaux*, pouvait être justifiée à la lumière de l'objectif environnemental¹⁰⁵⁴. Cette position est très intéressante dans la mesure où elle indique expressément, à tout le moins s'agissant du recyclage, qu'une *mesure qui a par effet la protection de l'industrie nationale* peut se justifier si elle poursuit des objectifs de protection environnementale. En l'occurrence, la prohibition d'importation

151.

¹⁰⁵³ *Ibidem*

¹⁰⁵⁴ Selon l'Organe d'appel, « l'interdiction d'importer des pneumatiques usagés [et les mesures internes d'appui au recyclage], impliquent que la demande de pneumatiques rechapés au Brésil doit être satisfaite par les réchappeurs nationaux, et que ceux-ci, en principe, peuvent utiliser uniquement comme matière première des pneumatiques usagés d'origine nationale ». Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 03 décembre 2007, para. 154. D'après cette logique, l'interdiction d'importation serait pour l'Organe d'appel un « élément clé » de la *stratégie globale* mise en œuvre par le Brésil pour traiter la question des pneumatiques de rebut. *Ibidem*, para. 155.

de produits recyclés – en concurrence avec des produits recyclés nationaux – a été considérée comme un élément justifiable par l’objectif environnemental. La même logique peut naturellement s’appliquer à d’autres instruments de politique commerciale comme, par exemple, des mesures de soutien. Il suffit que *l’effet de protection* soit justifié par la logique environnementale.

908. En ce qui concerne les mesures de rechange présentées par les CE, l’Organe d’appel a réaffirmé que le Membre défendeur doit démontrer qu’une mesure est nécessaire mais qu’il n’est pas tenu de prouver, d’emblée, *qu’il n’existe pas de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour réaliser ses objectifs*. L’Organe d’appel a également réaffirmé que la mesure proposée par le Membre plaignant doit non seulement *être moins restrictive* pour le commerce que la mesure en cause mais devrait aussi préserver le droit du Membre défendeur *d’assurer le niveau de protection qu’il souhaite* par rapport à l’objectif poursuivi¹⁰⁵⁵. L’Organe d’appel, à l’instar du Groupe spécial, a considéré que certaines mesures proposées par les CE étaient déjà appliquées par le Brésil et ne constituaient donc pas des alternatives tandis que d’autres mesures n’étaient *raisonnablement pas disponibles* pour le pays eu égard à leurs coûts ou la complexité de leur mise en œuvre¹⁰⁵⁶.

909. Ce faisant, l’Organe d’appel a donc confirmé que l’examen de mesures de rechange disponibles moins restrictives doit prendre en compte leurs *coûts* et les éventuelles *difficultés particulières* qu’elles peuvent engendrer. Cette approche est diamétralement opposée à celle adoptée par les groupes spéciaux à l’occasion des affaires du GATT précédemment examinées, où ces groupes spéciaux s’étaient contentés de lister des alternatives théoriques ou d’identifier des mesures différentes adoptées par d’autres pays.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, para. 156.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, paras. 171-175. En particulier, l’Organe d’appel a noté ce qui suit :

« Beaucoup de ces mesures ou pratiques comportent cependant leurs propres risques ou exigent des ressources substantielles, ou des technologies et connaissances avancées. Ainsi, la capacité d’un pays de mettre en œuvre des mesures correctives qui seraient particulièrement onéreuses ou qui exigeraient des technologies avancées, peut être pertinente pour l’évaluation du point de savoir si ces mesures ou pratiques sont des solutions de rechange raisonnablement disponibles pour remplacer une mesure préventive, telle que l’interdiction d’importer, qui ne comporte pas "des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles" ». *Ibid.*, para. 171.

910. Enfin, l'Organe d'appel a aussi expressément reconnu, avec le Groupe spécial, que la protection de l'environnement est une *valeur importante*¹⁰⁵⁷ et confirmé que le processus de soupesage et de mise en balance réalisé dans le cadre de l'examen de la nécessité est une *opération holistique* qui consiste à considérer toutes les variables de l'équation et à les évaluer les unes en relation avec les autres, après les avoir examinées individuellement, afin d'aboutir à un jugement global¹⁰⁵⁸. L'Organe d'appel a finalement considéré que l'examen réalisé par le Groupe spécial au regard de l'Article XX b) était correct et considéré, à l'instar de ce dernier, que la mesure brésilienne était provisoirement justifiée¹⁰⁵⁹.

911. Cependant, l'Organe d'appel s'est écarté de l'approche adoptée par le Groupe spécial en ce qui concerne les critères du texte introductif. En effet, selon le premier, pour déterminer si une discrimination est arbitraire ou injustifiable, il convient généralement de procéder à une analyse qui porte *essentiellement* sur *la cause* ou *la raison d'être de la discrimination*¹⁰⁶⁰. En l'espèce, indépendamment des quantités de pneumatiques importées, la question pertinente qui devait être examinée était de savoir si la discrimination avait un *lien rationnel* avec l'objectif de la mesure ou bien si elle allait *à l'encontre* de celui-ci¹⁰⁶¹. Une discrimination qui n'a aucun rapport avec l'objectif poursuivi et qui, de fait, opère contrairement à celui-ci, sera considérée comme arbitraire et injustifiable. Dans cette affaire, les deux exceptions employées (décision du tribunal du Mercosur et injonctions judiciaires) ont été considérées par l'Organe d'appel comme étant contraires à l'objectif de protection environnementale et, par conséquent, incompatibles avec le texte introductif de l'Article XX du GATT¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, para. 170.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, para 182.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, paras. 210-212.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, para. 225.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, para. 227.

¹⁰⁶² *Ibid.*, paras. 233-252. Concernant l'exemption des pays du Mercosur, l'Organe d'appel a considéré que « la décision rendue par le tribunal arbitral du MERCOSUR n'est pas une raison d'être acceptable pour la discrimination, parce qu'elle n'a pas de relation avec l'objectif légitime poursuivi par l'interdiction d'importer qui relève de l'article XX b), voire va à l'encontre de cet objectif, même dans une très faible mesure ». *Ibid.*, para. 228. S'agissant des importations en vertu d'injonctions judiciaires, l'Organe d'appel a considéré également que celles-ci n'avaient pas de « relation avec l'objectif de l'interdiction d'importer » et allaient « même à l'encontre de l'objectif ». *Ibid.*, para. 246.

912. Cette décision nous paraît tout à fait logique. La compatibilité juridique d'une mesure environnementale adoptée par un Membre avec les règles de l'OMC ne peut dépendre *exclusivement* des flux commerciaux ou du montant des échanges altérés (*incidence quantitative de la discrimination*) dans la mesure où ces éléments sont variables par nature. Le *volume* des importations ne peut pas être un facteur *déterminant* de l'examen de l'arbitralité ou de la justifiabilité d'une mesure environnementale du fait qu'ils dépendent des conditions de marché variables. Quel serait le résultat juridique si, au lendemain de la décision dans cette affaire, les importations réalisées à travers l'exemption du Mercosur augmentaient significativement ? Comment un Membre de l'OMC pourrait-il adopter les recommandations de l'Organe de règlement de différends (ORD) et modifier sa mesure sur de telles bases ?¹⁰⁶³

913. En somme, l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* a apporté certaines clarifications importantes sur les contours normatifs de l'alinéa b) de l'Article XX et de son texte introductif. En particulier :

i) que la *protection de l'environnement* entre dans le champ d'application de l'alinéa b), à tout le moins s'agissant des mesures entendues comme étant susceptibles de protéger la vie des *animaux* et *végétaux* qui, selon l'Accord SPS, incluent la *faune* et *flore sauvage* et les *forêts* ;

ii) qu'une politique de restriction des importations de déchets (ou de produits qui sont proches de la fin de leur durée de vie) qui *favorise l'industrie nationale* du recyclage et l'incite à utiliser des déchets d'origine nationale, ainsi que la consommation de produits recyclés nationaux, peuvent être *nécessaires* à la lumière de l'objectif environnemental ;

iii) qu'il est possible de démontrer qu'une mesure est nécessaire sur la base d'une démonstration indiquant *qu'elle est à même* d'apporter une contribution importante à la réalisation de l'objectif visé ;

¹⁰⁶³ Sur ce point, l'Organe d'appel a précisé que :

« Les effets de la discrimination peuvent être pertinents, en fonction des circonstances de l'affaire, parce que (...) le texte introductif de l'article XX traite de la façon dont la mesure en cause est appliquée. Prendre en compte en tant que facteur pertinent, entre autres, les effets de la discrimination pour déterminer si la raison d'être de la discrimination est acceptable est, cependant, fondamentalement différent de l'approche du Groupe spécial, qui était axée exclusivement sur la relation entre les effets d'une discrimination et son caractère justifiable ou injustifiable » (*Ibid.*, para. 230).

iv) qu'il peut exister des *difficultés particulières* durant l'examen d'une mesure commerciale pour évaluer sa contribution à la réalisation d'objectifs de *protection environnementale* (par exemple, la lutte contre les changements climatiques) et que les résultats de cette mesure peuvent mettre du temps à se produire ;

v) qu'une mesure de rechange peut ne pas être *raisonnablement disponible* pour un Membre au regard des difficultés liées à ses coûts ou à la complexité de sa mise en œuvre ;

vi) que, même si le Membre défendeur doit démontrer qu'une mesure est *nécessaire*, il n'est pas tenu de prouver, d'emblée, *qu'il n'existe pas* de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour réaliser ses objectifs, l'identification de ces mesures incombant à la partie plaignante ;

vii) que la mesure proposée par le Membre plaignant doit être *moins restrictive pour le commerce* que la mesure en cause mais elle doit aussi préserver le droit du Membre défendeur d'assurer *le niveau de protection qu'il souhaite* au regard de l'objectif poursuivi ;

viii) que pour déterminer si une discrimination est *arbitraire ou injustifiable*, il convient généralement de procéder à une analyse qui porte *essentiellement* sur la *cause ou la raison d'être de la discrimination* ;

ix) que dans le cadre de l'examen du texte introductif, on peut examiner si la discrimination engendrée entretient un lien rationnel avec l'objectif de la mesure ou va à l'encontre de celui-ci.

914. Le 17 décembre 2007, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel. En 2006, le président brésilien avait déposé une « requête de non-respect du précepte fondamental » (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF*) devant le Tribunal Fédéral Suprême du Brésil (STF) contre les injonctions de cours inférieures ayant accordé des exceptions à l'interdiction d'importation¹⁰⁶⁴. A la suite de la décision à l'OMC, le STF a finalement décidé, le 24 juin 2009, que les injonctions autorisant l'importation de pneumatiques usagés étaient contraires aux principes constitutionnels brésiliens, notamment ceux de protection de la santé et de protection de l'environnement¹⁰⁶⁵. Il est à cet égard intéressant de noter que la décision de l'Organe d'appel, ainsi que, plus généralement, le

¹⁰⁶⁴ Voir STF (BRÉSIL), *ADPF 101*, 2009, p. 4-7. Il convient de noter que le différend dans le cadre de l'OMC et la potentielle violation des obligations internationales du Brésil avaient été mentionnés parmi les arguments avancés en faveur de l'annulation des injonctions judiciaires.

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*, p. 31-34.

différend soulevé dans le cadre de l'OMC, ont été expressément mentionnés par les juges du STF afin d'étayer leur décision¹⁰⁶⁶.

915. Le 26 août 2009, le Secrétaire au commerce extérieur du Brésil (SECEX) a publié le règlement 24/09 (*portaria 24/09*) modifiant le règlement 25/08 (*portaria 25/08*), qui exemptait les pneumatiques rechapés des pays du Mercosur de l'interdiction d'importation afin de mettre fin à « l'exception Mercosur ». Ainsi, le Brésil a notifié à l'ORD, le 15 septembre 2009, qu'il considérait s'être « mis pleinement en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD dans ce différend »¹⁰⁶⁷. Dans la mesure où l'UE n'a pas de nouveau eu recours au système de règlement des différends pour contester ces mesures, on peut considérer que cette affaire a effectivement été réglée.

916. Il nous semble ainsi, encore une fois, qu'une mesure environnementale adoptée par un Membre de l'OMC et soumise à examen dans le cadre du système multilatéral de règlement des différends est devenue, en fin de compte, une mesure environnementale plus *précise, complète et cohérente*. De ce fait, elle est plus à même de réaliser de façon efficace l'objectif environnemental choisi par le Membre de l'OMC, au niveau et selon le degré de protection souhaités par celui-ci. Par ailleurs, l'issue de ce différend semble aussi acter *d'avantage de restriction commerciale*, néanmoins désormais apparemment compatible avec les disciplines commerciales.

917. Cette solution démontre, selon nous, que l'application des règles commerciales multilatérales aux mesures environnementales ne vise pas *nécessairement* plus de libéralisation commerciale mais plutôt une application *cohérente et non-discriminatoire stricto sensu* des restrictions prévues par une mesure justifiée par un objectif légitime (c'est-à-dire qui ne causent pas des discriminations arbitraires ou injustifiables et qui ne relèvent pas du protectionnisme)¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ Il y a lieu de relever aussi que la décision du STF n'affectait pas les importations du Mercosur. Les juges du STF avaient considéré qu'il était nécessaire de respecter les obligations internationales que le Brésil avait convenu dans le cadre de l'accord régional.

¹⁰⁶⁷ OMC, « Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés », *Rapport de situation du Brésil*, Addendum 6, WT/DS332/19/Add.6, 15 septembre 2009, p. 2. L'interdiction d'importation de pneumatiques usagés de toute provenance est encore en vigueur au Brésil. Voir SECEX, *Règlement 23/11*, 2011, Art. 59.

¹⁰⁶⁸ Pour une analyse contemporaine de l'affaire, voir : GRAY, Kevin R., « Brazil – Measures Affecting

B. L'affaire États-Unis – Thon II: la prise en compte de l'objectif de protection environnementale dans le cadre de l'Accord OTC

918. L'affaire *États-Unis – Thon II* – dont le premier rapport de l'Organe d'appel date du 16 mai 2012-, mettait en question les mesures prises par les États-Unis en vue de protéger les dauphins des conséquences nuisibles de la pêche au thon, en particulier dans les eaux de la zone tropicale orientale de l'Océan Pacifique Est (ETP), en raison de l'encerclement des dauphins avec des sennes coulissantes par les thoniers.

919. À la suite des affaires du GATT, le Mexique et les États-Unis se sont réunis avec les nations ayant un intérêt dans la pêche au thon, notamment la France, dans le cadre de la Commission interaméricaine du thon des tropiques (CITT), afin de négocier un Programme international pour la conservation des dauphins (IDCP, d'après son abréviation en anglais)¹⁰⁶⁹. Conformément à ce processus, les États-Unis ont modifié une loi de 1972 sur la protection des mammifères marins (MMPA, d'après son abréviation en anglais) afin de permettre l'importation de produits du thon en provenance de l'ETP à la condition que le pays exportateur démontre plusieurs éléments : i) qu'elle participe à des efforts de conservation dans le cadre de l'IDCP ; ii) qu'elle respecte ses obligations dans le cadre de l'IDCP et de la CITT ; et iii) que la mortalité moyenne des dauphins ne dépasse pas certains limites spécifiques.

920. De ce fait, l'embargo sur l'importation de produits du thon pêchés par des thoniers utilisant des sennes coulissantes qui employaient la technique dite *d'encerclement des*

Imports of Retreaded Tyres », *American Journal of International Law*, vol. 102, n° 3, 2008, p. 610-616 ; WEILER, Joseph H.H., « Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres », *World Trade Review*, vol. 8, n° 1, 2009, p. 137-144 ; BOWN, Chad P. et TRACHTMAN, Joel P., « Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres: A Balancing Act », *World Trade Review*, vol. 8, n° 1, 2009, p. 85-135 ; MCGRADY, Benn, « Necessity Exceptions in WTO Law: Retreaded Tyres, Regulatory Purpose and Cumulative Regulatory Measures », *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n° 1, 2009, p. 153-173 ; PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « Administration of Justice in the World Trade Organization : Did the WTO Appellate Body Commit 'Grave Injustice' »?, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, n° 3, 2009, p. 329-374. Pour une opinion plutôt négative de la décision, voir: LAVRANOS, Nikos, « The Brazilian Tyres Case: Trade Supersedes Health », *Trade, Law & Development*, vol. 1, n° 2, 2009, p. 230-258.

¹⁰⁶⁹ Ce processus a été déclenché par l'Accord de La Jolla de 1992 et renforcé par la Déclaration du Panama de 1995. Sur ce processus, voir : YOUNG, Nina M., IRVIN, Wm. Robert et MCLEAN, Meredith L., « The Flipper Phenomenon: Perspectives On The Panama Declaration And The "Dolphin Safe" Label », *Ocean and Coastal Law Journal*, vol. 3, n° 1, article 4, 1997, p. 57-116.

dauphins a été effectivement levée. En revanche, les États-Unis avaient jusqu'alors maintenu des prescriptions strictes en matière d'étiquetage découlant de la loi sur l'information du consommateur pour la protection des dauphins (DPCIA). Ces prescriptions, entre autres, interdisaient l'utilisation du label *Dolphin Safe* pour des produits fabriqués avec des thons capturés selon la technique d'encerclement des dauphins¹⁰⁷⁰.

921. En 1999, les efforts réalisés dans le cadre de l'IDCP ont abouti à l'Accord relatif au programme international pour la conservation des dauphins (AIDCP, d'après son abréviation en anglais) qui a formalisé les prescriptions de l'IDCP en établissant un programme complet de surveillance, de repérage, de vérification et de certification de la pêche au thon. Il a notamment prévu la présence d'observateurs indépendants (des biologistes) à bord des grands navires thoniers utilisant des sennes coulissantes afin de certifier, entre autres, si des dauphins avaient été tués ou gravement blessés lors des opérations de capture de thons. Or, ainsi que l'a noté le Groupe spécial, ces mesures prises en application de l'AIDCP ont « spectaculairement réduit la mortalité observée des dauphins dans l'ETP », ont « puissamment contribué à la protection des dauphins » et ont « réussi à ... ramener [la mortalité accidentelle des dauphins] à des niveaux négligeables dans l'ETP »¹⁰⁷¹.

922. Enfin, l'AIDCP a établi sa propre définition du label *Dolphin Safe* : il désigne le « thon capturé dans des circonstances telles que des dauphins ne sont pas tués ou gravement blessés »¹⁰⁷². La prenant en compte, la DPCIA a été modifiée afin de prévoir, que si le Secrétaire américain au commerce publiait une constatation selon laquelle le déploiement délibéré de sennes coulissantes sur les dauphins ou *leur encerclement délibéré* au moyen de sennes coulissantes *n'avaient pas* d'incidence défavorable notable sur le stock de dauphins en déclin dans l'ETP, le label *Dolphin Safe* de la loi américaine pouvait être appliqué selon des critères identiques à ceux établis dans le cadre de l'AIDCP, c'est-à-dire, pour le thon pêché par des navires utilisant des sennes coulissantes dans l'ETP (et employant

¹⁰⁷⁰ Il convient de rappeler que bien que le Groupe spécial du GATT saisi de l'affaire *États-Unis – Thon (Mexique)* avait considéré les embargos à l'importation de thon incompatibles avec les règles commerciales, les dispositions en matière d'étiquetage de la DPCIA, elles, n'étaient pas incompatibles.

¹⁰⁷¹ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011, paras. 2.39 et 4.15-16.

¹⁰⁷² *Ibidem*, para. 2.40. Les États-Unis et le Mexique, ainsi que l'UE, sont tous deux parties à l'AIDCP et l'ont ratifié. *Ibid.*, paras. 4.196 et 7.676.

potentiellement la technique d'encerclement des dauphins), mais à la condition qu'un *observateur agréé* certifie qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations de capture¹⁰⁷³.

923. En l'occurrence, le Secrétaire au commerce américain a publié le 31 décembre 2002 une constatation finale selon laquelle la technique d'encerclement des dauphins *n'avait pas d'incidence défavorable notable* sur le stock de dauphins en déclin dans l'ETP. Cependant, à la suite d'une action en justice intentée par l'*Earth Island Institute* (affaire *Earth Island vs. Hogarth*), la Cour d'appel du neuvième circuit des États-Unis a, le 9 août 2004, annulé cette constatation, déclarant ces constatations « arbitraires, fantaisistes, abusives et contraires à la loi »¹⁰⁷⁴.

924. De ce fait, les prescriptions en matière d'étiquetage découlant de la DPCIA à l'époque de l'affaire ne permettaient pas l'utilisation du label *Dolphin Safe* pour du thon pêché avec la technique de l'encerclement des dauphins (*critère d'admissibilité*)¹⁰⁷⁵, et demeuraient basées sur des critères spécifiques ayant trait : i) aux régions géographiques ; ii) aux engins et techniques de pêche utilisés ; iii) à l'intensité de l'association entre les bancs de thons et les bancs de dauphins ; et iv) au niveau historique de mortalité ou de blessures des dauphins (*critères de certification*)¹⁰⁷⁶.

925. S'agissant des thons capturés dans l'ETP par un *grand navire utilisant des sennes coulissantes*¹⁰⁷⁷, ils pouvaient être étiquetés *Dolphin Safe* seulement si le capitaine du navire et un observateur agréé *certifiaient* que : i) aucune senne coulissante n'avait été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition au cours de laquelle les thons avaient été capturés (*aucun encerclement des dauphins*), et ii) aucun

¹⁰⁷³ *Ibid.*, paras. 2.4 et 15.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, paras. 2.17-19.

¹⁰⁷⁵ Outre la technique d'encerclement des dauphins, le thon capturé en haute mer en utilisant *des filets dérivants* ne pouvaient non plus, d'après le critère d'admissibilité, en aucun cas, être étiquetés *Dolphin Safe*, ni arborer des affirmations analogues. *Ibid.*, para. 2.9. Il y a lieu de noter qu'un moratoire de l'utilisation de *grands filets pélagiques dérivants en haute mer* a été adopté par les Nations Unies en 1989 et est en vigueur depuis 1992. Voir ONU, *Résolution de l'Assemblée générale sur la pêche aux grands filets pélagiques dérivants et ses conséquences sur les ressources biologiques des océans et des mers*, A/RES/44/225, 22 décembre 1989.

¹⁰⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011, para. 2.7.

¹⁰⁷⁷ La majorité de la flotte mexicaine pêchait au moyen de ce type de navire/engin et utilisait la technique d'encerclement des dauphins.

dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors de ces opérations (*aucune blessure grave ou mortalité*)¹⁰⁷⁸. Pour les thons capturés à l'extérieur de l'ETP, il n'était exigé qu'une *certification du capitaine* du navire déclarant *qu'aucune senne coulissante* n'avait été délibérément déployée ou utilisée *pour encercler des dauphins* lors de l'expédition durant laquelle les thons ont été pêchés¹⁰⁷⁹. Rien n'était *a priori* précisé sur la *mortalité ou les blessures graves* des dauphins dans ces cas¹⁰⁸⁰.

926. Le Secrétaire au Commerce des États-Unis pouvait déterminer qu'il existait, dans une pêcherie particulière à l'extérieur de l'ETP, une *association régulière et importante* entre les thons et les dauphins semblable à celle qui se produit dans l'ETP. Dans ce cas, *les mêmes prescriptions* de certification étaient imposées aux *navires utilisant des sennes coulissantes* hors l'ETP, c'est-à-dire qu'ils étaient également tenus de certifier à travers le *capitaine et un observateur agréé* qu'aucune senne coulissante n'avait été délibérément déployée et qu'*aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé*. De plus, le Secrétaire au Commerce pouvait aussi déterminer qu'une pêcherie se situait dans une zone où étaient constatées une *mortalité ou des blessures graves régulières et importantes de dauphins*. Dans un tel cas, les navires à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP, *autres que ceux qui utilisent des sennes coulissantes*, étaient tenus de certifier par le *capitaine et un observateur agréé* qu'*aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé*¹⁰⁸¹. Or, aucune détermination ou désignation de ce genre n'avait été faite à l'époque du différend¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011, para. 2.16. Les navires dans l'ETP *autres que ceux utilisant des sennes coulissantes* devaient obtenir une certification du capitaine du navire et de l'observateur agréé attestant qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles les thons avaient été capturés.

¹⁰⁷⁹ Cette prescription n'était appliquée qu'aux navires équipés de sennes coulissantes. D'autres navires, à l'extérieur de l'ETP, équipés *d'autres types de mécanismes de pêche*, n'avaient *a priori* aucune obligation.

¹⁰⁸⁰ Outre ces différences de critères d'admissibilité et de certification, il existait aussi certaines distinctions en matière de documentation, suivi et vérification entre le thon pêché à l'intérieur et celui pêché à l'extérieur de l'ETP.

¹⁰⁸¹ Voir le tableau sommaire des conditions de l'étiquetage *Dolphin Safe* aux pages 8 et 9 du rapport du Groupe spécial saisi de l'affaire.

¹⁰⁸² Il convient de noter que dans le cas d'une détermination d'*association régulière et importante* entre les thons et les dauphins, aucune obligation n'était encore imposée aux navires autres que ceux comportant des sennes coulissantes. De même, il n'était pas possible, selon le Secrétaire au Commerce, de désigner une pêcherie dont les navires utilisent des sennes coulissantes comme étant *une zone où il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins*. Ces apparentes lacunes dans la DPCIA seraient pertinentes au cadre de la procédure de mise en conformité de cette affaire, comme on verra par la suite.

927. Enfin, la DPCIA interdisait que les produits du thon arborent l'expression *Dolphin Safe* ou tout autre terme ou symbole qui indique que le thon contenu dans le produit a été capturé au moyen d'une méthode de pêche qui n'est pas dommageable pour les dauphins s'ils *n'étaient pas en conformité avec les prescriptions spécifiées dans la loi*¹⁰⁸³. Autrement dit, la DPCIA considérait qu'elle était la seule à pouvoir établir le label *Dolphin Safe* ou analogue autorisé sur le marché américain, interdisant de ce fait le label établi dans le cadre de l'AIDCP.

928. En 2008, le Mexique a déposé plainte contre les prescriptions relatives à l'étiquetage découlant de la DPCIA et appliquées en conformité avec la décision *Earth Island vs. Hogarth*. Selon le Mexique, ces prescriptions étaient contraires aux dispositions de l'Accord OTC et du GATT. Le Groupe spécial a, à cette occasion, précisé, entre autres, que la mesure américaine était un règlement technique¹⁰⁸⁴ imposant des prescriptions en matière d'étiquetage obligatoires qui n'étaient pas incompatibles avec l'obligation de non-discrimination découlant de l'Article 2.1 de l'Accord OTC¹⁰⁸⁵.

929. En outre, le Groupe spécial a considéré avec le Mexique que l'obtention du label *Dolphin Safe* conférait un avantage sur le marché des États-Unis¹⁰⁸⁶. Cependant, en se référant expressément au rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Thon (Mexique)* et notant l'application horizontale de la mesure - c'est-à-dire, indépendamment de la nationalité du pêcheur ou de l'industrie de la conserverie du thon -, le Groupe spécial a noté que le secteur thonier mexicain pouvait se procurer du thon pêché en respect des conditions du label pour profiter de l'avantage conféré par la mesure. Autrement dit, il n'était pas obligé d'utiliser du thon non-admissible pour le label étant donné que les pêcheurs d'autres nationalités respectaient les conditions du label¹⁰⁸⁷. De plus, les pêcheurs mexicains

¹⁰⁸³ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011, para. 2.6.

¹⁰⁸⁴ *Ibidem*, para. 7.145. Cette constatation a été confirmée par l'Organe d'appel.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, para. 7.378. L'Article 2.1 de l'Accord OTC établit l'obligation de non-discrimination s'agissant de l'adoption de règlements techniques par les Membres de l'OMC. En espèce, il se lit comme suit :

« 2.1 Les Membres feront en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays ».

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, para. 7.291.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, para. 7.310.

pouvaient simplement modifier leurs pratiques afin d'avoir accès au label s'ils le désiraient, comme l'avaient fait d'ailleurs d'autres pêcheurs, notamment ceux des États-Unis¹⁰⁸⁸. De ce fait, la mesure elle-même n'imposait pas un *traitement moins favorable* aux exportateurs mexicains¹⁰⁸⁹.

930. En revanche, le Groupe spécial a considéré que la mesure américaine était incompatible avec l'Article 2.2 de cet Accord qui établit l'obligation selon laquelle un règlement technique ne doit pas être plus restrictif que ce qui est *nécessaire* pour atteindre un *objectif légitime*¹⁰⁹⁰. En l'occurrence, le Groupe spécial a considéré avec les États-Unis que les dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* visaient deux *objectifs légitimes* connexes : i) éviter que les consommateurs ne soient trompés ou induits en erreur quant à la question de savoir si les produits du thon contenaient du thon capturé suivant un dispositif qui a des effets nuisibles sur les dauphins, et ii) contribuer à la protection des dauphins en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager des pratiques de pêche nuisibles pour ces animaux¹⁰⁹¹.

931. Le Groupe spécial a toutefois considéré que les prescriptions étaient *plus restrictives que ce qui est nécessaire* afin de réaliser ces objectifs dans la mesure où la mesure telle qu'elle était appliquée ne garantissait pas que des dauphins n'avaient pas été tués ou sérieusement blessés - à tout le moins pas comme l'expression *Dolphin Safe* le faisait croire - mais simplement que la technique d'encerclement des dauphins n'avait pas été utilisée et

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, paras. 7.334, 345-346 et 350.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, paras. 7.374-378.

¹⁰⁹⁰ Selon l'Article 2.2 de l'Accord OTC, un règlement technique n'est pas *plus restrictif* que le nécessaire *compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait*. L'Article 2.2 indique aussi une liste illustrative d'objectifs mentionnant la protection de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux et la protection de l'environnement. L'Article 2.2 se lit comme suit :

« 2.2 Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits ».

¹⁰⁹¹ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011, paras. 7.443-444.

que des dauphins n'avaient pas été blessés par des navire utilisant des sennes coulissantes pour pêcher *dans l'ETP*. Ainsi, un thonier pêchant à l'extérieur de l'ETP pouvait exporter du thon pêché par une *technique autre que l'encerclement de dauphins*¹⁰⁹², provoquer des blessures graves ou mortelles à des dauphins et utiliser le label en induisant ce faisant les consommateurs en erreur¹⁰⁹³. Dès lors, la mesure américaine ne pouvait, « dans le meilleur des cas, que réaliser partiellement [son] objectif déclaré qui consiste à protéger les dauphins »¹⁰⁹⁴. Finalement, selon le Groupe spécial, la mesure de rechange proposée par le Mexique - l'autorisation sur le marché américain des deux labels *Dolphin Safe*, celui de la DPCIA (américain) et celui de l'AIDPC (régional) concomitamment -, ne présentait pas « de plus grands risques pour les dauphins dans l'ETP que ceux acceptés par les États-Unis ». Moins restrictive pour le commerce, elle était raisonnablement disponible aux États-Unis et aurait donc dû être adoptée¹⁰⁹⁵.

932. Il convient ainsi de noter que, contrairement à l'approche interprétative employée par l'Organe d'appel, le Groupe spécial a ici retenu pour analyser la *nécessité* au regard de l'Article 2.2 de l'Accord OTC la même approche que celle que les groupes spéciaux du GATT avaient utilisée pour examiner les prescriptions des alinéas de l'Article XX, c'est-à-dire qu'il a examiné si les *éléments discriminatoires* de la mesure pouvaient être considérés comme nécessaires à la réalisation de l'objectif. Le Groupe spécial a expressément noté ce point et, soulevant des différences textuelles entre l'Article XX du GATT et l'Article 2.2 de l'Accord OTC, a décidé qu'au regard de ce dernier et eu égard à ses finalités telles qu'énoncées dans son préambule, l'examen devait se concentrer sur les éléments discriminatoires de la mesure¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² D'autres techniques/engins de pêche du thon sont la pêche au moyen de dispositifs de concentration du poisson, la pêche à la palangre, la pêche aux filets maillants, la pêche au chalut et la pêche aux filets dérivants. Toutes ces méthodes peuvent avoir des effets nuisibles sur les dauphins.

¹⁰⁹³ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011, paras. 7.472, 489, 531, 542-45 et 562-564.

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*, para. 7.599.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, paras. 7.618-619.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, paras. 7.459-460.

933. Ayant constaté une violation de l'Accord OTC, le Groupe spécial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle et décidé de ne pas examiner les allégations des parties au regard du GATT, y compris celles portant sur les exceptions de l'Article XX¹⁰⁹⁷.

934. L'Organe d'appel a infirmé plusieurs constatations du Groupe spécial et considérablement modifié l'interprétation des dispositions de l'Accord OTC. Pour ce faire, l'Organe d'appel s'est référé au préambule de l'Accord OTC et notamment à ses objectifs, y compris celui de protection environnementale, adoptant une approche interprétative très similaire à celle retenue dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*.

935. Le texte de l'Article 2.1 de l'Accord OTC, qui établit le principe de non-discrimination, est assez similaire à celui des Articles I et III du GATT. Les trois dispositions établissent une obligation d'accorder aux produits importés un *traitement non moins favorable* à celui appliqué aux produits *similaires* d'origine nationale ou originaire de tout autre Membre de l'OMC. Ainsi, l'on peut considérer que l'Article 2.1 est *l'expression* du principe de traitement national et de la clause de la nation plus favorisée dans l'Accord OTC.¹⁰⁹⁸

936. En revanche, à la différence du GATT, l'Accord OTC *ne contient pas d'exception générale* permettant expressément l'adoption de mesures restrictives contraires aux obligations commerciales qu'il prévoit. De ce fait, selon une interprétation textuelle reprenant les critères juridiques élaborés pour l'application des Articles similaires du GATT, une mesure visée par l'Accord OTC qui accorde un traitement discriminatoire (*lato sensu*) ne pourrait être justifiée ni par un objectif légitime ni par le fait qu'elle n'établit pas une discrimination arbitraire ou injustifiable (*stricto sensu*) ou encore une restriction déguisée aux échanges.

937. Dans le même sens, l'Article 2.2 de l'Accord OTC établit une règle similaire à celle de l'alinéa b) de l'Article XX du GATT. En effet, à l'instar de l'obligation posée dans l'Accord général, cet article prévoit qu'une mesure commerciale peut être restrictive si elle

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, para. 7.748.

¹⁰⁹⁸ Les mêmes principes sont aussi applicables aux procédures d'évaluation de la conformité (Article 5.1.1) et aux normes (Annexe 3.D.), les autres deux types de mesures couvertes par l'Accord OTC.

est *nécessaire* à la réalisation d'un *objectif légitime*. Toutefois, à la différence du GATT, la liste des objectifs légitimes qu'une mesure réglementaire peut viser dans le cadre de l'OTC est *ouverte*. En effet, cette disposition liste quelques objectifs qu'elle considère *a priori* légitimes, comme la protection de l'environnement entre autres, mais ce ne sont que des exemples. De plus, contrairement au GATT dans lequel, selon l'objectif déterminé, le degré de rapport entre la mesure et l'objectif varie, l'Accord OTC exige que toutes les mesures prises pour la réalisation de n'importe quel objectif légitime soient *nécessaires*¹⁰⁹⁹.

938. De fait, l'Organe d'appel a bien noté cette particularité de l'Accord OTC. Dans son rapport relatif à l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, publié un mois avant sa décision dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel avait déjà élaboré une approche interprétative propre selon laquelle l'Article 2.1 *ne devait pas être lu* comme signifiant que *toute distinction* constituerait *en soi* un « traitement moins favorable »¹¹⁰⁰. Dans l'affaire *Thon II*, l'Organe d'appel a réaffirmé cette approche en ayant recours au *cadre* fourni par le *préambule* de l'Accord OTC (ainsi que son Article 2.2) afin d'étayer l'interprétation selon laquelle les Membres de l'OMC auraient le *droit d'adopter* des mesures réglementaires *nécessaires*, entre autres, à la protection de la santé et de la vie des animaux, à la préservation des végétaux ou encore à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, ce *à des niveaux qu'ils considèrent appropriés* et à la condition que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de *discrimination arbitraire ou injustifiable* soit une *restriction déguisée* au commerce international. Plus précisément, d'après l'Organe d'appel :

« Bien qu'il n'énonce pas explicitement une obligation de fond, nous estimons que le sixième considérant [du préambule de l'Accord OTC] donne néanmoins des *éclaircissements sur le sens et la portée de la*

¹⁰⁹⁹ Il convient de noter qu'il n'existe pas de rapport normatif *exprès* entre les dispositions des Articles 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC. De ce fait, une mesure considérée comme nécessaire peut être considérée comme discriminatoire et vice-versa. Ici, on peut faire un lien avec l'Article XX et la relation normative qui existe entre les critères juridiques de ses alinéas et de son texte introductif, tous deux pouvant avoir pour effet qu'une mesure soit considérée comme incompatible avec l'Article dans le cas où les prescriptions particulières à chaque disposition ne sont pas respectées.

¹¹⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012, para. 169. Selon l'Organe d'appel, les règlements techniques sont « des mesures qui, par leur nature même, établissent des distinctions entre les produits en fonction de leurs caractéristiques ou des procédés et méthodes de production s'y rapportant ». Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012, para. 211.

*prescription relative au "traitement non moins favorable" qui figure à l'article 2.1, en indiquant clairement, en particulier, que les règlements techniques peuvent chercher à atteindre des objectifs légitimes mais ne doivent pas être appliqués de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable »*¹¹⁰¹ (italiques ajoutés).

939. De plus, tout en notant la similarité entre les termes employés dans l'Article 2.1 de l'Accord OTC et ceux de l'Article III:4 du GATT, l'Organe d'appel a cependant considéré que les critères juridiques utilisés pour appliquer le second ne devaient pas être répliqués pour appliquer le premier en raison de son *contexte spécifique*¹¹⁰². Ainsi, il ne suffirait pas, dans le cadre d'un examen au titre de l'Article 2.1 de l'Accord OTC, de déterminer si la mesure *modifie les conditions de concurrence* sur le marché au détriment des produits importés similaires (*effet préjudiciable*). Il ne s'agirait là que d'une première étape de l'examen. Il faudrait aussi déterminer si l'effet préjudiciable sur les importations *découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime*. Autrement dit, le traitement différencié qui a causé l'effet préjudiciable pouvait-il être justifié (étant *impartial* – « *even-handed* » en anglais) ou ne dénotait-il pas une discrimination arbitraire ou injustifiable¹¹⁰³.

940. En appliquant ces critères juridiques à l'affaire en question, l'Organe d'appel a infirmé l'approche adoptée par le Groupe spécial au regard de l'Article 2.1¹¹⁰⁴. Selon l'Organe d'appel, *toute incidence défavorable* de la mesure réglementaire sur les possibilités de concurrence pour les produits importés doit être examinée afin de déterminer si elle découle *exclusivement d'une distinction réglementaire légitime*¹¹⁰⁵.

941. En espèce, l'Organe d'appel a considéré que les prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* découlant de la mesure américaine avaient effectivement une *incidence défavorable* sur les possibilités de concurrence pour les produits du thon mexicains du fait

¹¹⁰¹ *Ibidem*, para. 213. Il y a lieu de relever que les termes employés par le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC sont effectivement équivalents à ceux utilisés par l'Article XX du GATT.

¹¹⁰² *Ibid.*, para. 214.

¹¹⁰³ *Ibid.*, para. 215.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, paras. 221-227. L'Organe d'appel était d'accord avec l'argument du Mexique selon lequel « [c]ontrairement à ce que le Groupe spécial a manifestement supposé, le fait qu'un plaignant pourrait respecter ou aurait pu respecter les conditions imposées par une mesure contestée ne signifie pas que cette mesure est par conséquent compatible avec l'article 2.1 ».

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, para. 225.

que ceux-ci n'étaient pas éligibles au label¹¹⁰⁶. De plus, cet effet préjudiciable *ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime* dans la mesure où d'autres méthodes de pêche étaient susceptibles de produire du thon éligible au label, même dans le cas où elles auraient causé des blessures graves ou mortelles à des dauphins. En particulier, l'Organe d'appel a affirmé que, si les prescriptions en matière d'étiquetage applicables aux thoniers pêchant avec des sennes coulissantes dans l'ETP semblaient prendre *pleinement* en compte et être *adaptées* (« *calibrated* » en anglais) *aux risques encourus par les dauphins*, les prescriptions applicables aux autres pêcheries n'étaient en revanche *pas adaptées* aux risques démontrés au moyen des éléments de preuves présentés dans l'affaire¹¹⁰⁷.

942. L'Organe d'appel a par contre infirmé la décision du Groupe spécial selon laquelle la mesure américaine était incompatible avec l'Article 2.2 de l'Accord OTC. Ici aussi, l'Organe d'appel s'est appuyé sur le préambule de l'Accord OTC afin d'interpréter la disposition, en particulier s'agissant des critères juridiques relatifs aux termes *objectif légitime* et *nécessaire*. En ce qui concerne l'expression *objectif légitime*, l'Organe d'appel a expressément reconnu que les objectifs énumérés dans le préambule de l'Accord OTC pouvaient *fournir des indications* ou *éclairer* l'analyse de ce qui pourrait être considéré comme un objectif légitime au titre de l'Article 2.2, mais il a aussi pris en compte « les objectifs reconnus dans les dispositions d'autres accords visés »¹¹⁰⁸.

943. De ce fait, à notre avis, cette interprétation renforce la portée normative du préambule de l'Accord sur l'OMC tel qu'interprété par l'Organe d'appel lors de l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Même si le préambule de l'Accord OTC ne fait pas de référence expresse à *l'objectif de développement durable*, le fait que cet objectif soit reconnu dans l'Accord sur

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, paras. 235 et 240.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, para. 297. Selon l'Organe d'appel :

« [L]a seule prescription actuellement applicable aux navires équipés de sennes coulissantes et pêchant à l'extérieur de l'ETP prévoyait une certification par le capitaine indiquant qu'aucune senne coulissante n'avait été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition de pêche. Cette prescription ne permet toutefois pas de remédier aux risques découlant des autres méthodes de pêche, telles que les dispositifs de concentration du poisson. Comme le Groupe spécial l'a indiqué, les risques résultant pour les dauphins des méthodes de pêche autres que l'encercllement des dauphins "ne pourr[ai]ent être surveillé[s] qu'en imposant une prescription de fond différente, à savoir qu'aucun dauphin n'ait été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé" » (note de bas de page omise).

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 313.

l'OMC pourrait étayer une interprétation selon laquelle ce serait un objectif légitime au regard de l'Accord OTC. Une telle approche interprétative de l'Organe d'appel est encore plus pertinente pour les accords de l'OMC qui ne contiennent pas de préambule énumérant expressément leurs objectifs, comme c'est le cas de l'Accord SMC.

944. Concernant le terme *nécessaire*, l'Organe d'appel a fait mention expresse des critères juridiques élaborés pour appliquer l'Article XX du GATT et les a, en pratique, reproduits dans une large mesure s'agissant de l'Article 2.2 de l'Accord OTC¹¹⁰⁹. En les appliquant à l'espèce, l'Organe d'appel a infirmé l'affirmation du Groupe spécial selon laquelle la mesure de rechange indiquée par le Mexique, à savoir la coexistence des dispositions des États-Unis et de celles de l'AIDCP en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*, ne présentait pas « de plus grands risques pour les dauphins dans l'ETP que ceux acceptés par les États-Unis ». En réalité, cela ne serait vrai qu'à l'extérieur de l'ETP. À l'intérieur, l'alternative présentée par le Mexique aurait eu pour conséquence que le thon capturé par la technique d'encerclement des dauphins eût été admissible au label. Or, dans la mesure où les dauphins subissent des effets nuisibles *allant au-delà des mortalités observées* à la suite de l'encerclement¹¹¹⁰, même dans le cadre des restrictions énoncées dans les règles de l'AIDCP, la mesure de rechange aurait atteint l'objectif d'information des consommateurs et celui de protection des dauphins *à un degré moindre* par rapport à la mesure en cause parce que, globalement, elle aurait permis que davantage de thons pêchés dans des conditions ayant des effets nuisibles sur les dauphins soient étiquetés *Dolphin Safe*¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, paras. 320-322. Il y a lieu de relever qu'outre les critères identiques ayant trait aux degrés de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause et celui de restriction pour le commerce, le troisième critère de l'examen de la nécessité suivant l'Article XX du GATT est l'importance de l'objectif. Dans le cadre de l'Article 2.2 de l'Accord OTC cela a été décrit par l'Organe d'appel comme étant « la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure ». Cet examen inclut aussi notamment la détermination de la possibilité qu'une mesure de rechange, moins restrictive pour le commerce et qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent compte tenu des risques qu'une non-réalisation entraînerait, soit raisonnablement disponible.

¹¹¹⁰ Par exemple, les conséquences nuisibles suivantes découlant de la pêche prolongée des dauphins au cours de l'emploi de la technique : la séparation des mères et des petits ; des blessures musculaires potentielles résultant de la chasse ; des défaillances du système immunitaire et du système de reproduction ; un stress aigu permanent. *Ibid.*, note de bas de page 663.

¹¹¹¹ *Ibid.*, paras. 329-330.

945. Par conséquent, l'Organe d'appel a considéré que la mesure proposée par le Mexique n'était pas une mesure de rechange raisonnablement disponible, moins contraignante et n'aurait pas contribué à la réalisation de l'objectif des États-Unis à un même degré et niveau de protection que ceux choisis par le pays. Par conséquent, la mesure contestée n'était pas incompatible avec l'Article 2.2 de l'Accord OTC. Enfin, l'Organe d'appel a aussi considéré que le Groupe spécial avait commis une erreur en recourant au principe d'économie jurisprudentielle dans cette affaire car il aurait également dû examiner les allégations du Mexique au regard du GATT¹¹¹².

946. D'après les éléments que nous venons d'examiner, il est clair, selon nous, que l'Organe d'appel a retenu une approche interprétative très similaire à celle qu'il avait employée dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Il s'est appuyé sur les buts et objectifs de l'Accord OTC, qui incluent notamment ceux de la protection environnementale, afin d'introduire des critères et contours normatifs analogues à ceux déterminés pour l'Article XX du GATT. Cette approche s'imposait car l'interprétation *purement textuelle* de la disposition de l'Accord OTC aurait conduit à une situation juridique contraire à l'esprit et aux buts du système commercial multilatéral eu égard aux « préoccupations *actuelles* de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement ». Comme on le verra par la suite, quelques années plus tard, l'Organe d'appel retiendra une approche assez similaire s'agissant de l'Accord SMC.

947. Il y a aussi lieu de relever que l'Organe d'appel a inversé l'approche interprétative utilisée par le Groupe spécial à l'instar de ce qu'il avait fait à l'égard de l'approche retenue par les groupes spéciaux à l'égard du GATT. L'examen de la *nécessité* au regard de l'Article 2.2 est, *par nature*, une analyse très délicate dans la mesure où il s'agit d'un examen du *bien-fondé* d'une option de politique publique spécifique adoptée par l'autorité nationale d'un Membre de l'OMC. Il s'agit aussi d'un *soupesage* et d'une *mise en balance* d'intérêts commerciaux et non-commerciaux. Or, une décision qui penche vers la primauté des intérêts

¹¹¹² *Ibid.*, para. 405.

commerciaux ne peut être prise à la légère sous peine de soulever des questionnements importants quant à la légitimité du mécanisme multilatéral de règlement des différends¹¹¹³.

948. D'autre part, l'analyse de l'Article 2.1, tel que réalisée par l'Organe d'appel, se concentre moins sur l'option spécifique de politique publique (objectifs et instruments particuliers) que sur ses *aspects discriminatoires stricto sensu*, c'est-à-dire, injustifiables ou arbitraires. D'après les critères juridiques identifiés par l'Organe d'appel, la question qui se pose ici est de savoir si les *effets préjudiciables* de la mesure réglementaire en question découlent exclusivement d'une distinction réglementaire légitime ou, en d'autres termes, si la mesure est impartiale et si ses effets nuisibles peuvent être justifiés. Comme l'a fait valoir l'Organe d'appel, ce *type* de défense de l'effet commercial nuisible est *forcément plus difficile*¹¹¹⁴. Dit autrement, l'examen par les groupes spéciaux et par l'Organe d'appel de l'OMC est plus strict, plus étendu et plus minutieux. Cela est notamment dû au fait que l'analyse des discriminations *stricto sensu* intègre forcément des considérations liées à la *bonne foi* dans les relations internationales et au *principe de justesse*. Il est probablement plus admissible du point de vue de la légitimité d'un système de règlement des différends international d'infirmier une politique nationale pour ces raisons que pour celles découlant d'une contraposition entre intérêts commerciaux et non-commerciaux.

949. En tout état de cause, outre ces considérations métajuridiques, les critères juridiques élaborés par l'Organe d'appel au regard de l'Article XX du GATT et des Articles 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC nous semblent beaucoup plus adaptés que ceux développés à l'époque du GATT, en conduisant à un *examen plus équitable des mesures environnementales*. Mais, si ces critères s'appliquent aisément aux mesures réglementaires et tarifaires prises en application des dispositions du GATT et des Accord OTC et SPS, par exemple, leur

¹¹¹³ Il n'est ainsi guère étonnant de constater que jusqu'à présent l'Organe d'appel n'a jamais relevé une violation de l'Article 2.2 de l'Accord OTC tandis qu'il l'a fait à l'égard de l'Article 2.1 à plusieurs reprises. De plus, comme nous l'avons noté, dans le cadre des affaires environnementales ayant trait à l'application de l'Article XX, l'examen des critères posés dans les alinéas aboutit plus souvent à des décisions de justification préliminaire des mesures que l'examen des critères prévus dans le texte introductif de la disposition.

¹¹¹⁴ Ainsi que nous l'avons précédemment relevé, lors de la première affaire traitée dans le cadre de l'OMC, l'Organe d'appel avait précisé que la preuve qu'une discrimination n'était pas arbitraire ou injustifiable était une « tâche plus lourde que celle qui consistait à montrer qu'une exception, par exemple celle de l'article XX g), est applicable à la mesure en cause ». Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, WT/DS4AB/R, 20 mai 1996, p. 25.

applicabilité aux accords régissant les subventions était moins claire. De fait, il faudra attendre l'affaire *Canada – Énergie renouvelable* pour que l'Organe d'appel ait l'occasion de les appliquer au regard de l'Accord SMC dans le cadre d'une affaire environnementale.

950. Cependant, avant d'analyser ce différend, ainsi que d'autres cas traitant de l'application des dispositions de l'OMC à des mesures de soutien prises à des fins de protection environnementale, il convient d'examiner les suites de l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*. En effet, après la décision, les États-Unis ont publié le 9 juillet 2013 les modifications apportées à la mesure en cause par la voie du règlement « Prescriptions documentaires renforcées étayant l'utilisation du label *Dolphin Safe* sur les produits du thon » (règlement de 2013).

951. Désormais, pour avoir accès au label, tout thon pêché à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP devait être certifié afin de prouver qu'aucun dauphin n'a été tué ou sérieusement blessé lors des opérations de capture de thons et que la technique d'encerclement des dauphins n'avait pas été utilisée par des navires équipés de sennes coulissantes¹¹¹⁵ lors de cette expédition de pêche¹¹¹⁶. Néanmoins, seuls les grands navires utilisant des sennes coulissantes dans l'ETP étaient encore obligés de le faire certifier par le capitaine et par un observateur agréé à bord. Toute autre pêcherie était tenue de le faire certifier *a priori* seulement par le capitaine¹¹¹⁷. De plus, les différences concernant la documentation, le repérage, le suivi à la vérification (*prescriptions de repérage et vérification*), à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP, demeuraient également inchangées, les prescriptions applicables aux thoniers pêchant à l'intérieur de l'ETP étant plus strictes¹¹¹⁸. Enfin, les lacunes du mécanisme de la DPCIA, qui permettait au Secrétaire au Commerce d'imposer les mêmes prescriptions de certification, de repérage et de vérification applicables dans l'ETP aux autres pêcheries agissant à l'extérieur de l'ETP dans le cas de la détermination d'une *association régulière et importante* entre les

¹¹¹⁵ À l'intérieur de l'ETP, seuls les *grands* navires équipés de sennes coulissantes étaient obligés de certifier la non-utilisation de la technique. À l'extérieur de l'ETP seuls les navires équipés de sennes coulissantes devaient le faire.

¹¹¹⁶ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 – Mexique), WT/DS381/RW, 14 avril 2015, paras. 3.32-37.

¹¹¹⁷ *Ibidem*, paras. 3.38-52.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, paras. 3.26-3.31 et 7.284-383.

thons et les dauphins ou de *mortalité ou de blessures graves régulières et importantes (dispositions relatives aux déterminations)*, étaient toujours présentes¹¹¹⁹.

952. Le 14 novembre 2013, le Mexique a initié une procédure de révision de la mise en œuvre (Article 21:5) contre la mesure américaine telle que modifiée par le règlement de 2013 précité. En l'occurrence, le Groupe spécial saisi de l'affaire a considéré que les différences dans les *prescriptions de repérage et de vérification* causaient aux exportations mexicaines un effet préjudiciable qui ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

953. En particulier, le Groupe spécial a considéré que, si le *critère d'admissibilité* selon lequel la technique d'encerclement des dauphins n'était pas admissible pour le label se justifiait du fait que cette technique est la seule à causer *le type de dommages non observables* subis par les dauphins *du fait de la chasse elle-même* (tels que la séparation des mères et des petits, les blessures musculaires, et les défaillances des systèmes immunitaire et reproducteur)¹¹²⁰, les différences de prescriptions concernant le *repérage et la vérification* étaient *incompatibles* avec les objectifs recherchés par la mesure. Selon le Groupe spécial, il n'y avait pas de *lien rationnel* entre l'imposition d'une charge moins lourde pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon, y compris parce que ces charges moins lourdes pouvaient conduire à ce que le thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes soit étiqueté *Dolphin Safe* de *façon incorrecte*.¹¹²¹

954. De plus, le fait que la constatation d'une blessure grave ou mortelle à l'extérieur de l'ETP dépendait d'une certification par le capitaine du navire qui n'était pas nécessairement *qualifié pour le faire* (cela ne fait pas partie des compétences généralement attendues d'un

¹¹¹⁹ *Ibid.*, paras. 3.20-23 et 7.247-257. Ainsi que nous l'avons noté plus haut, la détermination d'une *association régulière et importante* entre les thons et les dauphins ne pouvait pas se faire s'agissant des pêcheries dont les navires n'utilisent pas de sennes coulissantes. De plus, il n'était pas possible, selon le Secrétaire au commerce, de désigner une pêcherie dont les navires utilisent des sennes coulissantes comme étant *une zone où il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins*.

¹¹²⁰ *Ibid.*, paras. 7.132-135.

¹¹²¹ *Ibid.*, paras. 7.391-402.

capitaine) indiquait, selon le Groupe spécial, que l'effet préjudiciable causé par le coût plus élevé résultant de l'obligation imposée aux grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP de disposer en permanence d'un observateur agréé à bord, ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime¹¹²².

955. Finalement, les lacunes des *dispositions relatives aux déterminations*, qui ne permettaient pas d'égaliser les *prescriptions de certification, de repérage et de vérification* pour certaines pêcheries comportant des risques pour les dauphins potentiellement équivalents à ceux existant dans l'ETP, renforçaient, d'après le Groupe spécial, l'effet préjudiciable causé par la mesure américaine (c'est-à-dire un traitement différencié selon les diverses méthodes de pêche au thon utilisées dans les différents océans), qui ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime¹¹²³.

956. Cette fois-ci, le Groupe spécial a également réalisé un examen de la compatibilité de la mesure américaine avec les dispositions du GATT. Il a notamment confirmé ses constatations au regard de l'Accord OTC, au regard des obligations du GATT, c'est-à-dire

¹¹²² *Ibid.*, paras. 7.212-234. En notant les critères établis par les autorités américaines pour qu'une personne soit considérée, qualifiée et habilitée à être un « observateur agréé » (ce qui requiert, par exemple, que ces observateurs soient « formés pour identifier les dauphins endémiques dans la zone de la pêche »), le Groupe spécial a affirmé que « [l]es éléments de preuve (...) donnent fortement à penser que certifier qu'un dauphin a ou non été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins est une tâche extrêmement complexe ». Or, rien n'était exigé des capitaines qui étaient désormais censés certifier de telles qualités à l'extérieur de l'ETP. Selon le Groupe spécial, « la certification de la mort et des blessures graves des dauphins demande des compétences très spécialisées, qui jusqu'à présent n'ont généralement pas été exigées des capitaines ». Ce manque de compétences pourrait « aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui est contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. Le Groupe spécial constate donc que les prescriptions différentes concernant la certification ne sont pas impartiales et « qu'elles ne peuvent donc pas être considérées comme découlant exclusivement d'une distinction réglementaire légitime ». *Ibid.*, paras. 7.218, 226 et 233.

¹¹²³ *Ibid.*, paras. 7.258-263. En particulier, sur ce sujet, le Groupe spécial a relevé ce qui suit :

« Il apparaît que ces dispositions sont conçues pour permettre aux États-Unis d'imposer des conditions aux pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP quand les conditions dans ces autres pêcheries se rapprochent de celles qui existent dans la pêche des grands navires de l'ETP. Cela permettrait de garantir que les situations semblables sont traitées de la même manière dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon. Cependant, (...) [l'existence des lacunes] veut dire que, dans certains cas, les pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP peuvent être traitées de façon différente, et moins contraignante, dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, même dans les cas où les conditions existant dans ces pêcheries ressemblent à celles qui existent dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, du point de vue du taux de mortalité des dauphins ou du niveau de l'association entre les thons et les dauphins » (notes de bas de page omises) (*Ibid.*, 7.263).

que, même si les incompatibilités de la mesure avec les Articles I et III du GATT étaient provisoirement justifiées au titre de l'alinéa g) de l'Article XX¹¹²⁴, la mesure ne respectait pas les prescriptions du texte introductif (à l'exception du critère d'admissibilité) pour les mêmes raisons identifiées ci-dessus¹¹²⁵.

957. Au motif d'une erreur dans la manière dont le Groupe spécial a examiné l'affaire, l'Organe d'appel a infirmé toutes ses constatations. En particulier, l'Organe d'appel a contredit l'approche du Groupe spécial ayant consisté à examiner la compatibilité des *différentes composantes* de la nouvelle mesure américaine avec les dispositions de l'Accord OTC et du GATT (*analyse segmentée*). Selon l'Organe d'appel, les *critères d'admissibilité* et de *certification*, tout comme les prescriptions *de repérage et de vérification* ainsi que les lacunes des *dispositions relatives aux déterminations*, devaient être examinées de façon holistique afin de déterminer si les *différences dans les conditions d'étiquetage* imposées à *chaque pêcherie* de thon étaient *adaptées aux risques* que présentait l'activité de pêche au thon en question pour les *dauphins dans cette pêcherie en particulier (profils de risques relatifs)*¹¹²⁶.

¹¹²⁴ *Ibid.*, para. 7.541. Il y a lieu de noter que le Groupe spécial a considéré, contrairement à l'argumentation du Mexique, que dans la mesure où la DPCIA visait *la protection* des dauphins *individuellement*, elle contribuait aussi à la *conservation* de l'espèce, rentrant ainsi au champ d'application de l'alinéa g). En particulier, le Groupe spécial a affirmé ce qui suit :

« [R]ien dans le sens ordinaire du terme "conservation" ni dans la jurisprudence de l'Organe d'appel n'indique que la conservation visée à l'alinéa g) de l'article XX couvre seulement les mesures dont le but premier est la conservation des dauphins à l'échelle d'une population. Au contraire, nous pensons que la préservation de la vie des dauphins pris individuellement est tout autant un acte de conservation qu'un programme visant à encourager la reconstitution d'une population particulière. De fait, à notre avis, il existe un lien essentiel et indissociable entre la protection des dauphins à l'échelle individuelle et le "renouvellement d[une] espèce menacée" car c'est seulement par la protection des dauphins pris individuellement qu'une population elle-même peut être protégée, renouvelée et maintenue » (*Ibid.*, para. 7.527).

Le Groupe spécial a décidé d'appliquer le principe d'« économie jurisprudentielle » en ce qui concerne le moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX b). *Ibid.*, paras. 7.542-545. Ces constatations au regard de l'alinéa g) par le Groupe spécial n'ont pas été contestées en appel.

¹¹²⁵ *Ibid.*, paras. 7.585, 605 et 611.

¹¹²⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique) (21:5 – Mexique)*, WT/DS381/AB/RW, 20 novembre 2015, paras. 7.1-21 et 7.101. L'Organe d'appel a aussi considéré que le Groupe spécial avait commis une erreur dans la façon dont il a examiné les effets préjudiciables découlant des différentes prescriptions en matière d'étiquetage, une attitude qui aurait contribué à l'approche interprétative segmentée erronée retenue par ce dernier. *Ibidem*, paras. 7.47-76.

958. Étant donné que l'analyse segmentée réalisée par le Groupe spécial ne lui avait pas permis de déterminer correctement les *différents profils de risques relatifs* pour les dauphins selon les différentes pêcheries de thon, l'Organe d'appel n'était pas en mesure de décider si les prescriptions en matière d'étiquetage applicables à chaque pêcherie étaient *adaptées* à ces risques et, par conséquent, si les effets préjudiciables causés par ces disparités découlaient exclusivement d'une distinction réglementaire légitime¹¹²⁷. En revanche, l'Organe d'appel a considéré que les lacunes des *dispositions relatives aux déterminations* dénotaient un manque d'*impartialité* de la mesure ainsi qu'une *discrimination arbitraire* dans la mesure où, comme l'a noté le Groupe spécial, elles ne permettaient pas d'étendre les mêmes prescriptions visant la protection des dauphins aux cas où les risques s'élevaient à un niveau comparable à ceux existants à l'intérieur de l'ETP¹¹²⁸. De ce fait, l'Organe d'appel a considéré que la nouvelle mesure américaine était encore incompatible avec les règles de l'Accord OTC et du GATT¹¹²⁹.

959. Prenant acte de cette décision restrictive de l'Organe d'appel, les États-Unis ont décidé de modifier encore une fois leur mesure en considérant tous les éléments soulevés par le Groupe spécial dans le cadre de la première procédure de révision de sa mise en œuvre. Ainsi, le 22 mars 2016, les États-Unis ont publié un nouveau règlement modifiant celui de 2013 concernant le thon (règlement de 2016).

960. Ce règlement de 2016 a comblé les lacunes des *dispositions relatives aux déterminations*¹¹³⁰ et a considérablement réduit les différences entre les prescriptions de *repérage et de vérification* applicables selon que les thoniers opèrent à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP¹¹³¹. De plus, même si les *critères d'admissibilité* restaient inchangés (la technique d'*encerclement de dauphins* était toujours inadmissible pour obtenir le label), la nouvelle mesure a introduit deux changements importants concernant les *critères de certification*. D'après le règlement de 2016, les capitaines de tous les navires de toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP

¹¹²⁷ *Ibid.*, paras. 7.76, 169, 253, 266, 282, 326 et 332.

¹¹²⁸ *Ibid.*, paras. 7.254-265 et 354-358.

¹¹²⁹ *Ibid.*, paras. 7.266 et 359-360.

¹¹³⁰ Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 2 – Mexique), WT/DS381/RW2, 26 octobre 2017, paras. 7.68-69.

¹¹³¹ *Ibidem*, paras. 7.55-67.

devaient désormais également certifier qu'aucune senne coulissante ou *autre engin de pêche* n'avait été délibérément déployé sur les dauphins ou utilisé pour les encercler lors de l'expédition de pêche au cours de laquelle les thons ont été capturés¹¹³².

961. De plus, bien que les grands navires équipés de sennes coulissantes pêchant à l'intérieur de l'ETP soient les seuls à être, *a priori*, encore obligés de faire certifier leur respect des prescriptions en matière d'étiquetage par le capitaine *et* un observateur agréé¹¹³³, la nouvelle mesure imposait que tous les capitaines des autres pêcheries certifient avoir suivi un *nouveau cours de formation Dolphin Safe (cours de formation des capitaines)* élaboré par les autorités américaines afin de les informer et de les former à l'identification des éléments requis par la DPCIA relatifs, entre autres, à la santé des dauphins¹¹³⁴.

962. Puis, en 2016, les États-Unis et le Mexique ont tous deux initié une deuxième procédure de révision de la mise en conformité de l'Article 21:5. Cette-fois-ci, le Groupe spécial a repris les critères juridiques définis par l'Organe d'appel lors de la première procédure de révision de la mise en conformité. Plus précisément, il a identifié les différents profils de risques de chaque pêcherie et entrepris un examen global considérant l'adaptation et l'ajustement des différentes prescriptions en matière d'étiquetage de la mesure américaine telle que modifiée par le règlement de 2016 précité.

963. Au vu des modifications réalisées et du profil de risques particulièrement dangereux de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes employant la technique

¹¹³² Il y a lieu de relever que juste avant la deuxième procédure de révision de mise en œuvre, les autorités américaines avaient, pour la première fois, désigné certaines pêcheries aux filets maillants de l'Océan indien comme ayant un taux de mortalité par opération *régulier et important*. De ce fait, les produits de thon provenant de ces pêcheries étaient aussi désormais obligés d'inclure une certification par un observateur agréé. Cependant, étant donné qu'aucun observateur opérant dans ces pêcheries n'avait été agréé par les autorités américaines, aucun produit de thon de ces pêcheries n'était admissible au label. *Ibid.*, paras. 7.417, 685-686 et 7.701.

¹¹³³ *Ibid.*, para. 7.51.

¹¹³⁴ Le cours - qui était disponible en anglais, chinois mandarin, coréen, espagnol, indonésien, japonais, tagal, thaïlandais et vietnamien - portait sur quatre domaines principaux: i) identification des dauphins de la famille taxonomique des *Delphinidae* ; ii) identification du déploiement délibéré d'engins sur les dauphins ou de leur encercllement délibéré au moyen d'engins ; iii) identification de la mortalité et des blessures graves des dauphins ; séparation physique des thons *Dolphin Safe* et des thons non-*Dolphin Safe* depuis le moment de la capture jusqu'au moment du déchargement. *Ibid.*, para. 7.53. Pour une opinion récente sur la nouvelle mesure, voir : NATIONAL GEOGRAPHIC, *Dolphin-Safe Tuna Rules Just Got Tougher*, 25 mars 2016, disponible sur <<https://news.nationalgeographic.com/2016/03/160325-dolphin-safe-tuna-label-mexico-world-trade-organization/>> (dernier accès le 18.05.2019).

d'encerclement des dauphins dans l'ETP, le Groupe spécial a considéré que la mesure de 2016 n'était pas incompatible avec l'Article 2.1 de l'Accord OTC et était justifiée au regard de l'Article XX du GATT.¹¹³⁵ Autrement dit, les différentes prescriptions en matière d'étiquetage (admissibilité, certification, repérage, vérification et dispositions relatives aux détermination) étaient finalement adaptées au profil de risques de chaque pêcherie et l'effet nuisible causé découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. L'Organe d'appel a confirmé ces constatations du Groupe spécial¹¹³⁶.

Section 4 : Conclusions – la fonction « intégrative » du concept de développement durable a-t-elle réussi à réconcilier les deux systèmes ?

964. Bien qu'il ait fallu plus de 25 ans pour que l'affaire *États-Unis – Thon II* soit résolue, la mesure de protection des dauphins (et d'information des consommateurs) finalement adoptée par les États-Unis est beaucoup plus cohérente et impartiale que celle originellement appliquée. Même si elle impose plus de restrictions (et donc de coûts) aux échanges internationaux qu'initialement, elle est désormais compatible avec les obligations de l'OMC. De ce fait, à l'instar des affaires *États-Unis – Crevettes* et *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'application des dispositions du système commercial multilatéral à cette mesure a contribué, en fin de compte, à la réalisation de l'objectif environnemental, quand bien même il ne s'agissait pas de l'objectif premier du système de règlement des différends, ni de l'action initiée par le Mexique en l'espèce.

965. Cela découle du fait, ainsi que nous l'avons déjà noté, que les dispositions de l'OMC relatives aux mesures restrictives adoptées pour la réalisation d'objectifs légitimes de politiques publiques exigent avant tout que les effets nuisibles et discriminatoires découlant de ces mesures soient *justifiables* au regard de l'objectif choisi. Les contours spécifiques de cet examen peuvent varier selon la mesure et les faits de l'espèce, néanmoins les règles exigent, au minimum, que ces mesures soient *cohérentes*, *impartiales* et *adaptées* aux objectifs qu'elles visent à réaliser, en particulier s'agissant des éventuelles discriminations *lato sensu* qu'elles peuvent engendrer.

¹¹³⁵ *Ibid.*, paras. 7.611, 676, 702, 703-717 et 740.

¹¹³⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 2 – Mexique), WT/DS381/AB/RW2, 14 décembre 2018, paras. 6.81, 258 et 279-287.

966. Il est, par ailleurs, intéressant de noter l'évolution profonde qu'a connu le système commercial multilatéral quant à la relation entre ses dispositions et les mesures commerciales restrictives prises par les Membres aux fins de protection environnementale. Durant les dernières années d'application du GATT 1947, des questions importantes et pertinentes avaient été soulevées à ce sujet par des experts environnementaux et commerciaux soucieux de l'impact qu'un système commercial multilatéral renforcé pourrait avoir sur les efforts de protection environnementale. Un examen de l'évolution de l'opinion de certains de ces experts nous paraît ainsi particulièrement éclairant.

967. Par exemple, S. Charnovitz a exprimé de fortes critiques contre l'approche interprétative adoptée par les groupes spéciaux du GATT à l'occasion de plusieurs affaires des années 1990. Ainsi, l'auteur a affirmé en 2007 :

« A new era in the trade-environment debate began in 1996–98. This era was fostered by enlightened Appellate Body jurisprudence and boosted by the attention given to the environment by trade negotiators in the waning days of the Uruguay Round... the generally well-thought-out Appellate Body decisions inspired confidence in the adjudication process, and convinced many environmentalists that legitimate environmental measures would be permitted by the WTO ... An important development for Article XX was that the Appellate Body cast aside some of the GATT and early WTO panel holdings that threatened to render the environmental exceptions unusable... these holdings threatened the trading system by triggering worries as to its hostile attitude toward the broader public interest. By reversing the US – Gasoline, US – Shrimp, and EC – Asbestos panels, the Appellate Body not only corrected errant holdings, but also sent a signal to the public that the era of runaway panels on environmental matters was over » (notes de bas de page omises)¹¹³⁷.

968. De même, R. Howse affirma, à la suite de l'affaire *États-Unis – Crevettes*, qu'à travers l'approche interprétative qu'il avait retenue, l'Organe d'appel avait « balayé presque tous les piliers de l'édifice anti-environnementaliste du GATT »¹¹³⁸. Plus récemment, l'auteur a fait valoir que c'est dans le cadre des premières affaires de l'OMC, y compris les affaires environnementales, que l'Organe d'appel aurait imposé sa propre approche

¹¹³⁷ CHARNOVITZ, Steve, The WTO's Environmental Progress, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n° 3, 2007, p. 686 et 695-696.

¹¹³⁸ HOWSE, Robert, « The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 27, 2002, p. 506.

interprétative s'écartant de ce qu'avaient prévu les « initiés » du système. Ainsi, l'Organe d'appel a répondu aux craintes des environnementalistes et donné une légitimité au système multilatéral de règlement des différends commerciaux¹¹³⁹. En particulier, l'auteur a considéré :

« The Appellate Body, through case law that may often appear inconsistent – at least where various shifts in approach are inadequately explained – has nevertheless developed a number of judicial policies, which have, overall, oriented adjudication towards maintaining a balance between trade liberalization and the right to regulate ... It is very conscious of the legitimacy issues that arise when it passes judgment over domestic policies in sensitive areas of public interest, carefully avoiding the appearance that the Appellate Body is the agent, much less the avant-garde of the neo-liberal project represented by the Uruguay Round ... The Appellate Body has taken pains to practise an unobtrusive or light review of the main lines of the policies and has tried to be deferential to the policy objectives that are sought as well as to the domestic choice of the degree of fulfilment of those objectives » (notes de bas de page omises)¹¹⁴⁰.

969. Jackson, pour sa part, qui avait appelé en 1992 à la modification des dispositions du GATT afin d'exempter des mesures environnementales unilatérales ainsi que celles adoptées dans le cadre des AEM¹¹⁴¹, considérait en 2005 que les décisions de l'Organe d'appel relatives aux premières affaires environnementales avaient été :

« quite constructive, carefully balancing between relatively contradictory policy directions in a way that could be said to enhance, or even optimize, the

¹¹³⁹ HOWSE, Robert, « The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary », *The European Journal of International Economic Law*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 9-77.

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 12-13. Dans le même sens, voir : VAN DEN BOSSCHE, Peter, « From Afterthought to Centerpiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System », *Maastricht University Faculty of Law Working Paper*, 2005/1, 38 p. En particulier, l'auteur affirme que « [t]he eminent status of the Appellate Body and its case law is to a large extent due to the fact that the Appellate Body has struck this balance correctly or is generally seen as genuinely trying to strike the correct balance ». *Ibidem*, p. 35. Voir aussi : ALQUISADA, Pamela Joy L., « Reconciling Trade and Environment: GATT Article XX Exceptions, the Chapeau, and the JPEPA », *Ateneo Law Journal*, vol. 53, 2009, p. 1022-1046 ; AVAFIA, Tenu, « Does the WTO's Dispute Settlement Understanding Promote Sustainable Development? », in GEHRING, Markus W. et SEGGER, Marie-Claire C. (eds), *Sustainable development in world trade law*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2005, p. 259-271.

¹¹⁴¹ JACKSON, John, « World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict? », *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, n° 4, 1992, p. 1258-1259. Voir aussi : JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, 2nd ed., 1997, p. 339. Voir la section 2:4 du présent chapitre ci-dessus.

impact of the policies on the competing goals which it has had to mediate »¹¹⁴².

970. Enfin, mentionnons que dans le cadre d'un événement organisé en commémoration des 20 ans de l'OMC, plusieurs commentateurs ont été invités à faire le point sur l'évolution de la jurisprudence relative aux différends traitant de protection de l'environnement¹¹⁴³. Au-delà des considérations positives et critiques qui y ont été exprimées, un consensus semblait exister parmi les experts selon lequel l'approche interprétative employée par l'Organe d'appel avait contribué à la prise en compte de préoccupations environnementales dans les dispositions du GATT¹¹⁴⁴.

971. Ainsi que nous l'examinerons par la suite, l'Organe d'appel semble avoir intégré au moins certaines considérations liées aux externalités environnementales dans son

¹¹⁴² JACKSON, John, « Justice Feliciano and the WTO Environmental Cases: Laying the Foundations of a 'Constitutional Jurisprudence' with Implications for Developing Countries », in VAN DEN BOSSCHE, Peter, STEGER, Debra P., CHARNOVITZ, Steve, (eds.), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 39. Voir aussi : JACKSON, John, « The Case of the World Trade Organization », *International Affairs*, vol. 84, n° 3, 2008, p. 437-454. Dans le même sens, voir : NIENCHESKI, Luisa Zuardi, MOROSINI, Fabio, « A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito? », *Brazilian Journal of International Law*, vol. 12, n° 2, 2014, p. 150-168.

¹¹⁴³ L'audio des séances spéciales qui ont compté avec la participation des dirigeants du PNUE, de la CITES, des Conventions de Bâle, de Rotterdam et de Stockholm, de la CNUCED et de l'OMC, est disponible sur le lien : <https://www.wto.org/french/thewto_f/20y_f/buildpath20y_f.htm> (dernier accès le 16.05.2019).

¹¹⁴⁴ Par exemple, L. Bartels a soulevé plusieurs points de réflexion intéressants sur la question :

« It is clear from the agreements that provided that a measure meets certain conditions it can be adopted to protect at least the environment of a WTO member, possibly also the global commons and maybe even beyond that; it is that one area which it is very difficult. However, if we are limiting ourselves to the uncontroversial topic, which is that one can protect one's own environment at least, how can this be reconciled with trade interests? It is tricky, but essentially, the way that the rules are structured is to say that you have to adopt the measure in a sensible way, and a sensible way is then defined in terms of being the least trade restrictive. Now, to me I think this is reasonable, a good administration should be able to meet these conditions, it is essentially the principle of proportionality and usually when cases fail to do this, when the measure doesn't achieve the right balance between apparently protecting the environment and trade interests it is usually the flaw of the measure rather than a flaw in the rules. »

J. Trachtman, pour sa part, a affirmé que bien que les règles de l'OMC permettent l'adoption de politiques environnementales, elles exigent aussi de ne pas abuser de ce droit : « That sometimes takes some working out and takes some judgment by the WTO Panels and the Appellate Body, but generally speaking there is a great deal of policy space so long as it is not abused ». Dans le même sens, S. Charnovitz a soulevé que « the debate on trade and environment has become a very constructive part of the WTO system. Twenty-five years ago one was careful not even to mention the word environment in this building, but nowadays it is recognized that trade-sustainable development linkages is an important part of the WTO and in the Environment regime ». Les entretiens de ces auteurs sont disponibles sur : <https://www.wto.org/french/news_f/pres15_f/pr741_f.htm> (dernier accès le 16.05.2019).

interprétation et application des dispositions de l'Accord SMC à des programmes de soutien aux énergies renouvelables. Mais, des questions demeurent quant aux contours normatifs des dispositions et la compatibilité des mesures de soutien récemment adoptées dans le cadre de politiques industrielles vertes.

972. Ces politiques, dont l'adoption s'est intensifiée depuis la crise financière de 2008, visent à contribuer à la réalisation des objectifs de développement durable ainsi que ceux inscrits dans l'Accord de Paris sur le climat. Sans entrer dans un débat sur le bien-fondé économique et politique de ces mesures, la dernière partie de notre thèse sera dédiée à l'examen de l'application des dispositions de l'OMC sur les subventions et les enjeux soulevés par de récentes affaires qui semblent révéler, à première vue, un potentiel conflit entre les raisons économique et politique justifiant leur adoption et les contours normatifs stricts du cadre multilatéral.

QUATRIÈME PARTIE : L'APPLICATION CONTEMPORAINE DES RÈGLES DE L'OMC SUR LES SUBVENTIONS EU ÉGARD AU CONCEPT DE DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU DÉBAT MULTILATÉRAL SUR LES SUBVENTIONS

« Subsidies can have both positive and negative implications for sustainable development. Used well, they can correct market failures (e.g. failure to reflect positive externalities) and promote behavior that is environmentally and socially sound. Used poorly, they constitute policy failures that distort otherwise efficient markets, and promote behavior that is environmentally and socially unsound. ... When and how subsidies should be applied, and the distribution of their costs and benefits on people within and between countries, are complex questions. Consequently, how subsidies are treated by the WTO is an important sustainable development issue ».

STILWELL, Mathew, « Trade and Environment in the context of sustainable development », in GEHRING, Markus W. et SEGGER, Marie-Claire C. (eds), *Sustainable development in world trade law*, Kluwer Law International, Dordrecht, 2005, p. 57.

973. La dernière partie de la thèse est consacrée à l'étude de l'application contemporaine des règles de l'OMC relatives aux subventions au regard du concept de développement durable. Plus précisément, la question à laquelle nous chercherons à répondre est de savoir dans quelle mesure l'approche interprétative employée par l'Organe d'appel lors de l'application des dispositions multilatérales du GATT et de l'Accord OTC dans le cadre des affaires environnementales a été reprise dans le cadre des affaires environnementales relevant de l'application des disciplines régissant l'utilisation des subventions.

974. Comme nous avons eu l'occasion d'en discuter lors de nos chapitres précédents, le raisonnement juridique sous-jacent aux accords régissant les subventions n'est pas le même que celui du GATT ou de l'Accord OTC. Bien que l'Accord SMC et l'Accord sur l'agriculture prévoient certaines flexibilités d'action gouvernementale pertinentes pour des politiques commerciales adoptées à des fins de développement durable¹¹⁴⁵, ces accords ne contiennent aucune exception générale permettant expressément la prise en compte

¹¹⁴⁵ Voir le chapitre 2, sections 2 et 3, de la deuxième partie de notre thèse.

d'objectifs légitimes non-commerciaux et l'adoption de mesures contraires aux dispositions multilatérales pour leur réalisation.

975. Les impératifs de développement durable que nous avons étudiés ont-ils eu un effet quelconque sur l'application de ces dispositions ? Comme nous allons en discuter, l'Organe d'appel a effectivement eu l'occasion d'appliquer les dispositions multilatérales à certaines mesures de soutien à la génération d'énergies renouvelables. L'approche interprétative utilisée par l'Organe d'appel à l'égard de la notion d'*avantage* de l'Accord SMC a ouvert la possibilité d'intégrer certaines considérations liées aux externalités environnementales (positives et négatives) de certaines technologies génératrices d'énergie électrique. Or, cette approche interprétative a été critiquée par certains commentateurs au motif qu'elle aurait introduit de l'incertitude et de l'insécurité juridique et qu'elle conduirait à l'exclusion de l'analyse juridique des programmes de subvention arbitrairement discriminatoires¹¹⁴⁶.

976. Partant de ces réflexions, nous achèverons notre étude par un examen de certaines alternatives normatives qui sont intéressantes à considérer afin de mieux concilier les dispositions du système commercial multilatéral avec les impératifs de développement durable tels qu'ils sont notamment inscrits dans les ODD et l'Accord de Paris.

977. Pour ce faire, nous allons tout d'abord examiner comment l'évolution récente de l'utilisation des subventions à des fins environnementales, surtout après la crise financière de 2008, a mis en évidence la pertinence de mesures de soutien visant la réalisation de plusieurs objectifs ayant trait au développement durable (chapitre 1). Cette évolution a aussi remis en cause, mais seulement de manière partielle, les bases économiques théoriques qui encadraient l'adoption de dispositions juridiques sur les subventions au moment de la création de l'OMC¹¹⁴⁷.

978. Le chapitre 2 sera consacré à l'examen des affaires de l'OMC ayant trait à des mesures de soutien aux énergies renouvelables, tandis que le chapitre 3 examinera l'état des débats autour d'une révision de la réglementation commerciale multilatérale des subventions.

¹¹⁴⁶ Voir notre examen de ces commentaires, ainsi que notre propre analyse de l'approche ci-dessous (chapitre 2, section 1:2 ci-dessous).

¹¹⁴⁷ Voir le chapitre 2, section 2 de notre deuxième partie.

Chapitre 1 : L'émergence de politiques industrielles vertes - quels enjeux pour les disciplines multilatérales ?

979. Comme nous avons eu l'occasion d'en discuter dans le cadre de la deuxième partie, l'évolution de la réglementation commerciale multilatérale des subventions est marquée par une tension entre, d'un côté, la pertinence de l'outil pour le développement économique et, de l'autre, ses effets nuisibles sur les échanges. La théorie économique classique reconnaît les subventions en tant qu'instrument permettant de pallier certaines défaillances du marché, quand bien même elles ne s'avèrent pas souvent être la meilleure option de politique publique. Cependant, les défaillances de l'État peuvent mettre en cause l'efficacité de ce dispositif, en particulier si la politique de soutien financier est détournée au profit de groupes d'intérêts particuliers. De plus, les subventions peuvent avoir des effets nuisibles sur les échanges internationaux, faussant la concurrence et affectant l'activité économique d'autres pays.

980. Alors qu'à l'époque de l'adoption du GATT, les pays en développement éprouvaient des réticences quant à la quasi-absence originelle d'une réglementation multilatérale des subventions, surtout si on les compare aux dispositions encadrant les restrictions quantitatives qui étaient l'outil préféré de ces pays, tout au long des années 1950, 1960 et 1970, les pays en développement ont de plus en plus identifié les subventions comme un instrument indispensable afin de garantir leur participation au commerce international et de permettre le développement de leur économie¹¹⁴⁸. Plusieurs institutions régionales et internationales, fortement influencées par les prescriptions de la théorie de l'industrie naissante et des bénéfices imparfaitement appropriables, considèrent désormais l'emploi des subventions comme faisant partie des politiques publiques nécessaires pour garantir que les industries des pays en développement puissent se développer et concurrencer les autres à

¹¹⁴⁸ Voir pour un résumé de ce débat : OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 72-75. Voir aussi le chapitre 2 de notre première partie.

l'échelle globale¹¹⁴⁹. Ce type de politiques publiques qui visent à promouvoir l'industrialisation des économies a reçu le nom de « *politiques industrielles* »¹¹⁵⁰.

981. Il n'est donc pas surprenant que les limitations au versement de subventions imposées avec l'adoption des accords de l'OMC régissant les subventions n'ont pas été bien accueillies par les partisans des politiques industrielles. Si le « Consensus de Washington » appelait une participation réduite de l'État dans l'économie et dénonçait une « sélectivité discriminatoire » - c'est-à-dire un soutien à certaines entreprises ou secteurs économiques pour la création de « champions nationaux »¹¹⁵¹ -, les pays en développement se plaignaient que les nouvelles dispositions les empêchent de mettre en œuvre ce type de politiques publiques dont les pays développés (et certains pays en développement, surtout en Asie de l'Est¹¹⁵²) avaient profité pour leur propre développement industriel¹¹⁵³. Cette critique était

¹¹⁴⁹ Voir, par exemple, les travaux de la CEPAL, de la CEA ou bien de l'Organisation des Nations unies pour le développement industriel (ONUDI) dans : COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE, *Rapport économique sur l'Afrique 2015. L'industrialisation par le Commerce*, Addis-Abeba, Éthiopie, 2015, xxx, 185 p. ; ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN, *El desarrollo económico en los albores del siglo XXI*, Bogotá, Colombia, CEPAL, 2004, lx, 361 p. ; WEISS, John, « Taxonomy of industrial policy », *Research, Statistics and Industrial Policy Branch Working Paper 8/2015*, UNIDO, 2015, 46 p.

¹¹⁵⁰ Sur les politiques industrielles, voir, entre autres, les travaux de Rodrik et Chang dans : RODRIK, Dani, « Industrial Policy for the 21st Century », *Kennedy School of Government Working Paper No. RWP04-047*, 2004, UNIDO, 57 p. ; CHANG, Ha-Joon, « Infant Industry Promotion in Historical Perspective – A Rope to Hang Oneself or a Ladder to Climb With? », *Paper prepared for the conference "Development Theory at the Threshold of the Twenty-first Century"*, ECLAC-CEPAL, Santiago, Chili, 28-29 août, 2001, 49 p. Pour une définition assez claire du terme « politique industrielle », voir WARWICK, Ken, « Beyond Industrial Policy: Emerging Issues and New Trends », *OECD Science: Technology and Industry Policy Papers*, OECD Publishing, n° 2, 2013, p. 14-15.

¹¹⁵¹ Voir notre examen de ces débats dans le chapitre 2, section 2 de la deuxième partie.

¹¹⁵² Voir, par exemple, LALL, Sanjaya, « Selective policies for export promotion: Lessons from the Asian Tigers », *WIDER Research for Action 43*, United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU/WIDER), 1997, p. 46-50. Selon l'auteur, bien que les défaillances de l'État méritent attention, les partisans du néolibéralisme ont exagéré les limitations à l'utilisation de politiques industrielles en tant qu'outil de développement. En effet, selon l'auteur :

« What is evident is that the scope for selective interventions has been considerably narrowed by the new rules of the game of international trade and finance. This constitutes today the single most important constraint to the use of the tools that were deployed so successfully by the two larger Tigers... While there is no doubt that this wholesale move to liberalization has many desirable effects, reducing the scope for inefficient interventions and corruption that past policies have exhibited, our argument suggests that by ignoring the legitimate and important role of selectivity it goes too far. The genuine constraints that exist on the use of selective instruments need to be addressed directly, since it is possible to remedy them. They are presently going by default, crushed by the Washington juggernaut and the impenetrable mantras of formal neoclassical economics. » (Ibid., p. 52)

¹¹⁵³ Un exemple actuel (et notable) de cette critique peut être identifié dans les travaux de la CEA. Son rapport de 2015 explore le rôle du commerce pour l'industrialisation en Afrique et contient une section dédiée à

souvent étayée par le fait que les dispositions régissant les subventions accordées au secteur agricole étaient considérablement moins contraignantes. En effet, certains pays en développement ont depuis longtemps demandé à avoir de plus de liberté pour mettre en œuvre des politiques industrielles bénéficiant d'un « traitement spécial et différencié » renforcé sur la matière¹¹⁵⁴.

982. La crise financière de 2008 a contribué à changer ce scénario. Un intérêt renouvelé envers les politiques industrielles s'est manifesté au sein des pays développés qui cherchaient à redémarrer leurs économies et à préserver certains secteurs industriels phares profondément affectés (comme ceux de l'automobile et de la sidérurgie). Il s'agissait de rétablir un certain équilibre des échanges internationaux sachant que la désindustrialisation dans les pays

l'analyse des dispositions multilatérales. Selon l'institution onusienne :

« Les pays africains sont de plus en plus contraints d'user de la politique commerciale. Des instruments qui naguère étaient légaux et ont été utilisés par la quasi-totalité des pays développés sont mis hors la loi en vertu des dispositions de l'OMC. ... Cependant, étant donné que les pays africains aspirent à opérer une transformation structurelle de leurs économies, soit individuellement soit au sein de blocs régionaux ou continentaux, leur recours aux instruments de politique commerciale qui étaient naguère utilisés par la plupart des pays développés peut se révéler inévitable. Il faudra peut-être solliciter des concessions ou des dérogations. Même là où ces instruments ne sont pas purement et simplement prohibés, les invoquer est plus difficile et les pays africains devraient par conséquent se renforcer pour utiliser de tels instruments. Un autre type d'analyse de la marge d'action au niveau multilatéral est l'analyse de la teneur reposant sur des règles dans les accords commerciaux concernés. Le recours aux subventions pour soutenir l'industrialisation et le changement structurel, en particulier dans les pays d'Asie de l'Est, illustre ce modèle d'analyse. D'autres instruments de politique commerciale dont l'utilisation est actuellement restreinte sont notamment les prescriptions relatives à la performance imposées aux investisseurs étrangers pour ce qui est des exportations, de la teneur en produits locaux et des transferts de technologie. La rétroconception et les imitations grâce à l'accès à la technologie – approches utilisées auparavant par les pays développés – sont également entravées. » (citations omises) (COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE, *Rapport économique sur l'Afrique 2015. L'industrialisation par le Commerce*, Addis-Abeba, Éthiopie, 2015, p. 88-90)

Dans le même sens, voir : WEISS, Linda, « Global Governance, national strategies: how industrialized states make room to move under the WTO », *Review of International Political Economy*, vol. 12, n° 5, 2005, p. 723-749 ; WADE, Robert H. « What strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of 'development space' », *Review of International Political Economy*, vol. 10, n° 4, 2003, p. 621-644 ; CHANG, Ha-Joon, « Kicking Away the Ladder: Infant Industry Promotion in Historical Perspective », *Oxford Development Studies*, vol. 31, n° 1, 2003, p. 21-35.

¹¹⁵⁴ Voir, par exemple : OMC, *Renforcer l'OMC pour promouvoir le développement et l'inclusion*, Communication présentée par Cuba, l'Équateur, l'État plurinational de Bolivie, le Groupe africain, l'Inde et Oman, Conseil général, WT/GC/W/778/Rev.2, 7 août 2019.

développés et la concentration de la production industrielle en Chine¹¹⁵⁵ étaient considérées comme des facteurs d'intensification de la crise économique¹¹⁵⁶.

983. La crise semblait avoir remis en question le bien-fondé du « Consensus de Washington » et l'aversion des gouvernements des pays développés envers l'adoption de politiques économiques sélectives ou discriminatoires - c'est-à-dire visant à bénéficier à certains secteurs de l'économie ou à certaines entreprises en fonction de considérations de politique publique (« choix des gagnants » ou « *picking winners* » en anglais) -. Dans un contexte de dépression économique, l'intervention de l'État ne paraissait plus seulement être une réaction nécessaire ; il s'agissait aussi d'une opportunité de réfléchir sur les types d'activités économiques que les gouvernements devraient privilégier à court, moyen et long terme, y compris en tenant compte de considérations sociales et environnementales¹¹⁵⁷. L'effondrement économique provoqué par les mesures adoptées pour lutter contre le COVID-19 en 2020-2021, la nécessité de « reconstruire en mieux » (« *build back better* »)

¹¹⁵⁵ OBSTFELD, Maurice, ROGOFF, Kenneth, « Global Imbalances and the Financial Crisis: Products of Common Causes », *Federal Reserve Bank of San Francisco Asia Economic Policy Conference*, Santa Barbara, CA, 18-20 octobre 2009, 70 p.

¹¹⁵⁶ Sur le sujet, voir, entre autres : HORLICK, Gary N., CLARKE, Peggy A., « WTO Subsidies Discipline during and after the crisis », *Journal of International Economic Law*, vol. 13, n° 3, 2010, p. 859-874 ; AGGARWAL, Vinod K., EVENETT Simon J., « Industrial Policy Choice During the Crisis Era », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 28, n° 2, 2012, p. 261-283 ; WADE, Robert, « After the Crisis: Industrial Policy and the Developmental State in Low-Income Countries », *Global Policy*, vol. 1, n° 2, mai 2010, p. 150-161 ; AGGARWAL, Vinod K., AGGARWAL, Sonia N., « The Political Economy of Industrial Policy », *Berkley et UCLA working paper*, 2016, 35 p., disponible sur : <<https://basel.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/09/BWP16-01.pdf>>, dernier accès le 15.10.2017. Voir aussi notre article: RAMOS, Daniel, « The Resurrection of Industrial Policy: The consequences of the 2008 crisis to the subsidies debate at the WTO », *3rd Post-Graduate and Early Professionals Conference (PEPA)*, Society of International Law, 2014, 10 p. Pour une analyse assez détaillée de cet évolution et son rapport avec les disciplines de l'OMC, voir CELLI JUNIOR, Umberto, *OMC : Jurisprudência e Requisitos de Conteúdo Local como Política Industrial*, Jurua, 2017, 286 p.

¹¹⁵⁷ Voir, entre autres : AGHION Philippe, BOULANGER, Julian, COHEN, Elie, « Rethinking Industrial Policy », *Bruegel policy brief*, n° 2011/04, 2011, 8 p. ; OCDE, *Perspectives on Global Development 2013: Industrial Policies in a Changing World*, Paris, OECD Publishing, 2013, 260 p. ; MAZZUCATO, Mariana, *The entrepreneurial state : debunking public vs. private sector myths*, London, Anthem Press, 2013, xxv, 237 p. ; SALAZAR-XIRINACHS, José M., NUBLER, Irmgard, KOZUL-WRIGHT, Richard (eds.), *Transforming Economies: Making Industrial Policy Work for Growth, Jobs and Development*, Genève, CNUCED-BIT, 2014, xxii, 400 p. ; YIFU LIN, Justin, « La politique industrielle revisitée : une nouvelle perspective d'économie structurelle », *Revue d'économie du développement*, vol. 21, n° 2-3, 2013, p. 55-78 ; WADE, Robert, « Industrial Policy – Better, Not Less », *Témoin devant la CNUCED*, 16 septembre 2014, 38 p., disponible sur : <http://unctad.org/meetings/en/Presentation/tdb61_Rwade_item8_en.pdf>, dernier accès le 15.10.2017.

rapidement et les milles milliards de dollars consacrés à cette fin ont à nouveau souligné ce mouvement.

984. De ce fait, plusieurs commentateurs ont fini par plaider pour une intervention de l'État dans l'économie visant un « verdissement » des activités industrielles. Il ne s'agirait pas seulement de relancer les économies et l'emploi par la voie de la promotion d'une (ré)industrialisation, mais de le faire de façon à promouvoir des secteurs à faible intensité de carbone (« bas carbone ») ou ayant un impact environnemental réduit. Pour les pays en développement, ladite « politique industrielle verte » offre une voie de développement découplant la croissance économique de l'impact environnemental négatif que l'industrialisation avait historiquement engendré.

985. Les partisans d'une « nouvelle » politique industrielle - tels que D. Rodrik, M. Mazzucato, R. Wade et J. Yifu Lin - dédient ainsi une partie significative de leurs écrits à l'importance d'un choix public favorisant les activités « vertes »¹¹⁵⁸. Dans le même sens, l'ONUDI a depuis quelques années fait de la politique industrielle verte ou durable un sujet central de ses travaux¹¹⁵⁹. La Banque mondiale a également examiné le sujet¹¹⁶⁰ et le Secrétariat de la CCNUCC envisage la politique industrielle verte comme une option pour diversifier les économies des pays dépendants d'industries à fortes émissions de carbone¹¹⁶¹. Enfin, le PNUE a créé en 2013 - en coopération avec le BIT, le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) et l'Institut des Nations unies pour la formation et la recherche (UNITAR) - le « Partenariat pour une action sur l'économie verte » (PAGE). Ce dernier a conduit à la publication d'une série d'études et de notes d'orientation promouvant

¹¹⁵⁸ *Ibidem*. Voir aussi : COSBEY, Aaron, « Green Industrial Policy and the World Trading System », *ENTWINED Issue Brief* 17, 2013, 12 p. ; SCHWARZER, Johannes, « Industrial Policy for a Green Economy », *IISD Report*, IISD, 2013, viii, 59 p. ; RODRIK, Dani, « Green industrial policy », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 30, n° 3, 2014, p. 469-91.

¹¹⁵⁹ Voir, par exemple: ONUDI, *Green industry : policies for supporting green industry*, Vienna, ONUDI, 2011, 84 p.

¹¹⁶⁰ BANQUE MONDIALE, « Green innovation and industrial policies », in BANQUE MONDIALE, *Inclusive Green Growth: The Pathway to Sustainable Development*, Washington D.C., 2012, p. 65-90.

¹¹⁶¹ CCNUCC, « The concept of economic diversification in the context of response measures », *Technical paper by the secretariat*, FCCC/TP/2016/3, 2016, p. 27-28.

l'adoption de politiques industrielles vertes, y compris par la voie de politiques commerciales et de mesures de soutien¹¹⁶².

986. Il convient, cependant, de noter que les arguments économiques et politiques présentés dans le cadre de ces études ne diffèrent pas nettement des arguments économiques et politiques que nous avons identifiés au cours de cette thèse en faveur de l'emploi des subventions aux fins de développement économique. Il en est de même pour les défis, faiblesses et effets nuisibles sur d'autres économies, qui appellent à la prudence dans leur utilisation et à leur réglementation à l'échelle internationale¹¹⁶³. La différence repose sur le choix des secteurs, entreprises ou technologies privilégiés en fonction de leurs externalités environnementales positives. Pour autant, un débat approfondi portant sur les éventuelles défaillances du marché qui justifieraient une intervention étatique est rarement conduit. Souvent rien n'est dit non plus sur la « myopie des frontières » et les conséquences de l'adoption de mesures discriminatoires pour d'autres économies (voir le chapitre 2, section 2:5 de notre première partie).¹¹⁶⁴

¹¹⁶² Voir : PAGE, *Green Industrial Policy and Trade: A Tool-Box*, PNUE, 2017, 154 p. ; PAGE, *Green Industrial Policy: Concept, Policies, Country Experiences*, PNUE, 2017, 240 p ; PAGE, *Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy*, ONUDI, 2016, 97 p. Cette dernière publication définit le concept de politique industrielle verte stratégique dans les termes suivants :

« A green industrial policy is an “industrial policy that is meant to trigger and facilitate structural changes as entailed, or required, both to respond to environmental conditions or situations, and to develop a green, circular economy. It is meant to embed the manufacturing industry in a green economy concept. UNEP has defined the green economy as one that results in improved human well-being and social equity, while significantly reducing environmental risks and ecological scarcities. Developing and implementing strategic green industrial policy (SGIP), acknowledges that the manufacturing industry cannot be viewed in isolation from other policies and sectors. SGIP, therefore, by definition, needs to break out of the silo of manufacturing and recognize the deep interrelationships that exist between manufacturing and other development factors. » (notes de bas de page omises) (*Ibidem*, p. 18).

¹¹⁶³ La Banque mondiale adopte sur le sujet une position plus traditionnelle en notant les potentielles conséquences positives des mesures de soutien structurelles au développement durable mais aussi en mettant en garde contre la possible capture de ces politiques par des groupes d'intérêt spéciaux. Voir BANQUE MONDIALE, « Green innovation and industrial policies », in BANQUE MONDIALE, *Inclusive Green Growth: The Pathway to Sustainable Development*, Washington DC, 2012, p. 65-90.

¹¹⁶⁴ Par exemple, PAGE énumère une série de politiques industrielles vertes qualifiées de « souples » ou « dures » (*soft and hard green industrial policies*) selon le niveau de restriction commerciale introduit. Parmi les politiques « dures », on trouve notamment des interdictions d'importations, des prescriptions en teneur de contenu local, ou encore des exigences en matière de résultat d'exportation. Voir PAGE, *Green Industrial Policy and Trade: A Tool-Box*, PNUE, 2017, p. 52-69.

987. De ce fait, plutôt qu'à une véritable révolution ou relecture de la base théorique des subventions, il nous paraît que le moment actuel a simplement conduit à accroître l'appétit politique pour leur emploi, notamment dans l'*establishment* académico-politique des pays développés. Au regard des impératifs d'action environnementale de plus en plus pressants, la notion de politique industrielle verte, et notamment la pertinence de l'adoption de mesures de soutien pour la réalisation des objectifs de développement durable, ont gagné en force. Il convient dès lors d'examiner si l'action des États, depuis 2008, reflète effectivement cette apparente évolution du débat théorico-politique vers la promotion d'une politique industrielle « verte » (Section 1). Par la suite, nous examinerons les enjeux de l'émergence de politiques industrielles vertes pour les dispositions de l'OMC en la matière (Section 2).

Section 1 : Adoption de mesures de soutien à des fins environnementales par les Membres de l'OMC

988. Le Groupe des 20 (G20), prévoyant les éventuelles conséquences négatives des mesures d'urgence prises pour faire face à la crise financière, a demandé à l'OMC, lors du Sommet de Londres en 2009, « d'assurer le suivi » et de « rendre compte publiquement » des mesures prises qui pourraient être considérées comme protectionnistes. Pascal Lamy, alors Directeur général de l'OMC, avait déjà préparé deux rapports à l'intention de l'Organe d'examen des politiques commerciales (OEPC) portant sur la crise financière et économique ainsi que les faits nouveaux liés au commerce¹¹⁶⁵. Ces rapports font référence à deux types de mesures : i) d'une part, des mesures « ayant des effets de restriction et de distorsion des échanges » (par exemple : licences d'importation, droits de douane et surtaxes à l'importation, droits antidumping et sauvegardes) ; ii) d'autre part, des mesures « susceptibles d'avoir des effets de distorsion des échanges » (par exemple : aides d'État et subventions accordées aux industries manufacturières et aux services financiers).

989. Dans ces rapports, la référence aux potentiels effets commerciaux des subventions adoptées est assez timide et conditionnelle. Cette approche témoigne d'une acceptation, non explicite à l'époque, du fait que, les mesures de relance économique étant nécessaires pour

¹¹⁶⁵ OMC, *Rapport du Directeur général à l'OEPC sur la crise financière et économique et sur les faits nouveaux relatifs au commerce*, Rapport du Secrétariat, OEPC, JOB(09)/2, 26 janvier 2009 et OMC, *Rapport du Directeur général à l'OEPC sur la crise financière et économique et sur les faits nouveaux relatifs au commerce*, Rapport du Secrétariat, OEPC, WT/TPR/OV/W/1, 20 avril 2009.

atténuer les conséquences de la crise, leurs effets négatifs inévitables sur le commerce international seraient supportables¹¹⁶⁶. En tout état de cause, ces rapports ont tout de même souligné que certains types de subventions et la manière dont elles étaient mises en œuvre pourraient avoir des conséquences désastreuses sur le commerce international en constituant notamment des substitutions aux importations.

990. De ce fait, à la suite de la requête du G20, un ensemble de mécanismes a été créé visant à surveiller les réponses politiques adoptées face à la crise. Outre le rapport annuel du Directeur général à l'OEPC concernant l'ensemble des Membres de l'OMC et des observateurs¹¹⁶⁷, des rapports biannuels conjoints de l'OCDE et de la CNUCED portant sur les mesures prises en matière de commerce et d'investissement par les économies du G20 ont aussi été réalisés¹¹⁶⁸. Par ailleurs, le Secrétariat de l'OMC a lancé, en mai 2013, une base de données sur le suivi du commerce regroupant des informations relatives aux mesures commerciales mises en œuvre par les membres et les observateurs de l'OMC depuis octobre 2008¹¹⁶⁹.

991. Les rapports ont classé les mesures adoptées en quatre catégories : mesures de facilitation des échanges ; mesures correctives commerciales ; autres mesures commerciales et liées au commerce ; mesures générales de soutien économique. Nous nous sommes concentrés durant nos recherches sur ce dernier type de mesures afin de comprendre la pertinence des subventions parmi les mesures prises en réponse à la crise. Comme cela ressort

¹¹⁶⁶ Le rapport note, par exemple, ce qui suit :

« Dans les circonstances actuelles, les programmes de relance budgétaire et d'aide financière sont évidemment les bienvenus du point de vue du commerce. Tous deux visent à inverser la chute de la demande mondiale, clé d'une inversion de celle du commerce international des biens et des services. ... Bien que les objectifs clés de ces programmes restent essentiels – prévenir une panne systémique des marchés financiers mondiaux et enrayer la récession mondiale en stimulant la demande globale –, il n'est pas superflu d'en examiner les effets potentiels sur le commerce.¹¹ [note de bas de page 11 : Selon un aphorisme attribué à James Tobin, il faut un tas de triangles de Harberger pour remplir un écart d'Okun. L'idée est que les coûts microéconomiques qu'entraînent la restriction ou la distorsion des échanges sont faibles en comparaison du coût des ressources inemployées en raison d'une demande globale insuffisante.]. » (OMC, *Rapport du directeur général à l'OEPC sur la crise financière et économique et sur les faits nouveaux relatifs au commerce*, WT/TPR/OV/W/1, 20 avril 2009)

¹¹⁶⁷ En juillet 2019, 13 « rapports du directeur général à l'OEPC sur la crise financière et économique et sur les faits nouveaux relatifs au commerce » avaient été publiés.

¹¹⁶⁸ En juillet 2019, 21 rapports conjoints avaient été publiés, le dernier étant : OMC-OCDE-CNUCED, *Reports on G20 Trade and Investment Measures (MID-OCTOBER 2018 TO MID-MAY 2019)*, 24 juin 2019, 130 p.

¹¹⁶⁹ Disponible sur : < <https://tmdb.wto.org/fr>>, dernier accès le 29.07.2019.

de ces documents, il convient de noter que le suivi de telles mesures constituait un véritable défi pour le Secrétariat de l'OMC en l'absence de participation constante et de divulgation des informations des Membres¹¹⁷⁰.

992. Pour le rapport annuel de 2014, par exemple, seuls cinq pays avaient communiqué des informations sur les mesures de soutien économique qu'ils avaient prises. Le Secrétariat a dû compléter le rapport avec des informations recueillies sur d'autres mesures qui ont été présentées aux gouvernements respectifs pour confirmation. Les informations « non confirmées » ont néanmoins figuré dans le rapport avec cette indication mais les Membres ont demandé à l'occasion de ne pas les mentionner expressément¹¹⁷¹. La situation était semblable pour les rapports biannuels portant sur les mesures prises par les Membres du G20. Le rapport de juin 2019, par exemple, note que « moins de la moitié des Membres du G20 » ont répondu à l'appel du Secrétariat à fournir des informations sur les mesures de soutien qu'ils avaient prises¹¹⁷².

993. Ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner à plusieurs reprises, ce manque de transparence quant aux mesures de soutien (tant au secteur agricole qu'au secteur industriel) a constitué dès l'origine du système commercial multilatéral un défi majeur pour élaborer une réglementation multilatérale des subventions¹¹⁷³. Avec la crise, la situation s'est encore aggravée. En 1995, 25% des Membres de l'OMC n'avaient présenté aucune notification de leurs mesures de soutien. En 2011, ce chiffre s'élevait à 33%. En 2017, 48% des Membres n'avaient présenté aucune notification de subventions ; le taux le plus élevé depuis la création de l'OMC¹¹⁷⁴. De ce fait, afin de compléter notre analyse pour la thèse,

¹¹⁷⁰ OMC, *Tour d'horizon de l'évolution de l'environnement commercial international*, Rapport annuel du directeur général, WT/TPR/OV/16, 31 janvier 2014, para. 3.74.

¹¹⁷¹ *Ibidem*, para. 3.72.

¹¹⁷² OMC-OCDE-CNUCED, *Reports on G20 Trade and Investment Measures (mid-October 2018 to mid-May 2019)*, 24 juin 2019, para. 3.93.

¹¹⁷³ La question de l'absence de notification suffisante et en temps utile des subventions par les Membres de l'OMC à la suite de la crise de 2008 a amené le Président de l'OEPC à demander au Comité SMC, en 2009, de rechercher « des moyens d'améliorer la situation en ce qui concerne le respect des délais et le caractère exhaustif des notifications et autres renseignements concernant des mesures commerciales ». Cette demande a conduit le Comité à adopter régulièrement un document contenant des informations actualisées sur l'état de conformité avec diverses obligations de notification au titre de l'Accord SMC, le dernier ayant été publié le 29 mars de 2019. Voir OMC, *Dispositions de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires en matière de notification*, Comité SMC, note d'information du secrétariat, révision, G/SCM/W/546/Rev.10, 29 mars 2019.

¹¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 4. Voir aussi les remarques du Directeur Général de l'OMC en 2014 sur le sujet dans OMC, *Tour*

nous avons également examiné les rapports annuels du Comité SMC ainsi que les questions et réponses aux notifications adressées au Comité SMC.

994. Globalement, les mesures de soutien se sont concentrées sur le secteur financier et certains secteurs industriels économiquement importants ou politiquement sensibles, notamment les secteurs de l'automobile, de l'électronique, du fer, de l'acier et de l'aluminium. De plus, un secteur moins « traditionnel » mais tout à fait stratégique a figuré parmi ceux particulièrement ciblés par les mesures de soutien : celui des énergies vertes et renouvelables. D'après une analyse préliminaire réalisée par le PNUE en 2009, environ 15% des 3,1 milliards de dollars US dépensés pour relancer les économies au début de la crise correspondaient à des subventions « vertes ». Une part substantielle de cette somme était destinée au secteur des énergies renouvelables¹¹⁷⁵.

995. Ces mesures prenaient principalement la forme de plans de sauvetage, d'aides financières, d'aides à la restructuration d'entreprises, de prises de participation gouvernementales, d'aides au financement à l'exportation, ou encore d'aides à la recherche. La majorité des mesures identifiées étaient des subventions « intérieures » (par opposition aux subventions explicites à l'exportation ou à la substitution aux importations). Cependant, dans le cas spécifique des programmes de soutien aux projets ayant trait à l'énergie éolienne, solaire, géothermique et autres énergies renouvelables, l'inclusion de prescriptions relatives

d'horizon de l'évolution de l'environnement commercial international, Rapport annuel du directeur général, WT/TPR/OV/16, 31 janvier 2014, p. 72. Il convient de noter que le nombre total de Membres de l'OMC a aussi augmenté considérablement – de 112 en 1995 à 164 en 2019 – ce qui influe sur le pourcentage des Membres qui notifient. Cependant, il est aussi révélateur que le chiffre total des Membres de l'OMC ayant fait des notifications sur les subventions ne s'est pratiquement pas modifié au cours des deux dernières décennies et demie malgré tout l'effort réalisé pour améliorer la transparence sur le sujet. En effet, considérant le manque de collaboration des Membres de l'OMC en la matière, depuis juin 2017, les rapports biannuels du Secrétariat de l'OMC ne comportent plus l'Annexe 2 contenant des informations sur des mesures générales de soutien économique identifiées. En effet, étant donné que la liste n'était pas représentative de l'univers des mesures de soutien existantes, selon le Secrétariat, une telle annexe était devenue préjudiciable aux Membres qui traditionnellement publient des informations détaillées sur leurs mesures et programmes. Voir OMC-OCDE-CNUCED, *Reports on G20 Trade and Investment Measures (mid-October 2018 to mid-May 2019)*, 24 juin 2019, para. 3.91.

¹¹⁷⁵ Voir ORAVA, Stephen J., « Incentives to Stimulate Renewable Energy », in PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Genève, CEPR, The Graduate institute, 2010, p. 197

à la teneur en éléments d'origine nationale a été identifiée comme une tendance importante¹¹⁷⁶.

996. En effet, selon une estimation de 2013¹¹⁷⁷, l'adoption de 107 nouveaux programmes de soutien contenant des prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale depuis la crise avait affecté le commerce d'un montant de 2,7 milliards de dollars US, l'équivalent de 11 % des échanges globaux de biens et de services. Des 107 programmes, 20 touchaient au secteur des énergies renouvelables¹¹⁷⁸. De surcroît, ces dernières années, les gouvernements des Membres de l'OMC sont devenus de plus en plus « novateurs pour ce qui était d'associer l'allocation du soutien économique général et des subventions à des objectifs d'exportation spécifiques »¹¹⁷⁹.

997. La mise en œuvre de mesures de soutien au secteur des « biens verts », en particulier ceux de l'industrie des équipements d'énergies renouvelables, soumises à des prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, dénote l'importance *stratégique* que certains Membres de l'OMC ont accordé à la compétitivité de leurs industries dans ce secteur en croissance¹¹⁸⁰. Une telle perspective se justifie à la fois au regard des retombées

¹¹⁷⁶ Voir, par exemple : OMC-OCDE-CNUCED, *Reports on G20 Trade and Investment Measures (mid-May 2013 to mid-November 2013)*, 18 décembre 2013, para. 2.4.

¹¹⁷⁷ HUFBAUER, Gary C., SCHOTT, Jeffrey, VIEIRO, Martin, WADA, Erika, *Local Content Requirements: Report on a Global Problem*, Peterson Institute for International Economics, 2013, v 148, p. 117

¹¹⁷⁸ Sur le sujet, voir STEPHENSON, Sherry, *Addressing Local Content Requirements in a Sustainable Energy Trade Agreement*, Genève, ICTSD, 2013, vi, 33 p.

¹¹⁷⁹ Voir OMC, *Rapport du directeur général à l'OEPC sur les faits nouveaux relatifs au commerce*, WT/TPR/OV/W/13, 8 juillet 2019, para. 3.112. Le rapport biennuel du Secrétariat de l'OMC de novembre 2016 confirme notre analyse. Il présente un bref aperçu historique de l'évolution des mesures de soutien prises depuis la crise de 2008. Ainsi, le Secrétariat explique :

« When the G20 Leaders in 2008 requested the WTO, in collaboration with the OECD and UNCTAD, to report regularly on G20 trade and investment measures, the full extent to which general economic support measures would play a role in the policy response to the financial crisis could not have been known. The prevalent large-scale, multi-sector and sometimes economy-wide stimulus packages in 2009 and 2010 are relatively rare today, but other and more focused forms of government support have taken their place ... A total of 434 general economic support measures have been recorded by WTO for G20 members since the beginning of the monitoring exercise in October 2008. The bulk of G20 economic support measures were introduced in response to the financial crisis, in particular measures targeting the financial sector and domestic industry and firms. While the majority of the original general economic support measures included significant domestic bail-outs and other state aid, more recent support measures appear to be increasingly sector-specific and export-oriented, e.g. export credits, export rebates and refunds and other export incentives. » (OMC-OCDE-CNUCED, *Reports on G20 Trade and Investment Measures (mid-May 2016 to mid-October 2016)*, 10 novembre 2016, paras. 3.79-80)

¹¹⁸⁰ Le Rapport du directeur général à l'OEPC sur les faits nouveaux relatifs au commerce de juillet 2019

environnementales positives de ces technologies - surtout eu égard aux impératifs de sécurité énergétique et d'action face au changement climatique -, mais aussi par une « politique commerciale stratégique ».¹¹⁸¹ S'il est vrai que les impératifs environnementaux inscrits dans l'Accord de Paris sur le climat ainsi que dans l'Agenda 2030 et les ODD imposent un changement fondamental des modes de production et de consommation, les entreprises pionnières qui seront en mesure d'offrir des solutions technologiques à ces défis seront mieux placées pour concurrencer sur le marché international et *capturer une part importante des rendements du secteur*¹¹⁸².

confirme l'utilisation stratégique des mesures de soutien. Selon le Secrétariat, « [l]es observations faites pendant la période actuellement considérée ont confirmé que l'application stratégique de mesures de politique commerciale [se référant spécifiquement aux mesures de support économique] reste une caractéristique importante du commerce international. ... la transparence sélective attribuée à ces politiques et programmes par ceux qui les financent devrait être un sujet de préoccupation. » Voir OMC, *Rapport du directeur général à l'OEPC sur les faits nouveaux relatifs au commerce*, WT/TPR/OV/W/13, 8 juillet 2019, para. 3.115.

¹¹⁸¹ Voir le chapitre 2, section 2:4 de notre première partie.

¹¹⁸² Plusieurs rapports d'examen des politiques commerciales (EPC) des Membres de l'OMC réalisés durant les années post crise de 2009 manifestent cette stratégie. Par exemple, le Rapport du Secrétariat de l'OMC sur l'EPC du Japon de 2013 note la réintroduction de subventions aux véhicules écologiques neufs en décembre 2011 « [a]fin de stimuler l'économie nationale. » (OMC, *Examen des Politiques Commerciales : Japon*, Rapport du Secrétariat, OEPC, WT/TPR/S/276/Rev.1, 18 juin 2013, para. 3.105). Le rapport du gouvernement japonais publié la même année fait référence à la politique « Renouveau du Japon, une stratégie d'ensemble » dont la première composante était le « projet de politique verte » visant à « permettre la formation d'un secteur d'innovation technologique de pointe dans le domaine de l'énergie, la création de nouvelles industries et la création d'emplois » (OMC, *Examen des Politiques Commerciales : Japon*, Rapport du gouvernement, OEPC, WT/TPR/G/276/Rev.1, 15 janvier 2013, para. 4.76). Dans le même sens, le Rapport du Secrétariat de l'OMC sur l'EPC de l'UE de 2013 note que « [d]epuis le déclenchement de la crise économique et financière mondiale en 2008, l'UE a publié une série de lignes directrices en vue de discipliner les aides apportées par les États Membres aux entreprises en difficulté. » En 2013, la Commission européenne avait effectivement autorisé la prorogation de 23 programmes mis en œuvre dans le cadre de l'aide temporaire au relancement économique, y compris « deux programmes de prêts subventionnés pour la production de produits verts en Allemagne et en France » (OMC, *Examen des Politiques Commerciales : Union Européenne*, Rapport du Secrétariat, OEPC, WT/TPR/S/284, 28 mai 2013, paras. 3.187-188). En effet, la communication « Une industrie européenne plus forte au service de la croissance et de la relance économique » de la Commission européenne de 2012 énumérait six « secteurs prioritaires » dont cinq se rapportaient directement aux technologies vertes : i) les marchés des technologies de fabrication avancées pour une production propre ; ii) les marchés des technologies clés génériques ; iii) les marchés de bioproduits ; iv) une politique industrielle, une construction et des matières premières durables ; v) des véhicules et des navires propres ; vi) les réseaux intelligents. Voir COMMISSION EUROPÉENNE, « Une industrie européenne plus forte au service de la croissance et de la relance économique », *Communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions*, Bruxelles, COM(2012) 582 final, 10 octobre 2012. Plus récemment, le gouvernement conservateur du Royaume-Uni a publié un livre blanc détaillant sa vision de la politique industrielle du pays axée autour de quatre « grands défis », dont deux se rapportent à l'économie verte : croissance propre ; avenir de la mobilité (bas carbone). Voir HM GOVERNMENT, *Industrial Strategy: Building a Britain fit for the future*, white paper, 2017, 256 p. Finalement, PAGE identifie une série de programmes de politique industrielle verte stratégiques, notamment une ligne spéciale de crédit subventionné mis en place par la Banque nationale de développement du Brésil (BNDES) pour le développement de

998. La recherche développée par V. Aggarwal et S. Evenett confirme cette tendance. Examinant les mesures de soutien adoptées depuis la crise financière de 2008, ces auteurs ont conclu que le soutien avait été dirigé vers les secteurs qui bénéficiaient déjà généralement, avant la crise, d'une ample protection de la concurrence mais aussi que s'y étaient ajoutés de nouveaux secteurs ciblés, notamment ceux des « industries vertes »¹¹⁸³. Plus précisément, ils expliquent :

« Once the extent to which national economies were contracting became clear in 2009, many governments in industrial countries sought to restore economic growth through fiscal stimulus packages and measures to support the expansion of so-called growth poles. One such pole included the development of energy sources other than fossil fuels and the moniker “promoting green growth” was applied »¹¹⁸⁴.

999. Les auteurs examinent le secteur de l'équipement pour la production d'énergie éolienne afin de démontrer l'augmentation des mesures prises par divers pays en vue de développer leurs industries nationales en la matière. Ils identifient ainsi une série de mesures de soutien (subventions directes, incitations financières et fiscales, crédits d'impôt, prêts subventionnés, tarifs de rachat garantis, marchés publics) conditionnées à des prescriptions pour s'assurer que les versements bénéficient seulement aux industries nationales (exigences en matière de contenu local, prescriptions en matière d'éligibilité aux contrats publics ou aide financière, prescriptions en matière de contrôle sociétaire)¹¹⁸⁵.

1000. Or, comme on l'a déjà noté, d'un point de vue purement environnemental, l'adoption de ce genre de prescriptions discriminatoires ne semble pas se justifier. Si l'objectif de l'intervention étatique dans l'économie est de promouvoir l'adoption de technologies à faible

l'industrie de l'énergie éolienne. Ce programme contenait des prescriptions en teneur de contenu local à hauteur de 60%. Voir PAGE, *Green Industrial Policy and Trade: A Tool-Box*, PNUE, 2017, p. 54.

¹¹⁸³ AGGARWAL, Vinod K., EVENETT, Simon J., « The Financial Crisis, “New” Industrial Policy, and the Bite of Multilateral Trade Rules », *Asian Economic Policy Review*, vol. 5, n° 2, 2010, p. 231.

¹¹⁸⁴ AGGARWAL, Vinod K., EVENETT, Simon J., « Do WTO rules preclude industrial policy? Evidence from the global economic crisis », *Business and Politics*, vol. 16, n° 4, 2014, p. 498.

¹¹⁸⁵ AGGARWAL, Vinod K., EVENETT Simon J., « Industrial Policy Choice During the Crisis Era », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 28, n° 2, 2012, p. 263-272. Sur les mesures de soutien prises après la crise du secteur de l'énergie éolienne, voir aussi LEWIS, Joanna, « Industrial Policy, Politics and Competition: Assessing the Post-Crisis Wind Power Industry », *Business and Politics*, vol. 16, n° 4, 2014, p. 511-547. Enfin, voir RICKERSON, Wilson *et al.*, *Feed-In-Tariffs as a Policy Instrument for Promoting Renewable Energies and Green Economies in Developing Countries*, PNUE, 2012, ix, 112 p.

intensité de carbone ou à faible intensité de pollution, la restriction de l'utilisation de biens nationaux aura pour conséquence une augmentation des prix internes des biens environnementaux et donc une réduction de leur consommation. Ce fait confirme la perspective « stratégique » et de « capture de rendements » qui semble avoir fondé l'adoption de politiques industrielles vertes depuis la crise de 2008.

1001. Par ailleurs, plusieurs commentateurs ont recours à des considérations de politique économique pour expliquer l'adoption généralisée de ce type de prescriptions. Par exemple, selon M. Carvalho :

« These developments demonstrate that domestic policy-makers do react to global competitive dynamics – especially when it threatens domestic industry. In the case of trade disputes, these political economy frictions occur as domestic public investments go towards market-based subsidies for green technologies. The policy rationale for these market subsidies is to help green technologies overcome cost-differentiation with low-cost incumbent technologies. However an inherent political economy perception is that domestic supply-side actors should benefit from this subsidy – not just in terms of engendering learning economies but in appropriating market share. As Karp & Stevenson explain with regard to the American political economy stance on Brazilian ethanol: “To prevent Brazilian exporters from undercutting US producers, and sending US tax dollars to Brazil, the US imposed a near-prohibitive tariff on ethanol imports until the end of 2011, when the subsidy lapsed.”

Now that governments in both developed and emerging economies are investing in green industrial policies for both the supply and demand of different green technologies, there is global competition for supplying green technologies to multiple markets. Other countries' success in innovation and manufacturing can potentially limit future avenues for green growth within the local economy. Technonational debates occur when it appears that domestic investments to support the development of green technologies will not benefit the domestic economy in the long term. These outcomes go against the domestic political economy expectation of appropriating returns from public investments in the national economy »¹¹⁸⁶ (citations omises).

¹¹⁸⁶ CARVALHO, Maria, *The internationalisation of green technologies and the realisation of green growth*, PhD thesis, The London School of Economics and Political Science (LSE), 2015, p. 45-46. Voir aussi KUNTZE, Jan-Christoph, MOERENHOUT, Tom, « Local Content Requirements and the Renewable Energy industry - A Good Match? », *UNCTAD Ad hoc Expert Group Meeting on Domestic Requirements and Support Measures in Green Sectors: Economic and Environmental Effectiveness and Implications for Trade*, Genève,

1002. Ainsi que le note l'auteur, cette course pour capturer « l'avantage du premier arrivé » (*first-mover advantage*) au regard des technologies vertes crée des tensions commerciales. De nouvelles économies émergentes ont en outre rejoint les économies traditionnelles pour leur faire concurrence sur ce marché. Comme on le verra plus loin, l'adoption de mesures de soutien clairement discriminatoires afin de développer les industries nationales sur ce marché a déjà donné lieu à des différends importants dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. La grande diversité des Membres impliqués dans ces différends confirme la pertinence du sujet.

1003. De surcroît, un examen des mesures de soutien notifiées à l'OMC depuis 2009 révèle un accroissement du versement de subventions aux fins de protection environnementale par un nombre élevé de Membres de l'OMC. En effet, une analyse de la Base de données sur l'environnement (EDB)¹¹⁸⁷ du Secrétariat de l'OMC qui compile les notifications des Membres de l'OMC portant sur des mesures prises aux fins de protection environnementale révèle que, depuis l'établissement de l'OMC, une part croissante des notifications réalisées relève de la protection environnementale : en 1997, environ 8% des notifications (moins d'une sur 12) concernaient la protection de l'environnement ; un pourcentage qui est passé à 16% en 2018 (soit une sur six).

1004. Au total, entre 2009 et 2018, les Membres de l'OMC ont présenté 5468 notifications se rapportant à la protection de l'environnement. Ces notifications sont réalisées dans le respect des obligations de transparence consacrées dans différents accords de l'OMC. Parmi ces notifications, 742 indiquaient des mesures de soutien. En outre, la presque totalité de ces notifications contenant des mesures de soutien ont été réalisées dans le cadre de l'Accord sur l'agriculture ou de l'Accord SMC. La part des notifications liées à la protection environnementale au regard de ces accords a également augmenté considérablement depuis 2009 : de 17% du total des notifications en 2009 à 21% en 2018 s'agissant de l'Accord sur l'agriculture ; de 22% en 2009 à 46% en 2017 pour l'Accord SMC.

ICTSD, 2013, vii, 67 p. Selon ces auteurs, « [t]he alleged capability of LCRs [local-content requirements] to create 'green jobs' is often something that helps governments gain political support for green industrial programs » (*Ibidem*, p. 3).

¹¹⁸⁷ Disponible sur : <<https://edb.wto.org/>>, dernier accès le 06.08.2019.

1005. Chaque notification indique souvent plusieurs mesures commerciales distinctes comme, par exemple, des prescriptions réglementaires, des restrictions quantitatives, des licences d'importation ou encore des dons, prêts, avantages fiscaux ou d'autres mesures de soutien. Les notifications des mesures de soutien sont particulièrement longues, une seule notification contenant parfois des centaines de mesures. Ainsi, entre 2009 et 2018, dans les 5468 notifications se rapportant à l'environnement, les Membres de l'OMC ont indiqué un total de 11449 mesures environnementales dont 5191 (45%) étaient des mesures de soutien¹¹⁸⁸.

1006. Les données disponibles dans l'EDB confirment effectivement un accroissement des mesures de soutien prises à des fins environnementales depuis la crise de 2008, passant de 660 pour 2009-2010 à 1332 pour 2017-2018¹¹⁸⁹. Ce chiffre a augmenté alors même que le manque de transparence et de notification reste un problème majeur souligné par plusieurs Membres et par le Secrétariat de l'OMC lui-même. Dès lors, il est prudent de considérer que ce chiffre sous-estime certainement le nombre total de mesures de soutien adoptées aux fins de protection environnementale depuis 2009.

1007. Les 5191 mesures de soutien identifiées visent la réalisation d'un certain nombre d'objectifs environnementaux (voir tableau 27 ci-dessous). L'examen de ces mesures confirme encore une fois que la majorité de ces mesures tendent au développement et déploiement de sources alternatives et/ou renouvelables d'énergie (1030 mesures, soit environ 20 % des mesures de soutien aux fins de protection environnementale identifiées). Le soutien à l'agriculture durable figure comme le deuxième objectif environnemental le plus souvent poursuivi (901 mesures, soit environ 17%), suivi de la gestion et de la conservation de l'eau (808, soit 15,6%) et du sol (707, soit 13,6%).¹¹⁹⁰

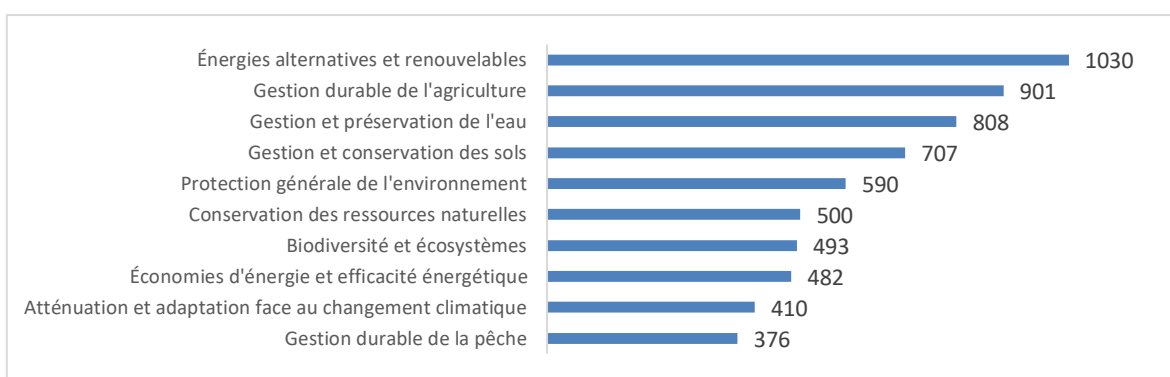
¹¹⁸⁸ Il convient de noter que les Membres de l'OMC doivent notifier leurs mesures de soutien conformément aux différents accords signés mais avec une fréquence distincte. Par exemple, l'Accord SMC prévoit que les Membres doivent réaliser des notifications complètes de leurs mesures de soutien tous les deux ans. Plusieurs programmes de soutien mis en œuvre au-delà de deux ans sont notifiés à l'OMC plusieurs fois. De ce fait, ces mesures sont répétées aussi dans le cadre de l'EDB ; c'est-à-dire qu'il y a un nombre considérable de répétition parmi les 5191 mesures de soutien identifiées.

¹¹⁸⁹ Étant donné que chaque Membre doit présenter une notification complète tous les deux ans conformément à l'Accord SMC, l'examen de l'évolution de ces mesures doit aussi être fait respectant cette périodicité afin d'éviter les fluctuations se rapportant aux Membres spécifiques qui notifient une année en particulier.

¹¹⁹⁰ Une même mesure de soutien peut être notifiée aux fins de réalisation de plusieurs objectifs

1008. Il est également intéressant de noter que l'EDB identifie au moins une mesure de soutien visant chacun des 25 types différents d'objectifs environnementaux catalogués par le Secrétariat de l'OMC¹¹⁹¹. Plus spécifiquement, s'agissant de 20 des 25 objectifs, on peut identifier plus de 100 mesures de soutien visant chaque objectif. Ce constat confirme que les Membres de l'OMC non seulement identifient dans les mesures de soutien un outil pertinent pour la réalisation de leurs objectifs environnementaux mais aussi qu'ils l'utilisent pour un nombre varié d'objectifs spécifiques.

Tableau 27 – Les dix objectifs de protection environnementale les plus couramment mentionnés



1009. S'agissant du type particulier de mesures de soutien mises en œuvre, la moitié d'entre elles (2587 mesures) sont des dons et versements directs tandis que 1046 mesures identifiées (soit environ 20 %) sont des programmes de soutien « non monétaire », tels les programmes d'extension pour les agriculteurs. D'autres mesures, comme des avantages fiscaux (721 mesures, soit environ 14%) ou des prêts et financement à des taux préférentiels (509, soit environ 10%) figurent aussi souvent parmi les mesures de soutien identifiées.

environnementaux. De ce fait, la somme des mesures et le pourcentage de chaque objectif peut dépasser 100%.

¹¹⁹¹ Les 25 objectifs environnementaux sont les suivants : Boisement/reboisement ; Réduction de la pollution atmosphérique ; Énergies alternatives et renouvelables ; Protection des animaux ; Biodiversité et écosystèmes ; Gestion des substances chimiques, toxiques et dangereuses ; Atténuation et adaptation face au changement climatique ; Économies d'énergie et efficacité énergétique ; Promotion des biens et services environnementaux ; Protection de l'environnement contre les parasites et les maladies ; Consommation respectueuse de l'environnement ; Protection générale de l'environnement ; Mise en œuvre et respect des AEM ; Conservation des ressources naturelles ; Autres mesures d'atténuation des risques environnementaux : Protection de la couche d'ozone ; Préservation des végétaux ; Gestion et conservation des sols ; Gestion durable de l'agriculture ; Production durable et respectueuse de l'environnement ; Gestion durable de la pêche ; Gestion durable des forêts ; Gestion durable de l'industrie extractive ; Gestion et recyclage des déchets ; Gestion et préservation de l'eau.

1010. Ces mesures ont été notifiées par 106 Membres différents, parmi lesquels on trouve des pays développés, en voie développement mais aussi des PMA¹¹⁹² ; une situation qui confirme une augmentation de l'utilisation de mesures de soutien à des fins environnementales par de nombreux Membres de l'OMC. L'UE (1259) et les États-Unis (1211) sont les Membres qui ont pris le plus de mesures de soutien à des fins de protection environnementale (parmi celles qui ont été identifiées), suivis par l'Australie (519), le Canada (263), la Chine (183) et le Costa Rica (166)¹¹⁹³.

1011. Le Brésil a notifié 32 mesures de soutien adoptées aux fins de protection environnementale depuis 2009. Un exemple notable de ce type de mesure est le Programme national de financement de l'élargissement et de la modernisation de la flotte de pêche nationale (*PROFROTA Pesqueira*)¹¹⁹⁴. Selon une notification brésilienne de 2018, ce programme, qui n'est plus en vigueur, offrait des primes pour non-défaut de paiement (allant jusqu'à 30% du prêt) afin, entre autres objectifs, de garantir la « [m]odernisation, conversion, équipement et adaptation des navires de pêche pour améliorer le contrôle de la gestion des activités de pêche compte tenu des critères environnementaux de durabilité ». Un autre exemple est le Fonds « ABC » pour financer l'agriculture « bas carbone », notifié en 2016¹¹⁹⁵. Le programme, mise-en-œuvre en coordination avec une série d'autres programmes de soutien non-environnementaux, a déboursé 1,638 milliards de dollars US pendant la campagne agricole de 2013/2014 afin de financer « l'amélioration des structures rurales, l'acquisition de machines, de matériel, de véhicules et de services pour les animaux ».

1012. Certaines mesures adoptées par des membres de l'UE sont parfois notifiées séparément de la notification collective de l'UE si elles relèvent de la compétence des

¹¹⁹² Les PMA suivants ont notifié des mesures de soutien aux fins de protection environnementale depuis 2009 : Liberia ; Zambie ; Afghanistan ; Vanuatu ; Madagascar ; République démocratique populaire Lao ; Mali.

¹¹⁹³ Il convient de noter, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, que l'absence de notification de mesures de soutien est un sujet qui éveille la préoccupation des Membres depuis longtemps. Ainsi, le fait que l'UE et les États-Unis soient les Membres qui ont réalisé le plus de notifications ne doit pas être surestimé. Il est très probablement le simple résultat du fait que ces Membres sont ceux qui notifient de façon plus courante et complète.

¹¹⁹⁴ Voir OMC, *Nouvelle notification complète au titre de l'article XVI:1 du GATT de 1994 et de l'article 25 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Comité SMC, Communication du Brésil, G/SCM/N/315/BRA, 30 mai 2018, p. 12-13.

¹¹⁹⁵ Voir OMC, *Notification*, Comité de l'agriculture, Communication du Brésil, G/AG/N/BRA/40, 12 janvier 2016, p. 7.

autorités nationales. La France, par exemple, a notifié 11 mesures de soutien adoptées aux fins de protection environnementale depuis 2009. Un exemple intéressant à cet égard est la notification, en 2017, d'un programme de versement direct non remboursable en soutien à la « recherche pour l'innovation et le développement durable du transport aérien »¹¹⁹⁶. Selon la notification française, « l'objectif des recherches est de développer des connaissances qui améliorent la base technologique pour accroître les performances environnementales du transport aérien ». De plus, il est mentionné qu'« [o]utre les organismes de recherche, une centaine d'entreprises ont été concernées en 2015 et en 2016 » pour un montant total de 88,4 M€ en 2015 et 220,4 M€ en 2016.

1013. Cet examen des mesures de soutien prises aux fins de protection environnementale depuis la crise de 2009 nous amène à un certain nombre de constatations :

- i) un intérêt renouvelé pour les mesures de soutien a été identifié après la crise de 2008, surtout de la part de certains pays développés qui y ont vu un moyen de riposter à la crise de 2008 et, plus largement, de mettre en œuvre leurs nouvelles politiques industrielles ;
- ii) des mesures de soutien ont été prises par la majorité des Membres de l'OMC depuis la crise de 2008, des pays développés comme des pays en développement ;
- iii) certaines de ces mesures contenaient des composantes discriminatoires comme, par exemple, des exigences en teneur de contenu local ;
- iv) la notion de « politique industrielle verte » a gagné en importance et les Membres de l'OMC ont de plus en plus eu recours à des mesures de soutien pour réaliser leurs objectifs de développement durable ;
- v) enfin, cette tendance semble s'expliquer, au moins partiellement, par des considérations de politique commerciale stratégique eu égard à l'importance croissante des technologies vertes dans l'économie globale.

1014. Il convient à présent de proposer une brève réflexion sur la relation entre l'adoption croissante de ce genre de politiques commerciales et les dispositions régissant les subventions analysées précédemment.

Section 2 : Les enjeux pour les dispositions de l'OMC

« A major shift is transforming the trade and environment field, triggered by governments' rising use of industrial policies to spark nascent renewable energy

¹¹⁹⁶ Voir OMC, *Nouvelle notification complète au titre de l'article XVI:1 du GATT de 1994 et de l'article 25 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Comité SMC, Communication de l'UE, Addendum, G/SCM/N/315/EU/Add.10, 17 juillet 2017, p. 19-20

industries and to restrict exports of certain minerals in the face of political economy constraints. While economically distorting, these policies do produce significant economic and environmental benefits. At the same time, they often violate World Trade Organization (WTO) rules, leading to increasingly harsh conflicts between trading partners ».

WU, Mark et SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n. 2, 2014, p. 401

1015. Alors que la pertinence des politiques industrielles vertes pour la réalisation des objectifs de développement durable s'affirmait, des questions importantes ont été soulevées à propos de la compatibilité des mesures de soutien à la production et à la consommation de biens et services écologiques avec les dispositions multilatérales régissant les subventions. La multiplication des mesures de soutien se rapportant à la protection environnementale a, en effet, suscité la préoccupation de plusieurs commentateurs quant à l'existence d'un conflit entre la poursuite de ces objectifs légitimes et le système commercial multilatéral¹¹⁹⁷.

1016. Ainsi que nous l'avons analysé à l'occasion de la troisième partie de notre thèse, l'évolution parallèle, ces dernières sept décennies, du système commercial multilatéral et du système de protection de l'environnement a été marquée par une lente marche vers une convergence, un renforcement mutuel et une intégration. D'un point de vue juridique, la série d'affaires ayant trait à l'environnement surgies dans le cadre du système commercial multilatéral a démontré la compatibilité de la prise en compte de considérations environnementales avec l'adoption de mesures commerciales restrictives. Le chemin vers l'approche interprétative des contours normatifs de l'Article XX du GATT permettant un tel

¹¹⁹⁷ Voir, entre autres : PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Genève, CEPR, The Graduate institute, 2010, viii, 225 p. ; PEAT, Daniel, « The Wrong Rules for the Right Energy: the WTO SCM Agreement and Subsidies for Renewable Energy », *Environmental Law and Management*, vol. 24, n° 3, 2012, p. 3-10 ; HOWSE, Robert, « Securing Policy Space for Clean Energy under the SCM Agreement: Alternative Approaches », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2013, 12 p. ; STEPHENSON, Sherry, *Addressing Local Content Requirements in a Sustainable Energy Trade Agreement*, Genève, ICTSD, 2013, vi, 33 p. ; WU, Mark, SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 401-474 ; CHARNOVITZ, Steve, « Green Subsidies and the WTO », *Policy Research Working Paper*, World Bank Group, Office of the Chief Economist – Climate Change Group, 2014, 84 p. ; COTTIER, Thomas, « Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines? », *Renewable Energy Law and Policy Review*, vol. 5, n° 1, 2014, p. 40-51.

accommodement n'a cependant pas toujours été simple et direct (voir le chapitre 2 de la troisième partie).

1017. Il est désormais manifeste que des mesures commerciales imposant des restrictions sévères au commerce international afin de protéger l'environnement ne sont pas contraires aux obligations commerciales multilatérales si celles-ci sont :

- i) *Cohérentes* : la restriction au commerce ou la différence de traitement accordée aux produits est justifiée par un objectif légitime et non par la protection de secteurs nationaux. Elle doit être dénuée d'incohérences internes majeures qui agissent contrairement à l'objectif choisi ou qui ne puissent être expliquées par celui-ci ;
- ii) *Adaptées* aux risques environnementaux existants : la restriction commerciale contribue de façon équilibrée et efficace à l'objectif et il n'existe pas d'autres options moins contraignantes raisonnablement disponibles pour réaliser l'objectif à un même degré *ou* elle fait partie d'une politique de conservation nationale limitant également la production ou la consommation interne ;
- iii) *Réfléchies et holistiques* : la politique prend en compte l'impact sur les intérêts commerciaux d'autres pays ainsi que leurs efforts pour relever le même défi de manière aussi efficace mais par d'autres moyens ;
- iv) *Flexibles* : la politique est en mesure de prendre en compte les conditions environnementales nationales et régionales susceptibles d'affecter l'approche requise pour relever le défi identifié.

1018. En revanche, s'agissant des mesures de soutien, aucune voie semblable ne s'était encore présentée. Certes, ainsi que nous l'avons vu, la jurisprudence relative à l'Accord SMC, l'Accord sur l'agriculture et l'Accord sur les MIC offre des clarifications importantes sur l'application des dispositions régissant les subventions. Ces clarifications sont sûrement pertinentes pour les politiques de soutien se rapportant au développement économique et/ou à la protection environnementale¹¹⁹⁸. Cependant, jusqu'à très récemment, au moment où les politiques industrielles vertes prenaient de la force, aucune affaire n'avait porté exclusivement ou principalement sur l'application de ces dispositions à des mesures de soutien prises aux fins de protection environnementale.

¹¹⁹⁸ Voir notre résumé des considérations les plus pertinentes s'agissant des mesures de soutien aux fins de développement durable dans le prochain paragraphe de la présente section.

1019. En effet, la logique de la réglementation multilatérale des subventions dans le cadre de l'OMC diffère de la logique juridique sous-tendant d'autres mesures commerciales. Sauf quelques exceptions spécifiques dans l'Accord sur l'agriculture et certaines dispositions de traitement spécial et différencié (TSD) dans le cadre de l'Accord SMC, les dispositions s'appliquent à toutes les mesures de soutien indépendamment de l'objectif poursuivi. De plus, les externalités environnementales positives ou négatives d'une mesure de soutien ne font pas nécessairement partie de l'examen de compatibilité de celle-ci. Il s'agit plutôt de déterminer leur forme et leur impact potentiel sur le commerce et de les neutraliser dans certains cas. Ces dispositions ne contiennent pas d'exceptions générales à l'image de ce qui s'applique aux restrictions commerciales ou mécanismes de marché.

1020. L'Accord OTC ne contenait pas non plus d'exception générale. L'Organe d'appel a ainsi dû interpréter les contours normatifs de l'Article 2.1 de l'Accord OTC (*non-discrimination*) de façon à permettre l'introduction d'une logique juridique semblable à celle applicable au GATT ; c'est-à-dire qu'un effet dommageable sur des biens importés n'est pas suffisant pour établir une discrimination injustifiable si l'effet causé par la mesure peut s'expliquer par (« découle exclusivement de ») une distinction réglementaire légitime. Autrement dit, la mesure peut alors être justifiée par des considérations de politique publique légitimes. L'Organe d'appel a étayé son approche interprétative du préambule de l'Accord OTC : celui-ci accorde le droit d'adopter des mesures réglementaires afin de réaliser des objectifs légitimes, même si ces mesures peuvent avoir des effets commerciaux négatifs. Les accords régissant spécifiquement les mesures de soutien ne contiennent pas de reconnaissance générale semblable¹¹⁹⁹.

1021. Cette constatation a des conséquences importantes sur la relation juridique entre les mesures de soutien adoptées pour la réalisation d'objectifs de développement durable et les dispositions de l'OMC que nous avons examinées. Considérant la grande variété des types de mesures de soutien prises aux fins de protection environnementale, il ne convient pas de

¹¹⁹⁹ Il convient de rappeler que l'Accord sur l'agriculture contient un préambule qui reconnaît, entre autres, que dans le cadre de la libéralisation commerciale du secteur il convient de tenir en compte « des besoins et de la situation particuliers des pays en développement Membres », ainsi que des « considérations autres que d'ordre commercial, y compris la sécurité alimentaire et la nécessité de protéger l'environnement ». Il convient par ailleurs de rappeler que les dispositions de l'Accord SMC s'appliquent aussi aux mesures de soutien destinées à la production agricole.

faire ici un examen exhaustif et particulier des conséquences de chacune d'elles. Cette question dépendra forcément des spécificités de chaque programme de soutien. Néanmoins, il peut être utile de soulever quelques questions de caractère plus général sur certains types de mesures de soutien sachant que les dispositions multilatérales ne permettent pas, à première vue, la prise en compte directe d'externalités environnementales.

Paragraphe 1 : Résumé des considérations juridiques les plus pertinentes sur les subventions aux fins de développement durable

1022. Comme examiné précédemment, pour qu'une aide d'État soit soumise aux règles de l'Accord SMC et qu'elle donne droit à une action contraire de la part d'autres Membres, quatre conditions doivent être remplies :

- i) la mesure doit souscrire à l'une des **formes déterminées** à l'Article 1^{er} de l'Accord (contribution financière ou soutien à des prix ou revenus) ;
- ii) la mesure doit conférer un **avantage** aux bénéficiaires ;
- iii) la subvention doit être **spécifique** ;
- iv) la subvention doit causer des « **effets défavorables** » aux intérêts d'autres Membres.

1023. S'agissant des subventions prohibées par l'Accord SMC (« feu rouge »), c'est-à-dire celles subordonnées à des résultats d'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux, les deux dernières conditions n'ont pas besoin d'être démontrées.

1024. Les subventions à la production agricole sont soumises à des obligations additionnelles consistant en des limitations quantitatives au soutien interne accordé aux agriculteurs (mesure globale de soutien - MGS) ainsi qu'à une prohibition de la majorité des types de subventions à l'exportation de biens agricoles (voir le chapitre 2, section 3 de la deuxième partie). Concernant le soutien interne, certaines aides à la production agricole octroyées aux fins de développement durable peuvent être exclues du montant total de la MGS permise (« catégorie verte »). Néanmoins, des prescriptions spécifiques énoncées pour chaque type de mesure de soutien relevant de la « catégorie verte » doivent être respectées. Celles-ci visent généralement à éviter que le soutien accordé ne cause une augmentation de la production ou de la commercialisation de biens agricoles. De plus, depuis la fin de la

« clause de paix », même si une mesure de soutien ne dépasse pas la limite de la MGS d'un Membre, elle doit encore respecter les obligations des autres accords de l'OMC.

1025. Enfin, les subventions aux services octroyées par les Membres de l'OMC doivent respecter le *principe de traitement national* s'agissant des services inscrits sur la liste d'engagements d'un Membre ainsi que la *clause de la nation la plus favorisée* pour tout service et ce, indépendamment de son inclusion sur les listes d'engagements, sauf inscription expresse d'exemptions pour les subventions (voir le chapitre 2, section 4 de la deuxième partie). Ces principes deviennent pertinents, par exemple, dans le cadre des « clubs de carbone » (« *carbon clubs* ») - des groupements de différents marchés de carbone visant à faciliter l'échange, en termes commerciaux ou non, des droits d'émissions de gaz à effet de serre (GES), et ainsi à contribuer à la réalisation des objectifs de l'Accord de Paris sur le climat -.

1026. De ce fait, seules les subventions *non-discriminatoires à la consommation de biens et/ou services verts* ou bien celles qui *n'ont pas d'effets commerciaux significatifs* semblent ne pas être directement, et *a priori*, trop affectées par les dispositions commerciales multilatérales. Cependant, comme nous l'avons noté par ailleurs, en vue de pallier plusieurs défaillances du marché, l'intervention étatique passe forcément par une augmentation de la production et, par conséquent, des échanges. Dans certains cas, il s'agit de l'objectif même de l'intervention - par exemple, si le marché sous-évalue les externalités positives découlant de la production/consommation d'un bien et qu'il existe, de ce fait, une sous-production/consommation du bien -.

1027. De plus, une part considérable des mesures de soutien prises à des fins environnementales adoptées depuis la crise de 2008 ont été adoptées en faveur de la production de biens verts considérés comme ayant un intérêt stratégique. En outre, l'inclusion de *prescriptions en teneur de contenu local* a engendré le risque que plusieurs programmes de soutien à la production ou consommation de biens verts soient classés parmi les subventions prohibées. Comme on l'analysera par la suite, c'est effectivement ce genre de mesures de soutien à caractère environnemental discriminatoires qui ont été contestées dans le cadre du système de résolution des différends de l'OMC.

1028. Pour autant, avec raison, certains auteurs notent que, bien que la limitation imposée à l'utilisation de ces mesures discriminatoires puisse affecter négativement les objectifs de développement d'une industrie locale en vue de la production de biens verts (politique industrielle verte), elle n'affecte pas forcément l'objectif environnemental de garantir la diffusion et le déploiement de ces technologies¹²⁰⁰. L'objectif industriel discriminatoire serait facilement « découplable » de l'objectif environnemental si ces prescriptions étaient abandonnées, la faisabilité politique d'un tel découplage n'étant toutefois pas forcément acquise.

1029. En tout état de cause, même si ces mesures ne contenaient pas de prescriptions discriminatoires, elles pourraient encore être contestées au regard des accords de l'OMC dans la mesure où elles dépassent certains seuils et/ou elles engendrent des effets défavorables sur les intérêts commerciaux d'autres Membres. Il convient alors de rappeler certaines dispositions qui peuvent offrir des flexibilités pour l'adoption de mesures de soutien aux fins de développement durable.

Paragraphe 2 : « Marge de manœuvre » inscrite dans les accords de l'OMC régissant les subventions

A. L'Accord SMC et l'Accord sur l'agriculture

1030. Dans le cadre de l'Accord SMC, l'imposition de critères environnementaux *objectifs* en tant que condition pour les bénéficiaires de la subvention ne configure pas forcément la spécificité¹²⁰¹. Ainsi que nous l'avons analysé, si la mesure de soutien est étroitement conçue, c'est-à-dire sans cibler des activités productives spécifiques (comme, par exemple, la production de panneaux solaires), il est possible que des critères objectifs ayant trait aux externalités environnementales liées à la production puissent être considérés comme « neutres et de caractère économique » et, ainsi, non-spécifiques. Afin de tenir compte des externalités environnementales et des coûts sociaux engendrés par l'activité économique

¹²⁰⁰ Voir, entre autres : WU, Mark, SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 401-474 ; ESPA, Ilaria, DURÁN, Gracia M., « Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program », *Journal of International Economic Law*, vol. 21, 2018, p. 621–653. Voir aussi notre examen plus approfondi des débats académiques qui se tiennent autour des réformes des dispositions relatives aux mesures de soutien dans la dernière section de la thèse.

¹²⁰¹ Voir le chapitre 2, section 2:1:A de la deuxième partie de notre thèse.

stimulée, une subvention conditionnée à une limitation d'émissions de polluants ou de l'empreinte eau, par exemple, pourrait être considérée, suivant cette logique, comme non-spécifique. Il en serait de même d'une subvention conditionnée à une limitation d'émissions de GES eu égard aux besoins de les neutraliser pour faire face au changement climatique. Ces critères pourraient bien être appliqués de manière horizontale sans pour autant, *à tout le moins a priori*, favoriser certaines entreprises. Ainsi que nous l'avons vu, une subvention ne relève de l'Accord que si elle est considérée comme spécifique.

1031. Dans le même sens, dans le cadre des dispositions de l'Accord sur l'agriculture, l'application horizontale et générale de programmes de subventions aux fins de développement durable est l'une des conditions communes au classement de ces programmes dans la « catégorie verte » (exclue du calcul de la MGS). En effet, la majorité des conditions spécifiques énoncées pour ces programmes exige que des versements ne soient pas faits directement aux producteurs ou aux transformateurs, ou encore que d'autres précautions soient adoptées afin d'éviter que la subvention n'affecte les échanges (voir les tableaux 17 et 18).

1032. En revanche, les mesures de soutien adoptées depuis la crise dans le cadre de politiques industrielles vertes ne semblent pas reprendre ce genre de prescriptions neutres ou horizontales. En effet, dans la mesure où le choix de technologies spécifiques pour lesquelles un soutien sera accordé fait partie intégrante de ces politiques, elles paraissent être diamétralement opposées à cette logique. De ce fait, la majorité des programmes des politiques industrielles vertes ne semble pas être protégée par la non-spécificité¹²⁰².

1033. D'autre part, il convient de rappeler que les accords de l'OMC confèrent un traitement spécial et différencié important aux pays en développement Membres quant à leurs obligations en matière de subventions. Tout d'abord, certains pays en développement Membres sont encore exemptés de la prohibition de subventionner leurs exportations. Par

¹²⁰² Selon Orava, « ... most incentives for the development of renewable energy alternatives will likely constitute specific subsidies » (ORAVA, Stephen J., « Incentives to Stimulate Renewable Energy », in PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Genève, CEPR, The Graduate institute, 2010, p. 198). Effectivement, on peut arguer que ce fait a contribué à l'accroissement du nombre d'investigations pour l'application de mesures compensatoires ciblant des importations de biens verts. Voir notre examen de la question ci-dessous dans le paragraphe 3 de cette section.

ailleurs, aux termes de l'Accord sur l'agriculture, tous les Membres de l'OMC ont encore la possibilité d'accorder certains types de subventions à leurs produits agricoles (crédits et garanties de crédits à l'exportation et programmes d'assurance) à la condition de respecter certaines prescriptions spécifiques (voir le chapitre 2, section 3:2 de la deuxième partie). Les pays en développement Membres ont aussi la possibilité d'accorder deux autres types de subventions à l'exportation jusqu'en 2023 : des subventions visant à réduire les coûts de commercialisation des exportations de produits agricoles ; des tarifs de transport et de fret intérieurs réduits pour des expéditions à l'exportation. Pour les PMA, ainsi que les pays en développement importateurs nets de produits agricoles, ce délai est étendu jusqu'en 2030.

1034. Dans le cadre de l'Accord SMC, les PMA et les pays en développement Membres ayant eu un PIB par habitant inférieur à 1000 \$ dollars US constants de 1990 au moins l'une des trois années précédentes ne sont pas soumis à la prohibition d'accorder des subventions à l'exportation (voir le chapitre 2, section 2:6 de la deuxième partie)¹²⁰³. De ce fait, les Accords sur l'Agriculture et SMC semblent offrir une certaine flexibilité aux pays en développement Membres en matière de subventions à l'exportation. Sans entrer dans le débat de la pertinence d'une telle stratégie, cette flexibilité pourrait être utilisée, par exemple, par un pays en développement souhaitant adopter une politique agressive d'insertion sur le marché mondial de certains de ses biens verts stratégiques.

1035. Or, dans le cas où ces programmes de subventionnement à l'exportation (de produits agricoles ou industriels) causeraient des effets défavorables aux intérêts d'autres Membres de l'OMC, ils peuvent toujours être contestés en application de l'Accord SMC ; de même, les exportations subventionnées peuvent faire l'objet de droits compensateurs afin d'annuler les effets commerciaux dans le pays importateur (Article 27.7 de l'Accord SMC)¹²⁰⁴. Cela s'explique par le fait que, malgré la non-application des prohibitions de subventionnement à l'exportation dans le cadre des deux accords, les autres dispositions de l'Accord SMC restent applicables, notamment celles relatives aux subventions spécifiques causant des effets

¹²⁰³ En 2018, les neuf pays en développement Membres suivants avaient un PIB par habitant inférieur à 1000 dollars US constants de 1990 au moins l'une des trois années précédentes : Côte d'Ivoire, Ghana, Honduras, Kenya, Nicaragua, Nigéria, Pakistan, Sénégal et Zimbabwe.

¹²⁰⁴ Il convient de rappeler que les exportations en provenance des pays en développement Membres ne seront pas soumises à des droits compensateurs si le niveau de subventionnement est inférieur à 2% de la valeur du produit ou si le volume des échanges ne représente pas plus de 4% des importations totales.

défavorables. Il ne s'agit ainsi pas d'une protection générale des programmes de subvention à l'exportation mais plutôt d'un déclassement : de la catégorie de subventions « feu rouge » à celle de subventions « feu orange ».

1036. Dès lors, dans la situation hypothétique que nous avons précédemment envisagée, l'insertion stratégique sur le marché mondial d'un bien écologique soulèverait probablement des contestations commerciales de la part d'autres Membres dans la mesure où elle pourrait potentiellement impacter négativement les efforts entrepris par ces derniers.

1037. Un dernier traitement spécial et différencié qu'il convient de rappeler est le fait qu'un programme de subventions adopté par un pays en développement Membre ne pourra être contesté au motif d'un *préjudice grave causé* à un autre pays que si la subvention est de type « orange foncé »¹²⁰⁵. Ainsi que nous l'avons étudié, trois *catégories d'effets défavorables* causés par une subvention peuvent donner lieu à une action dans le cadre de l'Accord SMC : i) un dommage important à la branche de production nationale (« effet des importations subventionnées ») ; ii) une annulation ou mise en cause des avantages du GATT (« limitation de l'accès au marché subventionné ») ; iii) un préjudice grave aux intérêts d'un Membre (voir le tableau 14). Ces trois catégories d'effets défavorables ciblent des *marchés affectés* différents – le marché interne du Membre plaignant qui importe des produits subventionnés, le marché du Membre qui subventionne dont l'accès est limité par la subvention, et des marchés des Membres tiers où les biens subventionnés et non-subventionnés sont en concurrence.

1038. En théorie, c'est bien la dernière *catégorie d'effets* (préjudice grave) qui offre une plus large marge d'action aux pays affectés par une subvention. Un pays ayant subi un *préjudice grave* peut contrer efficacement les effets des importations subventionnées sur les trois *marchés affectés* prévus par l'Accord SMC. Le préjudice grave permet de contrer les effets des importations subventionnées sur son propre marché interne (aussi ciblé par la catégorie des *dommages importants à la branche de production nationale*), rétablir l'accès

¹²⁰⁵ Les subventions « orange foncé » sont celles : i) dépassant 5 % de la valeur d'un produit subventionné ; ii) destinées à couvrir les pertes d'exploitation d'une branche de production ou d'une entreprise (autres que certains versements ponctuels) ; ou iii) les subventions accordées sous la forme d'une annulation directe de dette. Voir le chapitre 2, section 2:3 de la deuxième partie.

au marché du pays qui met en place la subvention (aussi ciblé par la catégorie *d'annulation des avantages du GATT*), ou encore contrer les effets commerciaux nuisibles pour ses exportateurs du détournement de leurs exportations dans un pays tiers, déplacées par les biens subventionnés.

1039. D'après l'Accord SMC, un Membre qui met en œuvre une subvention (non prohibée) contraire à ses dispositions doit retirer cette dernière ou prendre « des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ». De ce fait, la détermination du *type exact d'effet défavorable* identifié est assez pertinente. En limitant la possibilité d'une action à l'échelle multilatérale contre les programmes de subventions des pays en développement Membres aux deux premières catégories d'effets, ce traitement spécial et différencié réduit la possibilité qu'un Membre de l'OMC annule, par exemple, l'accès d'un pays en développement à des marchés tiers acquis par la voie d'un programme de subventionnement stratégique.

1040. On pourrait ainsi arguer que les politiques industrielles vertes des pays en développement Membres bénéficient d'une flexibilité accrue dans le cadre de l'OMC. Leurs effets ne pourraient être directement mis en cause qu'en raison d'une réduction des importations du bien vert objet de la subvention par le pays en développement qui met en œuvre la subvention ou encore en raison d'une exportation accrue vers le pays plaignant, chaque pays étant censé « défendre » son propre marché.

1041. En revanche, il nous paraît qu'une subvention aux fins de développement durable qui cause des préoccupations commerciales suffisantes pour justifier un recours formel au système de règlement des différends de l'OMC serait très probablement une subvention de type « orange foncé » (par exemple, parce qu'elle dépasse 5 % de la valeur du produit)¹²⁰⁶. Si cela est le cas, la subvention adoptée aux fins de développement durable par un pays en développement Membre sera contestable devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC de la même façon que celles adoptées par des pays développés Membres.

¹²⁰⁶ Ainsi que nous l'avons noté plus en haut, cela était le cas s'agissant de la politique industrielle de l'Indonésie pour le secteur automobile. Voir Rapport du Groupe spécial, *Indonésie – Autos*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998.

1042. Sur ce point, il convient de souligner un dernier élément important. Dans le cadre des efforts multilatéraux entrepris pour faire face au changement climatique, tous les pays, indépendamment de leur niveau de développement, ont convenu dans l'Accord de Paris de la nécessité de prendre des mesures ambitieuses afin de transformer leurs économies vers des économies à faibles émissions de carbone¹²⁰⁷. Or, le cadre multilatéral dans lequel ces efforts sont menés repose sur un principe juridique basé sur l'équité très important pour ce processus mais qui est largement absent du cadre commercial multilatéral : le principe de responsabilités communes mais différenciées (RCMD)¹²⁰⁸. En général, ce principe reconnaît l'importance de l'action collective de tous les pays mais indique aussi que les pays en développement, ayant historiquement émis moins de GES, n'ont pas à mener des efforts aussi importants ou à subir les mêmes coûts que les pays développés.

1043. Dans le cadre institutionnel de l'Accord de Paris, le Forum sur l'impact des mesures de riposte mises en œuvre (« Forum sur les mesures de riposte ») s'occupe de l'interaction entre le principe des responsabilités communes mais différenciées et d'éventuelles conséquences commerciales et économiques des mesures d'atténuation du changement climatique. Le Forum œuvre, en particulier, pour clarifier les impacts des mesures d'atténuation du changement climatique sur les pays en développement et éventuellement proposer des actions concertées afin de les redresser.

1044. Deux éléments très pertinents ressortent des travaux déjà entamés par ce Forum : i) les mesures commerciales de riposte sont au centre des préoccupations des pays en développement ; ii) l'équité en termes de conséquences économiques pour les pays en développement de la transformation des économies vers une baisse de l'émission de carbone est au cœur du débat¹²⁰⁹. Ces préoccupations se traduisent dans les deux principaux points à

¹²⁰⁷ L'Article 4.2 de l'Accord de Paris affirme ce qui suit :

« Chaque Partie établit, communique et actualise les contributions déterminées au niveau national successives qu'elle prévoit de réaliser. Les Parties prennent des mesures internes pour l'atténuation en vue de réaliser les objectifs desdites contributions. »

¹²⁰⁸ L'Article 4.3 de l'Accord de Paris affirme ce qui suit :

« La contribution déterminée au niveau national suivante de chaque Partie représentera une progression par rapport à la contribution déterminée au niveau national antérieure et correspondra à son niveau d'ambition le plus élevé possible, compte tenu de ses responsabilités communes mais différenciées et de ses capacités respectives, eu égard aux différentes situations nationales. »

¹²⁰⁹ Voir : CCNUCC, « The concept of economic diversification in the context of response measures », *Technical paper by the secretariat*, 2016, FCCC/TP/2016/3, 40 p. ; CCNUCC, « Meeting of the ad hoc technical

l'agenda du Forum : *la diversification économique* (y compris par le commerce) et *la juste transition de la force de travail*. Au regard de ces éléments, les pays participant au Forum cherchent à trouver des réponses de politique publique permettant de diversifier leurs économies, encore ancrées sur des secteurs à forte intensité de carbone vers des secteurs ou activités à bas carbone, en garantissant une transition juste des travailleurs employés dans les secteurs très polluants.

1045. Dès lors, la question pertinente qui se pose au regard de la problématique de la présente thèse est de savoir jusqu'à quel point les dispositions commerciales multilatérales permettent l'accueil de telles perspectives. Les flexibilités d'action accordées en termes d'action environnementale ainsi que les traitement spécial et différencié inscrits sur les accords de l'OMC régissant les subventions n'intègrent pas forcément cette vision d'équité des résultats économiques (ou coûts d'action supportés) qui sous-tend le principe des responsabilités communes mais différenciées. En revanche, nous avons aussi noté que plusieurs pays en développement Membres, surtout les grandes économies émergentes, adoptent de plus en plus de politiques industrielles vertes qui alignent l'action environnementale sur des objectifs d'industrialisation et de développement économique.

1046. S'il est vrai que les composantes discriminatoires de ces politiques peuvent être rationnellement séparées des objectifs environnementaux, il nous paraît cependant moins évident de concilier cette approche plus large de *l'équité* dans l'action environnementale avec les dispositions existantes. Sur cette question, M. Wu et J. Salzman résument de manière intéressante, bien que de façon très sceptique, la perspective de certains pays en développement quant à l'utilisation stratégique de ces programmes de subventionnement :

« When one surveys the range of green industrial policy instruments that have been deployed—from taxes and subsidies to quotas and bans—[some] points become clear. First, the common perception that China and India are refusing to address global environmental problems is incorrect. Their governments are forging ahead with a wide range of pro-environmental policies, deploying hundreds of millions of dollars in support. Despite having an economy half the size of the United

expert group on response measures », *Report by the co-chairs of the ad hoc technical expert group*, 2017, FCCC/SB/2017/INF.2, 14 p.

States, China now leads the world in renewable energy investments, spending 53% more than the second-ranked United States.

Second, they are not doing so out of altruistic concern or a sense of global responsibility. Instead, they are intentionally enacting industrial policies designed to benefit their economic competitiveness. Positive environmental gains are simply a corollary benefit. Although their governments will not articulate it this bluntly, their pragmatic message is essentially: We are willing to do our part to address the world's environmental problems. But our per capita carbon emissions are still vastly lower than those who point fingers at us for not doing our share. As developing countries, we have not been the primary contributors of environmental harm to date, nor have we enjoyed much of the economic gains derived from these impacts. To address a problem we neither caused nor benefited from, we expect to be compensated meaningfully through financial and/or technology transfer. And if industrialized countries are unwilling to do so, then we will take action only when it serves our own domestic economic interests, particularly when it strategically advantages our nascent manufacturing sectors. »¹²¹⁰ (notes de bas de page omises)

1047. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce sujet lorsque nous examinerons les propositions de réforme de ces dispositions, y compris quant à l'applicabilité des exceptions et flexibilités existantes dans le cadre du GATT. Il suffit ici de noter que les dispositions commerciales multilatérales relatives aux subventions ne semblent pas intégrer aisément ces considérations plus étendues. Ainsi, comme nous l'avons relevé, ce genre de politiques industrielles vertes, indépendamment de leur pertinence économique, restent sujettes à questionnement dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC.

B. Quelle relation entre les flexibilités offertes par le GATT (Articles XVIII et XX) et les dispositions de l'Accord SMC ?

1048. Comme analysé précédemment, l'Article XVIII du GATT offre aux pays en développement Membres une voie légale pour l'adoption de restrictions commerciales aux fins de développement économique. Plus précisément, la disposition établit des procédures assez complexes pour l'adoption de restrictions commerciales contraires aux autres dispositions du GATT en vue du développement de l'industrie nationale (voir le logigramme 1 précédemment exposé). Bien que ces procédures n'aient pas été très utilisées ces dernières

¹²¹⁰ WU, Mark, SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 430-431.

années, le mécanisme pourrait offrir une enceinte fructueuse de coopération concernant l'inclusion d'éléments discriminatoires au sein des politiques industrielles vertes que nous avons auparavant examinées dans notre thèse.

1049. Cette coopération structurée pourrait éviter des tensions commerciales tout comme des restrictions inutiles au commerce. Elle pourrait aussi offrir une rare occasion de débattre des intérêts commerciaux, du développement industriel et de la protection environnementale de façon holistique, franche et informée. Dans le même sens, des questions liées à l'équité, comme le principe de responsabilités communes mais différenciées à l'égard des efforts réalisés pour faire face au changement climatique, pourraient trouver ici une rare enceinte de débat dans le cadre du système commercial multilatéral. Enfin, les pays en développement Membres pourraient avoir la sécurité juridique que leurs programmes d'industrialisation verts ne sont pas contraires aux obligations commerciales inscrites dans le GATT.

1050. En revanche, cette hypothèse soulève une autre question : bien que l'Article XVIII prévoie une procédure visant à ce « qu'une partie contractante en voie de développement économique [accorde] l'aide de l'Etat qui est nécessaire pour favoriser la création de branches de production déterminées » par le biais d'une mesure incompatible avec les dispositions du GATT, cette même procédure confère-t-elle aussi une dérogation aux obligations figurant dans d'autres accords de l'OMC ? Plus précisément, les obligations prévues par les Accords SMC, sur l'Agriculture et sur les MIC s'appliqueraient-elles à une mesure exemptée par l'Article XVIII du GATT ?

1051. Ainsi que nous avons eu précédemment l'occasion d'en discuter (voir le chapitre 2, section 1:4:B de la deuxième partie), il existe deux mécanismes différents de prise de décisions dérogeant aux obligations du système commercial multilatéral. D'une part, l'Article XXV:5 du GATT prévoit qu'une dérogation à ses obligations doit être adoptée par une majorité qualifiée de deux tiers des votes des Membres de l'OMC. L'Article IX:3b de l'Accord sur l'OMC établit quant à lui que des dérogations à tous les « Accords commerciaux multilatéraux de l'OMC » (dont l'Accord SMC, l'Accord sur Agriculture, l'Accord sur les MIC et le GATT lui-même) sont adoptées par une majorité qualifiée de trois quarts des votes. Or, étant donné que les décisions relatives à l'Article XVIII du GATT ont été prises suivant la tradition du consensus, il n'est pas évident de déterminer si la procédure de prise de

décisions au cadre de cette disposition relève de l'Article XXV:5 du GATT, de l'Article IX:3b de l'Accord sur l'OMC ou encore si elle serait considérée comme une décision *sui generis* adoptée par le Conseil du commerce des marchandises, par exemple (couverte, ainsi par la règle générale de l'Article XXV – c'est-à-dire, majorité des votes).

1052. Cette caractérisation peut être pertinente afin de déterminer la portée juridique de la dérogation. Il nous paraît logique de considérer que, si la dérogation s'applique aussi aux obligations des autres accords régissant les subventions, elle devrait, à tout le moins, être adoptée par une majorité qualifiée de deux tiers des Membres. En tout état de cause, il nous semble qu'une interprétation plus restrictive s'imposerait ici. Étant donné que l'Article XVIII fait référence aux (et met en équilibre les) obligations du GATT, nous comprenons que la dérogation ne s'appliquerait qu'aux obligations de cet accord (voir notre analyse détaillée à ce sujet dans le chapitre 2, section 1:4:C de la deuxième partie).

1053. Cette compréhension est corroborée par l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel quant à la relation entre les exceptions générales de l'Article XX du GATT et les obligations inscrites dans les autres accords de l'OMC. Ainsi que nous l'avons examiné de manière approfondie, l'Article XX du GATT permet l'adoption, par les Membres de l'OMC, de mesures commerciales restrictives aux fins de développement durable en principe incompatibles avec les dispositions de l'Accord. Il s'agit d'un article qui s'est avéré indispensable pour intégrer des objectifs légitimes de politique publique autres que commerciaux dans le cadre du système multilatéral. En particulier, cette disposition a permis la prise en compte de l'objectif de développement durable au moment de l'application de dispositions commerciales ainsi qu'une plus grande cohérence entre intérêts commerciaux et intérêts liés à la protection environnementale.

1054. En ce sens, on pourrait concevoir que certains éléments discriminatoires (entendus *lato sensu*)¹²¹¹ de programmes de subventionnement adoptés aux fins de protection environnementale pourraient être justifiables au regard de l'Article XX et, ainsi, compatibles

¹²¹¹ Voir notre différenciation entre discriminations *lato sensu* (incompatibles avec les dispositions établissant les principes de non-discrimination du GATT ; c'est-à-dire, les Articles I, II et III principalement) et celles *stricto sensu* (celles qui seraient injustifiables, arbitraires ou encore des restrictions déguisées aux échanges et, ainsi, contraires au chapeau de l'Article XX) dans le chapitre 2, section 3:1 de la troisième partie.

avec les dispositions du GATT. D'un point de vue économique mais aussi environnemental, il serait assez difficile de justifier certains éléments *protectionnistes* identifiés, par exemple, dans des politiques industrielles vertes¹²¹². En revanche, certains effets commerciaux de programmes de subventionnement non-protectionnistes de technologies vertes pourraient être nécessaires ou justifiables au regard d'impératifs de protection environnementale.

1055. On peut penser, par exemple, à une exemption fiscale accordée à des fabricants et importateurs sur la vente de certains appareils ménagers dont la consommation d'énergie est particulièrement réduite. Sans rentrer dans un examen détaillé des dispositions du GATT applicables¹²¹³, il nous paraît tout à fait plausible que les éventuels effets commerciaux sur des produits importés qui ne seraient pas éligibles à l'exemption (et pourtant seraient surtaxés en comparaison des produits éligibles ; une discrimination au *lato sensu*) puissent être examinés dans le cadre de l'Article XX du GATT et, éventuellement, être considérés comme justifiables au regard de cette disposition. La question qui se pose, encore une fois, dans cette situation hypothétique est de savoir si une telle justification serait également possible s'agissant des autres accords régissant les subventions.

1056. Nous avons déjà noté que les Articles 3 et 4 de l'Accord sur les MIC étendent expressément l'application de « toutes les exceptions prévues dans le GATT » (y compris, donc, celles de l'Article XX) aux dispositions de cet Accord ainsi que la possibilité de demander les dérogations prévues à l'Article XVIII du GATT par les pays en développement Membres. Toutefois, l'Accord sur l'agriculture et l'Accord SMC ne contiennent pas de dispositions similaires. De ce fait, une question juridique pertinente qui se pose est celle de la relation juridique entre les obligations et exceptions du GATT et les dispositions de ces deux autres accords.

¹²¹² Voir notre réflexion sur le sujet à la fin du chapitre 2, section 1:4:A de la deuxième partie.

¹²¹³ Juste à titre d'exemple, un débat important pourrait être soulevé sur le fait de savoir si ces équipements seraient considérés comme des produits « similaires » pour l'application de l'Article III du GATT. La réponse dépendra d'une analyse au cas par cas. Or, étant donné qu'historiquement cette analyse s'est fortement ancrée sur les conditions de concurrence sur le marché, il est possible, voire probable, que les produits soient considérés comme étant « similaires ». Sur le sujet, voir par exemple : MAVROIDIS, Petros C. et NEVEN, Damien J., « Greening the WTO Environmental Goods Agreement, Tariff Concessions, and Policy Likeness », *Journal of International Economic Law*, vol. 22, n° 3, septembre 2019, p. 373–388.

1057. La doctrine semble être assez divisée sur le sujet. Plusieurs commentateurs - comme A. Cosbey et P. Mavroidis¹²¹⁴, S. Charnovitz¹²¹⁵, M. Wu et J. Salzman¹²¹⁶, G. Durán¹²¹⁷, G. Horlick¹²¹⁸ et B. Condon¹²¹⁹ -, considèrent que les exceptions inscrites à l'Article XX du GATT ne s'appliquent qu'aux dispositions de ce dernier. D'autres auteurs, en revanche - tels J. Trachtman¹²²⁰, L. Rubini¹²²¹, J. Flett¹²²² et R. Leal-Arcas¹²²³ -, considèrent que les exceptions s'appliquent, à tout le moins partiellement, aux dispositions de l'Accord SMC. Certains encore arguent que cette relation juridique n'a pas encore été suffisamment clarifiée¹²²⁴. Le grand nombre d'appels à des réformes de l'Accord SMC pour y inclure soit l'applicabilité de l'Article XX du GATT, soit une disposition similaire démontre la pertinence du débat autant que sa complexité (voir le chapitre 3 ci-dessous).

¹²¹⁴ COSBEY, Aaron, MAVROIDIS, Petros C., « A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 11-47.

¹²¹⁵ CHARNOVITZ, Steve, « Green Subsidies and the WTO », *Policy Research Working Paper*, World Bank Group, Office of the Chief Economist – Climate Change Group, 2014, 84 p.

¹²¹⁶ WU, Mark, SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 401-474.

¹²¹⁷ DURÁN, Gracia Marín, « Sheltering Government Support to 'Green' Electricity: the European Union and the World Trade Organization », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, 2018, p. 129-165.

¹²¹⁸ HORLICK, Gary, « The WTO and climate change 'incentives' », in COTTIER, Thomas, NARTOVA, Olga, BIGDELI, Sadeq (eds.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change: World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 193-196.

¹²¹⁹ CONDON, Bradley J., « Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n° 4, 2009, p. 895-926.

¹²²⁰ TRACHTMAN, Joel P., « WTO Law Constraints on Border Tax Adjustment and Tax Credit Mechanisms to Reduce the Competitive Effects of Carbon Taxes », *National Tax Journal*, vol. 70, n° 2, 2017, p. 469-494.

¹²²¹ RUBINI, Luca, « Ain't wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, the SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform », *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 2, 2012, p. 525-579.

¹²²² FLETT, James, « Preserving the Balance between Trade and Non-Trade Interests through a Systematic Interpretation of WTO Subsidies Law », in RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 91-97.

¹²²³ LEAL-ARCAS Rafael, « Trade Proposals for Climate Action », *Trade, Law and Development*, vol. 6, n° 1, 2014, p. 11-54.

¹²²⁴ Voir : HOWSE, Robert, *Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis*, IISD, Winnipeg, Manitoba Canada, 2010, iii, 29 p. ; PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Genève, CEPR, The Graduate institute, 2010, viii, 225 p.; FARAH, Paolo Davide, CIMA, Elena, « WTO and Renewable Energy: Lessons from the Case Law », *Journal of World Trade*, vol. 49, n° 6, 2015, p. 1103-1116 ; STEGER, Debra P., « Green Energy Programs and the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: A Good FIT? », *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, WP 2015-20, 2015, ii, 15 p.; BACCHUS, James, « The Case for a WTO Climate Waiver », *CIGI Special Report*, 2017, vi, 27 p. ; ORAVA, Stephen J., « Incentives to Stimulate Renewable Energy », in PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Genève, CEPR, The Graduate institute, 2010, p. 200.

1058. En général, l'argument principal des défenseurs de l'applicabilité des exceptions de l'Article XX du GATT aux obligations de l'Accord SMC (ainsi qu'à celles d'autres accords de l'OMC) se fonde sur une lecture « holistique » des accords de l'OMC¹²²⁵ qui procède à une connexion textuelle¹²²⁶ mais aussi rationnelle entre le GATT et l'Accord SMC¹²²⁷. Certains auteurs mettent aussi en avant des notions extra-juridiques comme le besoin d'un équilibre entre les droits et obligations prévus dans les différents accords de l'OMC¹²²⁸ ou encore la nécessité d'éviter que certains outils de politique commerciale plus restrictifs pour le commerce (comme les prohibitions d'importations) ne soient pas davantage permises (parce que « justifiables » au regard de l'Article XX du GATT) que d'autres outils moins contraignants (comme les subventions)¹²²⁹.

1059. Or, comme déjà relevé, l'Organe d'appel a toujours adopté une approche *intégrative* et *cumulative* des obligations inscrites dans les accords de l'OMC¹²³⁰. Chaque fois que l'Organe d'appel a été appelé à se prononcer sur une apparente incongruence entre les obligations et les droits de différents accords, son interprétation a conduit à l'applicabilité de

¹²²⁵ R. Leal-Arcas, par exemple, note que l'Article II.2 de l'Accord sur l'OMC établit que « [l]es accords et instruments juridiques connexes repris dans les Annexes 1, 2 et 3 ... font *partie intégrante* » du système juridique de l'OMC et, ainsi, devraient être interprétés et appliqués de façon holistique. Voir LEAL-ARCAS Rafael, « Trade Proposals for Climate Action », *Trade, Law and Development*, vol. 6, n° 1, 2014, p. 40-41.

¹²²⁶ Certains auteurs considèrent ainsi que l'Article 32.1 de l'Accord SMC indique que cet accord est une « interprétation » des dispositions du GATT [l'Article 32.1 établit ce qui suit : « Il ne pourra être prise aucune mesure particulière contre une subvention accordée par un autre Membre, si ce n'est conformément aux dispositions du GATT de 1994, tel qu'il est interprété par le présent accord »]. Ils notent également que l'Accord SMC contient 22 références au GATT. Nous verrons ultérieurement que cette approche interprétative qui postule une « connexion textuelle » des accords de l'OMC pour permettre l'applicabilité de l'Article XX du GATT aux dispositions de l'autre accord a été développée à la suite de la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*.

¹²²⁷ Par exemple, selon J. Trachtman, l'Accord SMC « élabore » les obligations sur les subventions inscrites dans le GATT. De ce fait, les exceptions présentes dans ce dernier devraient aussi être disponibles pour l'accord qui développe ces dispositions. TRACHTMAN, Joel P., « WTO Law Constraints on Border Tax Adjustment and Tax Credit Mechanisms to Reduce the Competitive Effects of Carbon Taxes », *National Tax Journal*, vol. 70, n° 2, 2017, p. 491.

¹²²⁸ Voir FLETT, James, « Preserving the Balance between Trade and Non-Trade Interests through a Systematic Interpretation of WTO Subsidies Law », in RUBINI, Luca, HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 91-97.

¹²²⁹ Voir, entre autres, RUBINI, Luca, « Ain't wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, the SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform », *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 2, 2012, p. 570.

¹²³⁰ Voir, par exemple, notre examen de la relation juridique entre les obligations de l'Accord SMC et celles de l'Accord sur l'agriculture après l'échéance de la « clause de paix » dans le chapitre 2, section 3:3 de la deuxième partie de notre thèse.

ces obligations et droits simultanément (principe d'interprétation de droit international dit de *l'effet utile*)¹²³¹.

1060. Spécifiquement, s'agissant de l'Accord SMC, l'Organe d'appel a indiqué, à plusieurs reprises, que celui-ci « énonce un ensemble de droits et d'obligations qui vont largement au-delà de la simple application et de la simple interprétation des articles VI, XVI et XXIII du GATT de 1947 »¹²³². En outre, selon l'Organe d'appel, « l'objet et le but principaux de l'Accord SMC sont *d'accroître et d'améliorer* les disciplines du GATT relatives à l'utilisation de subventions et de mesures compensatoires »¹²³³. L'extension ainsi que le renforcement des dispositions ne signifient cependant pas qu'une mesure de soutien autorisée par le GATT sera aussi permise dans le cadre de l'Accord SMC ; au contraire, cela indique qu'avec l'adoption de l'Accord SMC, les Membres de l'OMC doivent respecter les règles applicables aux subventions des deux accords.

1061. En effet, dès 1997, dans le cadre de l'affaire *Brésil – Noix de coco desséchée*, l'Organe d'appel a eu l'occasion d'expliquer qu'avec l'adoption de l'Accord SMC, les Membres de l'OMC étaient censés respecter simultanément les prescriptions en matière de mesures compensatoires du GATT mais aussi du nouvel accord. Plus précisément, selon l'Organe d'appel :

« Bien qu'elles aient été incorporées dans le GATT de 1994 et qu'elles en fassent partie, les dispositions du GATT de 1947 ne constituent pas la somme des droits et des obligations des Membres de l'OMC concernant une question particulière. Par exemple, pour ce qui est des

¹²³¹ Voir notre examen de l'approche adoptée par l'Organe d'appel à propos de ce principe dans le chapitre 2, section 1:2:A de la deuxième partie. Voir le Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 18-19. Voir aussi : Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Boissons alcooliques II*, WT/DS8/AB/R, p. 14 ; Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, 16 janvier 2003, para. 271 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999, para. 81 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Produits laitiers*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, 13 octobre 1999, para.133 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Argentine – Chaussures (CE)*, WT/DS121/AB/R, 14 décembre 1999, paras. 81-84 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Terres rares*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014, para. 5.135.

¹²³² Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 18.

¹²³³ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Acier au carbone*, WT/DS213/AB/R, 28 novembre 2002, para.73 (italiques ajoutées). Postérieurement, l'Organe d'appel a indiqué que l'objectif et le but de l'Accord SMC étaient « de *renforcer* et d'*améliorer* les disciplines du GATT relatives à l'utilisation aussi bien des subventions que des mesures compensatoires » (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Bois de construction IV*, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004, para. 64) (italiques ajoutées).

subventions aux produits agricoles, les articles II, VI et XVI du GATT de 1994 ne représentent pas à eux seuls la totalité des droits et des obligations des Membres de l'OMC. L'Accord sur l'agriculture et l'Accord SMC sont l'expression de la toute dernière position des Membres de l'OMC quant à leurs droits et obligations concernant les subventions à l'agriculture. La note interprétative générale relative à l'Annexe 1A a été ajoutée pour tenir compte du fait que les autres accords concernant les marchandises repris dans l'Annexe 1A représentent, à bien des égards, un développement substantiel des dispositions du GATT de 1994, et dans la mesure où il y a conflit entre les dispositions des autres accords concernant les marchandises et les dispositions du GATT de 1994, les dispositions des autres accords prévalent »¹²³⁴.

1062. Cependant, alors que l'Organe d'appel a ici explicitement indiqué que les droits et obligations relatifs aux subventions et mesures compensatoires devaient désormais être lus comme un ensemble cumulatif, l'année suivante, en 1998, un Groupe spécial a été appelé à répondre à une question légèrement différente mais tout aussi pertinente : que se passe-t-il si le nouvel accord (l'Accord SMC) permet expressément l'adoption d'une mesure qui est interdite par le GATT ?

1063. Dans l'affaire *Indonésie – Autos*, l'Indonésie avait soutenu, à propos d'une subvention accordée sous forme d'allègement fiscal, que ses programmes de subventions devaient être examinés au regard de l'Accord SMC, celui-ci étant la *lex specialis*. Suivant cette argumentation, en cas d'incongruence entre l'Accord SMC qui permet l'adoption de

¹²³⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997, p. 15. De surcroît, l'Organe d'appel a expressément partagé la position du Groupe spécial qui a considéré que :

« L'article VI du GATT de 1947 et le Code SMC du Tokyo Round représentent, pour les signataires du Code, un ensemble de droits et d'obligations concernant l'utilisation de mesures compensatoires, et l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord SMC représentent, pour les Membres de l'OMC, un ensemble de droits et d'obligations nouveaux et différents concernant l'utilisation de droits compensateurs. En conséquence, l'article VI et les accords respectifs sur les SMC imposent des obligations à un utilisateur éventuel de droits compensateurs, sous la forme de conditions qui doivent être remplies pour pouvoir imposer un droit, mais ils confèrent également le droit d'imposer un droit compensateur lorsqu'il est satisfait à ces conditions. Les accords sur les SMC n'imposent pas simplement des *obligations* fondamentales et procédurales *additionnelles* à un utilisateur éventuel de mesures compensatoires. En fait, les accords sur les SMC et l'article VI considérés ensemble définissent, clarifient et dans certains cas modifient l'ensemble global des *droits* et d'obligations d'un utilisateur éventuel de mesures compensatoires » (*Ibid.*, p. 18) (accentuation dans le rapport original du Groupe spécial).

ces programmes, et l'Article III du GATT qui ne le permet pas, les dispositions de l'Accord SMC devraient prévaloir¹²³⁵.

1064. En s'appuyant sur l'interprétation de l'Organe d'appel et plutôt que d'avoir simplement recours à la note interprétative générale relative à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC¹²³⁶, le Groupe spécial a nié l'existence d'une contradiction (« conflit de nature générale ») entre les dispositions des différents accords ou que celles-ci puissent « s'exclure mutuellement ». Précisément, selon le Groupe spécial, l'Indonésie, en tant que Membre de l'OMC, doit respecter les deux corpus juridiques :

« Il est possible pour l'Indonésie de respecter ses obligations au titre de l'Accord SMC sans violer l'article III:2 puisque celui-ci concerne la taxation discriminatoire des produits, et non l'octroi de subventions en tant que tel. De même, il est possible pour l'Indonésie de respecter les obligations énoncées à l'article III:2 sans violer ses obligations au titre de l'Accord SMC puisque celui-ci ne concerne pas les taxes sur les produits en tant que telles, mais plutôt les subventions aux entreprises. Tout au plus, l'Accord SMC et l'article III:2 traitent chacun d'aspects différents des mêmes dispositions législatives »¹²³⁷.

1065. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un appel. Pour autant, l'Organe d'appel a eu l'occasion de confirmer à plusieurs reprises, dans d'autres affaires, que les obligations relatives à l'emploi de subventions figurant dans le GATT et l'Accord SMC (ainsi que dans l'Accord sur l'agriculture et dans l'Accord sur les MIC) sont des « obligations

¹²³⁵ Rapport du Groupe spécial, *Indonésie – Autos*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998, paras. 5.128-204.

¹²³⁶ La note interprétative générale relative à l'Annexe 1A établit ce qui suit :

« En cas de conflit entre une disposition de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 et une disposition d'un autre accord figurant à l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (dénommé dans les accords figurant à l'Annexe 1A l'« Accord sur l'OMC »), la disposition de l'autre accord prévaudra dans la limite du conflit ».

¹²³⁷ Rapport du Groupe spécial, *Indonésie – Autos*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998, para. 14.99. Le Groupe spécial a aussi affirmé ce qui suit :

« [L]es seules subventions qui seraient visées par les dispositions de l'article III sont celles qui comporteraient une discrimination entre produits nationaux et produits importés. S'il peut sembler que l'article III du GATT et l'Accord SMC se recoupent pour ce qui est de certaines mesures, les deux séries de dispositions ont des objets différents et des champs d'application différents. En outre, elles prévoient des voies de recours différentes, des délais différents pour le règlement des différends et des prescriptions différentes en matière de mise en œuvre. Aussi rejetons-nous l'argument de l'Indonésie selon lequel l'application de l'article III aux subventions rendrait "inutile" l'Accord SMC » (*Ibidem*, para. 14.39).

cumulatives »¹²³⁸. Précisément, l'Organe d'appel a eu de fait à répondre à la question inverse de celle posée au Groupe spécial dans l'affaire *Indonésie – Autos* : une mesure expressément exemptée par le GATT ne doit-elle pas être exclue de l'examen au regard de l'Accord SMC ?

1066. Comme nous avons pu le relever, l'Article III:8b) du GATT exempte du principe du traitement national « l'attribution aux seuls producteurs nationaux de subventions »¹²³⁹. De ce fait, une subvention exclusivement accordée aux producteurs nationaux ne serait pas, pour cette seule raison, contraire au GATT. Autrement dit, cette disposition reconnaît le droit des Membres de l'OMC de procéder à une discrimination (*lato sensu*) entre produits nationaux et produits importés par la voie d'un subventionnement uniquement destiné aux producteurs nationaux. Mais cette dérogation exempte-t-elle aussi la mesure du respect des dispositions de l'Accord SMC ? Dans trois affaires récentes, l'Organe d'appel a répondu par la négative à cette question.

1067. En 2018, à l'occasion de l'affaire *CE et certains États membres — Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a précisé la relation entre l'Article III:8b) du GATT et la prohibition des prescriptions en matière de contenu local pour l'obtention de subventions prévue par l'Article 3.1 b) l'Accord SMC¹²⁴⁰ de la manière suivante :

« [L]'article III:8 b) du GATT de 1994 concorde avec une interprétation de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC selon laquelle quelque chose de plus qu'un simple subventionnement de la production nationale est nécessaire pour constater l'existence d'une subvention au remplacement des importations. Cela dit, *il peut toujours être constaté qu'une subvention exemptée de l'obligation de traitement national prévue à l'article III du fait que cette subvention est attribuée aux seuls producteurs nationaux au sens de l'article III:8 b) du GATT de 1994 est subordonnée à l'utilisation par ces producteurs de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC* »¹²⁴¹.

¹²³⁸ Voir le Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, para. 5.5. Voir aussi le Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Incitations fiscales*, WT/DS487/AB/R, 4 septembre 2017, para. 5.16.

¹²³⁹ Voir notre analyse détaillée de cette disposition dans le chapitre 2, section 1:3 de la deuxième partie.

¹²⁴⁰ Sur la prohibition de l'Article 3.1 b) de l'Accord SMC, voir le chapitre 2, section 2:4 de la deuxième partie.

¹²⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE et certains États membres — Aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/AB/RW, 15 mai 2018, para. 5.68 (italiques ajoutés). Dans le même sens, l'Organe d'appel a affirmé lors de l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales* que :

1068. Si l'exemption de l'Article III:8b) du GATT n'empêche pas que la prohibition de l'Article 3.1 b) de l'Accord SMC soit applicable, un raisonnement identique doit *a priori* pouvoir être appliqué s'agissant des autres dispositions de cet Accord. Autrement dit, l'exemption inscrite à l'Article III:8b) n'affecterait pas l'applicabilité des obligations de l'Accord SMC. Cette interprétation a effectivement été confirmée, de manière certes indirecte, quelques mois plus tard dans l'affaire *Brésil –Taxation*. En l'occurrence, le Brésil a argué qu'au regard de l'exemption de l'Article III:8b) du GATT, les subventions aux producteurs nationaux (par voie d'exemptions fiscales sur les produits) devaient être examinées *exclusivement* vis-à-vis de cette disposition spécifique du GATT. Autrement dit, et de façon plus générale, la disposition du GATT prévoyant une exemption pour ce type particulier de subventions l'emportait sur les règles de l'Accord SMC¹²⁴².

1069. L'Organe d'appel n'a pas répondu directement à cette question mais a confirmé le raisonnement adopté lors des deux affaires précédentes. Ayant infirmé la décision du Groupe spécial contestée par le Brésil¹²⁴³, l'Organe d'appel a finalement décidé que la mesure brésilienne n'était pas couverte par l'exemption de l'Article III:8b) du GATT au motif que « l'attribution aux seuls producteurs nationaux » de la subvention en question ne respectait pas les conditions inscrites dans la disposition, c'est-à-dire que la subvention soit

« [M]ême si l'octroi d'une subvention est exempté de l'obligation de traitement national prévue par le GATT du fait que cette subvention est attribuée aux seuls producteurs nationaux au sens de l'article III:8 b) du GATT de 1994, il peut toujours être constaté que ladite subvention est subordonnée à l'utilisation par ces producteurs de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC » (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Incitations fiscales*, WT/DS487/AB/R, 4 septembre 2017, para. 5.16).

¹²⁴² L'Organe d'appel a résumé comme suit l'argumentation du Brésil :

« La position générale du Brésil est que l'article III:8 b)"défini[t]" comme s'excluant mutuellement les champs d'application respectifs des disciplines "liées aux produits" de l'article III, d'une part, et des disciplines de l'article XVI et de l'Accord SMC concernant les "mesures de subventionnement des producteurs", d'autre part. Selon le Brésil, une "interprétation harmonieuse" de ces dispositions différentes exige de tout groupe spécial évaluant des allégations au titre de l'article III qu'il détermine, à titre d'"analyse liminaire", si la mesure en cause est une mesure "liée aux produits" assujettie aux disciplines de l'article III ou si cette mesure accorde une subvention aux producteurs nationaux et est donc assujettie aux disciplines de l'Accord SMC » (notes de bas de page omises) (Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil –Taxation*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018, para. 5.98).

Voir aussi *Ibidem*, para. 5.114.

¹²⁴³ L'Organe d'appel était d'accord avec la décision du Groupe spécial selon laquelle le programme de subventionnement par voie d'exonération fiscale octroyé par le gouvernement brésilien n'était pas concerné par l'exemption de l'Article III:8b), cependant certaines affirmations de caractère général faites par le Groupe spécial ayant trait aux contours normatifs de la disposition n'étaient pas juridiquement correctes. Voir *Ibid.*, para. 5.113.

« attribuée » par le gouvernement (par la voie d'un déboursement et non simplement d'une réduction ou exonération des taxes intérieures) et qu'elle provienne de « taxes ou impositions intérieures » non-discriminatoires¹²⁴⁴.

1070. L'Organe d'appel a ainsi confirmé son interprétation habituelle selon laquelle l'Article III:8b) du GATT ne permet pas l'introduction d'une taxation intérieure discriminatoire à travers une subvention prenant la forme d'une exonération fiscale des biens nationaux (voir la sous-section II.2.i.3). Ce faisant, l'Organe d'appel n'a donc pas directement traité l'argument du Brésil. Toutefois, un Membre de l'Organe d'appel a émis une opinion dissidente en considérant que l'interprétation du terme « attribution ... des subventions » adoptée par la majorité était trop restrictive et que la définition de la subvention de l'Accord SMC indiquait que des exonérations fiscales devraient aussi être considérées comme des subventions au titre de l'Article III:8b). Pour étayer son argumentation, le Membre dissident a eu recours à la décision de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Incitations fiscales*. Selon ce Membre, même si son interprétation permettait aux subventions versées par la voie d'une exonération fiscale d'être exemptées des obligations du GATT, celles de l'Accord SMC seraient encore applicables :

« Par conséquent, loin de rendre inutile la prohibition de la taxation discriminatoire figurant à l'article III:2, une interprétation de l'expression "attribution ... de subventions" comme incluant les recettes abandonnées donne sens et effet aux termes tant de l'article III:2 que de l'article III:8 b), tout en respectant en même temps l'équilibre soigneusement négocié des droits et obligations au titre de l'Accord SMC. ... Par conséquent, selon moi, l'attribution aux seuls producteurs nationaux de subventions au moyen d'une réduction ou d'une exonération de taxes intérieures, bien qu'elle soit couverte par l'exception prévue à l'article III:8 b), resterait assujettie aux autres dispositions pertinentes du GATT de 1994 et de l'Accord SMC »¹²⁴⁵.

1071. De ce fait, il nous paraît désormais clair que l'exemption d'une subvention d'une éventuelle incompatibilité avec le principe de non-discrimination de l'Article III du GATT n'est pas suffisante pour étendre aussi cette dérogation aux règles de l'Accord SMC. Il en résulte, logiquement, que la dispense de cette même obligation (non-discrimination) par la

¹²⁴⁴ *Ibid.*, paras. 5.119-122.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, para. 5.134.

voie de l'application de l'Article XX du GATT n'affecterait pas l'application des dispositions de l'Accord SMC. L'Organe d'appel a également établi une distinction importante entre les autres dispositions régissant les subventions du GATT (Article XVI) et celles de l'Accord SMC¹²⁴⁶, la même logique est applicable. En résumé, le fait que les exemptions et exceptions prévues par le GATT puissent rendre une subvention *a priori* incompatible *justifiable* à l'égard des *règles du GATT* ne signifie pas que cette même subvention est *compatible* avec les *dispositions correspondantes des autres accords de l'OMC* à défaut d'articles qui le prévoient expressément dans ces accords.

1072. Ce raisonnement est confirmé par des références expresses à cette problématique dans certains accords, comme l'Accord sur les MIC¹²⁴⁷ ou l'Accord SPS¹²⁴⁸. Il est également corroboré par la pratique du règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Comme précédemment noté, à l'instar de l'Accord SMC, l'Accord OTC ne contient ni exceptions générales ni article établissant une relation juridique entre les exceptions du GATT et ses dispositions. De ce fait, la compatibilité de mesures réglementaires couvertes par les deux accords vis-à-vis des obligations des deux corpus juridiques a été examinée simultanément lors de différends¹²⁴⁹. Or, si l'exception prévue dans le GATT avait la portée juridique de justifier aussi d'éventuelles dérogations à l'Accord OTC, cet examen ne serait pas nécessaire ; une analyse des dispositions du GATT suffirait.

1073. Dès lors, la dernière question juridique qui se pose au regard de cette problématique est celle de savoir si l'Article XX du GATT *lui-même* (et non ses effets normatifs) serait invocable dans le cadre de l'application d'autres Accords de l'OMC et permettrait ainsi de justifier une violation des dispositions de l'Accord SMC ou de l'Accord sur l'agriculture. Premièrement, on pourrait arguer que l'Accord SMC contient déjà un élément introduisant

¹²⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – FSC*, WT/DS108/AB/R, para. 117. Voir notre examen de cette différenciation dans le chapitre 2, section 1:2 de la deuxième partie.

¹²⁴⁷ Articles 3 et 4 de l'Accord sur les MIC.

¹²⁴⁸ L'Article 2.4 de l'Accord SPS établit ce qui suit :

« 4. Les mesures sanitaires ou phytosanitaires qui sont conformes aux dispositions pertinentes du présent accord seront présumées satisfaire aux obligations incombant aux Membres en vertu des dispositions du GATT de 1994 qui se rapportent à l'utilisation des mesures sanitaires ou phytosanitaires, en particulier celles de l'article XX b) ».

¹²⁴⁹ Voir, par exemple, notre examen de l'affaire *États-Unis – Thon II* dans le chapitre 2, section 3:3:B de la troisième partie.

un certain équilibre - bien qu'assez limité et d'efficacité discutable - à l'instar de l'Article XX du GATT : la catégorie des subventions ne donnant pas lieu à une action¹²⁵⁰. Ainsi que nous l'avons étudié, cette catégorie n'a été appliquée que de façon temporaire et les Membres ne l'ont pas reconduite¹²⁵¹. Ce fait opère contre l'imposition, par la voie interprétative dans le cadre d'un différend particulier, d'une disposition figurant dans un autre accord de l'OMC qui modifierait l'équilibre des droits et obligations de l'Accord SMC.

1074. Deuxièmement, le fait que l'Accord sur les MIC prévoie expressément l'applicabilité de l'Article XX écarte une telle interprétation - à tout le moins d'après l'approche interprétative en vigueur. Il convient de rappeler qu'à l'occasion de l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, notant effectivement l'absence d'exception générale dans l'Accord OTC à la différence de celle prévue par le GATT, l'Organe d'appel a décidé d'adopter une approche interprétative de l'Article 2.1 de l'Accord OTC ancrée dans une logique juridique similaire à celle de l'Article XX du GATT sans toutefois décider de l'applicabilité de cette disposition aux obligations de l'Accord OTC¹²⁵². L'Accord SMC ne dispose pas d'un préambule pouvant étayer une approche interprétative similaire à celle utilisée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*. Il est donc difficile de concevoir que l'Organe d'appel transpose simplement l'applicabilité de l'Article XX du GATT aux dispositions de l'Accord SMC ou encore qu'il développe une interprétation similaire transposant la logique juridique de l'Article XX.

1075. Certains auteurs font néanmoins référence à l'approche interprétative employée par l'Organe d'appel à l'occasion de l'affaire *Chine — Publications et produits audiovisuels* pour

¹²⁵⁰ S'agissant de l'Accord sur l'agriculture, la « catégorie verte » des mesures de soutien aurait un rôle similaire étant donné que ces mesures ne sont pas comptabilisées aux fins du calcul de la MGS.

¹²⁵¹ Voir le chapitre 2, section 2:5 de la deuxième partie.

¹²⁵² L'Organe d'appel a noté que :

« [L]'équilibre établi par le préambule de l'Accord OTC entre, d'une part, la poursuite de la libéralisation des échanges et, d'autre part, le droit des Membres de réglementer n'est, en principe, pas différent de l'équilibre qui existe entre l'obligation de traitement national énoncée à l'article III et les exceptions générales prévues à l'article XX du GATT de 1994. ... Nous notons cependant que, dans le GATT de 1994, cet équilibre trouve son expression dans la règle du traitement national énoncée à l'article III:4, nuancée par les exceptions prévues à l'article XX, tandis que, dans l'Accord OTC, il est reflété dans l'article 2.1 lui-même, lu à la lumière de son contexte et de son objet et son but » (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012, para. 109) (voir notre examen de cette approche interprétative dans le chapitre 2, section 3:3:B de la troisième partie).

étayer la possibilité d'une application directe de l'Article XX du GATT aux dispositions de l'Accord SMC. Cette affaire portait sur des obligations inscrites dans le Protocole d'accession de la Chine qui ne contenait pas d'exception générale du type de celle prévue à l'Article XX du GATT. La Chine avait soulevé l'exception de l'Article XX a) du GATT pour justifier les mesures restrictives qu'elle avait imposées à la commercialisation de produits audiovisuels sur son territoire aux fins de protection de la morale¹²⁵³.

1076. Selon l'Organe d'appel, en dépit de l'absence d'exception générale, le paragraphe introductif de la disposition en question – la section 5.1 du Protocole d'accession de la Chine – indiquait que la Chine n'avait pas abdiqué son droit de réglementer les échanges *d'une manière compatible avec les accords de l'OMC*¹²⁵⁴. L'Organe d'appel a interprété cette partie de la section 5.1 du Protocole comme une extension des droits et obligations de la Chine en matière de réglementation des marchandises dans le cadre du GATT par rapport à cette obligation spécifique (libéralisation du *droit de commercer*). Ces droits et obligations comprenaient bien les obligations de non-discrimination de l'Article III du GATT mais aussi la possibilité d'avoir recours aux exceptions de son Article XX :

« Nous faisons observer à cet égard que les prescriptions réglementaires des Membres de l'OMC peuvent être compatibles avec les règles de l'OMC de deux façons. Tout d'abord, elles peuvent simplement ne pas enfreindre une obligation contractée dans le cadre de l'OMC. Ensuite, même si elles enfreignent une obligation contractée dans le cadre de

¹²⁵³ L'Organe d'appel a résumé comme suit l'argumentation de la Chine :

« [L]a Chine a affirmé devant le Groupe spécial que ses mesures faisaient partie d'un système réglementaire plus large portant sur les marchandises en cause. Selon la Chine, ce système réglemente lesdites marchandises au moyen d'un mécanisme d'examen du contenu, tant pour les marchandises importées que pour les marchandises nationales, qui a pour fonction d'empêcher la diffusion de biens culturels dont le contenu a une incidence négative sur la moralité publique en Chine. En d'autres termes, la Chine a souligné que les prescriptions et dispositions jugées incompatibles avec les engagements en matière de droits de commercialisation qu'elle a contractés dans le cadre de son Protocole d'accession et du rapport du Groupe de travail font toutes partie d'un régime plus large réglementant le commerce des marchandises spécifiques en cause » (Rapport de l'Organe d'appel, *Chine — Publications et produits audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009, para. 231).

¹²⁵⁴ La section 5.1 du Protocole d'accession de la Chine dispose ce qui suit :

« *Sans préjudice de son droit de réglementer les échanges d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC*, la Chine libéralisera progressivement l'accès au droit de commercer et son étendue... Toutes ces marchandises se verront accorder le traitement national conformément à l'article III du GATT de 1994, en particulier le paragraphe 4 dudit article, en ce qui concerne la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces marchandises sur le marché intérieur, y compris leur accès direct aux utilisateurs finals » (italiques ajoutés).

l'OMC, elles peuvent être justifiées au titre d'une exception applicable. La référence à "une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC" nous semble englober les deux types de compatibilité avec les règles de l'OMC »¹²⁵⁵.

1077. En l'occurrence, l'Organe d'appel a cependant confirmé la position du Groupe spécial selon laquelle la Chine n'avait pas réussi à démontrer que les restrictions imposées à la commercialisation de produits audiovisuels étaient « nécessaires » pour la protection de la morale au regard de l'Article XX a) du GATT¹²⁵⁶. De ce fait, la mesure restrictive ne relevait pas du droit de la Chine de « réglementer les échanges d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC » et était incompatible avec son Protocole d'accession.

1078. Après cette décision, certains auteurs se sont demandé si la même approche interprétative ne permettait pas d'étendre l'applicabilité de l'Article XX du GATT aux dispositions relatives aux subventions¹²⁵⁷. L'Organe d'appel a cependant considérablement restreint la portée de son interprétation à l'occasion de deux affaires ultérieures, *Chine – Matières premières*, en 2012, et *Chine – Terres rares*, en 2014, où il a été conduit à interpréter d'autres obligations figurant dans le Protocole d'accession de la Chine, notamment celle relative à l'application de restrictions à l'exportation (section 11.3)¹²⁵⁸.

1079. La Chine avait également soulevé l'Article XX du GATT pour justifier d'éventuelles violations de ses obligations prévues dans le Protocole. Cette fois, l'Organe d'appel a considéré que le lien textuel des dispositions en question avec le GATT n'était pas suffisant pour justifier l'applicabilité de son Article XX au cas d'espèce. Plus précisément, selon

¹²⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Chine — Publications et produits audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009, para. 223.

¹²⁵⁶ Selon l'Organe d'appel, la mesure n'était pas « à même d'apporter une contribution importante » à l'objectif et il existait « au moins une » mesure de rechange raisonnablement disponible pour la Chine afin réaliser cet objectif (*Ibidem*, paras. 336-337).

¹²⁵⁷ Voir, par exemple : PAUWELYN, Joost, « Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report on China – Audiovisuals », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 11, n° 1, 2010, p. 119-140.

¹²⁵⁸ La section 11.3 du Protocole de la Chine dispose ce qui suit :

« La Chine éliminera toutes les taxes et impositions appliquées à l'exportation, sauf dispositions contraires de l'annexe 6 du présent protocole ou si ces taxes et impositions sont appliquées en conformité avec les dispositions de l'article VIII du GATT de 1994 ».

Il convient de noter que l'annexe 6 du Protocole d'accession de la Chine (intitulée « Produits soumis à des droits d'exportation ») comporte un tableau énumérant 84 produits différents ainsi qu'un taux de droit d'exportation maximal pour chaque produit.

l'Organe d'appel, dans l'affaire *Chine – Matières premières*, la section 11.3 limitait clairement les restrictions à l'exportation à deux situations particulières : i) l'imposition de droits d'exportation aux taux maximaux prévus et sur les produits inscrits dans l'annexe 6 du Protocole ; ii) l'imposition de tarifs à l'exportation en conformité avec l'Article VIII du GATT, c'est-à-dire des « redevances » perçues afin de financer le « coût approximatif des services rendus ».

1080. L'annexe 6 du Protocole précité prévoyait également la possibilité « exceptionnelle » que la Chine augmente les taux *alors appliqués* jusqu'aux niveaux maximaux prévus. Or, dans ce cas, la Chine était censée consulter « les Membres affectés avant d'augmenter les droits appliqués afin de parvenir à une solution mutuellement acceptable » (Note relative à l'annexe 6). En l'occurrence, seule une des matières premières sur lesquelles la Chine appliquait des droits d'exportation figurait dans le tableau présenté à l'annexe 6. De plus, l'Organe d'appel a considéré que l'expression « situations exceptionnelles » justifiait l'augmentation des droits *appliqués* et non le dépassement des niveaux maximaux prévus à l'annexe 6. D'autre part, l'Organe d'appel n'a pas convenu avec la Chine que la référence aux *situations exceptionnelles* créait un *lien juridique* entre le Protocole et le GATT permettant l'invocation de l'Article XX de ce dernier pour justifier l'imposition de droits d'exportation au-dessus de ces limites ou encore sur des produits non-énumérés à l'annexe 6¹²⁵⁹.

1081. Enfin, l'Organe d'appel a considéré que les droits d'exportation ne relevaient pas du champ d'application de l'Article VIII du GATT. De ce fait, l'Article XX du GATT n'était pas invocable par la Chine dans cette affaire. L'Organe d'appel explique ainsi :

« Comme l'a noté le Groupe spécial, "le libellé de la section 11.3 fait expressément référence à l'article VIII, mais ne fait pas référence à d'autres dispositions du GATT de 1994, telles que l'article XX". De surcroît, il n'y a pas dans la section 11.3 de libellé semblable à celui que l'on trouve dans la section 5.1 du Protocole d'accession de la Chine – "[s]ans préjudice [du] droit [de la Chine] de réglementer les échanges d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC" – que l'Organe d'appel a interprété dans l'affaire Chine – Publications et produits

¹²⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012, paras. 284-288.

audiovisuels. À notre avis, cela donne à penser que la Chine ne peut pas invoquer l'article XX pour justifier un manquement à son engagement d'éliminer les droits d'exportation inscrit dans la section 11.3 de son Protocole d'accession »¹²⁶⁰ (notes de bas de page omises).

1082. Plus précisément, s'agissant de la question phare de cette partie de notre thèse, l'Organe d'appel a affirmé ce qui suit quant au droit de la Chine de réglementer son économie et ses obligations au regard du Protocole d'accession précité :

« Nous notons, comme le Groupe spécial, que les Membres de l'OMC ont, dans certains cas, "incorporé, par référence, les dispositions de l'article XX du GATT de 1994 dans d'autres accords visés". Par exemple, l'article 3 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (l'"Accord sur les MIC") incorpore explicitement le droit d'invoquer les justifications prévues à l'article XX du GATT de 1994 ... En l'espèce, *nous attachons de l'importance au fait que la section 11.3 du Protocole d'accession de la Chine fait expressément référence à l'article VIII du GATT de 1994 mais ne contient aucune référence à d'autres dispositions du GATT de 1994, y compris l'article XX.*

[N]ous comprenons que l'Accord sur l'OMC, dans son ensemble, reflète l'équilibre établi par les Membres de l'OMC entre les considérations d'ordre commercial et celles autres que d'ordre commercial. Toutefois, aucun des objectifs susmentionnés, pas plus que l'équilibre établi entre eux, ne fournit d'indication spécifique sur la question de savoir si l'article XX du GATT de 1994 est applicable à la section 11.3 du Protocole d'accession de la Chine. À la lumière de l'engagement explicite pris par la Chine à la section 11.3 d'éliminer les droits d'exportation, *ainsi que de l'absence de référence textuelle à l'article XX du GATT de 1994 dans cette disposition*, nous ne voyons rien qui permette de constater que l'article XX du GATT de 1994 est applicable aux droits d'exportation jugés incompatibles avec la section 11.3 »¹²⁶¹ (italiques ajoutées, notes de bas de page omises).

1083. Il nous semble révélateur que l'Organe d'appel ait basé son interprétation sur des références textuelles explicites à l'Article XX du GATT existantes dans d'autres dispositions des accords de l'OMC. L'Organe d'appel a confirmé cette interprétation dans l'affaire *Chine – Terres rares*,¹²⁶². Il convient de noter qu'il aurait pu se fonder sur les textes assez généraux

¹²⁶⁰ *Ibidem*, para. 291.

¹²⁶¹ *Ibid.*, paras. 303 et 306.

¹²⁶² Voir Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Terres rares*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014, paras. 5.52-74. En l'occurrence, la Chine avait essayé de justifier l'applicabilité

des sections 11.1¹²⁶³ et 11.2¹²⁶⁴ pour établir un lien juridique entre la section 11 et le GATT. Mais il a expressément rejeté cette possibilité, préférant opter pour une approche interprétative textuelle et assez restrictive¹²⁶⁵.

des exceptions de l'Article XX du GATT à la Section 11.3 de son Protocole par référence au principe de l'engagement unique, en s'appuyant sur l'article XII:1 de l'Accord de Marrakech et la section 1.2 de son Protocole. Selon la Chine, ces deux dispositions impliquaient qu'en devenant un Membre de l'OMC, toutes les obligations de la Chine, y compris celles de son Protocole d'accession, faisaient partie d'un acquis juridique unique et devraient être interprétées de façon holistique étant donné que ces obligations « se rapportent intrinsèquement ». De ce fait, l'Article XX du GATT devrait être applicable aussi aux obligations du Protocole. L'Organe d'appel a écarté cette position. En réaffirmant son interprétation selon laquelle l'Article XX n'était pas disponible, l'Organe d'appel a précisé que pour que l'exception soit applicable « un lien objectif » entre l'Article XX du GATT et « les obligations spécifiques » en question doit être établi. Encore une fois, les seuls deux exemples concrets fournis par l'Organe d'appel ont été l'Accord sur les MIC et la Section 5.1 du Protocole d'accession de la Chine.

¹²⁶³ La Section 11.1 du Protocole d'accession de la Chine dispose que « [l]a Chine fera en sorte que les redevances ou impositions douanières appliquées ou administrées par les autorités nationales ou infranationales soient conformes au GATT de 1994 ».

¹²⁶⁴ La Section 11.2 du Protocole d'accession de la Chine dispose que « [l]a Chine fera en sorte que les taxes et impositions intérieures, y compris les taxes sur la valeur ajoutée, appliquées ou administrées par les autorités nationales ou infranationales, soient conformes au GATT de 1994 ».

¹²⁶⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012, para 293. Il y a lieu de noter que dans le cadre de l'affaire *Chine – Terres rares*, l'Organe d'appel a encore laissé une certaine marge à la possibilité que l'Article XX du GATT soit applicable à d'autres accords de l'OMC sans forcément de référence expresse à la disposition. Tout en confirmant que la disposition n'était pas disponible pour justifier la Section 11.3 du Protocole d'accession de la Chine, l'Organe d'appel a indiqué, de façon assez vague, comment elle pourrait être applicable à d'autres accords :

« Cette jurisprudence indique que la relation spécifique entre des termes et dispositions individuels des Accords commerciaux multilatéraux, et entre ces dispositions et l'Accord de Marrakech, doit être déterminée au cas par cas au moyen d'une interprétation correcte des dispositions pertinentes de ces accords. Autrement dit, cette relation spécifique doit être établie à la faveur d'un examen approfondi des dispositions concernées, lues à la lumière de leur contexte, de leur objet et de leur but, compte dûment tenu de l'architecture globale du système de l'OMC en tant qu'ensemble unique de droits et d'obligations, et de toutes dispositions spécifiques qui régissent ou éclairent la relation entre les dispositions de différents instruments (comme la Note interprétative générale relative à l'Annexe 1A).

Dans certains cas, cet examen amènera à conclure que des exceptions figurant dans un accord visé, comme l'article XX du GATT de 1994, peuvent être invoquées pour justifier un manquement à une obligation énoncée ailleurs que dans le GATT de 1994. En principe, différents types de dispositions et de circonstances peuvent conduire à une telle conclusion. Un exemple clair est donné à l'article 3 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC), dont les termes exprès disposent que "[t]outes les exceptions prévues dans le GATT de 1994 s'appliqueront, selon qu'il sera approprié, aux dispositions du présent accord". Dans d'autres cas, cet examen peut conduire à la conclusion opposée. Par exemple, l'Organe d'appel a constaté que l'article XX du GATT de 1994 ne pouvait pas être invoqué pour justifier une violation de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC). Dans de nombreux cas, on ne trouve dans les accords en cause aucun libellé exprès précisant la relation entre des termes et dispositions spécifiques d'un Accord commercial multilatéral et ceux d'un autre Accord commercial multilatéral ou de l'Accord de Marrakech. Lorsqu'il en est ainsi, il est nécessaire de recourir à d'autres éléments

1084. Par conséquent, il est raisonnable de supposer qu'en l'absence de référence textuelle au GATT assez englobante dans l'Accord SMC – ou encore de référence directe à l'Article XX du GATT comme celle qui figure dans l'Accord sur les MIC –, l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel à l'occasion des affaires examinées ci-dessus ne permet pas d'étendre l'application de l'Article XX du GATT aux dispositions de l'Accord SMC ou de l'Accord sur l'agriculture. Dès lors, considérant l'appréhension cumulative des obligations présentes dans les différents accords de l'OMC ainsi que l'approche interprétative dite de « l'effet utile », nous ne considérons pas que l'Article 32.1 de l'Accord SMC comprenne un tel « un lien objectif ».

Paragraphe 3 : La voie unilatérale - quels enjeux pour les subventions aux fins de développement durable de l'application de mesures compensatoires ?

1085. La voie multilatérale n'est pas la seule action à laquelle les Membres de l'OMC peuvent recourir afin de contrer les effets commerciaux nuisibles d'une subvention. L'Accord SMC permet aux Membres d'appliquer unilatéralement des mesures compensatoires à l'égard d'importations ayant un effet défavorable. Certains commentateurs identifient dans les mesures compensatoires, ainsi que dans les droits antidumping, un obstacle majeur à la diffusion des technologies vertes¹²⁶⁶.

1086. D'un point de vue purement environnemental, ces contremesures ont pour conséquence d'augmenter le prix et la disponibilité des biens écologiques sur le marché national mais elles peuvent aussi avoir pour effet de freiner les investissements nécessaires à

d'interprétation pour déterminer la relation spécifique entre des termes et dispositions individuels des Accords commerciaux multilatéraux et entre ces dispositions et l'Accord de Marrakech » (notes de bas de page omises) (Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Terres rares*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014, paras. 5.55-56).

¹²⁶⁶ Voir, entre autres : WU, Mark, SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 401-474. Voir aussi ESPA, Ilaria et DURÁN, Gracia M., « Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond *Canada – Renewable Energy/Fit Program* », *Journal of International Economic Law*, vol. 21, 2018, p. 621-653 ; KAMPEL, Kim, « Options for Disciplining the Use of Trade Remedies in Clean Energy Technologies », *ICTSD issue paper*, 2017, x, 63 p. ; DHANANIA, Kusum, CHANTRAMITRA, Worabhatra, « Addressing the rise of Trade Remedies against Environmental Goods », *Trade and Investment Law Clinic Papers*, Genève, Graduate Institute, 2014, 66 p. ; HORLICK, Gary, « Trade Remedies and Development of Renewable Energy », *E15 Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2013, 5 p.

l'expansion de la production de biens et technologies verts¹²⁶⁷. Ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre 2, section 2:2 de la deuxième partie, une enquête en vue de l'application de mesures compensatoires peut s'avérer bien plus coûteuse pour l'économie nationale que ce que peuvent rapporter la protection consacrée et les revenus perçus par l'éventuelle application du droit compensatoire à la fin de la procédure. Par ailleurs, même si, en théorie, ils doivent être temporaires, en pratique, une fois appliqués, les mesures compensatoires et droits antidumping sont souvent renouvelés pour de longues périodes¹²⁶⁸, d'autant plus que les défis liés au changement climatique requièrent une action ambitieuse et rapide.

1087. D'après une étude de la CNUCED largement mentionnée et commentée par la doctrine¹²⁶⁹, en près de six ans (entre 2008 et 2014), 41 enquêtes antidumping et en matière de droits compensateurs ont été ouvertes dans le secteur des énergies renouvelables. Parmi celles-ci, 18 concernaient des produits du secteur de l'énergie solaire, 16 les biocombustibles et sept des biens pour la production d'énergie éolienne. Ces 41 enquêtes incluaient 26 affaires antidumping et 15 enquêtes concernant des subventions parallèles. Ces données confirment l'augmentation d'une tension commerciale dans le secteur des énergies renouvelables ces dernières années. L'importance stratégique et la valeur commerciale accrue de ces technologies ont aussi conduit à une augmentation des sujets de friction dans le cadre multilatéral¹²⁷⁰.

1088. De plus, d'après notre examen de l'EDB, entre 2014 et 2017, les Membres de l'OMC ont notifié 206 enquêtes et/ou mesures compensatoires contre des subventions adoptées à des fins environnementales et/ou concernant des biens environnementaux¹²⁷¹. Il convient à cet égard de noter, tout d'abord, que les Membres de l'OMC sont censés notifier des rapports

¹²⁶⁷ Voir HUFBAUER, Gary et CIMINO, Cathleen, « Trade Remedies Targeting the Renewable Energy Sector », *Rapport présenté au Groupe d'experts Ad Hoc de la CNUCED sur la défense commerciale aux secteurs verts*, 3-4 avril 2014, Genève, 2014, iv, 41 p.

¹²⁶⁸ Voir KAMPEL, Kim, « Options for Disciplining the Use of Trade Remedies in Clean Energy Technologies », *ICTSD issue paper*, 2017, p. 12.

¹²⁶⁹ Voir HUFBAUER, Gary et CIMINO, Cathleen, « Trade Remedies Targeting the Renewable Energy Sector », *Rapport présenté au Groupe d'experts Ad Hoc de la CNUCED sur la défense commerciale aux secteurs verts*, 3-4 avril 2014, Genève, 2014, iv, 41 p.

¹²⁷⁰ Dans le même sens, voir l'analyse de BREWSTER, Rachel, BRUNEL, Claire, MAYDA, Anna Maria, « Trade in Environmental Goods: A Review of the WTO Appellate Body's Ruling in US—Countervailing Measures (China) », *World Trade Review*, vol. 15, 2016, p. 327-349.

¹²⁷¹ En raison d'un changement de méthodologie, depuis 2018, l'EDB ne comprend plus ce genre d'informations.

semestriels sur toutes les *décisions* prises en matière de droits compensatoires au cours des six mois précédents (Article 25.11 de l'Accord SMC). Dès lors, des enquêtes peuvent être comptabilisées dans plusieurs rapports semestriels, parce que, par exemple, une décision positive sur l'application d'un droit compensateur a été prise au cadre d'une enquête notifiée auparavant. Ces enquêtes/mesures compensatoires seront ainsi comptabilisées potentiellement plusieurs fois dans l'EDB. Autrement dit, le nombre total d'enquêtes *uniques* contre des subventions adoptées à des fins environnementales et/ou concernant des biens environnementaux notifiées à l'OMC est inférieur à 206. Un examen plus détaillé de ces 206 « mesures » comptabilisées sur l'EDB confirme qu'elles comprennent 61 enquêtes uniques.

1089. En revanche, chaque enquête ou mesure compensatoire identifiée dans l'EDB peut cibler plusieurs programmes de subventions à des fins environnementales. Par exemple, l'enquête portant sur certaines barres d'armature pour béton en provenance de Chine, notifiée par le Canada en 2017, couvrait 13 programmes de subventionnement adoptés à des fins environnementales identifiés dans l'EDB¹²⁷². Parmi les subventions à caractère environnemental concernées par cette investigation, figurent, entre autres : une prime pour la réduction des émissions et des économies d'énergie ; une aide à l'économie d'énergie de 2008 ; une prime pour la protection de l'environnement (Jiangsu) ; ou encore une aide-fonds spécial de contrôle de la pollution de l'eau pour le lac Taihu.

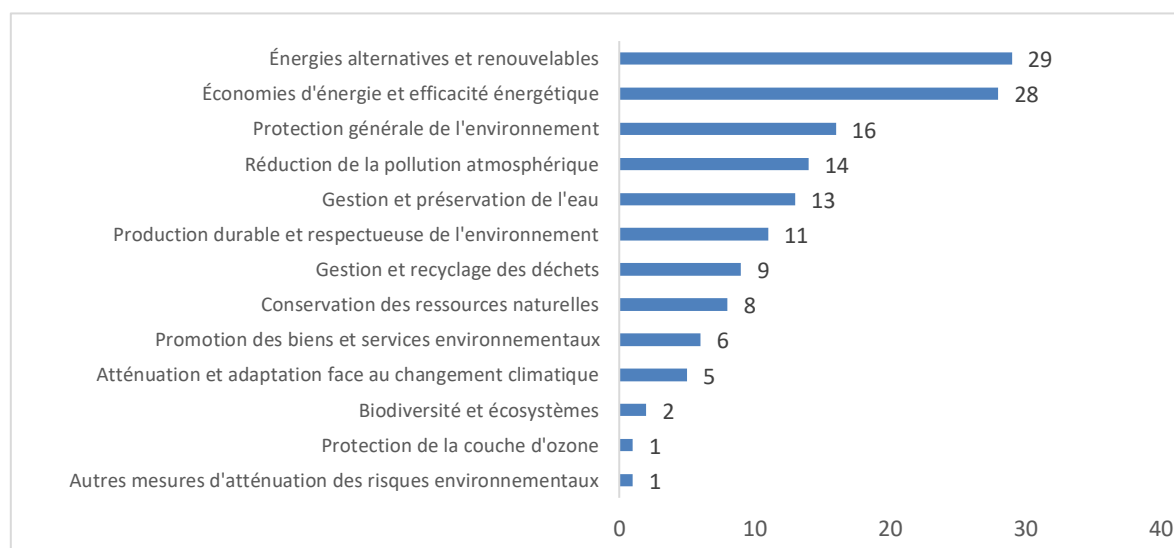
1090. Un examen des programmes de subventionnement envisagés par ces 61 enquêtes démontre la quantité et la diversité des objectifs environnementaux affectés par l'utilisation de mesures compensatoires (à tout le moins en ce qui concerne l'importation de produits bénéficiant de subventions à des fins environnementales). Dans 29 enquêtes (48%), l'objectif de développer des sources d'énergies renouvelables et/ou alternatives aux combustibles fossiles a été identifié au moins pour l'un des programmes ciblés. De plus, 28 enquêtes (46%) concernaient des programmes visant la conservation ou l'efficacité énergétique, 14 (23%) la réduction de la pollution de l'air, 13 (21%) la gestion et la conservation des eaux et 9 (15%) la gestion des déchets et le recyclage (voir le tableau 28 ci-dessous).¹²⁷³

¹²⁷² Voir OMC, *Rapport semestriel présenté au titre de l'article 25.11 de l'accord*, Comité SMC, Communication du Canada, G/SCM/N/321/CAN, 21 septembre 2017.

¹²⁷³ Il convient de rappeler que chaque enquête cible plusieurs subventions qui peuvent avoir de multiples

1091. Au total, 175 programmes de subventionnement aux fins de protection environnementale ont ainsi été ciblés par ces enquêtes¹²⁷⁴. La grande majorité d'entre eux ont été adoptés par la Chine et la Corée du Sud mais certaines subventions visant un objectif environnemental adoptées par l'Inde, la Norvège, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont également été analysées.

Tableau 28 – Objectifs de protection environnementale identifiés dans le cadre des enquêtes quant à l'application de mesures compensatoires notifiées à l'OMC entre 2014 et 2017



1092. Huit pays Membres ont procédé à eux seuls aux 61 enquêtes notifiées. Les États-Unis ont notifié 25 enquêtes, suivis par le Canada avec 15 et l'Union européenne avec huit¹²⁷⁵. Certains pays en développement Membres ont aussi notifié des enquêtes portant sur des subventions environnementales : la Chine (5), le Pérou (3), l'Inde (1) et le Brésil (1)¹²⁷⁶.

objectifs environnementaux. Ainsi, le chiffre total « d'objectifs environnementaux » identifiés dépassera le chiffre total des enquêtes. De ce fait, la somme des pourcentages dépassera 100%.

¹²⁷⁴ Il est possible qu'un même programme soit ciblé dans plus d'une enquête (par exemple, si deux produits différents ont reçu des subventions dans le cadre du même programme). De ce fait, le chiffre des programmes de subventionnement *uniques* peut être inférieur à 175. En tout état de cause, notre analyse révèle que les programmes ne sont pas répétés de façon trop importante,

¹²⁷⁵ Les neuf enquêtes notifiées par l'UE durant cette période incluent : cinq enquêtes concernant l'importation de biodiesel en provenance du Canada, des États-Unis, de l'Argentine et de l'Inde ; trois enquêtes concernant l'importation de modules photovoltaïques en silicium cristallin en provenance de la Chine, de la Malaisie et du Taipei Chinois ; une enquête sur le verre solaire importé de la Chine.

¹²⁷⁶ La seule enquête touchant à des objectifs environnementaux notifiée par le Brésil concerne l'acier laminé à chaud en provenance de la Chine. Les programmes de subventions ciblés incluaient un fonds pour la réduction

1093. Enfin, des produits variés ont été ciblés par ces investigations, la majorité étant soit des produits manufacturés, soit des biens et technologies du secteur de l'énergie. En outre, certains produits chimiques, comme des réfrigérants (« Tetrafluoroethane »), des produits agricoles (« drêches de distillerie sèches ») ainsi que des produits forestiers (« bois d'œuvre résineux ») ont été concernés. Les biens et technologies liés aux énergies renouvelables ont été ciblés dans 24 des 61 investigations. 12 enquêtes ont traité des biocarburants, 10 des biens utilisés pour la production d'énergie solaire et deux des biens pour la production de l'énergie éolienne.¹²⁷⁷

1094. Ce constat confirme la tendance identifiée précédemment. Il soulève aussi des questions importantes quant à la cohérence des politiques commerciales avec les politiques visant à lutter contre le changement climatique. Nous aurons l'occasion de revenir une dernière fois sur ce débat dans le cadre de la toute dernière section de notre thèse, quand il s'agira d'examiner certaines propositions de réforme de dispositions commerciales ayant trait aux subventions, y compris celles relatives à l'emploi de mesures compensatoires.

Paragraphe 4 : Impact de la possibilité de mise en cause des subventions environnementales au niveau multilatéral

1095. Enfin, avant d'examiner des affaires récentes traitées dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC qui ont requis un examen de la compatibilité de certains programmes de subventions accordées à des sources d'énergie renouvelable avec les dispositions commerciales multilatérales, il convient de noter que, malgré les incongruences identifiées entre les dispositions multilatérales et les politiques industrielles vertes adoptées ces dernières années, seule une part infinitésimale des mesures prises a été contestée formellement devant l'Organe de règlement des différends.

1096. Ainsi, S. Orava, associé du cabinet d'avocat King & Spalding habitué aux différends commerciaux qui surgissent dans le cadre de l'OMC, s'interrogeait en 2010 sur la tendance

de l'émission de gaz polluants et la conservation d'énergie. Voir OMC, *Rapport semestriel présenté au titre de l'article 25.11 de l'accord*, Comité SMC, Communication du Brésil, G/SCM/N/313/BRA, 28 février 2017, p. 4.

¹²⁷⁷ Il convient de rappeler que chaque enquête peut cibler plusieurs biens environnementaux. Ainsi, la somme des enquêtes qui ciblent chaque bien environnemental identifié dépassera le chiffre total des enquêtes.

des Membres à contester des mesures de soutien adoptées afin de promouvoir les énergies renouvelables :

« From a practical perspective, there is also the question of which WTO Member country will actually challenge subsidies to renewable energy. As already noted, a significant number of countries are implementing massive stimulus packages to support development of renewable energy sources, and thus, few WTO Member countries have ‘clean hands’ to challenge another country’s program without the risk of immediate challenge to its own programs. Moreover, given the shared climate change interests of most countries around the world, a dispute settlement panel may be reluctant to find that WTO provisions should restrict efforts to develop renewable energy, absent clear evidence of protectionism. »¹²⁷⁸

1097. Cette apparente incongruence n’est pas sans importance. L’insécurité juridique peut, en soi, engendrer des problèmes et faire obstacle à toute action en faveur du développement durable¹²⁷⁹.

1098. Au-delà de cette constatation, une réalité intéressante de la réglementation multilatérale des subventions transparaît. Malgré les restrictions importantes imposées, l’emploi des subventions reste largement répandu dans la majorité des Membres de l’OMC. Les raisons peuvent en être résumées en trois facteurs : i) l’écart entre l’importance politique et l’utilité économique de l’outil pour les gouvernements et la réglementation assez stricte en

¹²⁷⁸ ORAVA, Stephen J., « Incentives to Stimulate Renewable Energy », in PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Genève, CEPR, The Graduate institute, 2010, p. 198. Il convient de noter que l’usage répandu de subventions comme explication de l’absence de questionnements à l’échelle multilatérale avait déjà été soulevé dans les années soixante au regard du GATT. Ainsi, comme nous l’avons déjà mentionné, le Groupe spécial du GATT sur le sujet a considéré ce qui suit :

« Le Groupe spécial considère que l’usage répandu qui est fait actuellement des subventions peut expliquer en partie la répugnance qu’éprouvent certains gouvernements à engager des consultations au sujet de subventions, étant donné qu’ils recourent eux-mêmes à des mesures analogues » (GATT, *Rapport sur l’application des dispositions de l’article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961, para. 22).

¹²⁷⁹ D’après le partenariat onusien PAGE :

« Where clear constraints do not exist, government policy may be discouraged by uncertainty. Governments will be understandably reluctant to embark on programmes of green industrial policy that take them into what we have called the grey zone of uncertainty of trade and investment law, such as actionable subsidies for research and development and other purposes, or the use of GATT’s Article XVIII exceptions for developing countries. ... the mere threat of WTO disputes is often enough to steer small developing country governments away from grey zone measures, since the costs of managing a dispute are high and expert resources are scarce » (PAGE, *Green Industrial Policy: Concept, Policies, Country Experiences*, PNUE, 2017, p. 146-147).

la matière ; 2) les coûts importants engendrés par une procédure formelle de règlement des différends à l'échelle multilatérale ; iii) le risque de réciprocité, un Membre pouvant être réticent à contester un programme de subvention employé par un autre Membre sous peine de voir ses propres programmes similaires contestés¹²⁸⁰ (voir notre réflexion sur le sujet dans la section 1 du présent chapitre).¹²⁸¹

1099. En tout état de cause, nous avons essayé de démontrer que les contours normatifs des dispositions commerciales multilatérales régissant les subventions soulèvent des questionnements importants sur la compatibilité des mesures de soutien adoptées aux fins de développement durable avec le système commercial multilatéral. Les quelques affaires récentes sur le sujet ont offert des renseignements additionnels intéressants en proposant une voie juridique vers la prise en considération d'au moins quelques externalités environnementales liées à l'application de certaines dispositions de l'Accord SMC.

Chapitre 2 : Les affaires de l'OMC ayant trait à des mesures de soutien aux énergies renouvelables

« I do not envision that a WTO panel would adopt an interpretation of the SCM Agreement or the Agriculture Agreement that would create a loophole in which Members could develop incentives for renewable fuels that completely escape WTO disciplines. »

ORAVA, Stephen, in PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Genève, CEPR, The Graduate Institute, 2010, p. 205.

¹²⁸⁰ Voir l'intéressante analyse proposée par A. Green et M. Trebilcock sur les raisonnements stratégiques en arrière-plan de l'emploi des subventions à l'exportation et le recours sélectif au système de règlement des différends. GREEN, Andrew, TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMAN, George A., MAVROIDIS, Petros C., (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 123 et suivantes.

¹²⁸¹ Sur le sujet, voir l'analyse de AGGARWAL, Vinod K., EVENETT, Simon J., « The Sad Truth Behind Growing Clashes at the WTO », *Harvard Business Review*, 22 octobre 2012, disponible sur : <<https://hbr.org/2012/10/the-sad-truth-behind-the-growi>>, dernier accès le 15.10.2017. Il est intéressant de noter que même le Secrétariat de l'OMC relevait déjà en 2006 le fait que les dispositions les plus strictes de l'Accord SMC n'avait pas forcément réduit l'emploi des subventions. En effet, selon le Secrétariat, « on ne voit clairement si les règles ayant trait aux subventions pouvant donner lieu à une action ont réduit l'incidence de ces subventions » (OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, p. 221).

1100. Contrairement aux affaires portant sur des mesures commerciales restrictives prises aux fins de protection environnementale traitées dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, les affaires portant sur des dispositions régissant les subventions n'avaient pas jusqu'à très récemment apporté de clarifications pertinentes quant à l'application des dispositions commerciales multilatérales sur les mesures de support prises aux fins de protection environnementale¹²⁸².

1101. En revanche, l'adoption croissante de programmes d'industrialisation vertes ainsi que les mesures compensatoires prises pour les contrer indiquaient que tôt ou tard le système multilatéral de règlement des différends commerciaux serait confronté à ces questions. Effectivement, depuis 2009, huit affaires ont été portées devant l'OMC concernant directement des mesures de soutien destinées à des producteurs de biens et de technologies liés aux énergies renouvelables.¹²⁸³

1102. Les affaires ont été portées par sept Membres de l'OMC différents, des pays développés et en développement, concernant des mesures prises par huit Membres, également des pays développés et des pays en développement (voir le tableau 29 ci-dessous). Deux affaires étaient relatives à des mesures de soutien ou à des droits compensateurs appliqués à l'importation de biocarburants. Les autres six affaires portaient sur l'adoption de programmes de soutien aux énergies renouvelables prenant notamment la forme de tarifs de rachat garantis contenant des prescriptions en matière de contenu local.

¹²⁸² Ainsi que nous l'avons étudié tout au long du chapitre 2 de la deuxième partie, plusieurs affaires portées devant le système de règlement des différends de l'OMC ont apporté des clarifications pertinentes quant à l'application des dispositions régissant les subventions à des mesures de soutien prises aux fins de développement durable. En revanche, ces affaires n'avaient pas encore examiné directement ou de façon principale des programmes de subventions adoptés à ces fins. Certaines affaires avaient bien traité quelques programmes de soutien contenant des composantes environnementales mais dans aucune d'elles ces programmes étaient le centre d'attention de l'examen. Dans aucune affaire non plus les Membres ayant adopté ces mesures n'avaient utilisé des justifications environnementales comme une composante centrale de leur défense. Voir, par exemple, notre analyse des composantes environnementales dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* dans le chapitre 2, section 2:1:C de la deuxième partie.

¹²⁸³ M. Wu et J. Salzman, dans leur analyse en 2014, incluaient aussi des investigations nationales pour l'imposition de mesures compensatoires et comptaient ainsi douze « conflits commerciaux et environnementaux importants » ayant trait à des politiques industrielles vertes. Voir WU, Mark, SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 416.

Tableau 29 – Affaires portées devant l’OMC ayant trait à des mesures de soutien aux énergies renouvelables¹²⁸⁴

Affaire	Plaignant	Défendeur	Consultations	Rapport du Groupe spécial	Rapport de l’Organe d’appel
Canada — Énergie renouvelable	Japon	Canada	13 sept.10	19 déc. 12	06 mai 13
Canada — Programme de tarifs de rachat garantis	Union Européenne	Canada	11 août 11	19 déc. 12	06 mai 13
Chine — Mesures concernant l’équipement pour la production d’énergie éolienne	États-Unis	Chine	22 déc. 10	-	-
Union européenne et certains États Membres — Certaines mesures affectant le secteur de la production d’énergie renouvelable	Chine	Union européenne ; Italie ; Grèce	05 nov. 12	-	-
Inde — Cellules solaires	États-Unis	Inde	06 févr. 13	24 févr. 16	16 sept. 16
Union européenne et certains États membres — Certaines mesures concernant l’importation et la commercialisation de biodiesel et mesures de soutien à l’industrie du biodiesel	Argentine	Union européenne	15 mai 13	-	-
États-Unis — Énergies renouvelables	Inde	États-Unis	09 sept. 16	27 juin 19	-
États-Unis — Certaines mesures relatives aux énergies renouvelables	Chine	États-Unis	14 août 18	-	-
Pérou — Mesures antidumping et compensatoires visant le biodiesel en provenance d’Argentine	Argentine	Pérou	29 nov. 18	-	-

1103. Le système de règlement des différends a ainsi été appelé à préciser les contours normatifs des dispositions de l’OMC régissant les subventions à l’égard de ces sources d’énergie renouvelable. Étant donné l’importance de ces dernières pour la réduction des émissions de GES et le fait que les technologies s’y rapportant n’étaient pas encore

¹²⁸⁴ Il y a lieu de noter que les affaires *Canada — Énergie renouvelable* et *Canada — Programme de tarifs de rachat garantis* ont été examinées simultanément par le Groupe spécial et l’Organe d’appel de l’OMC. De ce fait, on les compte comme une seule affaire dans le cadre de notre analyse. De plus, il convient de noter que d’autres affaires ayant trait à des mesures de soutien portées devant l’OMC depuis 2009 ont aussi examiné certaines mesures relatives à la protection environnementale. Ces affaires n’étant toutefois pas principalement centrées sur des mesures environnementales, nous ne les avons pas incluses dans notre analyse. Voir, par exemple, OMC, *Canada – Mesures concernant le commerce des aéronefs commerciaux*, Demande de consultations présentée par le Brésil, WT/DS522/1, 15 février 2017, p. 4 et 5. Parmi les subventions octroyées par le Canada et contestées par le Brésil, on identifie : « un soutien financier destiné à accroître la compétitivité de l’industrie aéronautique canadienne et à réduire l’empreinte environnementale des aéronefs, moteurs et systèmes d’avionique canadiens » ; et « l’octroi par le Québec de 70 millions de \$Can à l’industrie aéronautique pour la phase 1 du projet SA2GE ("Systèmes aéronautiques d’avant-garde pour l’environnement") ».

commerciallement viables à l'époque en comparaison des sources fossiles traditionnelles, ces affaires ont attiré l'attention des experts commerciaux mais aussi environnementaux.

1104. La majorité des affaires a été réglée à l'amiable¹²⁸⁵. Seule une affaire – *Canada — Énergie renouvelable* – a permis l'expression d'une interprétation des dispositions de l'Accord SMC. La décision rendue en l'espèce par l'Organe d'appel a bouleversé le *statu quo* juridique en la matière en suscitant un intense débat dans la doctrine et les cercles d'experts commerciaux (Section 1). Eu égard à leur pertinence pour l'objet de notre thèse, nous allons aussi examiner les autres deux affaires dans lesquels un rapport du Groupe spécial et / ou de l'Organe d'appel a été rendu: les affaires *Inde - Cellules solaires* et *États-Unis - Énergies renouvelables* (section 2)

Section 1 : L'affaire *Canada - Énergie renouvelable* – une approche interprétative « accommodante » vis à vis des prérogatives du développement durable dans le cadre de l'Accord SMC

1105. Pour qu'une subvention soit soumise aux dispositions de l'Accord SMC, elle doit remplir des conditions de *forme* et conférer un *avantage* aux bénéficiaires. Dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Bois de construction IV*, l'Organe d'appel avait précisé les éléments composant une subvention soumise aux dispositions de l'Accord SMC :

« Le concept de subvention défini à l'article premier de l'Accord SMC recouvre les situations dans lesquelles quelque chose ayant une valeur économique est transféré par les pouvoirs publics au profit d'un bénéficiaire. Une subvention est réputée exister lorsque deux éléments distincts sont présents. Premièrement, il doit y avoir une contribution financière des pouvoirs publics, ou un soutien des revenus ou des prix. Deuxièmement, toute contribution financière, ou tout soutien des revenus ou des prix, doit conférer un avantage »¹²⁸⁶ (notes de bas de page omises).

¹²⁸⁵ À titre d'exemple, à la suite de la demande de consultations des États-Unis dans le cadre de l'affaire *Chine — Mesures concernant l'équipement pour la production d'énergie éolienne*, la Chine a décidé d'éliminer les prescriptions d'achat de produits nationaux tout en préservant un soutien à la production d'énergie renouvelable par la voie d'un programme de tarifs de rachat garantis non-discriminatoire. Cette solution semble avoir résolu le différend.

¹²⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Bois de construction IV*, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004, para. 51. Voir aussi le Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Aéronefs*, WT/DS46/AB/R, 02 août 1999, para. 157.

1106. En ce sens, la première étape pour analyser si une politique donnée relève de l'Accord SMC est de déterminer si elle concerne : une contribution financière (Article 1.1 a) 1)) ; ou un soutien à des revenus ou à des prix (Article 1.1 a) 2). La définition de la *forme* de la subvention a des conséquences sur la deuxième étape de l'analyse, à savoir la détermination de l'existence d'un avantage, car elle « peut avoir des incidences sur la manière dont l'évaluation du point de savoir si un avantage est conféré doit être effectuée »¹²⁸⁷.

1107. Effectivement, selon que la mesure implique i) « un transfert direct de fonds » ; ii) « des recettes publiques... abandonnées » ; iii) l'achat ou fourniture par le gouvernement de « biens ou services autres que l'infrastructure générale » ; ou encore iv) un soutien des revenus ou des prix, une analyse économique différente peut être réalisée afin de déterminer l'existence et le montant de l'avantage en question. Cette analyse économique peut avoir des conséquences importantes sur le raisonnement juridique employé ainsi que les éléments de preuve nécessaires pour définir si la mesure de soutien relève de l'Accord SMC¹²⁸⁸.

1108. Une fois la forme définie, il est nécessaire de déterminer si la mesure confère un *avantage* au titre de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Ainsi que nous l'avons débattu¹²⁸⁹, l'Accord SMC offre moins de détails sur la portée du terme, c'est pourquoi, à l'occasion de plusieurs différends, l'Organe d'appel a recherché des indications dans l'article 14 de l'Accord SMC pour étayer son analyse. Au cours de ces affaires, un examen fondé sur des concepts couramment utilisés en droit de la concurrence a été développée. L'Organe d'appel a notamment affirmé que :

« [L]e terme "avantage", tel qu'il est utilisé à l'article 1.1 b), comporte une forme de comparaison. Il doit en être ainsi, car il ne peut pas y avoir "avantage" pour le bénéficiaire si, avec la "contribution financière", celui-ci n'est pas "mieux loti" qu'en l'absence de contribution. À notre avis, le marché constitue une bonne base de comparaison lorsqu'on détermine si un "avantage" a été "conféré", parce qu'on peut identifier

¹²⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, para. 5130.

¹²⁸⁸ Ainsi que nous le verrons par la suite, à l'occasion de cette affaire, la mesure de soutien canadienne a été définie comme étant l'achat par le gouvernement de biens ou services. Certains auteurs estiment que si le Groupe spécial ou l'Organe d'appel avaient suivi l'argument présenté par le Japon, à savoir que le programme de tarifs rachat garantis était une forme de soutien des prix, l'analyse des avantages et la prise en compte des éléments environnementaux dans le différend auraient pu être effectuées différemment.

¹²⁸⁹ Voir le chapitre 2, section 2:1:B de la deuxième partie.

la capacité d'une "contribution financière" de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire a reçu une "*contribution financière*" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché. L'article 14, dont nous avons dit qu'il constitue un contexte pertinent pour interpréter l'article 1.1 b), étaye notre thèse selon laquelle le marché constitue une bonne base de comparaison. »¹²⁹⁰ (accentuations ajoutées)

1109. L'examen ainsi réalisé porte donc principalement sur une distorsion de concurrence sur le marché concerné. Cette approche, confirmée à plusieurs reprises¹²⁹¹, implique une comparaison des termes de la contribution financière octroyée par le gouvernement avec les conditions financières autrement disponibles sur le marché pour le destinataire (standard « mieux loti qu'en l'absence de »).

1110. Le « marché pertinent » n'est pas forcément un marché « parfaitement concurrentiel », c'est-à-dire libre de toute distorsion. En effet, l'Organe d'appel avait précisé dans le cadre de l'affaire *Japon — DRAM (Corée)* que les marchés varient largement par rapport aux contraintes existantes susceptibles d'affecter les « échanges normaux » et les prix. En tout état de cause, même en tenant compte de ces « impuretés », il n'y aurait « qu'un seul critère – le critère du marché »¹²⁹². C'est bien dans le cadre de ce *marché effectif* que la comparaison visant la détermination de l'existence d'un avantage doit être réalisée (standard de la « concurrence effective »)¹²⁹³.

1111. Cependant, dans les cas où la présence de l'État sur un marché donné est si prédominante qu'elle « détermine effectivement le prix », cette comparaison aux fins d'établissement d'un avantage devient « tautologique »¹²⁹⁴. Dans ce cas, l'interprète pourrait

¹²⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, 02 août 1999, paras. 157-158.

¹²⁹¹ Voir, entre autres, Rapport du Groupe spécial, *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/R, 14 avril 1999, para. 9.112 ; Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Aéronefs*, WT/DS46/R, 14 avril 1999, para. 7.24 ; Rapport du Groupe spécial, *Corée — Navires de commerce*, WT/DS273/R, 7 mars 2005, para. 7.427 ; Rapport du Groupe spécial, *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, WT/DS299/R, 17 juin 2005, para. 7.176 ; Rapport de l'Organe d'appel, *Japon — DRAM (Corée)*, WT/DS336/AB/R, 28 novembre 2007, para. 225 ; Rapport de l'Organe d'appel, *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/AB/R, 18 mai 2011, para. 705.

¹²⁹² Rapport de l'Organe d'appel, *Japon — DRAM (Corée)*, WT/DS336/AB/R, 28 novembre 2007, para. 172.

¹²⁹³ Rapport du Groupe spécial, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 19 décembre 2012, paras. 7.274-7.275.

¹²⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Bois de construction IV*, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004, para. 93.

être appelé à « examiner l'existence d'un avantage en rassemblant les éléments de preuve disponibles indiquant les conditions que le marché aurait offertes et en comparant ces conditions avec celles de la contribution financière en cause » (« critères de référence et/ou prix construits et prix étrangers ») ou « s'appuyer sur des éléments de preuve indiquant si la contribution financière a été ou non fournie sur la base de considérations commerciales » (« considérations non commerciales »)¹²⁹⁵. Autrement dit, dans ces cas, l'interprète devra trouver d'autres moyens pour reformuler les « prix normaux » qui existeraient sur le marché afin d'étayer sa comparaison.

1112. Cette possibilité est très pertinente pour les marchés caractérisés par une forte présence de l'État – comme c'est le cas des marchés de fourniture d'énergie électrique –. Ainsi que nous allons l'analyser, c'est dans le cadre de cet examen que l'Organe d'appel a trouvé l'espace épistémologique pour adopter une approche interprétative accommodante vis-à-vis de certaines préoccupations environnementales affectant l'adoption des mesures de soutien par les gouvernements.

Paragraphe 1 : L'approche « élargie » du Groupe spécial vis-à-vis les éléments composants le point de repère (*benchmark*) pour l'examen de l'avantage - l'option politique comme un « donné » du marché

1113. La production et la distribution d'énergie sont parmi les secteurs qui présentent le plus de difficultés quant à la définition d'un point de repère *pertinent* du marché. Comme l'ont reconnu à la fois le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*, sans l'intervention du gouvernement canadien, les marchés de l'énergie n'encourageraient pas l'industrie à investir suffisamment dans de nouvelles capacités de production pour répondre à l'objectif politique de garantir la durabilité du système énergétique et la consommation future¹²⁹⁶. La défaillance du marché doit être palliée par une action gouvernementale.

¹²⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, *Japon — DRAM (Corée)*, WT/DS336/R, 13 juillet 2007, para. 7.276. L'Organe d'appel a confirmé la validité de cette approche (Rapport de l'Organe d'appel, *Japon — DRAM (Corée)*, WT/DS336/AB/R, 28 novembre 2007, para. 226).

¹²⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 19 décembre 2012, paras. 7.260, 7.313, 7.323. Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, para. 5.185.

1114. Après une expérience infructueuse de mise en place d'un marché de l'énergie de gros en 2002, le gouvernement de l'Ontario a lancé en 2009 un programme de tarifs de rachat garantis (« TRG » ou « *FIT* » d'après l'acronyme en anglais) qui suivait le modèle des mesures prises dans le cadre des politiques industrielles vertes adoptées après la crise financière de 2008 (voir le chapitre 1, section 1 de la présente partie) et incluait certaines prescriptions en matière de contenu local exigeant des producteurs d'énergie renouvelable l'utilisation de produits nationaux afin de bénéficier des prix garantis.

1115. Tel que l'a décrit le gouvernement de l'Ontario, le programme poursuivait quatre objectifs : (i) accroître la capacité d'approvisionnement en énergie renouvelable pour assurer une production adéquate et réduire les émissions de CO₂ ; (ii) introduire une méthode plus simple pour acquérir et développer des capacités de production à partir de sources d'énergie renouvelables ; (iii) permettre la création de nouvelles industries vertes grâce à de nouveaux investissements et à la création d'emplois ; (iv) encourager l'investissement dans les technologies des énergies renouvelables.

1116. Le Japon et l'UE ont fait valoir que la considération, par le gouvernement de l'Ontario, qu'en l'absence d'une telle mesure les producteurs d'énergie solaire et éolienne n'auraient pas été en mesure de concurrencer sur le marché (avec des sources d'énergie traditionnelles à base de combustibles fossiles) et que, de ce fait, le soutien était *nécessaire*, aurait dû être un signe important que le programme TRG conférait un *avantage* aux producteurs¹²⁹⁷. L'objectif central du programme TRG serait donc de remédier à cette défaillance du marché en internalisant les externalités positives des énergies renouvelables

¹²⁹⁷ Cet argument est semblable à celui que le Groupe spécial a utilisé pour étayer sa décision dans l'affaire *Canada — Crédits et garanties pour les aéronefs*. En l'occurrence, le Groupe spécial s'est appuyé sur des déclarations de responsables gouvernementaux indiquant que la mesure à l'étude – un mécanisme de financement – aurait un « meilleur taux » que les prêts disponibles commercialement. Selon le Groupe spécial, de telles déclarations indiquaient que le financement conférait un « avantage » (Rapport du Groupe spécial, *Canada — Crédits et garanties pour les aéronefs*, WT/DS222/R, 28 janvier 2002, para. 7.144). En outre, l'Organe d'appel dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* a invoqué un argument similaire pour considérer que la mesure des CE – aide au lancement d'aéronefs – avait une incidence sur la perception des risques par les investisseurs des programmes de développement de nouveaux modèles d'aéronefs puisque ces programmes impliquaient des « coûts de démarrage énormes » et les CE avaient « expressément reconnu ... que par nature, la [mesure] réduisait le risque lié au développement et à la commercialisation » (Rapport de l'Organe d'appel, *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/AB/R, 18 mai 2011, para. 905).

(argument du Japon)¹²⁹⁸ et / ou de couvrir les coûts de la production d'électricité à partir de sources renouvelables et de la rendre attrayante pour les investisseurs (argument de l'UE)¹²⁹⁹. Autrement dit, l'objectif même du programme serait de conférer un avantage qui n'existerait pas en l'absence de subvention.

1117. Cette position, qui ressemble à l'approche marché compétitif / concurrence effective élaborée par l'Organe d'appel jusqu'à cette affaire, a été défendue par un *membre dissident* du Groupe spécial qui a effectivement exposé les considérations suivantes :

« [E]n faisant entrer ces producteurs d'électricité à coûts élevés et moins rentables sur le marché de gros de l'électricité, alors qu'ils n'y seraient pas présents autrement, les achats d'électricité des pouvoirs publics de l'Ontario auprès des producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque dans le cadre du programme TRG confèrent manifestement aux producteurs TRG pertinents un avantage, au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC »¹³⁰⁰.

1118. Cette interprétation suit, au moins partiellement, l'approche employée lors des différends précédents et confirmerait les préoccupations suscitées par de l'application des dispositions de l'Accord SMC à des mesures de soutien aux technologies vertes, surtout dans le cas où ces technologies ne seraient pas encore en mesure de concurrencer les alternatives traditionnelles sur le marché ou leurs externalités positives ne seraient pas reflétées sur le marché.

1119. La majorité des membres du Groupe spécial n'était cependant pas d'accord avec cette position et a préféré adopter une solution basée sur un « critère alternatif d'avantage » impliquant un champ d'examen élargi pour établir un point de repère (*benchmark*). Le Groupe spécial a tout d'abord ignoré les critères de référence fondés sur un marché de gros de l'électricité « *compétitif* » tels qu'ils avaient été présentés par les plaignants étant donné les caractéristiques du marché de l'énergie de l'Ontario et les contraintes imposées au développement de la production d'énergie renouvelable (coûts de démarrage élevés, nécessité de flux durables d'investissements, etc.). Même sans le programme TRG, les

¹²⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 19 décembre 2012, para. 7.252.

¹²⁹⁹ *Ibidem*, para. 7.255.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, para. 9.23.

producteurs d'énergie renouvelable ne seraient pas confrontés à un marché de gros concurrentiel (comme l'indiquait la tentative infructueuse d'en créer un en 2002)¹³⁰¹.

1120. Le Groupe spécial a donc, à la majorité, décidé de ne pas utiliser comme référence un « marché concurrentiel efficace » mais un marché réel et viable en tenant compte des réalités de la production de l'énergie en Ontario et de *l'objectif politique du gouvernement*¹³⁰². Le benchmark devait ainsi inclure le *recouvrement des coûts et une marge de rendement* appropriée *garantissant la réalisation des objectifs de la politique énergétique de l'Ontario* (élaboration du prix prenant en considération l'objectif du gouvernement). Ce point de repère devait permettre de déterminer un prix suffisant pour que le marché de gros de l'énergie électrique en Ontario intègre les sources d'énergie renouvelable au niveau déterminé par le gouvernement. En ce sens, un avantage existerait si le gouvernement *surcompensait* les producteurs d'énergie renouvelable en fixant un prix trop élevé¹³⁰³.

1121. Or, il convient de noter que ce point de repère était exactement l'option politique retenue par le gouvernement de l'Ontario pour le calcul de la rémunération offerte dans les contrats TRG signés avec les fournisseurs d'énergie renouvelable. En un sens, le Groupe spécial ne faisait qu'accepter le choix gouvernemental et appelait les parties plaignantes à démontrer que le calcul n'était pas correct. La majorité des membres du Groupe spécial a finalement estimé que les plaignants n'avaient pas pu proposer un point de repère pertinent et donc qu'ils n'avaient pas prouvé l'existence d'un avantage¹³⁰⁴.

1122. Cette approche *élargie* de l'avantage adoptée par le Groupe spécial a toutefois provoqué d'intenses débats dans la doctrine. Plusieurs commentateurs lui ont effectivement reproché d'avoir ouvert une « boîte de Pandore » en permettant la considération des coûts sociaux et en soulevant des questions relatives à la légitimité des politiques publiques susceptibles de nuire à l'efficacité de l'Accord SMC¹³⁰⁵. Ayant peut-être à l'esprit le même

¹³⁰¹ *Ibid.*, paras. 7.303-313. Le Groupe spécial a dans sa majorité aussi réfuté les points de repère « hors-province » présentés par les plaignants pour les mêmes raisons.

¹³⁰² *Ibid.*, para. 7.323.

¹³⁰³ *Ibid.*, para. 7.324.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, paras. 7.319 et 7.326.

¹³⁰⁵ Voir, par exemple : PAL, Rajib, « Has the Appellate Body's Decision in Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 125-137 ; RUBINI, Luca « What does the recent WTO litigation on

type de préoccupations, l'Organe d'appel a semblé faire un pas en arrière en basant son analyse de l'avantage sur *des points de repère du marché*. Ce faisant, l'Organe d'appel s'est également appuyé sur plusieurs externalités et considérations environnementales en prenant en compte des « facteurs liés à l'offre » (*supply-side factors*) afin de définir ce que devrait être le « marché pertinent ».

Paragraphe 2 : L'approche systémique « basée sur le marché » adoptée par l'Organe d'appel - la considération des externalités environnementales parmi les facteurs liés à l'offre et à la demande

A. Achat de biens par le gouvernement ou soutien des prix ?

1123. Premièrement, l'Organe d'appel a examiné l'argument du Japon selon lequel si la mesure avait été considérée comme un « transfert direct de fonds » ou une « mesure de soutien des prix » au lieu d'un « achat de biens par le gouvernement », le Groupe spécial n'aurait pas abouti à la même conclusion en ce qui concerne l'existence d'un avantage. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'idée au fondement de ce raisonnement semble être que, si un interprète définit une mesure comme étant un « soutien des prix », le simple fait que le prix soit *soutenu* peut indiquer un avantage pour le destinataire. Toutefois, l'Organe d'appel n'a pas accepté l'argument du Japon¹³⁰⁶.

1124. Selon l'Organe d'appel, « le Japon [n'avait] pas donné de précisions sur le point de savoir si et en quoi l'analyse de l'avantage aurait été différente, ou aurait abouti à un résultat différent, si le Groupe spécial avait qualifié le programme et les contrats TRG de "soutien des prix ou des revenus" ». L'Organe d'appel s'est donc abstenu d'apprécier si la mesure pouvait aussi configurer un soutien des prix et a ainsi convenu avec le Groupe spécial que le programme TRG constituait un achat de biens par les pouvoirs publics¹³⁰⁷.

renewable energy subsidies tell us about methodology in legal analysis? The good, the bad, and the ugly », *EUI Working Paper RSCAS 2014/05*, 2014, p. 8-9 ; COSBEY, Aaron, MAVROIDIS, Petros C., « A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 16.

¹³⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, paras. 5.131-132.

¹³⁰⁷ *Ibidem*, para. 5.139.

1125. Cette décision semble impliquer que, dans des cas futurs, une même approche interprétative que celle adoptée par l'Organe d'appel pourrait, en théorie, être appliquée à d'autres *formes* de subventions soumises à l'Accord SMC.

B. L'avantage et les facteurs liés au marché et à l'offre : le cas particulier des énergies renouvelables

1126. L'Organe d'appel a ensuite entamé l'examen de l'avantage. Il a contesté la définition de *marché pertinent* donnée par le Groupe spécial comme étant le « marché unique de l'électricité » en Ontario, comprenant à la fois les énergies traditionnelles et les énergies renouvelables. Le Groupe spécial avait appuyé sa décision sur des éléments de preuve liés aux *préférences du côté de la demande* (« *demand-side preferences* »). Selon l'Organe d'appel, même si les faits présentés dans le litige démontraient que « l'électricité est physiquement identique, indépendamment de la manière dont elle est produite », ce qui suggère « une grande substituabilité du côté de la demande entre les électricités produites au moyen de différentes technologies », le Groupe spécial n'avait pas considéré « des *facteurs additionnels* qui peuvent servir à *établir une différenciation* du côté de la demande » entre l'électricité renouvelable et l'électricité traditionnelle¹³⁰⁸.

1127. En outre, le Groupe spécial n'avait pas non plus intégré des considérations *du côté de l'offre* dans la définition du marché en cause. L'Organe d'appel a quant à lui basé son analyse sur les différentes « structures de coûts et les coûts et caractéristiques d'exploitation » d'énergie renouvelable en les comparant avec ceux de l'électricité traditionnelle à base de combustibles fossiles. Selon l'Organe d'appel, les technologies éolienne et solaire photovoltaïque (PV) entraînaient plusieurs conséquences négatives : des coûts d'investissement très élevés (par rapport aux autres technologies de production) ; des coûts d'exploitation très bas et peu d'économies d'échelle, voire aucune ; une production d'électricité intermittente (en fonction de la disponibilité du vent et du soleil), rendant ces

¹³⁰⁸ Accentuation ajoutée. Ces facteurs comprenaient, par exemple, le type de contrat, la taille du consommateur et le type d'électricité (c'est-à-dire le fait qu'elle puisse être utilisée pour la consommation de base, de pointe et / ou une demande de charge intermédiaire). *Ibid.*, para. 5.170.

sources peu fiables pour produire et fournir de l'électricité de base ou en période de pointe¹³⁰⁹. Ainsi, d'après l'Organe d'appel :

« [T]ant que les *différences de coûts* entre l'électricité classique et l'électricité renouvelable *sont si importantes*, les marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque *ne peuvent exister que par l'effet d'une réglementation par les pouvoirs publics*. C'est souvent le choix que font les pouvoirs publics d'un approvisionnement diversifié sur le plan des technologies de production de l'électricité qui *crée les marchés* de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque. ... [L]a *définition d'un approvisionnement diversifié* donné par les pouvoirs publics ne peut pas, ***en elle-même et à elle seule***, permettre de conclure à un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. »¹³¹⁰ (texte en gras dans l'original, italiques ajoutés).

C. Reconnaissance du droit du Membre de définir son propre approvisionnement diversifié d'énergie électrique, y compris en tenant compte de préoccupations et externalités environnementales

1128. Après avoir reconnu que « les producteurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque ne peuvent pas concurrencer les autres producteurs d'électricité » dans les conditions actuelles du marché, l'Organe d'appel a aussi affirmé *le droit* des gouvernements de définir eux-mêmes la composition et la diversification de l'approvisionnement en énergie sur leurs territoires (« définition de l'approvisionnement diversifié en énergie »)¹³¹¹. De surcroît, selon l'Organe d'appel :

« La définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie reflétera généralement divers *impératifs de politique générale* qui sont à la base de l'action des pouvoirs publics. ... [P]armi ceux-ci figure la *réduction de la dépendance à l'égard des combustibles fossiles* pour garantir la viabilité des marchés de l'électricité à long terme, ainsi que le *traitement des externalités négatives et positives* qui sont associées à la production d'électricité classique et d'électricité renouvelable. De plus, la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie peut refléter le fait que les consommateurs sont *prêts à acheter de l'électricité* qui résulte de la combinaison de différentes technologies de production, *même si elle est plus chère* que l'électricité produite

¹³⁰⁹ *Ibid.*, para. 5.174

¹³¹⁰ *Ibid.*, para. 5.175.

¹³¹¹ *Ibid.*, para. 5.176.

exclusivement à partir de sources de production classiques »¹³¹²
(italiques ajoutés).

1129. En l'occurrence, l'Organe d'appel a considéré qu'une comparaison entre les producteurs d'électricité à partir d'énergie renouvelable et les producteurs d'électricité à partir d'énergie classique devrait tenir compte des « *coûts totaux* » associés à la production d'électricité. Ainsi, l'Organe d'appel a relevé que les prix plus élevés de l'électricité renouvelable ont « certaines *externalités positives*, telles que la garantie d'un approvisionnement à long terme et la prise en compte des préoccupations environnementales » tandis que les prix moins élevés de l'électricité non renouvelable ont « certaines *externalités négatives*, telles que l'incidence défavorable sur la santé des personnes et l'environnement qui résulte des émissions liées aux énergies fossiles et de l'élimination des déchets nucléaires »¹³¹³. De plus, il a précisé :

« Les considérations relatives à *ces externalités* sous-tendront souvent la définition donnée par les pouvoirs publics de l'approvisionnement diversifié en énergie, et seront donc la raison pour laquelle ils interviendront en vue de créer des marchés pour la production d'électricité renouvelable. Sur ce point, nous souscrivons à la déclaration du Groupe spécial selon laquelle, lorsqu'une intervention des pouvoirs publics qui internalise les *coûts sociaux* et les avantages se limite à définir les paramètres généraux d'un marché, "les acteurs privés conserveront une ample marge de manœuvre dans le cadre de ces paramètres sur la base de considérations commerciales". »¹³¹⁴ (italiques ajoutés)

1130. L'Organe d'appel a ainsi reconnu que les gouvernements avaient non seulement le droit d'adopter des mesures de soutien nécessaires afin de garantir le « mix ou bouquet énergétique » de leur choix – et que ce choix, par lui seul, ne conférait un « avantage » au regard de l'Accord SMC –, mais également que, ce faisant, ils pouvaient tenir compte d'externalités positives ou négatives liées à des « impératifs de politique générale ». Il a aussi expressément indiqué que les externalités positives et négatives liées à la production d'énergie faisaient partie des « coûts totaux » associés à la production d'électricité et que

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ *Ibid.*, para. 5.189. Italiques ajoutés.

¹³¹⁴ *Ibid.*

dans la mesure où ces coûts étaient pris en compte par les gouvernements, ils affectaient l'analyse de l'existence même d'une subvention au regard de l'Accord SMC¹³¹⁵.

1131. Il est très intéressant de noter qu'en adoptant une telle approche interprétative, l'Organe d'appel ne s'est pas fondé sur les textes juridiques des Accords de l'OMC prévoyant, par exemple, le droit des Membres de l'OMC de réglementer leurs économies afin de réaliser des objectifs légitimes. Or, nous l'avons vu, cela avait été le cas tout au long du développement de l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel s'agissant des mesures commerciales restrictives ayant trait à la protection de l'environnement¹³¹⁶. Dans ces affaires, l'Organe d'appel avait fondé son approche interprétative soit en recourant au préambule de l'Accord sur l'OMC – reconnaissant l'objectif de développement durable –, soit en mentionnant le préambule de l'Accord OTC, par exemple. Or, ainsi que nous l'avons également déjà noté, l'Accord SMC ne contient pas de préambule semblable.

1132. De ce fait, l'Organe d'appel semble avoir fait un effort pour intégrer de telles considérations non pas dans le cadre d'un débat sur la *légitimité* de la politique publique choisie – en l'occurrence, la promotion de l'énergie renouvelable – ou sur *l'attribution régalienn*e des États, mais plutôt en prenant le choix public comme un *donné*, une réalité économique et politique affectant le marché et qui doit être pris en compte lors de la définition du point de repère approprié¹³¹⁷.

¹³¹⁵ Certains commentateurs avaient déjà défendu l'intégration de tels « coûts sociaux » et « préoccupations politiques légitimes » dans l'analyse des avantages, car ils constitueraient un espace politique nécessaire à ménager dans l'Accord SMC – ce qui s'apparente à une application de la théorie du « bien public » que nous avons examinée dans le chapitre 2, section 1:2 de la première partie de notre thèse. Voir par exemple, HORN, Henrik, MAVROIDIS, Petros, « United States - Preliminary Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada: What is a Subsidy? », *World Trade Review*, vol. 4, n° S1 (The WTO Case Law Of 2002), 2005, p. 232, 236 et 245.

¹³¹⁶ Voir le chapitre 2 de la troisième partie de notre thèse.

¹³¹⁷ A. Lang fait ici un parallèle avec la large marge laissée aux Membres de l'OMC par l'Organe d'appel par rapport à l'option de politique publique qu'ils désirent adopter dans les affaires environnementales de l'OMC, ainsi qu'au droit qu'ils auraient de définir leur « propre niveau de protection » (voir notre analyse de l'examen de nécessité au cadre de l'Art. XX du GATT au chapitre 2, section 3:2 de la troisième partie). Selon A. Lang, dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*, le fait que l'option politique retenue – l'approvisionnement diversifié en énergie – ait été considérée comme une donnée serait dû à la « compréhension particulière du groupe spécial et de l'Organe d'appel sur leurs propres rôles et tâches limités » en ce qui concerne les options de politique publique des Membres de l'OMC. Voir LANG, Andrew, « Governing 'As If': Global Subsidies Regulation and the Benchmark Problem », *Current Legal Problems*, vol. 67, n° 1, 2014, p. 157 135–168.

1133. L'Organe d'appel a donc cherché à préciser que de telles considérations ne « devraient [pas] être interprétées comme suggérant que les objectifs de politique générale sous-tendant la production et la fourniture d'électricité empêchent totalement d'adopter une approche fondée sur le marché afin de déterminer l'existence d'un avantage ». Cette interprétation « reviendrait à donner de l'article 1.1 b) une *lecture incluant une exception basée sur le motif de la subvention*, qui n'a aucun fondement textuel dans l'Accord »¹³¹⁸. Ainsi qu'on le verra par la suite, une bonne partie de la doctrine n'a cependant pas été convaincue que l'Organe d'appel ait réussi à éviter une telle interprétation.

D. Quel point de repère pour les énergies renouvelables ? La distinction entre interventions qui créent un marché et celles qui le faussent

1134. Le choix d'un approvisionnement diversifié en énergie doit être considéré comme une donnée et « les points de repère concernant l'avantage pour l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque devraient *être issus des marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque qui résultent de la définition de l'approvisionnement diversifié* »¹³¹⁹. Ainsi que l'avait indiqué le Groupe spécial, prenant ce point de repère en compte, un avantage se présenterait chaque fois qu'une mesure « surcompenserait » les contraintes existantes et « dépasserait » l'objectif politique – c'est-à-dire en octroyant des incitations économiques plus élevées que celles nécessaires pour avoir la combinaison d'offre de sources d'énergie électrique désirée.

1135. En outre, selon l'Organe d'appel, il convient d'établir une distinction entre « les interventions des pouvoirs publics qui créent des marchés qui sinon n'existeraient pas et, d'autre part, les autres types d'interventions des pouvoirs publics visant à soutenir certains acteurs sur les marchés qui existent déjà, ou à corriger les distorsions sur ces marchés ». De ce fait, on ne pourrait pas dire que les interventions créatrices de marché « fausse[nt] le marché, car il n'y aurait pas de marché s'ils ne l'avaient pas créé »¹³²⁰.

¹³¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, para. 5.182. Italiques ajoutées.

¹³¹⁹ *Ibidem*, para. 5.190. Italiques ajoutées.

¹³²⁰ *Ibid.*, para. 5.188.

1136. Enfin, l'Organe d'appel a infirmé la décision du Groupe spécial quant à son examen de l'avantage au motif que ce dernier avait erronément identifié le marché pertinent comme étant le marché de gros concurrentiel de l'électricité, dans son ensemble, en Ontario¹³²¹. Or, pour l'Organe d'appel, le point de repère aurait dû être élaboré à partir des marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque « qui résultent de la définition de l'approvisionnement diversifié ».

E. Le résultat pratique pour la mesure canadienne

1137. En l'occurrence, l'Organe d'appel semble avoir indiqué qu'un tel point de repère approprié aurait pu être établi par la voie de certains mécanismes de « recherche de prix fondé sur le marché » tels que les « processus d'appel d'offres ou les prix négociés par le gouvernement »¹³²². Ces mécanismes auraient permis à l'administration de déterminer le prix minimal que les acteurs privés seraient en mesure d'offrir afin de garantir le niveau d'approvisionnement d'énergie renouvelable défini par le gouvernement et « l'élimination progressive du recours aux combustibles fossiles »¹³²³. Ces prix auraient dû être comparés à ceux payés aux fournisseurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque par la voie du programme TRG afin d'établir l'existence d'un avantage.

1138. Cependant, bien que l'Organe d'appel ait indiqué que parmi les données présentées par les parties dans le cadre de ce différend figuraient certains éléments permettant de déterminer ce point de repère approprié¹³²⁴, il n'a pu compléter l'analyse du Groupe spécial car celui-ci « n'[avait] formulé aucune constatation de fait sur ces éléments de preuve »¹³²⁵. Autrement dit, il n'existait pas assez de faits non contestés versés au dossier par le Groupe spécial qui auraient permis à l'Organe d'appel « d'évaluer si la méthode utilisée par [le gouvernement d'Ontario] pour établir les prix TRG permettait d'obtenir des prix qui offraient

¹³²¹ *Ibid.*, para. 5.219.

¹³²² *Ibid.*, paras. 5.216 et 225.

¹³²³ *Ibid.*, paras. 5.227-228

¹³²⁴ L'Organe d'appel fait référence, par exemple, à l'initiative du « programme d'approvisionnement en énergie renouvelable » (RES) qui « comme le programme TRG, reflète le choix opéré par les pouvoirs publics de l'Ontario en faveur d'un approvisionnement énergétique diversifié » mais dont les prix, contrairement au programme TRG, « ne sont pas fixés par les pouvoirs publics, mais déterminés par le biais d'un processus d'appel d'offres, qui est un processus de recherche de prix fondé sur le marché ». *Ibid.*, para. 5.233.

¹³²⁵ *Ibid.*, para. 5.232.

une rémunération plus qu'adéquate »¹³²⁶. L'Organe d'appel a donc conclu que l'existence d'un avantage n'avait pas pu être déterminée et que la mesure en question n'était pas couverte par l'Accord SMC¹³²⁷.

1139. Il est intéressant de noter que le choix de l'Organe d'appel qui s'est porté sur des « mécanismes de recherche de prix », tel l'appel d'offres, peut être considéré comme une « préférence normative involontaire » accordée par cette approche interprétative. Afin de d'éviter que les programmes publics de promotion de la production d'énergie renouvelable – ou bien d'autres biens verts non compétitifs – ne constituent des subventions au titre de l'Accord SMC, un administrateur connaisseur du droit de l'OMC pourrait ainsi prioriser ce type de contrat d'achat public. En effet, ce type de dispositif pourrait éviter la « surcompensation » ou « sur-correction » dont fait mention l'Organe d'appel¹³²⁸.

F. La mesure ne constituait pas une subvention au titre de l'Accord SMC, mais était contraire aux dispositions de l'OMC

1140. Il convient de rappeler que le programme TRG du gouvernement de l'Ontario incluait des « prescriptions de niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux ». Or, ce type de prescriptions en matière de contenu local constitue l'un des exemples les plus courants de mesures protectionnistes considérées comme incompatibles avec les dispositions relatives à la non-discrimination du GATT, notamment son Article III:4¹³²⁹.

1141. En l'espèce, le Canada avait argué que la mesure relevait de l'exemption de l'Article III:8 a) du GATT au motif qu'il s'agissait de l'acquisition de biens par un gouvernement fédéré. Toutefois, comme nous l'avons examiné, cette exemption ne s'applique pas à la discrimination introduite par des prescriptions de teneur en éléments nationaux *applicables aux fournisseurs* de produits au gouvernement. Autrement dit, la disposition exempte de l'obligation de non-discrimination les produits faisant l'objet de l'achat public lui-même et non d'autres produits qui peuvent être affectés sur la chaîne de valeur par des prescriptions

¹³²⁶ *Ibid.*, paras. 5.234-245.

¹³²⁷ *Ibid.*, para. 5.246.

¹³²⁸ On peut se poser la question de savoir si cette limitation du choix de type de mesures de soutien à des fins environnementales fortement basée sur le concept d'avantage se justifie à l'égard des principes généraux du système commercial multilatéral ou encore des impératifs de l'action environnementale.

¹³²⁹ Voir le chapitre 2, section 1:3 de la première partie.

additionnelles. L'Organe d'appel a considéré que les niveaux minimaux requis de teneur en éléments nationaux prescrits au titre du programme TRG ne satisfaisaient pas aux conditions de la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT au motif que le gouvernement de l'Ontario acquérait de *l'énergie électrique* et non *les technologies d'énergie éolienne ou solaire* objets de la discrimination¹³³⁰.

1142. Dès lors, ces prescriptions ont été considérées par le Groupe spécial comme étant *incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT*, une position confirmée par l'Organe d'appel. Cette décision corrobore notre analyse précédente sur la compatibilité des prescriptions en matière de contenu local inscrites dans les nombreuses politiques industrielles vertes que nous avons étudiées. De fait, il est intéressant de noter que l'inclusion de telles prescriptions peut annuler l'apparente nouvelle flexibilité accordée aux mesures de soutien aux biens verts à travers l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel dans cette affaire. Si l'on pouvait arguer que certains programmes de soutien pouvaient désormais échapper à l'application des dispositions de l'Accord SMC, on ne peut toutefois en dire autant s'agissant de leurs composantes discriminatoires qui seraient toujours soumises aux dispositions du GATT et à celles de l'Accord sur les MIC.

G. Conclusions et réactions de la doctrine : la « boîte de Pandore » est-elle ouverte ?

1143. Cette décision a suscité de nombreuses discussions parmi les spécialistes. En retenant une telle approche interprétative, l'Organe d'appel semblait ouvrir la voie à la prise en compte de considérations relatives à des « coûts sociaux » non reflétés sur le marché ni dans la définition même des subventions assujetties à l'Accord SMC.

1144. À vrai dire, l'approche adoptée dans cette affaire par l'Organe d'appel ne diffère pas *fondamentalement* de celle retenue par le Groupe spécial dans la mesure où elle permet d'intégrer des considérations de politique légitimes dans l'évaluation du critère d'avantage au regard de l'article 1.1 de l'Accord SMC. La position de l'Organe d'appel se différencie cependant de celle du Groupe spécial sur certains points :

¹³³⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013, paras. 5.84-85.

- i) l'accent mis par l'Organe d'appel sur les *coûts sociaux et externalités environnementales* associées à la production d'énergie basée sur les énergies renouvelables par rapport aux combustibles fossiles ;
- ii) la reconnaissance du *droit* des Membres de l'OMC de définir leur propre « bouquet énergétique » sur la base de considérations de politique générale comprenant des préoccupations environnementales et de durabilité ;
- iii) une différenciation conceptuelle (et complexe) entre les interventions gouvernementales « créant un marché » et celles « créant une distorsion du marché ».

1145. Pour ces raisons, contrairement à l'acceptation apparemment arbitraire par le Groupe spécial de l'option politique adoptée par le gouvernement de l'Ontario pour remédier à la défaillance du marché – c'est-à-dire, la définition du point de repère comme étant les « coûts plus profits » comme référence appropriée du marché –, l'approche de l'Organe d'appel peut être considérée comme étant fondée sur une lecture plus large, voire systémique, de l'analyse des avantages découlant de l'accord SMC ; une approche qui a permis de considérer les externalités et les politiques environnementales dans l'application de la disposition.

1146. De manière intéressante, une telle perspective introduit dans l'analyse de l'avantage certaines considérations économiques tirées de la théorie du bien-être en prenant en compte les défaillances du marché et certaines externalités. Néanmoins, bien que ces considérations soient largement acceptées par la doctrine économique traditionnelle, elles ne constituent pas forcément la base juridico-économique sur laquelle l'Accord SMC (et aussi l'Accord sur l'agriculture) a été adopté. De ce fait, l'introduction de cette logique au moment d'interpréter les dispositions de l'Accord aboutit souvent à un examen juridique et économique réalisé par l'Organe d'appel assez surprenant et difficile à suivre¹³³¹.

1147. En tout état de cause, il est manifeste que l'Organe d'appel n'a pas ici étayé expressément son approche interprétative quant à la reconnaissance de l'objectif de développement durable par les Membres de l'OMC, comme cela avait été le cas lors de précédents conflits environnementaux. Ce manque d'explication pourrait être considéré, au

¹³³¹ L. Rubini soulève un argument semblable en considérant que l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel afin de réconcilier la loi – l'Accord SMC – et les impératifs de politique environnementaux pour distinguer ainsi le « mauvais » du « bon » en termes d'intervention étatique dans l'économie avait, dans une large mesure, produit le « laid » (*ugly*) en termes d'analyse juridique. Voir RUBINI, Luca « What does the recent WTO litigation on renewable energy subsidies tell us about methodology in legal analysis? The good, the bad, and the ugly », *EUI Working Paper RSCAS 2014/05*, 2014, p. 17.

moins partiellement, comme une conséquence de la façon dont les parties au différend ont plaidé leur cas¹³³². Par ailleurs, ce qui est remarquable est que contrairement à l'approche du Groupe spécial, l'Organe d'appel s'est constamment fondé sur les particularités environnementales et les préoccupations communes liées au débat sur les énergies renouvelables (durabilité, émissions de carbone, etc.) afin de justifier la prise en compte de « tous les coûts impliqués » dans la production d'électricité et le respect des options de combinaison d'énergies pour leur approvisionnement choisies par les gouvernements Membres de l'OMC.

1148. En effet, il n'est pas inconcevable d'envisager que, si l'argumentation développée par le Canada avait soulevé le sujet, ou si la question était de nouveau évoquée dans le cadre de futurs litiges, l'Organe d'appel pourrait peut-être davantage étayer son approche interprétative des dispositions de l'Accord SMC en considérant l'objectif de développement durable¹³³³. Ainsi que nous l'avons évoqué dans le chapitre 2, section 3 de la troisième partie, l'Organe d'appel a déjà précisé que cet objectif de développement durable inscrit dans le préambule de l'Accord sur l'OMC « éclaire » et « fournit un contexte important pour l'interprétation » de tous les Accords de l'OMC, y compris l'Accord SMC. Si l'on considère cette décision de l'Organe d'appel au regard de l'évolution de l'application des dispositions commerciales multilatérales aux mesures de protection environnementale, l'approche interprétative adoptée devient moins « aberrante », voire même « cohérente », car relevant d'un *continuum* logique. Il s'agirait ainsi de l'application d'un même raisonnement juridique au type d'instrument de politique commerciale mis en cause dans cette affaire.

¹³³² Il est notable, par exemple, que le Canada n'a pas essayé de justifier l'incompatibilité de son programme de soutien avec les dispositions du GATT en soulevant les exceptions de l'Article XX. De fait, dans le cadre des affaires portées devant le système de règlement des différends, la façon dont les parties plaident leurs cas ainsi que les arguments juridiques qu'elles soulèvent sont la plupart du temps déterminants de la direction juridique adoptée par le Groupe spécial et l'Organe d'appel.

¹³³³ S. Charnowitz élabore un argument similaire. Voir CHARNOVITZ, Steve, « Green Subsidies and the WTO », *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper*, George Washington University Law School, n° 2014-51, 2014, p. 56. Dans le même sens, R. Howse a considéré ce qui suit à la suite de cette affaire :

« It has become clear, if not always entirely explicit, that the Appellate Body has been applying, if not a judicial philosophy based on an understanding of the appropriate balance or equilibrium of rights and obligations within the WTO in light of the legitimacy challenges of adjudication, at least a set of broad judicial policies that permeate many of its rulings » (HOWSE, Robert, « The World Trade Organization 20 Years On : Global Governance by Judiciary », *The European Journal of International Economic Law*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 44).

1149. Certains commentateurs ont ainsi salué cette décision comme étant, à tout le moins partiellement, positive pour encourager les mesures d'atténuation des effets du changement climatique et le développement des énergies renouvelables¹³³⁴. En revanche, plusieurs autres auteurs ont émis des réserves pertinentes. Tout d'abord, certains d'entre eux ont critiqué la dichotomie établie par l'Organe d'appel entre interventions « créant un marché » et interventions « créant une distorsion du marché » en la considérant comme économiquement inexacte et difficile à appliquer dans la pratique en l'absence de ligne claire (ni de critère objectif) permettant de décider quand le gouvernement créerait un marché et quand il créerait une distorsion du marché¹³³⁵.

1150. D'autres auteurs arguent que l'Organe d'appel avait l'intention préalable d'accorder aux dispositions de l'Accord SMC une certaine flexibilité d'application, qu'elles n'avaient *a priori* pas, afin de permettre de verser des aides d'État à des fins environnementales¹³³⁶. Selon

¹³³⁴ Voir, entre autres : LEAL-ARCAS, Rafael, FILIS, Andrew, « Renewable energy disputes in the World Trade Organization », *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, vol. 13, n° 3, 2015, p. 22-23, p. 43 ; CHARNOVITZ, Steve, « Green Subsidies and the WTO », *GW Law School Public Law and Legal Theory Paper*, George Washington University Law School, n° 2014-51, 2014, p. 43 et 52 ; WHITSITT, Elizabeth, « A Modest Victory at the WTO for Ontario's FIT Program », *UC Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 20, n° 1, 2014, p. 95.

¹³³⁵ Voir, par exemple : RUBINI, Luca « What does the recent WTO litigation on renewable energy subsidies tell us about methodology in legal analysis? The good, the bad, and the ugly », *EUI Working Paper RSCAS 2014/05*, 2014, p. 16-19 ; COSBEY, Aaron, MAVROIDIS, Petros C., « A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 12-13 ; PAL, Rajib, « Has the Appellate Body's Decision in Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 136 ; BIGDELI, Sadeq Z., « Feed-in-tariffs and the WTO regulation of subsidies – a moment of progressive adjudication », in DELIMATISIS, Panagiotis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Cambridge, 2016, p. 119-147.

¹³³⁶ Voir, par exemple : LESTER, Simon, « Canada Renewable Energy Appellate Body Dispute Settlement Commentary », *WorldTradeLaw.net*, 2014, p. 22 ; RUBINI, Luca « What does the recent WTO litigation on renewable energy subsidies tell us about methodology in legal analysis? The good, the bad, and the ugly », *EUI Working Paper RSCAS 2014/05*, 2014, p. 24 ; BIGDELI, Sadeq Z., « Feed-in-tariffs and the WTO regulation of subsidies – a moment of progressive adjudication », in DELIMATISIS, Panagiotis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Cambridge, 2016, p. 119-147.

D'après D. Coppens :

« [T]he Appellate Body in Canada – Renewable Energy has created more policy space for certain types of subsidies pursuing legitimate non-trade objectives. This case is probably the best example of how the Appellate Body “thinks outside the (Vienna Convention) box”, guided by an idea of fairness and reflecting upon the implications of its interpretation beyond the facts at hand (the implications for the case itself were trivial, as the local content element made the measure WTO inconsistent anyway) » (COPPENS, Dominic, « Twenty Years of (Re)-Shaping WTO Subsidy Law by the Appellate Body and Panel », in RUBINI, Luca, HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 72-73).

ces critiques, étant donné que l'Accord en question ne contenait pas d'exception générale à l'inverse du GATT et de l'AGCS, l'Organe d'appel a ainsi été « forcé » d'introduire une telle flexibilité dans le cadre de son examen de l'avantage.

1151. Toutefois, l'approche interprétative créant cette flexibilité a soulevé des inquiétudes quant à l'incertitude que pourrait entraîner la prise en compte de tels objectifs légitimes au regard de la disposition qui *définit* les subventions. Ce doute existe même parmi ceux qui considèrent que la décision est positive pour les politiques de promotion des énergies renouvelables¹³³⁷. La crainte serait que l'exclusion totale (et préalable) de telles politiques du champ d'application de l'Accord SMC pour des raisons de légitimité ouvre la porte à de potentielles mesures protectionnistes. Étant donné que ces mesures ne constituent pas une subvention au titre de l'Accord SMC, les exigences relatives à la teneur en éléments locaux ou d'éventuels éléments subordonnés aux résultats en matière d'exportation ne seraient alors pas pris en compte¹³³⁸.

1152. En effet, la différenciation opérée par l'Organe d'appel entre les marchés d'énergie renouvelable et les marchés d'énergie traditionnelle - basée sur des *préférences ou éléments du côté de la demande, des contraintes ou facteurs liés à l'offre*, ainsi que par l'*option politique du gouvernement* - renvoie à l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* au moment d'examiner la *similarité* au regard de l'Article III du GATT. Cette approche, qui a été abandonnée depuis lors, permettait de considérer comme *non similaires* des produits en concurrence sur un marché sur la base des considérations

¹³³⁷ Par exemple, E. Whitsitt fait notamment valoir qu'une telle flexibilité, sans discussion des paramètres qui devraient encadrer l'examen par l'interprète des objectifs gouvernementaux dans le cadre du régime de subventions de l'OMC, créera au moins une incertitude initiale dans l'application de l'analyse des avantages et de son résultat. WHITSITT, Elizabeth, « A Modest Victory at the WTO for Ontario's FIT Program », *UC Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 20, n° 1, 2014, p. 99.

¹³³⁸ A. Cosbey et P. Mavroidis soutiennent que « l'Organe d'appel devra inévitablement restreindre son jugement à l'avenir » pour éviter le risque, « au nom de cette distinction artificielle », d'ouvrir la « porte de la politique industrielle ». Voir COSBEY, Aaron et MAVROIDIS, Petros C., « A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 13. Un argument similaire est soutenu par R. Pal : PAL, Rajib, « Has the Appellate Body's Decision in Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 136. Voir aussi BOHANES, Jan, « WTO Dispute Settlement and Industrial Policy », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, p. 6-8. Finalement, S. Lester se demande également si une « large exception » du standard traditionnel d'examen de l'avantage n'a pas été créée. LESTER, Simon, « Canada Renewable Energy Appellate Body Dispute Settlement Commentary », *WorldTradeLaw.net*, 2014, p. 22.

d'objectifs de politique publique émises par le gouvernement ayant adopté la réglementation commerciale discriminatoire (approche dite du « critère du but et de l'effet »)¹³³⁹. Si deux produits ne sont pas *similaires*, aucune violation des dispositions de non-discrimination du GATT ne pourrait être établie.

1153. Or, malgré l'apparente attractivité de cette approche – surtout pour ceux qui défendent une action commerciale en faveur de la protection environnementale¹³⁴⁰ –, l'une de ses conséquences est que la discussion sur le bien-fondé de la mesure commerciale restrictive finirait avec l'examen de la similarité. Si deux produits en concurrence sur un marché peuvent être considérés comme étant non similaires, l'approche interprétative ne permettrait pas de réaliser un examen des composantes arbitrairement discriminatoires de la mesure – c'est-à-dire des composantes qui ne se justifient pas par l'objectif poursuivi, voire agissent contre sa réalisation –¹³⁴¹.

1154. L'approche adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable* aboutit à un résultat semblable¹³⁴². Imaginons que les parties plaignantes

¹³³⁹ En l'occurrence, la France avait interdit la vente sur son territoire de produits à base d'amiante (importés du Canada) tandis que des alternatives (produites en France) étaient permises. Suivant l'approche interprétative qui avait été auparavant développée par l'Organe d'appel (et qui a été reprise après ce différend), le Groupe spécial saisi de l'affaire a considéré que les produits étaient similaires du fait qu'ils étaient en concurrence sur le marché. L'Organe d'appel a cependant infirmé cette décision en considérant que le Groupe spécial aurait dû tenir compte des différents risques engendrés pour la santé de l'utilisation de produits à base d'amiante – ce qui était en fait l'objectif du gouvernement français en imposant un traitement réglementaire différencié –. Bien que les produits alternatifs soulevaient eux aussi des préoccupations en termes de santé, ces risques n'étaient pas du même niveau que ceux liés à l'amiante. Ainsi, le Groupe spécial avait eu tort dans son analyse de deux éléments du test de la similarité : propriétés physiques et goûts et habitudes des consommateurs. Sur ces deux points, les différences liées aux risques pour la santé engendrés par l'utilisation des produits examinés pouvaient avoir pour résultat que les produits ne soient pas considérés comme similaires aux fins de la réglementation française. Étant donné que le Canada n'avait pas apporté des éléments de preuve suffisants pour démontrer la similarité, l'Organe d'appel a considéré qu'une incompatibilité avec l'Article III du GATT n'avait pas été démontrée. Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Amiante*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, paras. 113-148.

¹³⁴⁰ Pour des arguments en faveur de cette approche, voir par exemple, HUDEC, Robert E., « GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test », *The International Lawyer*, Symposium on the First Three Years of the WTO Dispute Settlement System, vol. 32, n° 3, 1998, p. 619-649.

¹³⁴¹ Un parallèle intéressant peut être fait avec l'examen de la similarité conduit par l'Organe d'appel lors de l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*. Dans cette affaire, malgré les différences physiques (et de goûts et habitudes des consommateurs) identifiées, l'Organe d'appel a convenu avec le Groupe spécial que les cigarettes aux clous de girofle (importées) et les cigarettes à la menthe (nationales) étaient *similaires*. Cette décision a permis à l'Organe d'appel d'identifier spécifiquement les composantes discriminatoires de la mesure américaine qui n'étaient pas justifiables à l'égard de l'objectif légitime de protection de la santé des jeunes.

¹³⁴² R. Howse semble aussi faire le même parallèle entre l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel dans cette affaire et l'examen de la similitude. En effet selon l'auteur :

n'avaient argué de violations qu'à l'égard de l'Accord SMC. Si l'existence d'un avantage n'était pas démontrée, l'analyse juridique au regard des dispositions de l'OMC serait achevée et les composantes discriminatoires de la mesure n'auraient pas été examinées. Ce raisonnement aurait été doublement négatif : pour le commerce – car une politique de substitution des importations aurait été maintenue – ; pour l'environnement – étant donné que les prescriptions en matière de contenu local ont pour effet d'augmenter le prix des énergies renouvelables et, ainsi, de retarder leur déploiement –.

1155. On pourrait néanmoins arguer que cette approche interprétative était tout de même bienvenue dans la mesure où elle permet d'éviter les potentiels conflits que nous avons identifiés dans le chapitre précédent. Cependant, le simple fait qu'une mesure de soutien confère un avantage à ses bénéficiaires et, ainsi, soit soumise aux dispositions de l'Accord SMC ne signifie pas qu'elle soit incompatible avec les règles de l'OMC. Ainsi que nous l'avons vu, une subvention ne donnerait droit à une action que si elle est « spécifique » et cause des « effets défavorables » aux intérêts d'autres Membres. Une mesure de soutien à la production d'énergies renouvelables (par voie de l'acquisition d'équipement de production d'énergie renouvelable) qui ne contient pas de composantes protectionnistes ne soulèverait que rarement des préoccupations commerciales importantes car elle bénéficierait également aux équipements pour la production d'énergie renouvelables importés¹³⁴³.

1156. De plus, nous ne sommes pas convaincus que l'exemption d'examen de compatibilité avec les dispositions de l'Accord SMC de toute mesure de soutien aux technologies vertes

« One may well ask whether this approach may also have implications for the Appellate Body's choice of a purely competition-based approach to determining the existence of discrimination. If the government has created different markets for two products based upon collective preferences, is it proper to postulate a competitive relationship between the products as if there were a single market? » (HOWSE, Robert, « The World Trade Organization 20 Years On : Global Governance by Judiciary », *The European Journal of International Economic Law*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 64).

¹³⁴³ Comme le note de manière pertinente S. Bigdely :

« [A]lthough the issue of under-or over-compensating FIT schemes is a very important one in terms of what is a good FIT design, it would only become an issue in trade law if the payments were part of a localization scheme such as LCR. Otherwise, an overcompensating yet non-discriminatory FIT would not likely affect the conditions of competition or cause "serious prejudice" in the sense of Article 6 of the SCM. In fact, an FIT-minus-LCR would not raise concerns for large exporting companies to begin with (makes them rather happy for creating new market opportunity) as long as it equally (over-)benefits imported RE technology » (BIGDELI, Sadeq Z., « Feed-in-tariffs and the WTO regulation of subsidies – a moment of progressive adjudication », in DELIMATIS, Panagiotis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Cambridge, 2016, p. 125).

non-compétitives soit forcément une solution positive pour l'environnement. Ainsi que nous l'avons examiné de manière approfondie dans le cadre de la troisième partie, l'application des dispositions de non-discrimination du GATT, en conjonction avec les flexibilités offertes par son Article XX, ont eu pour résultat des politiques commerciales adoptées aux fins de développement durable *plus cohérentes et efficaces*, avec un résultat qui est donc plutôt positif pour l'environnement. Après la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*, le gouvernement de l'Ontario a reformulé sa politique en abandonnant les composantes discriminatoires tout en préservant le soutien à la production de l'énergie renouvelable par la voie de TRG¹³⁴⁴. De ce fait, une approche interprétative qui éviterait tout examen des composantes protectionnistes d'un programme de soutien n'entraînerait pas un résultat positif du point de vue environnemental mais souvent le contraire.

1157. Finalement, un dernier argument juridico-politique peut être soulevé. Si l'examen de l'avantage doit désormais respecter le droit des Membres d'adopter certaines politiques environnementales reflétant « divers *impératifs de politique générale* » et tenir compte des « *coûts totaux* » associés à l'activité économique en question, y compris des externalités environnementales positives et négatives, cette même approche peut-elle être employée à l'égard d'autres *impératifs de politique générale* comme, par exemple, ceux liés au développement économique et social ?

1158. Par exemple, pourrait-on alors soutenir que le gouvernement « crée un marché » pour les producteurs nationaux d'un bien qui autrement ne seraient pas « en mesure de concurrencer » des producteurs déjà établis dans d'autres pays de provenance des importations ?¹³⁴⁵ Autrement dit, un gouvernement pourrait-il ainsi prendre en compte les « *coûts totaux* » et les coûts sociaux engendrés par la fermeture d'industries, par exemple, et arguer que « tant que les *différences de coûts* » causées par les structures financières, sociales

¹³⁴⁴ GLOBE & MAIL, *Ontario to Change Green Energy Law After WTO Ruling*, 29 mai 2013, disponible sur : <<https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/energy-and-resources/ontario-to-change-green-energy-law-after-wto-ruling/article12236781/>>, dernier accès le 21.10.2019. D'après M. Wu et J. Salzman, « the WTO ruling resulted in a victory for trade interests, but not at the expense of the environment ». Voir WU, Mark, SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 464.

¹³⁴⁵ Cet argument pourrait trouver certaines justifications économiques dans la théorie de l'industrie naissante. Voir la le chapitre 2, section 1:1 de la première partie.

et d'investissement « peu développées » dans un pays en développement « *soient si importantes* » que certains secteurs de l'économie de ce pays n'existent que par « décision du gouvernement », il n'y aurait pas vraiment « d'avantage » conféré aux industries nationales ?

1159. Sans aller trop loin dans cette argumentation, il nous semble qu'il serait très difficile de justifier une telle logique dans la mesure où la différence de capacités et d'avantages comparatifs, ainsi que la concurrence entre diverses structures économiques, sont à la base même de la justification économique du système commercial multilatéral. Certains éléments de l'approche interprétative développée par l'Organe d'appel se prêtent pourtant à de tels questionnements politiques. Pourquoi serait-il acceptable d'intégrer les externalités environnementales dans l'examen de l'intervention étatique qui crée un marché donné mais non d'autres impératifs de politique publique ? Sur quelles bases le choix des objectifs légitimes (ou externalités légitimes) pour cette analyse a-t-il été fait ?¹³⁴⁶ L'Organe d'appel n'ayant pas fondé son approche interprétative sur des textes juridiques qui pourraient offrir une réponse à ces questions, celles-ci restent tout à fait pertinentes.

1160. De ce fait, bien qu'il soit indéniable que cette approche interprétative a élargi la marge d'action des Membres de l'OMC pour adopter des politiques de soutien à des technologies vertes, elle soulève aussi d'importants questionnements quant à l'avenir de la réglementation multilatérale des subventions. Nous aurons l'occasion d'envisager des alternatives d'interprétation et de réforme dans la dernière section de la thèse.

1161. Cependant, il convient à présent d'examiner brièvement deux autres affaires relatives à des mesures de soutien aux énergies renouvelables examinées récemment dans le cadre de l'OMC. Ainsi que nous allons le voir, ces affaires n'ont pas considéré les dispositions de

¹³⁴⁶ Certains auteurs soulèvent des préoccupations similaires. Voir par exemple : BIGDELI, Sadeq Z., « Feed-in-tariffs and the WTO regulation of subsidies – a moment of progressive adjudication », in DELIMATIS, Panagiotis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Cambridge, 2016, p. 145 ; COSBEY, Aaron, MAVROIDIS, Petros C., « A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 12-13 ; PAL, Rajib, « Has the Appellate Body's Decision in Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 136.

l'Accord SMC et ont simplement confirmé certaines conclusions juridiques auxquelles nous sommes déjà parvenus s'agissant de l'adoption de mesures de soutien protectionnistes.

Section 2 : Les affaires *Inde - Cellules solaires et États-Unis - Énergies renouvelables* - réaffirmation de l'interdiction de programmes de soutien protectionnistes

1162. Depuis 2009, huit affaires ont été portées devant l'OMC concernant directement des mesures de soutien au bénéfice de producteurs de biens et technologies liés aux énergies renouvelables (voir le tableau sommaire 29 plus haut). À part l'affaire *Canada – énergie renouvelable*, seules deux autres affaires ont fait l'objet de rapports juridiques examinant la compatibilité de mesures de soutien aux dispositions commerciales multilatérales : les affaires *Inde - Cellules solaires et États-Unis - Énergies renouvelables*.

1163. Les mesures de soutien considérées dans le cadre de ces affaires sont très similaires au programme de soutien adopté par le gouvernement de l'Ontario précédemment étudié : il s'agit de mesures de soutien – prises souvent dans le cadre d'un programme TRG – destinées à des producteurs d'énergies renouvelables – éolienne, solaire et biocarburants – et/ou aux consommateurs d'équipements pour la production d'énergie renouvelable. En revanche, dans aucune des deux affaires, les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel n'ont examiné la compatibilité des programmes de soutien avec les dispositions de l'Accord SMC. De ce fait, ces affaires ne contribuent guère à faire avancer notre compréhension de la relation juridique entre les dispositions de l'Accord SMC et des mesures de soutien prises aux fins de développement durable. Nous n'en ferons donc pas une analyse exhaustive.

1164. Ces affaires méritent un bref examen dans la mesure où il a été considéré que les programmes en question étaient incompatibles avec les dispositions commerciales multilatérales. Il convient d'étudier, en particulier, les éléments spécifiques de ces programmes de soutien qui ont été considérés comme incompatibles avec les règles de l'OMC. Une telle analyse permet d'éviter une lecture simpliste et généraliste des affaires conduisant à considérer que tous les programmes de soutien à la production d'énergie renouvelable sont *a priori* incompatibles avec les dispositions de l'OMC, ce qui, que nous avons pu le démontrer tout au long de notre thèse, n'est pas le cas.

Paragraphe 1 : L'affaire *Inde - Cellules solaires* - le débat sur l'état de « pénurie » (nationale) d'équipements pour la production d'énergie renouvelable et la CCNUCC comme « loi interne »

1165. En février 2013, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec l'Inde au sujet de certaines mesures contenant des prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale prise par ce pays dans le cadre du programme *Jawaharlal Nehru National Solar Mission* (programme « NSM ») relatif aux cellules et modules solaires¹³⁴⁷. Précisément, selon les États-Unis :

« [I]l apparaît que l'Inde prescrit aux promoteurs de l'énergie solaire, ou leurs successeurs par contrat, d'acheter et d'utiliser des cellules solaires et des modules solaires d'origine nationale pour pouvoir participer au programme NSM De ce fait, les promoteurs de l'énergie solaire, ou leurs successeurs par contrat, reçoivent certains avantages, y compris des subventions par le biais de tarifs garantis sur le long terme pour l'électricité, subordonnées à l'achat et l'utilisation de cellules solaires et de modules solaires d'origine nationale »¹³⁴⁸.

1166. Ces mesures seraient donc incompatibles avec : i) l'article III:4 du GATT, « parce ... qu'elles soumettent les cellules solaires et les modules solaires importés à un traitement moins favorable que celui qu'elles accordent aux produits similaires originaires de l'Inde » ; ii) l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC ; iii) l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC, « parce ... qu'elles octroient une subvention subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés » ; iv) ainsi que les articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC, « parce ... qu'elles causent un préjudice grave aux intérêts des États-Unis en détournant du marché indien les importations ... en provenance des États-Unis ou en entravant ces importations et en entraînant des pertes de ventes ... sur le marché indien »¹³⁴⁹.

1167. L'Inde et les États-Unis ont alors entamé de longues consultations mais un Groupe spécial ne sera réuni pour trancher cette affaire que plus d'un an plus tard, en mai 2014. Or, entretemps, l'affaire *Canada – Énergie renouvelable* était en cours d'examen par le Groupe spécial et ensuite l'Organe d'appel. Dès lors, il nous paraît assez probable que les deux parties

¹³⁴⁷ OMC, *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, Demande de consultations présentée par les États-Unis, WT/DS456/1, G/L/1023, G/TRIMS/D/35, G/SCM/D96/1, 11 février 2017, 5 p. Italiques ajoutés.

¹³⁴⁸ *Ibidem*, p. 1.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, p. 2.

aient décidé d'attendre le résultat de cette affaire avant d'avancer vers une solution pour leur propre litige.

1168. Effectivement, nous pouvons identifier au moins une influence concrète de l'approche interprétative des dispositions de l'Accord SMC adoptée par l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *Canada – Énergie renouvelable* sur la façon dont les États-Unis ont décidé d'aborder ce différend. Ainsi que nous venons de le noter, dans sa demande de consultations initialement présentée avant la publication de la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*, les États-Unis avaient inclus une allégation portant sur l'incompatibilité de la mesure de « subvention » vis-à-vis des dispositions de l'Accord SMC. Or, dans un *addendum* à cette demande de consultations¹³⁵⁰ daté du 13 février 2014¹³⁵¹, ainsi que dans sa demande d'établissement d'un Groupe spécial¹³⁵², datée du 15 avril 2014, les États-Unis avaient enlevé toute référence à des subventions ainsi que l'allégation d'incompatibilité avec les dispositions de l'Accord SMC. Désormais, ils considéraient donc que la mesure de l'Inde contestée était seulement incompatible avec les dispositions du GATT et de l'Accord sur les MIC¹³⁵³.

1169. Il nous paraît donc tout à fait probable qu'en tenant compte de l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel à l'occasion de l'affaire *Canada – Énergie renouvelable*, les États-Unis aient finalement considéré qu'il serait difficile de démontrer l'existence même d'une subvention accordée par l'Inde aux « promoteurs de l'énergie solaire ». De ce fait, afin d'éviter les difficultés rencontrées par le Japon et l'Union européenne, les États-Unis auraient alors simplement préféré démontrer l'incompatibilité des composantes discriminatoires du programme de soutien indien avec les dispositions du GATT et de l'Accord sur les MIC.

¹³⁵⁰ OMC, *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, Demande de consultations présentée par les États-Unis, WT/DS456/1/Add.1, G/L/1023/Add.1, G/TRIMS/D/35/Add.1, G/SCM/D96/1/Add.1, 11 février 2017, 5 p.

¹³⁵¹ Pour rappel, la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable* date du 6 mai 2013.

¹³⁵² OMC, *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, Demande d'établissement d'un Groupe spécial présentée par les États-Unis, WT/DS456/5, 15 avril 2014, 3 p.

¹³⁵³ *Ibidem*, p. 2-3.

1170. Or, les prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale (« PTEN ») sont traditionnellement identifiées par les les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC comme étant incompatibles avec les règles commerciales multilatérales. Effectivement, en l'espèce, le Groupe spécial¹³⁵⁴ et l'Organe d'appel¹³⁵⁵ ont repris la position des États-Unis et considéré que les mesures PTEN adoptées par l'Inde étaient contraires à l'Article III du GATT ainsi qu'aux dispositions de l'Accord sur les MIC.

1171. Le différend n'ayant pas porté sur l'application des dispositions de l'Accord SMC, il n'est pas opportun d'en faire un examen juridique exhaustif¹³⁵⁶. Il convient cependant de relever deux arguments relativement novateurs liés au concept de développement durable présentés par l'Inde afin de justifier ses mesures protectionnistes au regard des dispositions du GATT.

1172. Premièrement, l'Inde a argué que les mesures PTEN étaient justifiées au regard de l'exception générale prévue à l'article XX j) du GATT¹³⁵⁷ au motif que son « absence de capacité de production nationale » concernant les cellules et modules solaires et/ou « le risque d'une perturbation des importations » faisaient de ces cellules et modules solaires des « produits pour lesquels se faisait sentir une pénurie générale ou locale » au sens de cette disposition¹³⁵⁸. C'était la première fois que l'article XX j) du GATT était invoqué en tant que moyen de défense devant un groupe spécial du GATT ou de l'OMC.

1173. Essentiellement, l'argument de l'Inde se rapprochait des arguments « non exclusivement économiques » étudiés dans le chapitre 2, section 2 de la première partie de la

¹³⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, paras. 8.1-4.

¹³⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/AB/R, 16 septembre 2016, paras. 6.4-8.

¹³⁵⁶ Entre autres, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont confirmé le raisonnement juridique adopté dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable* selon lequel l'exception de l'Article III:8 a) couvre seulement la discrimination introduite entre les produits ciblés par l'achat public et non d'autres produits sur la chaîne de valeur comme cela était le cas en l'espèce. Voir notre examen du sujet dans le chapitre 2, section 1:3 de la deuxième partie de la thèse.

¹³⁵⁷ L'Article XX j) du GATT stipule :

« j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister ».

¹³⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, paras. 7.220 et 237.

thèse et qui relèvent de la sécurité alimentaire et/ou de la sécurité nationale. Selon ces arguments, une certaine capacité productive nationale – industrielle ou agricole – justifierait une protection accordée aux producteurs nationaux afin d'éviter une dépendance trop importante à l'égard des importations¹³⁵⁹. En l'occurrence, l'Inde a tenté d'étayer son argumentation quant à l'importance d'une capacité productive des cellules et modules solaires pour la réalisation de ses objectifs d'action environnementale, de développement durable, ainsi que pour faire face aux « défis du changement climatique ». Le pays a fait référence à l'objectif de développement durable inscrit dans le préambule de l'Accord sur l'OMC. Plus précisément, l'argument de l'Inde résumé par le Groupe spécial était le suivant :

« L'Inde fait valoir qu'elle "ne peut pas se permettre d'attendre que les importations soient complètement affectées par les vulnérabilités de l'offre pour envisager d'agir en mettant en place des installations de production nationale de cellules et modules solaires. Les installations de production de cellules et modules solaires ne peuvent pas apparaître du jour au lendemain". L'Inde a souligné que ses objectifs légitimes de politique générale incluaient le développement durable, qui fait partie de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC indiqués dans son préambule »¹³⁶⁰.

1174. Néanmoins, on l'a vu, les dispositions commerciales multilatérales n'offrent pas assez de flexibilité pour l'adoption de politiques publiques visant la réalisation d'un tel objectif d'industrialisation par substitution aux importations (protectionnisme), même si la politique protectionniste se fonde aussi sur les impératifs de développement durable. Ainsi que nous l'avons étudié, l'Article XVIII du GATT établit un mécanisme qui permet à un Membre de l'OMC de demander une exemption de l'application des dispositions du GATT afin d'adopter des « aides d'État » visant le développement de « branches de production nationale ». En revanche, l'exception prévue à l'Article XX j) du GATT est beaucoup plus étroite¹³⁶¹ dans la mesure où elle prévoit simplement la possibilité d'adopter des mesures en

¹³⁵⁹ Selon l'Inde :

« Il est essentiel d'avoir la capacité de produire des cellules et modules afin de minimiser les risques résultant d'une dépendance exclusive à l'égard des importations de ces produits. C'est essentiel à la réalisation des objectifs de sécurité énergétique et de développement durable de l'Inde » (*Ibidem*, para. 7.238).

¹³⁶⁰ *Ibid.*, para. 7.248. Citations internes omises.

¹³⁶¹ D'après l'examen de l'historique de l'adoption de cette disposition réalisé par le Groupe spécial, celle-ci « était initialement censée rester en vigueur uniquement pendant une période transitoire spécifiée de trois ans afin de remédier aux pénuries qui existaient après la Deuxième Guerre mondiale » ou encore à la suite d'une

principe contraires aux dispositions du GATT si elles sont « essentielles » à l'acquisition de produits « pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale ». Or, il est difficile de concevoir qu'un produit qui est largement disponible sur le marché international puisse faire l'objet d'une « pénurie ». Le fait que l'Inde affirmait elle-même importer de grandes quantités de ces produits indique qu'ils n'étaient pas objet d'une pénurie.

1175. Le Groupe spécial a confirmé cette interprétation en évitant néanmoins de faire référence à l'objectif de développement durable pour fonder sa lecture de l'Article XX j) du GATT¹³⁶². Il s'est effectivement contenté de considérer que les éléments de preuve disponibles démontraient que les cellules solaires ne faisaient pas l'objet d'une pénurie au sens de cette disposition puisqu'elles étaient largement accessibles, « en provenance de toutes sources, aussi bien internationales que nationales », aux exploitants d'énergie solaire en Inde¹³⁶³.

1176. Essentiellement, selon cette approche interprétative, même si une faible production nationale d'un produit peut contribuer à ce que son offre ne soit pas suffisante pour satisfaire la demande (*locale* ou *générale*), ce qui importe est de déterminer si cette demande peut être satisfaite par l'offre (*disponibilité*) en provenance d'autres sources. L'Organe d'appel a

éventuelle « catastrophe naturelle ». Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, paras. 7.209-217 et 249.

¹³⁶² De fait, le Groupe spécial s'est expressément opposé à réaliser une quelconque « interprétation évolutive » qui modifierait « le critère juridique applicable » à l'égard de l'exception de l'Article XX j) du GATT comme l'Inde semblait le défendre au regard « de l'évolution des circonstances, les questions de la sécurité énergétique et du développement durable ».. Selon le Groupe spécial, « il ne serait pas loisible à l'interprète d'un traité de modifier le critère juridique applicable pour déterminer ce qu'est un "produit pour lequel se fait sentir une pénurie générale ou locale" au nom d'une "interprétation évolutive" ». *Ibidem*, paras. 7.231-233. L'Organe d'appel semble confirmer cette approche interprétative (Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/AB/R, 16 septembre 2016, paras. 5.78-79). En particulier, l'Organe d'appel affirme ce qui suit :

« Bien que des considérations de politique générale comme celles auxquelles l'Inde fait référence puissent éclairer la nature et l'importance de l'offre et de la demande, elles ne libèrent pas la partie défenderesse qui invoque l'exception prévue à l'article XX j) de la charge de démontrer que des produits importés ne sont pas "disponibles" pour répondre à la demande et qu'"une pénurie générale ou locale" se fait sentir pour les produits en cause » (*Ibidem*, para. 5.79).

¹³⁶³ Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, paras. 7.234-236 et 262-264. Selon le Groupe spécial, « l'Inde n'a identifié aucune perturbation effective des importations de cellules et modules solaires à ce jour » et « les différents éléments de preuve fournis par l'Inde n'établissent pas qu'il existe un risque imminent que ses exploitants d'énergie solaire soient confrontés à une perturbation de l'approvisionnement de cellules et modules solaires étrangers abordables en Inde » (*Ibid.*, paras. 7.262-263).

confirmé cette interprétation de l'exception de l'Article XX j) du GATT¹³⁶⁴. En conséquence, il a été retenu que les mesures PTEN en question n'étaient pas couvertes par l'exception.

1177. Deuxièmement, l'Inde a fait valoir que les composantes discriminatoires du programme NSM étaient également justifiées au regard de l'Article XX d) du GATT au motif qu'elles « assuraient le respect » des « lois et règlements » l'obligeant à prendre des mesures pour promouvoir le développement durable. En particulier, l'Inde affirmait que les mesures PTEN « font "partie intégrante du respect des obligations qu'elle a contractées au titre de la législation nationale et du droit international pour assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays et en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique" »¹³⁶⁵.

1178. Cependant, l'exception de l'Article XX d) concerne les mesures « nécessaires » pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du GATT¹³⁶⁶. En l'occurrence, l'Inde arguait donc que la CCNUCC (ainsi que la « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement » et « le document Rio +20 »)¹³⁶⁷ était une « loi ou règlement » au sens de l'Article XX d)¹³⁶⁸. Le pays ajoutait que dans le cadre de cette Convention, il s'était engagé à mettre en œuvre « des mesures visant à

¹³⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/AB/R, 16 septembre 2016, paras. 5.73-77 et 89. Il y a lieu de noter que l'Organe d'appel s'est référé à l'objectif de développement durable tel qu'inscrit dans le préambule de l'Accord sur l'OMC pour considérer que les différents niveaux de développement économique des Membres peuvent avoir une incidence sur la disponibilité de l'offre d'un produit sur un marché donné. En effet, selon l'Organe d'appel :

« Les pays en développement peuvent, par exemple, avoir une production nationale moindre, et être plus vulnérables aux perturbations de l'approvisionnement que les pays développés. Ces facteurs peuvent être pertinents pour évaluer la disponibilité d'un produit dans un cas particulier, et partant pour évaluer si "une pénurie générale ou locale" se fait sentir pour un produit » (*Ibidem*, para. 5.72).

¹³⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, para. 7.268.

¹³⁶⁶ L'Article XX d) du GATT stipule :

« d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur; »

¹³⁶⁷ Voir notre examen approfondi du contenu de ces documents dans le chapitre 1, section 2 de la troisième partie. Voir aussi notre étude de la portée normative de l'objectif de développement durable (ainsi que des instruments internationaux qui l'énoncent) dans le cadre du système commercial multilatéral dans le chapitre 2, section 1 de la troisième partie.

¹³⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, para. 7.269.

atténuer les changements climatiques » (Article 4 1) b) de la CCNUCC) ainsi que « [d']utiliser des méthodes appropriées ... pour réduire au minimum les effets – préjudiciables à l'économie ... – des projets ou mesures qu'elles entreprennent en vue d'atténuer les changements climatiques ou de s'y adapter » (Article 4 1) f) de la CCNUCC)¹³⁶⁹. De ce fait, selon l'Inde, les mesures PTEN avaient été soigneusement élaborées afin d'assurer le respect des obligations de la CCNUCC tout en garantissant le développement durable de son économie.

1179. Enfin, l'Inde affirmait que des lois nationales *l'obligeaient* à garantir une croissance économique tout en « assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique », des obligations présentes dans : a) la Loi sur l'électricité, « lue conjointement avec » b) la Politique nationale en matière d'électricité ; c) le Plan national sur l'électricité ; et d) le Plan national d'action sur le changement climatique¹³⁷⁰.

1180. En se basant sur l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*¹³⁷¹, le Groupe spécial a toutefois fait valoir que les accords internationaux pouvaient constituer des « lois et règlements » au sens de l'Article XX d) du GATT *seulement* dans la mesure où il s'agissait de *règles* qui avaient un « *effet direct* » sur le système juridique intérieur du Membre concerné ou si les règles de ces accords avaient autrement été transposées au système juridique intérieur¹³⁷². Or, en l'espèce, le Groupe spécial a considéré que les instruments internationaux soulevés par l'Inde ne constituaient pas des « lois et règlements » au sens de l'Article XX d) du GATT¹³⁷³ en indiquant que « les explications de l'Inde tendent toutes à montrer que l'exécutif et/ou le législatif, selon le cas, doivent prendre des "mesures de mise en œuvre" pour incorporer et mettre en œuvre les obligations internationales de l'Inde dans le système juridique intérieur du pays. Par définition, cela tend à montrer que ces obligations n'ont pas d'"effet direct" »¹³⁷⁴.

¹³⁶⁹ *Ibidem*, para. 7.272.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, paras. 7.275-283.

¹³⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006, para. 69.

¹³⁷² Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, paras. 7.289-293.

¹³⁷³ *Ibidem*, para. 7.301.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, para. 7.298. De même, le Groupe spécial a considéré que la plupart des instruments nationaux mentionnés par l'Inde n'étaient pas des « lois et règlements » au sens de l'Article XX d) du GATT, car ils

1181. L'Organe d'appel a expressément confirmé l'approche interprétative employée par le Groupe spécial en précisant que pour qu'un instrument juridique soit considéré comme une « loi » ou « règlement » énonçant une « règle » au sens de l'Article XX d) du GATT, il doit être doté d'un certain *degré minimal de « normativité » pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action*¹³⁷⁵. Cela peut être déterminé par l'existence de certaines caractéristiques normatives de l'instrument comme par exemple : i) faire partie du système juridique intérieur du Membre¹³⁷⁶ ; ii) avoir été adopté ou reconnu par « une autorité qui est compétente pour ce faire dans le système juridique intérieur du Membre concerné »¹³⁷⁷ ; iii) contenir « des règles spécifiques » (ou bien un certain degré de *précision* sur la portée de la règle) dont la mesure en cause vise à assurer l'observation¹³⁷⁸ ; iv) avoir un *caractère normatif* dans le droit interne (cela peut inclure, mais n'exige pas, la *force exécutoire* de l'instrument ou *des pénalités / sanctions* dans les situations de non-respect)¹³⁷⁹ ; v) « énonce[r] une règle de conduite ou une ligne d'action particulière »¹³⁸⁰.

1182. Il convient de noter que certains des éléments mentionnés par l'Organe d'appel signifient que des instruments internationaux ayant trait à la protection de l'environnement (« accords environnementaux multilatéraux ») ne seront qu'assez difficilement considérés comme des « lois » ou des « règlements » au regard de l'Article XX d) du GATT. La nature

comprenaient des *documents de politique générale* ayant un *effet non contraignant ou simplement incitatif*. *Ibid.*, paras. 7.309-319. L'Organe d'appel a confirmé cette décision du Groupe spécial, même s'il lui a reproché d'avoir accordé trop d'importance à la « force exécutoire » des règles énoncées. Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/AB/R, 16 septembre 2016, paras. 5.121-133.

¹³⁷⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/AB/R, 16 septembre 2016, para. 5.121.

¹³⁷⁶ *Ibidem*, para. 5.106.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, para. 5.107.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, paras. 5.108 et 110.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, para. 5.109.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, para. 5.110. L'Organe d'appel résume ainsi les éléments pertinents quant à la question de savoir si une *règle* entre dans le champ des « lois et règlements » visés à l'Article XX d) du GATT :

« En résumé, pour déterminer si une partie défenderesse a identifié une règle qui entre dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d) du GATT de 1994, ... il peut être pertinent pour un groupe spécial d'examiner, entre autres choses: i) le degré de normativité de l'instrument et la mesure dans laquelle l'instrument fonctionne pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action qui doit être observée dans le système juridique intérieur d'un Membre; ii) le degré de spécificité de la règle pertinente; iii) si la règle a force exécutoire, y compris, par exemple, devant une juridiction; iv) si la règle a été adoptée ou reconnue par une autorité compétente disposant des pouvoirs nécessaires dans le système juridique intérieur d'un Membre; v) la forme et le titre donnés à tout instrument ou tous instruments contenant la règle dans le système juridique intérieur d'un Membre; et vi) les pénalités ou sanctions pouvant accompagner la règle pertinente » (*Ibid.*, para. 5.113).

de ces documents les rapproche beaucoup plus d'instruments établissant des principes et obligations de *nature générale*, rarement prescriptifs de mesures (ou « *règles de conduite* ») concrètes et/ou « *spécifiques* », laissant ainsi aux entités nationales la possibilité de décider des mesures particulières nécessaires pour réaliser les objectifs de l'accord¹³⁸¹. De ce fait, même dans le cas où, dans un système juridique national donné, les instruments internationaux adoptés par le pays ont « force exécutoire directe » (« effet direct »), le manque de *spécificité* ou de *précision* des *règles de conduite* ou *lignes d'action* énoncées par leurs dispositions peut conduire à ce que ces instruments ne soient pas reconnus comme énonçant des « règles » dont les mesures prévues par l'Article XX d) du GATT visent à « assurer le respect »¹³⁸².

1183. En l'occurrence, l'Organe d'appel a considéré, à l'instar du Groupe spécial, que l'Inde n'avait pas démontré que les instruments internationaux mentionnés, y compris la CCNUCC, satisfaisaient ces critères¹³⁸³. De ce fait, les mesures PTEN ne pouvaient pas être justifiées au regard de l'Article XX d) du GATT comme étant nécessaires pour assurer le respect de ces instruments internationaux puisqu'ils n'étaient pas concernés par l'exception. Par conséquent, les mesures de soutien prises dans le cadre du programme NSM étaient incompatibles avec les dispositions de l'OMC en raison de ses composantes protectionnistes.

1184. Nous estimons que, même si le Groupe spécial et l'Organe d'appel avaient adopté une approche interprétative plus flexible et considéré que la CCNUCC était une loi ou règlement au sens de l'Article XX d) du GATT, il aurait été assez difficile de démontrer que les PTEN en question étaient « nécessaires » pour assurer le respect des obligations d'atténuation du changement climatique.

1185. Ainsi que nous l'avons déjà analysé, l'effet économique de ces mesures protectionnistes est de réduire l'accès aux – ou augmenter le prix des – technologies vertes.

¹³⁸¹ Des exceptions notables peuvent être mentionnées comme les accords régissant les échanges internationaux des espèces menacées d'extinction de faune et flore sauvages (CITES) ou des déchets et produits chimiques dangereux (Conventions de Bâle, Rotterdam et Stockholm). Ces conventions établissent des obligations très précises indiquant des mesures commerciales particulières que les Parties contractantes doivent adopter pour les produits visés.

¹³⁸² Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/AB/R, 16 septembre 2016, para. 5.141.

¹³⁸³ *Ibidem*, para. 5.149.

De ce fait, une telle mesure ne contribuerait vraisemblablement pas de manière effective au respect des obligations de la CCNUCC¹³⁸⁴. Alternativement, si le programme NSM était considéré comme *nécessaire* pour assurer le respect des obligations de la CCNUCC, il nous paraît clair que ses composantes discriminatoires – les mesures PTEN – seraient envisagées comme « arbitraires ou injustifiables » dans la mesure où elles agissent de manière contraire à l'objectif légitime identifié¹³⁸⁵.

1186. En somme, nous pensons qu'une approche interprétative moins restrictive des éléments normatifs de l'Article XX d) (ou même de l'Article XX j)) serait en mesure de

¹³⁸⁴ De fait, eu égard à la possibilité que l'approche interprétative utilisée par le Groupe spécial ait pu être infirmée en appel et afin que « l'Organe d'appel puisse bénéficier de[s] constatations de fait [du Groupe spécial] relatives » à la question de savoir si les mesures PTEN étaient « essentielles » ou « nécessaires » au sens des Articles XX j) et d) du GATT, le Groupe spécial a procédé à l'analyse partielle de ces questions. Cette analyse a simplement conduit à des constatations de fait, sans que le Groupe spécial décide si les conditions normatives établies aux alinéas et dans le texte introductif de l'Article XX avaient été respectées par l'Inde. En l'occurrence, le Groupe spécial a constaté ce qui suit :

« [À] court terme, les mesures PTEN sont peu susceptibles d'apporter une quelconque contribution pour ce qui est d'assurer aux exploitants d'énergie solaire indiens l'accès à un approvisionnement continu et abordable de cellules et modules solaires nécessaires à la production d'énergie solaire, et compromettent sans doute cet objectif. En ce qui concerne la contribution des mesures PTEN à la réalisation de l'objectif de l'Inde à long terme, nous concluons qu'il apparaît que les renseignements dont dispose le Groupe spécial concernant l'effet des mesures PTEN sur l'accroissement de la capacité de production nationale de cellules et modules solaires jettent un doute sur le point de savoir si cet effet est positif. ... Par conséquent, nous concluons que l'effet des mesures PTEN est incertain et imprévisible en ce qui concerne la réalisation de l'objectif de l'Inde... » (Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, paras. 7.367-368).

Il nous semble ainsi que les éléments de preuve disponibles dans l'affaire tel qu'examinés par le Groupe spécial étaient la décision que les mesures ne pourraient pas être considérées comme n'étant ni « nécessaires » ni « essentielles ». Finalement, il est très intéressant de noter que dans le cadre de l'examen de la nécessité des mesures PTEN, les États-Unis ont présenté en tant que « mesure de rechange », « le subventionnement direct des producteurs nationaux de cellules et modules solaires ». *Ibidem*, para. 7.370. Bien que cette option pourrait relever d'une mesure « moins contraignante pour les échanges », considérant notre examen des dispositions multilatérales régissant les subventions, il n'est pas très évident de déterminer si elle ne serait pas également susceptible d'une action contraire de la part des États-Unis au titre de l'Accord SMC comme étant, par exemple, une subvention spécifique qui pourrait causer des « effets défavorables » aux intérêts de ces derniers.

¹³⁸⁵ Le Groupe spécial a également examiné les éléments de preuve portant sur les prescriptions du texte introductif de l'Article XX du GATT. *Ibid.*, paras. 7.383-390. Cependant, selon le Groupe spécial, les arguments et données avancés par l'Inde en ce qui concerne les prescriptions du texte introductif de l'Article XX reprenaient « pour l'essentiel [les] arguments [de l'Inde] concernant la question de savoir si les cellules et modules solaires sont "essentiels à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" au titre de l'Article XX j) et "nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements" au titre de l'Article XX d) ». De ce fait, le Groupe spécial a considéré qu'il n'y avait « aucune raison impérieuse d'examiner plus avant les mesures PTEN au titre du texte introductif du GATT de 1994 ». *Ibid.*, paras. 7.389-390. Il nous semble donc que les éléments de preuve disponibles dans l'affaire étaient aussi notre compréhension que les mesures PTEN ne pouvaient respecter les prescriptions du texte introductif de l'Article XX.

garantir une application cohérente des dispositions du GATT à ce type de mesures discriminatoires de soutien aux énergies renouvelables. Autrement dit, il n'aurait pas été nécessaire que le Groupe spécial et l'Organe d'appel adoptent une approche interprétative restrictive des alinéas de l'Article XX du GATT afin d'éviter l'abus des flexibilités offertes aux Etats pour l'adoption de ce type de mesures de soutien. Ainsi que nous l'avons examiné en détail dans le cadre de la troisième partie de notre thèse, le résultat de l'évolution de l'application des dispositions commerciales multilatérales aux mesures commerciales *restrictives* adoptées aux fins de protection environnementale tout au long de ces dernières décennies a démontré que l'application des conditions du chapeau de l'Article XX peut éviter un tel abus de façon efficace. Le même raisonnement pourrait être développé s'agissant de l'application de ces dispositions aux mesures de *soutien*.

Paragraphe 2 : L'affaire *États-Unis – Énergies renouvelables* - la contestation des politiques industrielles vertes de certains États des États-Unis

1187. Une semaine avant la publication du rapport de l'Organe d'appel condamnant son programme de subventionnement dans l'affaire *Inde – Cellules solaires*¹³⁸⁶, l'Inde a demandé l'ouverture de consultations formelles avec les États-Unis – le 9 septembre 2016 – au sujet de 11 mesures comportant des prescriptions régissant la teneur en éléments nationaux et des subventions adoptées dans le secteur de l'énergie renouvelable par les gouvernements des États de Washington, de Californie, du Montana, du Massachusetts, du Connecticut, du Michigan, du Delaware et du Minnesota¹³⁸⁷.

¹³⁸⁶ Pour rappel, le rapport de l'Organe d'appel sur cette affaire a été publié le 16 septembre 2016. Dans leur argumentation, les États-Unis ont allégué que cette affaire n'avait aucun intérêt commercial et que l'Inde l'avait soulevée devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD) simplement afin de « renforcer sa capacité de maintenir ses mesures discriminatoires visant le solaire que l'ORD a jugées incompatibles avec les obligations lui incombant dans le cadre de l'OMC ». Voir Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Énergies renouvelables*, addendum, WT/DS510/R/Add.1, 27 juin 2019, Annexe B-3 paras. 1-2 et Annexe B-4, para. 37.

¹³⁸⁷ Dans une décision préliminaire, le Groupe spécial avait constaté que deux des mesures contestées par l'Inde (le Supplément de crédit à la fabrication à Los Angeles et le Supplément relatif aux fabricants du Massachusetts) n'entraient pas dans le cadre de son mandat. De ce fait, a été tranchée la compatibilité des neuf autres mesures de soutien aux énergies renouvelables ciblées par l'Inde. Voir Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Énergies renouvelables*, WT/DS510/R, 27 juin 2019, para. 1.24.

1188. Ces mesures variaient largement en termes de produits visés, types de mesures de soutien et bénéficiaires¹³⁸⁸ ciblés. En revanche, à l'instar du programme NSM de l'Inde, toutes les mesures contenaient des prescriptions régissant la teneur en éléments nationaux pour avoir accès à certains bénéfices dans le cadre du soutien offert aux énergies renouvelables. Plus spécifiquement, ces mesures prévoyaient des « incitations » ou des « incitations plus élevées » conditionnées à l'acquisition de biens nationaux ou à l'utilisation d'intrants nationaux dans la production de biens d'énergie renouvelable – comme des cellules et modules solaires, des pales d'éoliennes ou encore du biodiésel ou de l'éthanol. Or, selon l'Inde, ces mesures étaient incompatibles avec les dispositions du GATT (Article III :4), de l'Accord sur les MIC, *ainsi que de l'Accord SMC*.

1189. A la différence de ce qu'avait plaidé l'Inde à l'occasion de l'affaire *Inde – Cellules solaires*, les États-Unis n'ont pas en réponse soulevé les exceptions de l'Article XX du GATT afin de justifier les composantes discriminatoires de ces mesures de soutien. Ils ont simplement fait valoir que l'Inde ne s'était pas acquittée de la charge qui lui incombait de prouver que les mesures en cause étaient incompatibles avec les dispositions des Accords soulevés. L'argument des États-Unis variait légèrement selon la discipline en cause, mais ils alléguaient essentiellement que l'Inde n'avait pas démontré que les produits – et/ou producteurs – américains étaient *effectivement* traités de façon plus favorable en application des programmes de soutien que les produits importés, ou avaient reçu un avantage¹³⁸⁹. Il y

¹³⁸⁸ De fait, l'une des questions juridiques le plus pertinentes qui a été soulevée dans le cadre de cette affaire concernait la portée des dispositions de l'Accord SMC en relation avec les subventions octroyées à la *consommation*. Certains programmes de soutien des États américains versaient des aides financières aux consommateurs de technologies d'énergie renouvelable et non directement aux producteurs. La question qui s'est posée était donc celle de savoir si les dispositions de l'Accord s'appliquaient à ces programmes ou si leur portée devait être examinée au regard de concepts telle la *transmission* (« *pass through* ») des avantages conférés des consommateurs aux producteurs. Ainsi que nous le verrons par la suite, cette question n'a pas été tranchée par le Groupe spécial qui a procédé à un exercice d'économie jurisprudentielle. Sur ce sujet, voir les arguments respectivement exposés par l'Inde, les États-Unis et l'Union européenne dans le Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Énergies renouvelables*, addendum, WT/DS510/R/Add.1, 27 juin 2019, Annexe B-1, paras. 64 et 76, Annexe B-2, para. 37, Annexe B-4, paras. 32-5, Annexe C-3, paras. 11-16.

¹³⁸⁹ Le Groupe spécial résume comme suit l'argumentation des États-Unis par rapport à l'élément « d'affectation de la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation ... sur le marché intérieur » dans le cadre de l'examen de l'Article III:4 du GATT :

« Les États-Unis estiment que l'Inde ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait, à savoir montrer que chacune des mesures en cause "affect[ait] la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation ... sur le marché intérieur" des produits considérés. Selon eux, après avoir allégué que les mesures en cause avaient des effets "incitatifs", l'Inde était tenue de démontrer que les mesures en cause incitaient à l'utilisation de produits nationaux de

aurait plusieurs raisons pour lesquelles les produits américains ne seraient pas *effectivement* traités de façon plus favorable. Par exemple, parce que les incitations n'étaient pas suffisantes pour « influencer les décisions d'achat sur le marché » ou encore parce que les programmes de soutien n'avaient pas été efficaces, n'ayant « qu'une incidence minimale sur les décisions d'achat d'entreprises privées », ou encore qu'aucun versement effectif n'avait été fait.

1190. Le Groupe spécial n'a cependant pas été convaincu par l'argumentation des États-Unis. Pour chacun des neuf programmes de soutien examinés, il a en effet considéré que l'Inde avait montré, *prima facie* – ce que les États-Unis n'avaient pas réfuté –, que les incitations ou incitations additionnelles offertes à la condition de l'utilisation de produits nationaux « affectaient la vente » au sens de l'Article III:4 du GATT¹³⁹⁰ de façon à accorder un traitement moins favorable aux produits importés similaires dans la mesure où elles modifiaient « les conditions de concurrence au détriment des produits importés »¹³⁹¹.

1191. Le Groupe spécial, reprenant l'approche interprétative adoptée dans des affaires précédentes par d'autres Groupes spéciaux ainsi que par l'Organe d'appel, a considéré que le fait qu'un programme de soutien discriminatoire n'ait jamais été *effectivement* utilisé par un bénéficiaire n'écartait pas l'incompatibilité de la mesure avec les dispositions du GATT¹³⁹². Autrement dit, même si aucun montant n'avait été versé dans le cadre d'un programme donné, il pourrait tout de même conférer un traitement moins favorable aux

préférence à des produits importés, mais ne l'a pas fait » (citations internes omises) (*Ibidem*, para. 7.156)

¹³⁹⁰ *Ibid.*, paras. 7.170, 176, 184, 191, 198, 213, 220, 232, 239 et 240.

¹³⁹¹ *Ibid.*, paras. 7.257, 266, 276, 286, 296, 308, 319, 328, 337 et 338.

¹³⁹² À titre d'exemple, le Groupe spécial a indiqué ce que suit en réaction au fait que l'un des programmes visés – « Crédit d'impôt du Montana » – n'avait conduit à aucun versement de crédits entre 2012 et 2016 :

« [M]ême si l'argument des États-Unis était correct, nous ne considérons pas qu'il serait à même de réfuter la démonstration *prima facie* par l'Inde du fait que la mesure affecte la vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation des produits considérés. La raison en est que, comme il a été expliqué plus haut, la question pertinente à ce stade de notre analyse est de savoir si la mesure a une incidence sur les conditions de concurrence entre les produits nationaux et les produits similaires importés, et non de savoir si, ou dans quelle mesure, elle a influencé, ou influence effectivement, les décisions d'achat d'entreprises privées "dans les circonstances actuelles". Selon nous, le crédit d'impôt du Montana entraîne "l'application d'un traitement formellement différent aux produits importés et aux produits nationaux même si les effets effectifs de cette différence de traitement sur le commerce sont peut-être minimes dans les circonstances actuelles". Par conséquent, pour évaluer si la mesure affecte la vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation des produits considérés, la question de savoir si une personne ou une entreprise quelle qu'elle soit a effectivement décidé de tirer parti de cet avantage est, selon nous, hors de propos » (citations internes omises) (*Ibid.*, para. 7.190).

produits importés. Dès lors, la mise en œuvre potentielle du programme – et, ainsi, l'éventuelle discrimination – suffit à démontrer l'incompatibilité de la mesure de soutien. En effet, selon le Groupe spécial :

« [D]ans le contexte du traitement moins favorable, l'Organe d'appel a souligné à maintes reprises qu'une évaluation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 "pourrait tout à fait comporter – mais n'exige[ait] pas – une évaluation de la mesure contestée à la lumière des éléments de preuve relatifs à ses effets réels sur le marché". Donc une constatation de l'existence d'un traitement moins favorable "n'a pas besoin d'être fondé[e] sur les effets réels de la mesure contestée sur le marché". De plus, "[elle] n'exige pas que soient démontrés les effets sur le commerce ni que soit apportée la preuve que les décisions des entreprises privées en matière d'approvisionnement ont été effectivement influencées par" la mesure en question. D'ailleurs, l'Organe d'appel a souligné que "l'argument selon lequel "les effets sur le commerce" [de la mesure contestée] [étaient], d'après le volume des importations, négligeables ou même inexistants, [était] dénué de pertinence". Cela tient au fait que "l'article III ne vise pas à *protéger* les anticipations concernant un volume d'échanges donné, mais plutôt *les anticipations relatives à l'égalité du rapport compétitif entre les produits importés et les produits nationaux*" »¹³⁹³ (italiques ajoutés) (citations internes omises).

1192. Cette approche interprétative a des conséquences intéressantes s'agissant des mesures de soutien aux technologies vertes susceptibles d'être examinées dans le cadre multilatéral, *même dans le cas où* elles seraient inefficaces ou ne parviendraient pas à être versées. En l'occurrence, les neuf programmes de soutien aux énergies renouvelables contestés qui avaient été mis en œuvre par plusieurs États américains ont été considérés comme incompatibles avec l'Article III:4 du GATT en raison de leurs composantes discriminatoires, notamment les prescriptions régissant la teneur en éléments nationaux¹³⁹⁴.

1193. Après avoir constaté que les mesures américaines étaient incompatibles avec les dispositions du GATT, le Groupe spécial a invoqué le principe d'économie jurisprudentielle à l'égard des allégations de l'Inde au titre de l'article 2:1 et 2:2 de l'Accord sur les MIC et

¹³⁹³ *Ibid.*, para. 7.245.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, paras. 7.339-340.

de l'article 3.1 b) et 3.2 de l'Accord SMC¹³⁹⁵. Précisément, en ce qui concerne les allégations d'incompatibilité avec les dispositions de l'Accord SMC, le Groupe spécial a pu préciser :

« Comme il est indiqué plus haut, l'Inde a fait valoir, et nous avons constaté, que les mesures en cause violaient l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elles subordonnaient un avantage à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Il nous semble que, s'ils éliminaient cette conditionnalité pour se mettre en conformité avec l'article III:4 du GATT de 1994, les États-Unis supprimeraient aussi la non-conformité alléguée de cette même conditionnalité avec leurs obligations au titre de l'article 3 de l'Accord SMC, éliminant de fait le fondement, ou la nécessité, d'une quelconque constatation selon laquelle les mesures sont des subventions prohibées au sens de l'article 3 de l'Accord SMC »¹³⁹⁶.

1194. Indépendamment de son bien-fondé, cet exercice d'économie jurisprudentielle a eu pour conséquence que les mesures de soutien prises aux fins de protection environnementale n'ont pas été examinées au regard des dispositions de l'Accord SMC. Par conséquent, ce différend ne nous offre aucun élément interprétatif nouveau quant à l'application de ces dispositions aux mesures environnementales¹³⁹⁷.

Paragraphe 3 : Conclusions

1195. Ces trois affaires ayant trait à des mesures de soutien aux énergies renouvelables traitées dans le cadre de l'OMC ont provoqué des réactions mitigées parmi les experts. Certains ont critiqué le fait qu'à trois occasions, des programmes de soutien aux énergies renouvelables aient été considérés comme incompatibles avec les dispositions de l'OMC tandis que des programmes de soutien aux énergies fossiles demeurent encore largement incontestés¹³⁹⁸. Cependant, l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel quant au terme « avantage » semblait ouvrir une voie intéressante pour l'adoption de mesures de soutien aux énergies renouvelables¹³⁹⁹. Certains commentateurs ont ainsi étayé leur argument

¹³⁹⁵ *Ibid.*, paras. 7.354 et 368.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, para. 7.367.

¹³⁹⁷ Au moment de la finalisation de notre thèse, cette affaire était encore sous la révision de l'Organe d'appel.

¹³⁹⁸ Voir, entre autres : ASMELASH, Henok B., « Energy Subsidies and the WTO Dispute Settlement System: Why Only Renewable Energy Subsidies Are Challenged », *Journal of International Economic Law*, vol. 18, n° 2, 2015, p. 261-285 ; DE BIÈVRE, Dirk, ESPA, Ilaria, POLETTI, Arlo, « No iceberg in sight: on the absence of WTO disputes challenging fossil fuel subsidies », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 17, n° 3, 2017, pp 411-425.

¹³⁹⁹ Voir notre examen des réactions de la doctrine à la fin de la section précédente.

au soutien des politiques industrielles vertes contenant certains éléments discriminatoires – comme des obligations d’exportation ou des prescriptions en teneur de contenu local – en se fondant sur cette approche interprétative¹⁴⁰⁰.

1196. À notre avis, le résultat est effectivement mitigé, mais pour d’autres raisons. Tout d’abord, il est vrai que, dans le cadre de ces trois affaires, les programmes de soutien en question ont été considérés comme incompatibles avec les dispositions de l’OMC. Pour autant, ainsi que nous l’avons démontré, l’objectif environnemental de ces programmes – la promotion des énergies renouvelables – n’a *jamais* été mis en question. À cet égard, une affirmation préliminaire du Groupe spécial dans le cadre de l’affaire *Inde - Cellules solaires* mérite attention. Avant de trancher les questions juridiques soulevées dans ce différend, le Groupe spécial a effectivement fait valoir que « [leur] analyse des mesures PTEN se fonde sur l’interprétation selon laquelle c’est la *compatibilité* de ces mesures avec les règles de l’OMC, et non la *légitimité des objectifs de politique générale* recherchés par la Mission solaire nationale, qui est en cause en l’espèce »¹⁴⁰¹.

1197. En effet, dans la mesure où seuls les aspects discriminatoires de ces programmes de soutien – les prescriptions en termes de teneur de contenu local – ont été condamnés, il était loisible aux Membres défendeurs de les maintenir en éliminant ces composantes litigieuses¹⁴⁰². De fait, comme cela a été le cas dans d’autres affaires portant sur la protection

¹⁴⁰⁰ Selon le Partenariat pour une action sur l’économie verte (PAGE) :

« In practice, a country considering the introduction of local content requirements to support green industries would have to assess its exposure to litigation risk. That assessment can only be done on a case-by-case basis but it would include the determination of the specific treaties potentially applicable, any contractual arrangements, the importance of the market from the perspective of trade partners and foreign investors, and the implications resulting from the use of different measures. Claims before the WTO dispute settlement organs may take years to be decided and, if lost, they do not lead to the payment of retrospective damages but to the obligation to change the unlawful measure ... The question of whether a feed-in-tariff scheme (in Ontario; see Box 4) confers a ‘benefit’ beyond market terms has been left open by the WTO Dispute Settlement Body, which creates potentially significant space for this type of green industrial policy » (PAGE, *Green Industrial Policy and Trade: A Tool-Box*, PNUE, 2017, p. 61-65).

¹⁴⁰¹ Rapport du Groupe spécial, *Inde – Cellules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016, para. 7.19 (italiques ajoutés).

¹⁴⁰² Ainsi que nous l’avons discuté plus haut, le gouvernement de l’Ontario a effectivement maintenu le programme de soutien sans ses composantes discriminatoires. Dans le même sens, des experts indiens arguaient que le programme de soutien NSM serait *encore plus efficace* sans les composantes discriminatoires étant donné que le secteur privé en Inde avait indiqué que les PTEN configuraient des sources importantes d’inefficacité. Voir FINANCIAL EXPRESS, *What the WTO Panel did not decide on solar panels*, Prabhaskar Ranjan, assistant professor of law at South Asian University, New Delhi, Deepak Raju, associate, Sidley Austin LLP, 16 mars

de l'environnement traitées dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC ces deux dernières décennies, l'élimination de ces composantes discriminatoires aboutirait à des mesures de protection environnementale plus cohérentes et donc à une contribution plus importante à l'expansion des énergies renouvelables puisqu'elles permettraient aux promoteurs de ces énergies de se procurer des équipements à des prix plus bas.

1198. Il convient cependant de rappeler que, d'après l'examen que nous avons réalisé des dispositions multilatérales régissant les subventions, il aurait été tout à fait possible que les programmes de soutien aux énergies renouvelables *eux-mêmes* – nonobstant leurs composantes discriminatoires – soient considérés comme contraires aux dispositions de l'Accord SMC, parce qu'ils étaient spécifiques et susceptibles d'engendrer des effets défavorables aux intérêts d'autres Membres. L'approche interprétative employée par l'Organe d'appel a profondément changé cette perspective en s'écartant considérablement de l'approche traditionnellement retenue quant à l'application des dispositions de cet Accord, une évolution qui a engendré certains questionnements parmi la doctrine et les experts.

1199. Dans le prochain, et dernier, chapitre de notre thèse, nous allons examiner l'état des débats portant sur une réforme des dispositions multilatérales régissant les subventions en nous intéressant notamment à quelques propositions d'approches interprétatives alternatives avancées par la doctrine qui pourraient contribuer à garantir un rapprochement nécessaire entre les dispositions commerciales multilatérales et les impératifs contemporains de l'action environnementale.

Chapitre 3 : L'état des débats autour d'une révision de la réglementation commerciale multilatérale des subventions

« The ASCM, like the Uruguay Round of which it formed a part, was quite clearly the byproduct of a peculiar, “end of history” moment. It is doubtful that such disciplines could easily be replicated today given the vastly more questioning attitudes that pervade

public policy debates on trade and investment liberalization relative to those characterizing the heyday of the Washington Consensus. »

SAUVÉ, Pierre et SOPRANA, Marta, « Learning by Not Doing: Subsidy Disciplines in Services Trade », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, p. 11.

1200. Tout au long de la présente étude, nous avons analysé en détail les dispositions commerciales multilatérales régissant les subventions. Nous avons aussi examiné les affaires les plus pertinentes à ce sujet qui ont permis de préciser les contours normatifs de ces règles, en particulier en ce qui concerne leur application aux programmes de soutien aux fins de développement durable et/ou, plus précisément, aux politiques industrielles vertes.

1201. Il y a lieu, à présent, d'examiner l'état des débats autour d'une révision de la réglementation multilatérale en la matière. Dans le cadre de ce dernier sous-chapitre, nous allons notamment aborder les efforts entrepris afin d'adopter de nouvelles dispositions visant à améliorer le fonctionnement de l'Accord ou à réduire des subventions nuisibles pour l'environnement.

1202. Nous aurons aussi l'occasion d'analyser des propositions de la doctrine visant à garantir, au regard des dispositions multilatérales régissant les subventions, que les objectifs liés à l'action environnementale et au développement durable puissent être réconciliés avec ceux ayant trait au commerce. Enfin, dans le cadre de cette partie finale de la thèse, nous procéderons à certaines réflexions relatives au bien-fondé de ces propositions et à la pertinence d'une réforme des règles actuelles.

Section 1 : Les discussions au sein du Comité des subventions et des mesures compensatoires et le cycle de Doha

1203. Premièrement, il convient de noter que l'agenda des négociations qui se tiennent dans le cadre du système commercial multilatéral doit faire face à des défis importants depuis au moins 2009. Cette année a effectivement connu les derniers grands mouvements et efforts négociateurs à l'échelle multilatérale couvrant tous les sujets « horizontaux » soumis à négociation. Un autre effort multilatéral de compilation de l'acquis négociateur a été réalisé en 2011 mais sans modifier la situation de relative paralysie dans laquelle se trouvait alors le système commercial multilatéral.

1204. Partant de ce constat et afin de déterminer si la crise économique de 2008/2009 – et l'intérêt renouvelé pour les politiques industrielles¹⁴⁰³ – avait eu un effet sur le débat relatif aux subventions à l'OMC, nous avons analysé les discussions qui ont eu lieu au sein du Comité SMC¹⁴⁰⁴. De même, ont été examinées les propositions des Membres du « Groupe de négociation sur les règles » (Groupe sur les règles) – qui supervise les négociations concernant les mesures antidumping, les subventions horizontales, les subventions aux pêcheries et les accords commerciaux régionaux – réalisées depuis 2008 ainsi que les « Rapports du président sur la phase de négociation au sein du groupe ». Rien n'indique clairement que la crise ait affecté la *manière* dont les Membres *s'acquittent* de leurs obligations concernant l'Accord SMC ou de leur *approche interprétative* de celles-ci¹⁴⁰⁵.

1205. L'agenda de négociations de Doha – dit « cycle pour le développement » – est aujourd'hui au même point qu'il y a dix ans, à tout le moins en ce qui concerne la plupart des sujets ciblés. L'agenda de Doha comprend certains sujets étroitement liés aux dispositions régissant les subventions et d'autres particulièrement pertinents quant aux mesures de soutien prises aux fins de développement durable. Au cours de notre thèse, nous avons examiné la plupart de ces sujets, y compris l'élimination des subventions aux exportations de produits agricoles¹⁴⁰⁶ ainsi que les discussions autour de l'expiration de la catégorie des subventions

¹⁴⁰³ Voir le chapitre 1, section 1 de la présente partie.

¹⁴⁰⁴ Les procès-verbaux des réunions du Comité analysés sont classés dans les codes des documents de l'OMC « G/ SCM/M/* », à partir du numéro 68. Une attention particulière a été accordée aux procès-verbaux concernant la période 2009-2014 afin de mieux déterminer l'impact de la crise sur les débats.

¹⁴⁰⁵ La crise est notamment souvent mentionnée par la grande majorité des Membres en tant que *motivation* pour l'adoption de programmes de subventionnement dans les débats qui se sont tenus au sein du Comité dans les premières années après 2008. En revanche, nous n'avons pas identifié des appels à la modification des dispositions existantes, à des exemptions générales temporelles ou encore à une modification de l'approche interprétative des obligations afin d'élargir la marge d'action des Membres. La seule mention directe à la reconnaissance que les mesures de soutien prises pourraient être considérées comme *nécessaires* (même si potentiellement contraires aux dispositions de l'Accord) a été faite dans une discussion entre les États-Unis, le Japon et la Chine en 2009 concernant de prétendues subventions accordées par le Japon pour sauver une entreprise de produits électroniques. Les États-Unis ont alors rappelé que « si l'adoption et l'application de mesures de relance pouvaient être considérées comme *nécessaires* du fait de la crise financière, ces mesures devaient être prises conformément *aux règles du marché*, de façon à garantir la viabilité commerciale des entreprises aidées ; toute aide devait être fournie de la manière la plus transparente possible ». Le Japon a expliqué ses mesures et rappelé que, depuis la crise, les États-Unis étaient en retard sur leur obligation de notification des subventions tandis que les États-Unis ont profité de l'occasion pour souligner que la même chose était valable pour la Chine. Voir OMC, *Compte rendu de la réunion ordinaire tenue le 20 octobre 2009*, Comité SMC, Communication de l'UE, G/SCM/M/71, 5 février 2010, paras. 149-154 (italiques ajoutés).

¹⁴⁰⁶ Voir le chapitre 2, section 3:2 de la deuxième partie.

ne donnant pas droit à une action¹⁴⁰⁷. D'autres sujets prévus dans l'agenda des négociations pourraient apporter des modifications potentiellement pertinentes aux Accords antidumping et SMC, bien qu'avec un potentiel limité de modification des contours normatifs des dispositions de façon systémique¹⁴⁰⁸. En revanche, étant donné l'état de stagnation actuel des négociations, il ne convient pas d'en faire un examen exhaustif.

1206. Il importe tout d'abord de noter qu'encore en 2014, le sujet de la réforme des dispositions régissant les subventions ne figurait pas parmi les trois sujets « prioritaires » des Membres, notamment l'agriculture, à l'accès aux marchés pour les produits non agricoles (AMNA) et l'accès aux services¹⁴⁰⁹. De ce fait, il nous semble qu'une réelle avancée dans les négociations dépend de la progression des débats sur ces sujets et qu'une éventuelle modification des dispositions sur les subventions sur les bases de ce qui avait été négocié dans le cadre de l'agenda de Doha n'est pas probable.

1207. D'autre part, depuis la Conférence ministérielle de Nairobi en 2015, et celle de Buenos Aires en 2017, une série d'initiatives plurilatérales ont été lancées sur des sujets spécifiques en dehors de ceux explicitement inscrits à l'agenda de Doha. Ces initiatives rassemblent une grande variété de Membres en fonction de leurs intérêts communs et portent sur des sujets tels que le commerce en ligne, le commerce et l'autonomisation économique des femmes ou encore la facilitation de l'accès aux marchés pour les micro-, petites et moyennes entreprises (MPME). Enfin, répondant à l'appel de certains pays développés à renforcer les dispositions régissant les subventions industrielles ainsi que celles promouvant

¹⁴⁰⁷ Voir le chapitre 2, section 2:5 de la deuxième partie.

¹⁴⁰⁸ La compilation des propositions de réforme des Accords antidumping et SMC faite par le président du Groupe sur les règles en décembre 2008 démontre l'étendue limitée d'un éventuel résultat positif des négociations. OMC, *Nouveaux projets de textes récapitulatifs des Accords antidumping et SMC présentés par le président*, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/236, 19 décembre 2008.

¹⁴⁰⁹ La réforme des règles régissant les subventions et les mesures compensatoires fait partie des sujets débattus dans le cadre du Groupe sur les règles, qui est aussi chargé de négocier les dispositions sur l'antidumping et sur les accords commerciaux régionaux. Après la réunion ministérielle de Bali en 2013, les présidents des groupes négociateurs ont été invités à consulter les Membres sur leurs priorités dans le cadre du « programme de travail à envisager pour l'achèvement » de l'agenda de Doha. En mars 2014, le président du Groupe sur les règles a informé qu'après ces consultations, la majorité des Membres ne considéraient pas que les questions relatives aux règles étaient « prioritaires » et qu'un progrès en la matière ne pourrait avoir lieu « que lorsqu'une certaine clarté aurait été faite sur la portée et le niveau d'ambition des travaux relatifs à l'agriculture, à l'[accès aux marchés pour les produits non agricoles]AMNA et aux services » - les trois sujets considérés, à l'époque, comme les « questions fondamentales ». Voir OMC, *Rapport du président du groupe de négociation sur les règles*, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/255, 25 mars 2014.

la transparence de ces mesures, un groupe restreint de Membres (Japon, États-Unis et Union européenne) sont en cours de négociation pour présenter de nouvelles propositions textuelles en la matière¹⁴¹⁰.

1208. Ces initiatives poursuivent plusieurs objectifs : assurer que les Membres s'acquittent de leurs obligations en matière de notification des subventions, renforcer les dispositions régissant les politiques industrielles et mieux aborder certaines politiques de soutien adoptées par des pays dont l'État intervient de manière démesurée dans l'économie, comme cela est le cas de la Chine¹⁴¹¹. Il n'est toutefois pas encore certain que l'une de ces initiatives aboutira à des résultats pertinents en matière de réglementation multilatérale des subventions, en particulier s'agissant des politiques de soutien aux fins de promotion du développement durable¹⁴¹².

¹⁴¹⁰ Les ministres du commerce des trois Membres de l'OMC ont émis une Déclaration commune en mai 2019 selon laquelle ils s'engageaient à :

« On industrial subsidies, Ministers welcomed the progress made in discussions on text-based work on increasing transparency, identifying harmful subsidies that merit stricter treatment and ensuring that appropriate benchmarks can be used. Ministers instructed their staff to continue efforts to finalize trilateral text-based work on these and other issues in order to engage with other key WTO Members with the aim of initiating negotiations on stronger disciplines on industrial subsidies and state-owned enterprises. They also agreed to increase outreach to key WTO Members on the need to strengthen industrial subsidies rules to address market distortions » (ÉTATS-UNIS-UNION EUROPÉENNE-JAPON, « Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, European Union, and Japan », Paris, 23 mai, 2019).

¹⁴¹¹ La lettre de la nouvelle Commissaire européenne désignée, Margrethe Vestager, au futur Commissaire européen pour le Commerce, Phil Hogan, datée de septembre 2019, indiquait clairement que la réforme des subventions industrielles serait une grande priorité pour l'UE dans le cadre de l'OMC :

« A top priority will be to lead the reform of the World Trade Organization, notably on the issues of subsidies, forced transfer of technologies and dispute settlement. You should aim to launch a broad initiative by the end of 2020, following the next WTO Ministerial Conference, with a view to reaching a comprehensive agreement by 2022 » (VON DER LEYEN, Ursula, « Mission Letter to Phil Hogan, Commissioner-designate for Trade », Commission européenne, 10 septembre 2019, p. 4).

¹⁴¹² Il est intéressant de noter que la Chine, dans sa proposition au Conseil général sur la « réforme de l'OMC », a mentionné la réinstauration et l'élargissement de la catégorie des subventions ne donnant pas droit à l'action comme l'une des modifications nécessaires aux dispositions de l'Accord SMC. Voir OMC, *Proposition de la Chine concernant la réforme de l'OMC*, Communication présentée par la Chine, Conseil général, WT/GC/W/773, 13 mai 2019, para. 2.16. Par ailleurs, la proposition faite par l'Inde, le Groupe africain et plusieurs d'autres pays en développement Membres répète les critiques faites par plusieurs pays en développement par rapport aux contraintes imposées par l'Accord SMC sur la capacité de ces pays à octroyer des subventions aux fins de développement économique ainsi qu'au regard du fait que les pays développés continuent à subventionner leur production agricole. Voir OMC, *Renforcer l'OMC pour promouvoir le développement et l'inclusion*, Communication présentée par Cuba, l'Équateur, l'État plurinational de Bolivie, le Groupe africain, l'Inde et Oman, Conseil général, WT/GC/W/778/Rev.2, 7 août 2019.

1209. Étant donné qu’aucune des potentielles modifications qui pourraient être apportées par ces initiatives ne nous semblent capables, en l’état actuel, de changer le cadre normatif que nous avons étudié de façon *systémique*, il ne convient pas non plus d’en faire un examen exhaustif ou de spéculer trop largement sur leur résultat potentiel. De fait, aucun Membre de l’OMC ne nous paraît avoir fait des propositions visant un changement complet et profond de la *logique* (ou des *fondements juridico-économiques*) de l’Accord SMC ou de l’Accord sur l’agriculture que nous avons examinés tout au long de notre thèse.

1210. Toutefois, il convient d’examiner brièvement deux sujets en débat qui pourraient conduire à l’adoption de *dispositions* dont la logique juridique est fondamentalement différente de celle qui caractérise à présent les accords de l’OMC : la restriction des subventions aux pêcheries et aux combustibles fossiles.

Section 2 : Les négociations sur les subventions aux pêcheries

1211. La logique strictement commerciale qui sous-tend les dispositions multilatérales régissant les subventions – par opposition à une approche qui tiendrait compte des effets des subventions en considérant les éléments économiques de la théorie du bien-être – conduit à ce que les accords de l’OMC ne différencient pas les subventions qui augmentent le « bien-être pigouvien » de celles qui conduisent à des externalités négatives ou renforcent des défaillances du marché¹⁴¹³. S’agissant des externalités environnementales, cela signifie *a priori* qu’une subvention ne sera pas traitée différemment par les règles multilatérales, qu’elle contribue à la réalisation d’un objectif de protection environnementale ou qu’elle cause un dommage à l’environnement¹⁴¹⁴. Le point de repère déterminant l’application des dispositions reste fondamentalement ses effets commerciaux.

1212. De plus, certains éléments des dispositions régissant les subventions suivant cette logique ont pour résultat que des mesures de soutien à des biens ou entreprises spécifiques générant des externalités positives – comme la promotion de la production de biens écologiques ou encore le soutien à certaines entreprises leaders en matière environnementale

¹⁴¹³ Sur une logique juridico-politique qui pourrait justifier une réglementation commerciale multilatérale tranchant cette différenciation, voir le chapitre 3, section 2 de la première partie.

¹⁴¹⁴ Voir notre réflexion initiale sur le sujet dans le chapitre 2, section 2:7 de la deuxième partie.

– peuvent être plus facilement ciblées par les règles commerciales que des subventions horizontales générant des externalités négatives¹⁴¹⁵. Certains commentateurs identifient dans ce contour normatif des règles de l’OMC régissant les subventions la raison pour laquelle seuls les programmes de subvention aux énergies renouvelables ont été mis en cause dans le cadre du système de règlement des différends tandis que les subventions horizontales nuisibles à l’environnement – comme celles à destination de la pêche ou des combustibles fossiles – ne l’ont pas été¹⁴¹⁶.

1213. Rien n’exclut l’application des dispositions des accords de l’OMC aux subventions dans ces secteurs même si la configuration de la « spécificité » de certains types de programme de soutien peut soulever des difficultés additionnelles¹⁴¹⁷. De fait, il nous semble que d’autres questions liées à la mise en œuvre répandue de programmes d’aide octroyés à certains secteurs (comme celui de la pêche) ou encore de subventionnement « horizontaux » à la consommation de certains produits énergétiques, ainsi qu’à des questions liées à des raisonnements de politique économique, peuvent aussi contribuer à l’absence de questionnements formels. D’un côté, peu d’Etats se plaindraient d’une subvention octroyée à la production de produits d’énergie fossile quand la majorité d’entre eux sont encore des importateurs. De même, il est peu probable qu’un exportateur de ces produits conteste une subvention à leur consommation. D’un autre côté, des Etats pourraient être réticents à

¹⁴¹⁵ Voir notre réflexion sur le sujet dans le chapitre 1, section 2 de la présente partie.

¹⁴¹⁶ Voir, par exemple, la critique de ASMELASH, Henok B., « Energy Subsidies and the WTO Dispute Settlement System: Why Only Renewable Energy Subsidies Are Challenged », *Journal of International Economic Law*, vol. 18, n° 2, 2015, p. 272-273. Voir aussi : QUICK, Reinhard, « Export Taxes and Dual Pricing: How Can Trade Distortive Government Practices be Tackled? », in PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, Genève, CEPR, The Graduate institute, 2010, p. 195 ; TRACHTMAN, Joel P., « Fossil Fuel Subsidies Reduction and the World Trade Organization », *ICTSD Issue paper*, Genève, ICTSD, 2017, p. 6 ; DE BIÈVRE, Dirk, ESPA, Ilaria, POLETTI, Arlo, « No iceberg in sight: on the absence of WTO disputes challenging fossil fuel subsidies », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 17, n° 3, 2017, p. 411–425.

¹⁴¹⁷ À titre d’exemple, on peut se demander si certains types de subventions aux combustibles fossiles bénéficient davantage à certaines entreprises – celles qui consomment la plupart de l’énergie ou des carburants produits – qu’à d’autres. A. Marhold et R. Howse soutiennent un argument similaire. Voir MARHOLD, Anna, « Fossil Fuel Subsidy Reform in the WTO: Options for Constraining Dual Pricing in the Multilateral Trading System », *ICTSD Issue paper*, Genève, ICTSD, 2017, p. 13 ; HOWSE, Robert, *Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis*, Winnipeg, Manitoba Canada, IISD, 2010, p. 9.

contester un programme de subvention dans un secteur donné sous peine de voir leurs propres programmes similaires contestés¹⁴¹⁸.

1214. En tout état de cause, les impacts de cet outil sur l'environnement n'ont pas été entièrement mis en dehors du radar des Membres de l'OMC. En effet, depuis très tôt dans le cadre des travaux du Comité du commerce et de l'environnement (CCE), les Membres ont identifié des effets nuisibles que des subventions démesurées à certains secteurs de l'économie, comme l'agriculture et les pêcheries, pouvaient avoir non seulement sur les échanges mais aussi sur l'environnement¹⁴¹⁹.

1215. Les défis commerciaux et environnementaux liés aux subventions accordées aux pêcheries identifiés dans ces débats préliminaires au sein du CCE ont incité les Membres de l'OMC à mettre cette question sur l'agenda des négociations de Doha¹⁴²⁰. L'objectif initial de ces négociations – qui font partie des débats sur les « règles » – était de « clarifier » et « améliorer » les dispositions de l'OMC « concernant les subventions aux pêcheries »¹⁴²¹. La composante environnementale de ces négociations, ainsi que l'importance croissante du sujet, sont devenues encore plus évidentes quatre ans plus tard, lors de la sixième Conférence ministérielle. À Hong Kong, les Membres de l'OMC ont en effet affirmé :

« [Nous] rappelons notre engagement pris à Doha en faveur du renforcement du soutien mutuel du commerce et de l'environnement, notons qu'il est largement admis que le Groupe [de

¹⁴¹⁸ Voir notre examen de ces questions dans le chapitre 1, section 2:4 de la présente partie.

¹⁴¹⁹ Le programme de travail du CCE contient dix points. Le point six – l'un des points à propos desquels la Déclaration ministérielle de Doha a demandé aux Membres d'accorder une « attention particulière » – se lit comme suit :

« *Environnement et libéralisation du commerce*

Effet des mesures environnementales sur l'accès aux marchés, notamment pour les pays en développement et les pays les moins avancés, *et avantages environnementaux de l'élimination des restrictions et distorsions des échanges* » (italiques ajoutés).

¹⁴²⁰ Voir pour des exemples de débats sur le sujet au sein du CCE ainsi que pour une étude de leur impact sur la décision d'inclure la réforme de ces subventions dans le cadre des négociations du cycle de Doha : OMC, *Rapport à la cinquième session de la Conférence ministérielle de l'OMC*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/8, 11 juillet 2003.

¹⁴²¹ À Doha, les ministres du commerce des Membres ont déclaré ce qui suit :

« Dans le contexte de[s] négociations [sur règles], les participants viseront aussi à clarifier et à améliorer les disciplines de l'OMC concernant les subventions aux pêcheries, en tenant compte de l'importance de ce secteur pour les pays en développement. Nous notons que les subventions aux pêcheries sont également mentionnées au paragraphe 31 [sur l'environnement] » (OMC, *Déclaration ministérielle de Doha*, Conférence Ministérielle, Quatrième session, WT/MIN(01)/DEC/1, Doha, 14 novembre 2001, para. 23).

négociations sur les règles] devrait renforcer les disciplines sur les subventions dans le secteur des pêcheries, y compris par *la prohibition de certaines formes de subventions aux pêcheries qui contribuent à la surcapacité et à la surpêche*, et demandons aux participants d'entreprendre rapidement d'autres travaux détaillés, entre autres choses pour établir la nature et la portée de ces disciplines, y compris la transparence et la possibilité de les faire respecter. Un traitement spécial et différencié approprié et effectif pour les Membres en développement et les moins avancés devrait faire partie intégrante des négociations sur les subventions dans le secteur des pêcheries, compte tenu de l'importance de ce secteur pour les priorités de développement, la réduction de la pauvreté et les préoccupations en matière de garantie des moyens d'existence et de sécurité alimentaire » (italiques ajoutées)¹⁴²².

1216. Dès lors, à partir de la conférence de Hong Kong, les négociations se sont focalisées sur la « prohibition » – plutôt que sur le « renforcement des dispositions » – des subventions qui contribuent à la « surcapacité et à la surpêche ». L'objectif était d'identifier ces subventions – à travers la négociation des éléments de classification, y compris la durabilité des efforts de pêche – et de les classer dans la catégorie « feu rouge » de l'Accord SMC (Article 3) – c'est-à-dire en tant que subventions prohibées caractérisées par une procédure spéciale et accélérée de règlement des différends dans le cadre l'OMC¹⁴²³.

1217. Néanmoins, les négociations du Groupe sur les règles – portant notamment sur les subventions aux pêcheries –, tout comme le reste du cycle de Doha n'ont guère avancé depuis 2011. En 2014, le rapport du président du Groupe sur les règles informait déjà que les sujets traités par ce Groupe n'étaient pas considérés comme « prioritaires » par la majorité des Membres de l'OMC¹⁴²⁴. Cependant, l'adoption des ODD l'année suivante a redonné un important souffle de vie au processus¹⁴²⁵. En effet, d'après la cible 14.6 des ODD, la communauté internationale s'engage à :

¹⁴²² OMC, *Déclaration ministérielle de Hong Kong*, Conférence Ministérielle, Sixième session, WT/MIN(05)/DEC, Hong Kong, 22 décembre 2005, Annexe D, para. 9.

¹⁴²³ Voir les éléments ayant trait aux subventions aux pêcheries qui étaient déjà inclus dans le draft du président du groupe sur les règles en 2008 dans : OMC, *Nouveaux projets de textes récapitulatifs des Accords antidumping et SMC présentés par le président*, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/236, 19 décembre 2008, p. 41 et 89-99.

¹⁴²⁴ Voir OMC, *Rapport du président du groupe de négociation sur les règles*, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/255, 25 mars 2014, paras. 1.4-7.

¹⁴²⁵ Pour un aperçu des éléments les plus pertinents liés au commerce – et plus particulièrement aux subventions

« D’ici à 2020, interdire les subventions à la pêche qui contribuent à la surcapacité et à la surpêche, supprimer celles qui favorisent la pêche illicite, non déclarée et non réglementée et s’abstenir d’en accorder de nouvelles, sachant que l’octroi d’un traitement spécial et différencié efficace et approprié aux pays en développement et aux pays les moins avancés doit faire partie intégrante des négociations sur les subventions à la pêche menées dans le cadre de l’Organisation mondiale du commerce ».

1218. Dès lors, les négociateurs de l’OMC ont reçu un mandat politique ferme avec un délai établi de fin des négociations multilatérales. De surcroît, une nouvelle attention a été portée à un troisième type de subventions aux pêcheries : celles favorisant la pêche illicite non déclarée et non réglementée (pêche INN). Peut-être plus important encore, l’adoption de la cible 14.6 a jeté la lumière sur ces importantes négociations qui étaient bloquées et les a retirées des bureaux de négociation inconnus aux côtes du lac Léman pour les placer au centre du débat public¹⁴²⁶.

1219. Un premier effort notable pour achever ces négociations a été réalisé, mais sans succès, en 2017. Durant la Conférence ministérielle de Buenos Aires, les ministres ont effectivement convenu d’un programme de travail afin de les finaliser¹⁴²⁷ en vue d’adopter, lors la douzième Conférence ministérielle – initialement prévue en 2019, mais repoussée à 2020 et encore une fois à 2021 -, un accord sur les subventions à la pêche qui donnerait effet à la cible 14.6 des ODD précitée. Au moment de la conclusion de notre thèse, les négociations sur ce sujet étaient à plein régime, visant à une fin des négociations en 2021.

1220. Il échappe néanmoins à la portée de notre travail d’examiner les dispositions spécifiques qui pourraient être finalement adoptées¹⁴²⁸. Il importe alors de se demander si, avec la conclusion réussie de ces négociations, les Membres de l’OMC adopteront, pour la

– dans le cadre des ODD, voir le chapitre 1, section 3 de la troisième partie.

¹⁴²⁶ Un exemple notable de l’attention publique que l’établissement d’une date limite pour les négociations sur les subventions aux pêches a engendrée est la publication d’une vidéo par Sir David Attenborough en octobre 2019 – célèbre rédacteur scientifique, écrivain et naturaliste britannique – appelant les négociateurs de l’OMC à achever les négociations dans le délai prévu. La vidéo est disponible sur : <<https://www.youtube.com/watch?v=og8N-EslUPQ>>, dernier accès le 08.11.2019.

¹⁴²⁷ OMC, *Décision ministérielle sur les subventions à la pêche*, Conférence Ministérielle, Onzième session, WT/MIN(17)/64, WT/L/1031, Buenos Aires, 18 décembre 2017.

¹⁴²⁸ Voir pour un aperçu des sujets et dispositions ayant fait l’objet d’intenses débats en 2019 : OMC, *Subventions à la pêche – Document de travail*, Communication du Président, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/274/Rev.6, 14 novembre 2018.

première fois, des dispositions interdisant des politiques commerciales en raison *spécifiquement* de leurs impacts négatifs sur l'environnement outre leurs effets nuisibles sur les échanges.

1221. Jusqu'à présent, la relation juridique entre les objectifs commerciaux et les objectifs environnementaux dans le cadre de l'OMC était basée sur l'introduction de flexibilités qui permettaient l'adoption de mesures environnementales légitimes même dans les cas où ces mesures affectaient négativement les échanges (voir la troisième partie sur l'évolution du concept de développement durable et sa prise en compte dans le cadre commercial multilatéral)¹⁴²⁹. Leur éventuel impact *négatif* sur l'environnement pourrait bien être un sujet de débat au sein du CCE mais il ne serait pas loisible à un Membre d'alléguer une incompatibilité avec les dispositions commerciales en fonction de ces effets environnementaux. Par ailleurs, jusqu'à présent, les pays négociaient des dispositions imposant des restrictions aux mesures commerciales (ou au commerce tout court) susceptibles d'engendrer des effets nuisibles sur l'environnement dans le cadre des accords environnementaux multilatéraux (AEM)¹⁴³⁰.

1222. Dès lors, les dispositions en cours de négociation sur les subventions à la pêche bouleverseraient cette logique. Pour la première fois, le système commercial multilatéral se penche sur la question de l'impact environnemental des mesures commerciales et décide de les aborder par la voie de l'adoption de règles spécifiques¹⁴³¹. Naturellement, ainsi que nous

¹⁴²⁹ Il convient de rappeler que ces flexibilités sont beaucoup plus étroites s'agissant des mesures de soutien.

¹⁴³⁰ Voir le chapitre 1, section 1:2 de la troisième pour un aperçu de l'évolution des AEM contenant des dispositions commerciales.

¹⁴³¹ Il convient de noter que ce type de dispositions n'est pas inédit dans les accords commerciaux. En effet, un nombre croissant d'accords commerciaux régionaux incluent des règles commerciales qui visent spécifiquement à encadrer les externalités environnementales. Voir MONTEIRO, Jose-Antonio, « Typology of Environment-related Provisions in Regional Trade Agreements », *Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper*, OMC, 2016, 109 p. Concernant les subventions aux pêcheries, l'Accord de partenariat transpacifique (TPP, d'après son acronyme en anglais) comprend des dispositions spécifiques interdisant certains types de subventions :

« Article 20.16(5):

...no Party shall grant or maintain any of the following subsidies within the meaning of Article 1.1 of the SCM Agreement that are specific within the meaning of Article 2 of the SCM Agreement:

(a) subsidies for fishing that negatively affect fish stocks that are in an overfished condition; and
(b) subsidies provided to any fishing vessel while listed by the flag State or a relevant Regional Fisheries Management Organisation or Arrangement for IUU fishing in accordance with the rules and procedures of that organisation or arrangement and in conformity with international law » (notes de bas de page omises).

l'avons déjà noté, cette évolution est due au fait que les subventions peuvent avoir des impacts négatifs à la fois sur les échanges et sur l'environnement. Ces négociations traitent donc de questions importantes ayant trait à la durabilité et à la protection environnementale auxquelles les négociateurs commerciaux n'étaient pas habitués. En effet, celles-ci ont été une source importante des difficultés surgies dans le cadre des négociations en affectant leur déroulement.¹⁴³²

1223. Ainsi, une fois les nouvelles dispositions finalement adoptées, elles se joindront à plusieurs AEM régissant la pêche et le commerce. Les questions liées à la surcapacité et à la surpêche, ainsi qu'à la pêche illicite non déclarée et non réglementée, ont effectivement fait l'objet d'intenses négociations internationales ces dernières années. La FAO, ainsi que d'autres institutions internationales comme la Banque mondiale et l'OCDE, attirent l'attention sur le sujet depuis plusieurs années et appellent à une action concertée des États. Selon la FAO, en 2018, la proportion de stocks de poissons surexploités ou exploités au maximum est passé de 60 % en 1975 à 93 % en 2015¹⁴³³. La Banque mondiale estimait à 83 milliards de dollars américains la perte économique annuelle engendrée par la surexploitation de ces ressources en 2012¹⁴³⁴. De plus, en 2018, l'OCDE a considéré que les six types les plus communs de programmes de soutien aux pêcheries contribuaient, à des degrés variables, à la surcapacité et à la surpêche ainsi qu'à la pêche illicite non déclarée et non réglementée¹⁴³⁵.

1224. Par ailleurs, plusieurs nouveaux instruments internationaux ont été négociés visant à encadrer les efforts multilatéraux en la matière¹⁴³⁶. Ces initiatives posent des questions intéressantes par rapport à la coopération et à la cohérence nécessaires entre les différents

¹⁴³² Voir PEREIRA, Heloísa, « How the WTO Can Help the Fossil-Fuel Subsidies Reform to Tackle Climate Change: Lessons from the Fisheries Negotiations », *ICTSD Issue paper*, ICTSD, Genève, 2017, p. 12-16.

¹⁴³³ FAO, *La situation mondiale des pêches et de l'aquaculture 2018. Atteindre les objectifs de développement durable*, Rome, FAO, 2018, xiii, 237 p.

¹⁴³⁴ BANQUE MONDIALE, *The Sunken Billions Revisited: Progress and Challenges in Global Marine Fisheries*, Washington, DC, Banque mondiale, Environment and Sustainable Development series, 2017, xiii, 99 p.

¹⁴³⁵ MARTINI, Roger, INNES, James, « Relative Effects of Fisheries Support Policies », *OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers*, n° 115, Paris, Éditions OCDE, 2018, 59 p.

¹⁴³⁶ Voir, par exemple, les dispositions adoptées dans l'Accord de la FAO relatives aux mesures du ressort de l'État du port visant à prévenir, contrecarrer et éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (PSMA) ou encore les nouvelles Directives de la FAO relatives aux programmes de documentation des prises.

systèmes juridiques ainsi qu'entre leurs institutions – en particulier les systèmes juridiques établis dans le cadre des accords régionaux de gestion des pêcheries¹⁴³⁷ –. Cela pose aussi des questions relatives à la capacité des membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de trancher des questions délicates telles que la détermination des points de repère permettant de décider quand une pêche pourrait être considérée comme « surpêchée », ce qui configure une pêche illicite non déclarée et non réglementée¹⁴³⁸, ou encore quelles pratiques de pêche peuvent être envisagées comme durables.

1225. Même si ce genre d'interrogations ne peut être considéré comme complètement inédit dans le système de règlement des différends, jusqu'à présent elles ont été examinées uniquement au regard des argumentations des parties qui cherchaient à justifier les éléments discriminatoires de leurs mesures commerciales prises aux fins de protection environnementale, c'est-à-dire, en tant qu'éléments de l'examen de la *cohérence* et de l'*adaptation* des effets commerciaux au regard de l'objectif légitime poursuivi¹⁴³⁹.

1226. Avec l'adoption de ces dispositions nouvelles, en revanche, ce type de questionnement deviendrait partie intégrante des *contours normatifs des obligations commerciales*. Ce fait souligne et accentue la pertinence d'une appréciation correcte des faits

¹⁴³⁷ Il convient de noter que la coordination juridique et institutionnelle entre les systèmes multilatéraux, commercial et environnemental, figure dans le programme de travail du CCE (points 1 et 10). De surcroît, dans l'agenda de Doha, le renforcement de cette relation juridique et institutionnelle est aussi objet de négociations entre les Membres. Voir OMC, *Déclaration ministérielle de Doha*, Conférence Ministérielle, Quatrième session, WT/MIN(01)/DEC/1, Doha, 14 novembre 2001, para. 31.

¹⁴³⁸ Voir l'édition spéciale 22.4 de l'*International Community Law Review* sur le sujet. L'édition spéciale contient une compilation d'articles issus d'une conférence au Luxembourg en 2019 consacrée aux défis juridiques et pratiques liés à la lutte contre la pêche illicite non déclarée et non réglementée. Comme le notent H. Fabri *et al* lors de l'introduction de l'édition :

« [T]he dynamics of IUU fishing encompass myriad legal regimes and jurisdictional challenges. As a result, the management of IUU fishing disputes now takes place across a diverse range of dispute settlement modalities and fora, including institutions for global and regional cooperation, international courts and tribunals, and domestic jurisdictions. » (FABRI, Hélène Ruiz, MBENGUE, Makane M., et McGARRY, Brian, « Introducing the Special Issue 22.4 Regime Convergence and Lex Ferenda in IUU Fishing Disputes: Introductory Remarks », *International Community Law Review*, vol. 22, n^{os} 3-4, 2020, p.364)

Ces myriades de régimes juridiques incluent également le système commercial multilatéral. Voir *International Community Law Review*, vol. 22, n^{os} 3-4, 2020, p. 363-531.

¹⁴³⁹ Des exemples notables où des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont été appelés à trancher ce genre de questions sont les affaires *États-Unis – Crevettes* et *États-Unis – Thon II*. Voir une analyse de ces affaires dans les sections 3:2 et 3:3 du deuxième chapitre de la troisième partie.

relatifs aux questions de durabilité ainsi que l'importance du recours par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel à des experts dans ce domaine¹⁴⁴⁰.

1227. En tout état de cause, il nous semble que les négociations autour d'une réglementation commerciale multilatérale des subventions à la pêche susceptibles d'avoir des effets nuisibles sur l'environnement – et leur conclusion positive – doivent être considérées comme un développement *véritablement positif* dans l'évolution de la relation juridico-politique entre les systèmes multilatéraux commercial et environnemental¹⁴⁴¹. Elles ouvrent la voie à l'intégration d'une logique juridique nouvelle au regard des règles de l'OMC – ce qui peut évidemment soulever des tensions et incertitudes juridiques –. Ces discussions rapprochent aussi ces dispositions de considérations économiques tenant compte des externalités environnementales négatives que nous avons précédemment étudiées.

1228. Enfin, les résultats de ces négociations pourraient servir d'exemple quant à l'élaboration de nouvelles dispositions régissant un autre type de subvention nuisible à l'environnement : les subventions aux combustibles fossiles.

Section 3 : Efforts de réforme en matière de subventions aux combustibles fossiles

1229. Les subventions aux combustibles fossiles (SCF ou *FFS* d'après l'acronyme en anglais) constituent un autre type de subventions ayant des effets nuisibles sur l'environnement. Le sujet de leur réforme a gagné dernièrement en importance en raison de

¹⁴⁴⁰ L'Article 13 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends prévoit le droit des Groupes spéciaux de « demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques ». Il nous semble que cette disposition serait davantage pertinente pour les différends ayant trait à l'application de nouvelles dispositions sur les subventions aux pêcheries. Il convient de noter que d'autres accords, comme l'Accord SPS (Article 11) et l'Accord OTC (Article 14), prévoient des dispositions spécifiques sur le recours aux « avis techniques » des experts qui peuvent aussi offrir des pistes sur les différentes options juridiques disponibles pour traiter de la question.

¹⁴⁴¹ Au moins certains Membres participants aux négociations sur les subventions à la pêche semblent reconnaître l'importance de la contribution de nouvelles dispositions au développement durable. En effet, dans le document de travail daté de 2018 compilant les propositions textuelles, l'un des paragraphes proposés du préambule de l'instrument juridique éventuellement conclu indique :

« Sachant que la réalisation des objectifs concernant les subventions à la pêche sera la contribution la plus pertinente de l'OMC au commerce et à l'environnement, tout en apportant une contribution importante à la sécurité alimentaire et au développement » (OMC, *Subventions à la pêche – Document de travail*, Communication du Président, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/274/Rev.6, 14 novembre 2018, p. 4).

l'intérêt croissant accordé à la lutte contre le changement climatique. En effet, selon les estimations du FMI, l'élimination des SCF réduirait de 15 à 23 % les émissions globales de GES¹⁴⁴².

1230. La réforme des SCF soulève cependant certaines questions liminaires importantes. En premier lieu, une divergence d'opinions existe quant à ce qui doit être considéré comme une SCF, même parmi les institutions internationales qui travaillent sur le sujet¹⁴⁴³. Par exemple, les estimations mentionnées ci-dessus, calculées par le FMI, incluent non seulement les contributions financières sous forme de versements et allègements fiscaux mais aussi les coûts découlant de la non-facturation aux utilisateurs des combustibles, du coût social du carbone émis (« subventions implicites » ou « subventions du fait des externalités négatives non facturées »). Selon ces estimations, les SCF globales en 2017 s'élevaient à 52000 milliards de dollars américains, soit 6.5 % du PIB mondial¹⁴⁴⁴.

1231. L'OCDE, de son côté, ne tient compte dans ses estimations que des « transferts budgétaires directs et concessions fiscales qui fournissent en quelque sorte un avantage ou une préférence pour la production ou la consommation de combustibles fossiles ». D'après son estimation des subventions octroyées par 44 pays – y compris les 36 membres de l'OCDE ainsi que d'autres grandes économies comme le Brésil –, en 2017, les SCF s'élevaient à 140 milliards de dollars américains¹⁴⁴⁵. Enfin, selon l'Agence internationale de l'énergie (IEA d'après son acronyme en anglais), la valeur des SCF globales octroyées sous forme de subventions à la consommation avait « chuté fortement » en 2015 à 325 milliards de dollars américains – en baisse de près de 500 milliards de dollars par rapport à 2014 –, « principalement en raison de la baisse du prix des combustibles fossiles sur le marché international ». Néanmoins, l'IEA notait aussi que « [e]ven with the drop in 2015, the amount

¹⁴⁴² Voir PARRY, Ian, HEINE, Dirk, LIS, Eliza, LI, Shanjun, *Getting Energy Prices Right: From Principle to Practice*, Washington D.C., FMI, 2014, p.144.

¹⁴⁴³ Voir pour une discussion détaillée sur les différentes méthodes de calcul : KOJIMA, Masami, KOPLOW, Doug, « Fossil Fuel Subsidies : Approaches and Valuation », *Policy Research Working Paper 7220*, Banque Mondiale, 2015, 54 p.

¹⁴⁴⁴ COADY, David, PARRY, Ian, LE, Nghia-Piotr, SHANG, Baoping, « Global Fossil Fuel Subsidies Remain Large: An Update Based on Country-Level Estimates », *Working Paper No. 19/89*, FMI, 2019, 39 p.

¹⁴⁴⁵ OCDE, *OECD Inventory of Support Measures for Fossil Fuels. Database Brochure 2019*, Paris, OCDE, 2019, 7 p.

going to subsidise fossil fuels is still more than double the \$150 billion spent on subsidies to renewable energy »¹⁴⁴⁶.

1232. D'autre part, le soutien des prix des carburants est une composante importante des politiques publiques d'un certain nombre de pays en développement, en particulier de ceux qui dépendent de l'exploitation de ces biens énergétiques pour leur développement économique¹⁴⁴⁷. Les récentes grandes manifestations publiques en Équateur¹⁴⁴⁸, en Indonésie¹⁴⁴⁹, au Nigeria et au Mexique¹⁴⁵⁰ et même dans certains pays développés, comme l'illustre le mouvement des « gilets jaunes » en France, en opposition à des efforts de réforme des SCF dénote l'importance de l'attention accordée autant aux éléments d'équité et sociaux qu'aux traits écologiques et économiques de telles réformes¹⁴⁵¹.

1233. Par ailleurs, plusieurs études démontrent que les SCF profitent davantage, et de manière disproportionnée, aux ménages riches qu'aux ménages pauvres. Selon Coady *et al.* par exemple, les 20 % des ménages les plus riches bénéficient plus de six fois plus des SCF que les 20 % les plus pauvres¹⁴⁵². En tout état de cause, il nous paraît indéniable qu'une

¹⁴⁴⁶ IEA, *Fact Sheet: World Energy Outlook 2016*, IEA, 2016, p.1.

¹⁴⁴⁷ Voir l'intéressante analyse de L. El-Katiri et B. Fattouh sur les implications politiques des subventions à l'énergie dans les pays du MENA (acronyme anglais se référant aux pays du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord). Selon les auteurs, dans une région où les systèmes de protection sociale fonctionnent peu ou prou, les prix de l'énergie subventionnés continuent de constituer un filet de sécurité sociale important bien que très coûteux et inefficace. EL-KATIRI, Laura, FATTOUH, Bassam, « A Brief Political Economy of Energy Subsidies in the Middle East and North Africa », *Revue internationale de politique de développement*, Genève, Institut des hautes études internationales et du développement, vol. 7, 2017, p. 58–87.

¹⁴⁴⁸ REUTERS, *Ecuador's Moreno scraps fuel subsidy cuts in big win for indigenous groups*, 14 octobre 2019, disponible sur : <<https://www.reuters.com/article/us-ecuador-protests/ecuadors-moreno-scraps-fuel-subsidy-cuts-in-big-win-for-indigenous-groups-idUSKBN1WT265>>, dernier accès le 09.11.2019.

¹⁴⁴⁹ G20, « Indonesia's effort to Phase Out and Rationalise Its Fossil-Fuel Subsidies », *Indonesia G-20 peer review self report*, G20 2019 Japan, 2019, p. 25-26.

¹⁴⁵⁰ HEWLETT FOUNDATION, *Fossil fuel subsidies: Can transparency promote reforms*, 16 août 2017, disponible sur : <<https://hewlett.org/fossil-fuel-subsidies-can-transparency-promote-reforms/>>, dernier accès le 09.11.2019.

¹⁴⁵¹ Sur le sujet, voir SKOVGAARD, Jakob, VAN ASSELT, Harro (eds.), *The politics of fossil fuel subsidies and their reform*, Cambridge University Press, 2018, xxiii, 324 p. Voir aussi TUCK, Laura, *Reforming Fossil Fuel Subsidies for a Cleaner Future*, Banque Mondiale, 21.09.2017, disponible sur : <<https://www.worldbank.org/en/news/feature/2017/11/21/reforming-fossil-fuel-subsidies-for-a-cleaner-future>>, dernier accès le 09.11.2019.

¹⁴⁵² COADY, David, FLAMINI, Valentina, SEARS, Louis, « The Unequal Benefits of Fuel Subsidies Revisited: Evidence for Developing Countries », *IMF Working Papers*, WP/15/250, 2015, 24 p. Voir aussi l'analyse de V. Garg *et al.* qui indique que 45 % des subventions au kérosène en Inde sont détournés vers le marché noir et s'agissant du montant effectivement alloué, 20 % des ménages les plus pauvres en bénéficient seulement à hauteur de 14 %. GARG, Vibhuti, SHARMA, Shruti, CLARKE, Kieran, BRIDLE, Richard,

approche prudente est requise afin d'éviter d'impacter négativement les groupes les plus vulnérables de citoyens.

1234. Enfin, dans le cadre des débats qui se tiennent au sein de la CCNUCC et de ceux ayant abouti à l'Accord de Paris, les efforts entrepris en matière de réduction des subventions à la consommation des combustibles fossiles – ainsi que d'autres mesures de mitigation des changements climatiques – appellent à des questionnements quant à l'impact d'une telle diminution sur les économies dont le développement économique dépend de leurs exportations. La logique opportune, déjà examinée auparavant dans notre thèse¹⁴⁵³, serait de se poser la question de *la justesse et/ou de la légitimité* de l'adoption de mesures visant la diminution de la consommation de ces biens par des pays développés – qui ont historiquement causé le plus d'émissions de GES – quand les pays en développement sont eux-mêmes en train d'exploiter et exporter ces ressources pour avancer leur propre développement économique. Naturellement, ce type de débat dépasse les raisonnements traditionnellement suivis dans le cadre des négociations sur les dispositions commerciales. Il n'est pourtant pas sans mérite.

1235. Des efforts de réforme des SCF sont désormais entrepris au sein de plusieurs groupements et institutions internationales, y compris dans le cadre du G20 (avec le soutien de l'OCDE)¹⁴⁵⁴, du G7¹⁴⁵⁵ et de la Coopération économique pour l'Asie-Pacifique (APEC

« Kerosene Subsidies in India: The status quo, challenges and the emerging path to reform », *Kerosene To Solar Swap Policy Brief #1*, IISD, 2017, p. 3.

¹⁴⁵³ Voir la section 1, chapitre 2, section 2.2.A. de la présente partie.

¹⁴⁵⁴ Lors de la réunion du G20 de 2009 à Pittsburgh, les dirigeants se sont engagés à :

« Rationaliser et abandonner progressivement à moyen terme les subventions inefficaces accordées aux combustibles fossiles qui encouragent la surconsommation. Ce faisant, nous reconnaissons qu'il est primordial de fournir aux populations qui en ont besoin les services énergétiques essentiels, au moyen notamment de transferts financiers ciblés et d'autres mécanismes appropriés ».

L'engagement a été renouvelé à plusieurs reprises lors des sommets suivants et une initiative d'examen réciproque par les pairs de leurs SCF, facilitée par l'OCDE, a été lancée. Les examens réciproques de six pays ont été complétés : Chine et États-Unis ; Allemagne et Mexique ; Indonésie et Italie (disponibles sur <<https://www.oecd.org/fossil-fuels/publication>>, dernier accès le 09.11.2019). Au moment de la conclusion de cette thèse, le Canada et l'Argentine étaient en train de conduire leur examen respectif. Les examens ont produit des rapports intéressants mais les progrès de réforme semblent assez timides jusqu'à présent ; avec un danger de réintroduction de mesures de soutien si les prix des carburants rebondissent. Voir OCDE-IEA, *Update on recent progress in reform of inefficient fossil-fuel subsidies that encourage wasteful consumption*, G20 2019 Japan, 2019, 41 p.

¹⁴⁵⁵ En 2009, les membres du G7 avaient également déclaré leur intention « d'abandonner » (« *phase-out* ») les « subventions inefficaces accordées aux combustibles fossiles qui encouragent la surconsommation. » Au sommet de 2016 au Japon, les dirigeants ont « encouragé » les membres – et tout autre pays – à le faire jusqu'en

d'après son acronyme en anglais)¹⁴⁵⁶. Chacune de ces initiatives est caractérisée par des participants, points de repères, actions prévues et dates limites différents mais toutes se confrontent au défi de faire effectivement avancer les réformes en dépit des difficultés que nous venons d'examiner¹⁴⁵⁷.

1236. Comme pour les subventions à la pêche, l'adoption des ODD a incité les pays à renforcer leurs efforts pour réformer les SCF. Ainsi, dans la cible 12.c., les pays se sont engagés à :

« Rationaliser les subventions aux combustibles fossiles qui sont source de gaspillage, en éliminant les distorsions du marché, selon le contexte national, y compris par la restructuration de la fiscalité et l'élimination progressive des subventions nuisibles, afin de mettre en évidence leur impact sur l'environnement, en tenant pleinement compte des besoins et de la situation propres aux pays en développement et en réduisant au minimum les éventuels effets perniciose sur le développement de ces pays tout en protégeant les pauvres et les collectivités concernées ».

1237. Or, très récemment, un pas important a été fait à cet égard avec l'adoption d'une « méthodologie internationalement reconnue » pour la comptabilisation et la notification des SCF. Ce processus, coordonné par le PNUE en collaboration avec l'OCDE et l'IISD, a conduit à l'élaboration d'un rapport qui fournit des orientations méthodologiques pour mesurer les subventions aux combustibles fossiles dans le cadre de l'indicateur de suivi des ODD 12.c.1 (montant des subventions aux combustibles fossiles par unité de PIB –

2025. Finalement, en 2017, lors de la réunion des ministres de l'énergie dans le cadre du sommet en Italie, les dirigeants ont réaffirmé leur « engagement » d'abandonner ces subventions jusqu'à 2025. Les déclarations de 2016 et 2017 sont disponibles, respectivement, sur <<https://www.mofa.go.jp/files/000160266.pdf>> et <http://www.g7italy.it/sites/default/files/documents/energy_chairs_summary_0/index.pdf>, dernier accès le 09.11.2019.

¹⁴⁵⁶ En 2009 – réaffirmé en 2015 –, les dirigeants des pays associés de l'APEC se sont aussi engagés à « rationaliser et abandonner progressivement à moyen terme les subventions inefficaces accordées aux combustibles fossiles qui encouragent la surconsommation ». Dans le cadre de l'APEC, les pays ont également entrepris des examens réciproques par les pairs de leurs SCF. Jusqu'à présent, six pays l'ont fait : Pérou ; Nouvelle Zélande ; Philippines ; Taipei Chinois ; Vietnam ; Brunei.

¹⁴⁵⁷ Voir ASMELASH, Henok B., « Phasing Out Fossil Fuel Subsidies in the G20: Progress, Challenges, and Ways Forward », *ICTSD Think piece*, Genève, ICTSD, 2017, viii, 29 p. ; TRACHTMAN, Joel P., « Fossil Fuel Subsidies Reduction and the World Trade Organization », Genève, *ICTSD Issue paper*, ICTSD, 2017, 22 p. ; STEENBLIK, Ronald, SAUVAGE, Jehan, TIMIOLITIS, Christina, « Fossil fuel subsidies and the global trade regime », in SKOVGAARD, Jakob, VAN ASSELT, Harro (eds.), *The Politics of Fossil Fuel Subsidies and Their Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 121-139 ; COADY, David, PARRY, Ian, LE, Nghia-Piotr et SHANG, Baoping, « Global Fossil Fuel Subsidies Remain Large: An Update Based on Country-Level Estimates », *Working Paper No. 19/89*, FMI, 2019, 39 p.

production et consommation – et au regard des dépenses nationales totales consacrées aux combustibles fossiles)¹⁴⁵⁸.

1238. La méthodologie retenue reprend expressément la définition de l'Accord SMC (Article 1.1) qui permet d'identifier des subventions¹⁴⁵⁹. Toutefois, étant donné les complexités engendrées par cette définition – que nous avons examinées en détail au cours de cette thèse – on peut anticiper l'impact d'une telle décision sur les efforts de transparence et de réforme des SCF. À titre d'exemple, le rapport précité considère que la définition d'une subvention de l'Accord SMC est « très complète », car elle permet de « capter ces subventions tant pour les producteurs que pour les consommateurs ». Mais, comme nous l'avons relevé dans le cadre de notre analyse de l'affaire *États-Unis – Énergies renouvelables*, la question de la portée des dispositions de l'Accord au regard des mesures de soutien pour la consommation n'est pas si simple à régler. De plus, il est intéressant de relever que cette définition n'inclut pas la composante de la *spécificité* – un des éléments de la définition des subventions dans l'Accord SMC qui constitue un défi pour la mise en cause des subventions horizontales aux combustibles fossiles.

1239. Au sein de l'OMC, le sujet de la réforme des SCF a été soulevé, à plusieurs reprises ces dernières années, durant les débats au sein du CCE par le « groupe des Amis de la réforme des SCF » (« groupe des Amis ») sous l'égide de la délégation de la Nouvelle Zélande¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁸ PNUE-OCDE-IISD, *Measuring Fossil Fuel Subsidies in the Context of the Sustainable Development Goals*, PNUE, Kenya, Nairobi, 2019, ix, 80 p.

¹⁴⁵⁹ Selon le rapport, il y aurait quatre types de SCF : i) transferts directs de fonds ; ii) transferts induits ou prix de l'énergie réglementés par le gouvernement (semblable à des soutien des prix) ; iii) dépenses fiscales, autres recettes cédées et sous-évaluation des biens et services, tels que réductions, abattements ou crédits d'impôts ; iv) transferts de risques, c'est-à-dire participation directe des gouvernements à l'industrie des combustibles fossiles en prenant des risques pour le compte de l'industrie. En particulier, le rapport indique ce qui suit au sujet du choix de la définition des SCF :

« All definition proposed in Box 2.1.8 can be used as the basis to identify and measure fossil fuel subsidies and produce harmonised data. Nevertheless, the WTO definition is very comprehensive and allows the capture of these subsidies, both to producers and consumers. In addition, it is signed by 164 members and has legal force. Due to its comprehensive definition and wide acceptance, it is recommended that the definition of subsidies in the WTO ASCM be used for the monitoring of SDG Indicator 12.c.1. » (PNUE-OCDE-IISD, *Measuring Fossil Fuel Subsidies in the Context of the Sustainable Development Goals*, PNUE, Kenya, Nairobi, 2019, p. 18)

¹⁴⁶⁰ Le groupe des Amis est constitué par les pays suivants : Costa Rica ; Danemark ; Ethiopie ; Finlande ; Nouvelle Zélande ; Norvège ; Suède ; Suisse ; Uruguay. Voir : <<http://fffsr.org/fr/a-propos-de-fffsr/>>, dernier accès le 10.11.2019. En 2015, le groupe des Amis a lancé un « Communiqué sur la réforme des subventions aux énergies fossiles » mettant en évidence l'importance de la réforme de SCF. Jusqu'en novembre 2019, 43 pays – y compris la France – et 44 institutions avaient « adhéré » au Communiqué. Voir :

Ce groupe, établi en 2010, a constamment informé les autres Membres de l'OMC de l'évolution des efforts de ses membres en la matière en les invitant à entreprendre des efforts semblables. Il a aussi mis en évidence les conséquences nuisibles, commerciales plus qu'environnementales, de ces subventions¹⁴⁶¹.

1240. Ainsi, en 2017, dans le cadre de la 11^e réunion ministérielle de l'OMC à Buenos Aires, douze Membres – dont certains participants du groupe des Amis – ont signé une « Déclaration ministérielle sur la réforme des subventions aux combustibles fossiles »¹⁴⁶² qui réaffirme la position selon laquelle « le règlement de la question des subventions aux combustibles fossiles apportera des avantages commerciaux, économiques, sociaux et environnementaux ». De plus, les signataires du document considèrent que « l'Organisation mondiale du commerce peut jouer un rôle central dans la mise en place de disciplines efficaces sur les subventions inefficaces aux combustibles fossiles » en précisant les prochaines étapes qu'ils comptent suivre dans le cadre du système commercial multilatéral sur le sujet :

« [N]ous souhaitons faire avancer le débat à l'Organisation mondiale du commerce qui vise à mettre en place des disciplines ambitieuses et efficaces sur les subventions inefficaces aux combustibles fossiles incitant au gaspillage, y compris en améliorant la transparence et la communication de renseignements à l'OMC afin de permettre l'évaluation des effets des programmes de subventions aux combustibles fossiles sur le commerce et les ressources »¹⁴⁶³.

1241. Cependant, il n'est toujours pas clair aujourd'hui si les Membres à l'initiative de cette déclaration envisagent de lancer un processus de discussions plurilatéral – à l'instar de ceux

<<http://fffsr.org/fr/le-communique/partisans/>>, dernier accès le 10.11.2019.

¹⁴⁶¹ Selon le groupe des Amis, ainsi que d'autres intervenants au CCE, la valeur globale des SCF équivaut à environ 20% de la valeur des carburants échangés sur le marché international chaque année. De plus, ces subventions auraient des impacts nuisibles sur le commerce d'autres produits énergétiques et technologies, comme ceux liés aux énergies renouvelables. Voir sur ces discussions : OMC, *Rapport de la réunion tenue le 20 juin 2017*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/63, 27 septembre 2017 ; OMC, *Rapport de la réunion tenue le 28 juin 2018*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/65, 21 septembre 2018.

¹⁴⁶² La déclaration a été faite par les délégations du Chili ; du Costa Rica ; de l'Islande ; du Liechtenstein ; du Mexique ; de la Norvège ; de la Nouvelle-Zélande ; de la République de Moldavie ; du Samoa ; de la Suisse ; du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu ; de l'Uruguay. OMC, *Déclaration ministérielle sur la réforme des subventions aux combustibles fossiles*, Conférence Ministérielle, Onzième session, WT/MIN(17)/54, WT/L/1031, Buenos Aires, 12 décembre 2017.

¹⁴⁶³ *Ibidem*, p. 2.

qui sont en cours sur le commerce numérique ou les MPME¹⁴⁶⁴ – ou s'ils préfèrent développer des efforts en vue d'aboutir à un consensus permettant de lancer des négociations multilatérales en la matière ou une autre initiative hybride.

1242. Toutefois, à l'occasion des discussions tenues sur le sujet au sein du CCE, plusieurs pays en développement Membres de l'OMC ont manifesté une ferme opposition à un quelconque débat – ou processus de négociations – en la matière dans le cadre du système commercial multilatéral. Ces Membres ont considéré que le forum approprié pour tenir un tel débat était celui de la CCNUCC – selon la logique mentionnée plus haut – et que le processus de réforme des SCF est un processus volontaire organisé par d'autres groupements, comme le G20¹⁴⁶⁵. Enfin, certains Membres ont souligné que l'effet nuisible pour l'environnement de certains programmes de soutien, comme les subventions au secteur agricole, peut être abordé dans le cadre des négociations inscrites à l'agenda de Doha¹⁴⁶⁶.

1243. Dès lors, il n'est pas vraiment évident de déterminer s'il existe, à l'heure actuelle, un nombre important de Membres de l'OMC réellement déterminés à faire avancer le sujet de la réforme des SCF. En tout état de cause, on peut supposer que la fin des négociations sur les subventions à la pêche pourra conduire à un élan positif encourageant la réforme d'autres subventions nuisibles à l'environnement comme les SCF¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁴ Voir l'introduction de la présente section.

¹⁴⁶⁵ Voir, entre autres, les interventions de l'Arabie Saoudite, du Qatar, du Venezuela, de la Chine et de l'Équateur dans : OMC, *Rapport de la réunion tenue les 14 et 15 novembre 2016*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/62, 20 mars 2017 ; OMC, *Rapport de la réunion tenue le 30 novembre 2018*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/66, 22 mars 2019.

¹⁴⁶⁶ Voir les interventions du Venezuela et de l'Équateur dans : OMC, *Rapport de la réunion tenue le 1er novembre 2017*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/64, 17 janvier 2018 ; OMC, *Rapport de la réunion tenue le 28 juin 2018*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/65, 21 septembre 2018 ; OMC, *Rapport de la réunion tenue le 30 novembre 2018*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/66, 22 mars 2019.

¹⁴⁶⁷ S. Bigdeli se posait cette question déjà en 2008. Selon l'auteur, les défis posés par la réglementation des SCF étaient considérablement plus importants que ceux liés aux subventions à la pêche. Voir : BIGDELI, Sadeq Z., « Will the 'Friends of Climate' Emerge in the WTO? The Prospect of Applying the 'Fisheries Subsidies' Model to Energy Subsidies », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 2, n° 1, 2008, p. 78–88. Dans le même sens, H. Pereira identifie certains éléments et leçons tirées des négociations sur les subventions à la pêche qui pourraient informer les débats sur les SCF. Voir : PEREIRA, Heloísa, « How the WTO Can Help the Fossil-Fuel Subsidies Reform to Tackle Climate Change: Lessons from the Fisheries Negotiations », Genève, *ICTSD Issue paper*, ICTSD, 2017, viii, 31 p.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES ET PROPOSITIONS POUR UNE APPLICATION COHÉRENTE DES DISPOSITIONS MULTILATÉRALES SUR LES SUBVENTIONS

1244. Ainsi que nous l'avons indiqué au tout début de notre thèse, d'un point de vue économique, trois types d'intervention de l'État dans l'économie, à des fins diverses, peuvent être identifiés : i) des instruments de commandement, comme des règlements, prescrivant, interdisant ou limitant certains comportements ou produits ; ii) des mesures d'information, comme des campagnes publicitaires ou politiques d'éducation ; iii) des mesures économiques d'incitation à certains comportements.

1245. Le deuxième type d'intervention étatique indiqué étant peu concerné par les dispositions de l'OMC, il est préférable, pour l'examen de la compatibilité des mesures commerciales prises aux fins de protection environnementale et de développement durable avec les règles du système commercial multilatéral, d'envisager trois grandes catégories légèrement différentes :

- i) les *prescriptions environnementales*, qui établissent des conditions d'accès au marché (ou encore des interdictions) liées aux conséquences environnementales de la production ou de la consommation des biens et services (y compris celles « volontaires », comme les normes, et l'étiquetage) ;
- ii) les *mécanismes de prix et de marché* comme les droits de douanes, taxes ou contingents dont l'objet est d'affecter directement les prix sur le marché, en accordant un prix aux externalités environnementales et en orientant le marché vers des activités durables ;
- iii) les *mesures de soutien* qui visent à promouvoir certains produits ou processus de production générant des externalités environnementales positives ou à réduire les externalités négatives.

1246. Chacun de ces types de mesures relève de dispositions particulières du GATT ainsi que d'autres Accords de l'OMC.¹⁴⁶⁸ L'évolution des règles commerciales multilatérales et de leurs contours normatifs, tels qu'interprétés par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, a abouti à la reconnaissance d'un *droit* des Membres à adopter les deux premiers types de mesures afin d'assurer la réalisation d'objectifs légitimes, à la condition qu'il n'y ait pas

¹⁴⁶⁸ Par exemple, les règlements techniques, les normes et les procédures d'évaluation de conformité relèvent particulièrement de l'application de l'Accord OTC. Les mesures sanitaires et phytosanitaires, de l'Accord SPS. Aux interdictions et restrictions quantitatives s'applique le GATT, en particulier l'Article XI en conjonction avec l'Article XX. De même, pour les taxes et droits de douanes, en particulier les Articles I, II, III et XX.

d'abus de ce droit, c'est-à-dire que la mesure prise ne soit pas appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable à l'encontre de pays dans lesquelles les mêmes conditions existent, ni une restriction déguisée au commerce international. Autrement dit, le raisonnement juridique applicable à ces mesures consiste à considérer que, s'il existe un traitement différencié entre produits ou producteurs étrangers et nationaux qui affecte négativement les conditions de concurrence, ces mesures et leurs effets commerciaux ne seront pas considérés comme incompatibles avec les dispositions commerciales multilatérales si cette différence de traitement peut être justifiée en fonction de l'objectif légitime choisi.

1247. Ainsi, l'interdiction d'importer des pneumatiques usagés est justifiable eu égard aux impératifs de protection de la santé et de l'environnement face aux risques engendrés par l'accumulation de pneumatiques de rebus et ce, même si l'interdiction des échanges constitue « "l'arme" la plus lourde dont dispose un Membre dans son arsenal de mesures commerciales »¹⁴⁶⁹. De même, les prescriptions en matière d'étiquetage qui établissent des critères et prescriptions variables selon les pêcheries sont tout à fait compatibles avec les règles de l'OMC si ces critères sont « adaptés » aux différents « profils de risques » de chaque pêcherie en question et ce, même si les différences de traitement ont des effets nuisibles sur la compétitivité de certains pêcheurs¹⁴⁷⁰. Autre exemple, les prescriptions imposées aux crevettiers afin d'assurer une protection « efficace » des tortues marines sont compatibles avec les dispositions commerciales multilatérales si les pêcheurs (et leurs autorités) peuvent démontrer le bien-fondé de leurs propres mesures de conservation¹⁴⁷¹.

1248. Lors de l'analyse juridique de ces mesures, beaucoup d'attention est donc portée à l'instrument de politique publique particulier choisi par les autorités nationales afin de réaliser l'objectif légitime qu'elles se sont fixé, ainsi qu'au degré de contribution et au niveau de protection (ou risque) déterminé à l'échelle nationale. La « tâche la plus lourde », c'est-à-dire, l'examen le plus rigoureux, consiste à démontrer que les composantes discriminatoires de ces mesures sont des éléments cohérents et équitables d'une politique publique de

¹⁴⁶⁹ Voir notre analyse de l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* dans le chapitre 2, section 3:3:A de la troisième partie.

¹⁴⁷⁰ Voir notre analyse de l'affaire *États-Unis – Thon II* dans le chapitre 2, section 3:3:B de la troisième partie.

¹⁴⁷¹ Voir notre analyse de l'affaire *États-Unis – Crevettes* dans le chapitre 2, section 3:2 de la troisième partie.

protection environnementale et non des composantes protectionnistes ou arbitraires introduites aux fins de protection de la production interne, par exemple.

1249. Si cela n'est pas le cas, les prescriptions environnementales et les mécanismes de prix et de marché mis en œuvre seront considérés comme compatibles avec les dispositions du système commercial multilatéral même dans le cas où leur application implique des restrictions importantes aux échanges. De fait, comme nous avons eu l'occasion d'en discuter, l'application des règles multilatérales a souvent conduit à des mesures commerciales prises aux fins de protection environnementale plus cohérentes et efficaces, *même si plus restrictives vis-à-vis du commerce*.

1250. En revanche, s'agissant du troisième type de mesures précitées prises à des fins environnementales, le raisonnement juridique applicable n'est pas tout à fait le même. En ce qui concerne les mesures de soutien, les dispositions multilatérales, en particulier celles inscrites dans les Accords SMC et sur l'Agriculture, établissent un régime juridique dont l'objectif est d'annuler leurs effets commerciaux nuisibles. Bien que leur champ d'application soit théoriquement restreint – c'est-à-dire, seuls certains types de subventions relèvent de l'Accord SMC tandis que l'Accord sur l'agriculture établit des seuils au-dessous desquels les mesures de soutien interne ne relèvent pas de ses dispositions –, une fois que ces dispositions sont applicables, il n'existe pas de mécanisme d'exception générale qui permettrait de justifier une mesure de soutien autrement contraire aux dispositions multilatérales¹⁴⁷².

1251. De ce fait, à la différence des deux autres types de mesures commerciales, les mesures de soutien ne peuvent être justifiées du fait de leurs objectifs de développement durable si elles sont contraires aux dispositions de ces Accords.

1252. Les membres des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ne seront donc, *a priori*, jamais appelés à réaliser le même type d'examen du bien-fondé et de la bonne foi de l'application, par un Membre de l'OMC, d'une mesure de soutien prise à des fins

¹⁴⁷² Il y a lieu de rappeler que l'Accord sur l'agriculture contient des exemptions pour certaines mesures prises aux fins de protection environnementale (ainsi que de développement économique). Or, même dans ces cas, les dispositions de l'Accord SMC seraient applicables.

environnementales que celui qu'il exerce à l'égard des prescriptions environnementales et des mécanismes de prix et de marché. Comme nous l'avons vu, l'Organe d'appel a cependant introduit quelques-unes de ces considérations dans le cadre de son examen de « l'avantage » octroyé par une subvention à un bien environnemental (énergie renouvelable)¹⁴⁷³. Pour autant, nous avons aussi mis en lumière les limites et incertitudes engendrées par cette approche, à tout le moins en tant que « solution » juridique de portée générale qui pourrait surmonter ou harmoniser cette différence de raisonnement juridique entre les accords de l'OMC.

1253. Enfin, s'agissant de la composante « développement économique » des mesures prises aux fins de promotion du développement durable, le raisonnement juridique suivi est aussi distinct. Tout d'abord, la théorie économique qui justifie l'existence même d'un processus de libéralisation commerciale au sein du système commercial multilatéral indiquerait que des restrictions commerciales auraient un effet contraire au développement économique, à tout le moins du point de vue du bien-être global. De ce fait, l'objectif de protection de la production interne ne s'inscrit pas parmi les « objectifs légitimes » justifiant que les mesures prises pour leur réalisation puissent être acceptées *a priori*. Les mesures restrictives adoptées à cette fin ne relèvent ainsi pas de la logique juridique appliquée aux mesures prises pour une finalité environnementale.

1254. Indépendamment du bien-fondé de cette perspective économique, les règles de l'OMC comprennent plusieurs dispositions accordant des flexibilités et des possibilités d'exemption de certaines obligations commerciales afin de permettre aux Membres, en particulier les pays en développement et les PMA, d'adopter des mesures ayant des effets commerciaux restrictifs, y compris des subventions, telles que : une exemption des obligations pour la protection de l'industrie naissante ; certains types de mesures de soutien ; des seuils plus élevés de subventionnement de certains produits considérés *de minimis* ; ou encore des délais étendus pour la mise en œuvre de certaines obligations, etc.

¹⁴⁷³ Voir notre analyse de l'affaire *Canada – Énergie renouvelable* dans le chapitre 2, section 1 de la quatrième partie.

1255. Or, dans ces cas, à la différence des mesures prises en vue d'atteindre des « objectifs légitimes », les flexibilités sont limitées à ce que les négociateurs ont inscrit dans les textes des accords et peu d'espace est donc accordé à un examen juridico-économique du bien-fondé de l'application de ces mesures aux objectifs de développement économique choisis. Autrement dit, étant donné que le développement économique par voie de protection commerciale n'est pas, en soi, inclus parmi les exceptions et objectifs légitimes listés dans les différentes dispositions de l'OMC, les Membres de l'OMC doivent se prévaloir des dispositions expressément inscrites dans les accords de l'OMC pour adopter des mesures restrictives qu'ils considèrent souhaitables pour leur développement économique (par exemple, à travers une demande d'exemption au regard de l'Article XVIII du GATT ou bien en recourant aux dispositions des TSD¹⁴⁷⁴).

1256. S'agissant des subventions, il est intéressant de noter qu'il n'existe pas de mécanisme d'exception générale permettant la justification de mesures *a priori* contraires aux Accords SMC et sur l'agriculture, mais les deux accords contiennent des *flexibilités* en faveur des pays en développement et des PMA Membres (les dispositions de traitement spécial et différencié). Avec la fin de la catégorie des subventions ne donnant pas lieu à une action (« feu vert »), les flexibilités expresses permettant d'accommoder des impératifs de protection environnementale sont considérablement plus restreintes. Cela a pour résultat que les limitations à l'adoption des mesures de soutien aux fins de développement économique sont moins importantes – en théorie – que les limitations imposées à l'utilisation des subventions à des fins environnementales. Autrement dit, il y a plus de marge pour l'adoption des mesures de soutien afin de réaliser les composantes économiques et sociales de l'objectif de développement durable que celle ayant trait à la protection environnementale, même si cette marge est relativement étroite – entre autres, une exemption de la prohibition des subventions à l'exportation par les PMA et de la contestation de préjudices graves causés par certaines subventions octroyées par des pays en développement Membres.

¹⁴⁷⁴ Comme nous l'avons vu, ceci soulève la question de la disponibilité de l'Article XVIII du GATT pour exempter des mesures de soutien de l'applicabilité des obligations de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'agriculture. D'après notre analyse, cela pourrait dépendre de la procédure particulière utilisée et, en tout cas, l'exemption nous semble limitée aux dispositions du GATT. Voir notre analyse sur le sujet dans le chapitre 1, section 2:2:B de la quatrième partie.

1257. Dès lors, il nous paraît que la structure, la composition et la logique juridique des accords régissant les subventions ne sont pas adaptées aux fondements économiques qui pourraient justifier l'adoption de ces outils d'intervention de l'État dans l'économie pour pallier des défaillances du marché et contribuer au développement durable. La compatibilité de certaines mesures de soutien adoptées aux fins de protection environnementale avec les dispositions multilatérales est susceptible d'être mise en question¹⁴⁷⁵

1258. Cela nous semble être le produit du développement historico-politique des règles multilatérales régissant les subventions plutôt que d'une décision consciente d'élaborer un cadre normatif moins flexible pour ce type d'interventions de l'État dans l'économie en comparaison d'autres. Ce constat est aussi le résultat d'un contexte historique très particulier, la fin des années 80 et le début des années 90, qui a vu la finalisation des négociations des Accords sur l'Agriculture et SMC¹⁴⁷⁶.

1259. Certains processus de négociation et initiatives de réforme examinés dans la précédente section peuvent apporter des modifications ponctuelles pertinentes à ces dispositions et introduire une logique réglementaire distincte pour les subventions nuisibles à l'environnement. Néanmoins, aucun de ces processus ne semble pouvoir conduire à un véritable changement *systémique* du cadre normatif que nous avons envisagé dans cette étude.

1260. Dès lors, il nous semble qu'une réforme profonde du système réglementaire multilatéral régissant les subventions n'est ni probable¹⁴⁷⁷ ni d'ailleurs forcément désirable¹⁴⁷⁸. Face à cette réalité, la doctrine foisonne de propositions de réforme dont l'étendue et la portée normative sont extrêmement variées. Les commentateurs adoptent souvent une approche sectorielle de la question en proposant des modifications spécifiques

¹⁴⁷⁵ Voir notre examen des mesures de support adoptées aux fins de protection environnementale ces dernières années dans le chapitre 1, section 1 de la quatrième partie.

¹⁴⁷⁶ Voir l'évolution historico-politique de l'adoption des dispositions régissant les subventions dans le chapitre 1 de la deuxième partie.

¹⁴⁷⁷ Voir notre examen des négociations sur le sujet dans le cadre de l'OMC dans l'introduction du chapitre 3, section 1 de la quatrième partie.

¹⁴⁷⁸ Voir notre examen des propositions doctrinales prévoyant une plus large marge d'action pour l'adoption de politiques industrielles vertes dans l'introduction du chapitre 1 de la quatrième partie.

afin d'aborder des difficultés particulières¹⁴⁷⁹. L'objectif commun *sous-jacent* de ces propositions serait de mieux intégrer des impératifs d'action environnementale et de mieux aligner le raisonnement juridique applicable aux mesures de soutien sur celui applicable aux autres types de mesures adoptées aux fins de développement durable.

1261. Au long de notre thèse, nous avons examiné nombre de ces propositions. À titre d'exemple, certains auteurs appellent à la réintroduction de la catégorie « feu vert » des subventions – celles ne donnant pas droit à une action – avec des règles plus larges et un accent mis sur les subventions aux énergies renouvelables¹⁴⁸⁰. Dans le même sens, certains appellent à l'élargissement de la catégorie « feu rouge » des subventions prohibées – ou encore à la réintroduction de la catégorie « feu orange foncé » des subventions réputées causer un préjudice grave – afin d'y inclure des subventions particulièrement nuisibles à l'environnement¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁹ L'excellent ouvrage *Research Handbook on Climate Change and Trade Law* présente une série de contributions rédigées par des commentateurs très respectés sur la matière qui indiquent des propositions de réforme assez variées et intéressantes. Voir DELIMATIS, Panagiotis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Cambridge, Elgar, 2016, xvi, 547 p.

¹⁴⁸⁰ Voir entre autres : MAVROIDIS, Petros, DE MELO, Jaime, « Climate change policies and the WTO: Greening the GATT, revisited », in BARRETT, Scott, CARRARO, Carlo, DE MELO, Jaime (eds.), *Towards a Workable and Effective Climate Regime*, Centre for Economic Policy Research Press, VoxEU, 2015, p.225-236 ; ESPA, Ilaria, DURÁN, Gracia M., « Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program », *Journal of International Economic Law*, vol. 21, 2018, p. 621-653 ; COTTIER, Thomas, « Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines? », *Renewable Energy Law and Policy Review*, vol. 5, n° 1, 2014, p. 40-51 ; HORLICK, Gary et CLARKE, Peggy A., « Rethinking Subsidy Disciplines for the Future », *E15 Policy Options Paper, E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2016, 27 p. Dans le même sens, A. Mattoo et A. Subramanian proposent que les subventions vertes spécifiques soient permises tandis que les subventions à l'exportation de biens verts soient classés dans la catégorie « feu orange » - c'est-à-dire, donnant lieu à une action - au lieu d'être prohibées (catégorie « feu rouge ») comme est le cas à présent. Voir : MATTOO, Aaditya, SUBRAMANIAN, Arvind, « Four changes to trade rules to facilitate climate change action », *PIIE Policy Brief PB13-10*, Peterson Institute for International Economics, 2013, 8 p.

¹⁴⁸¹ À titre d'exemple, A. Marhold propose le classement des pratiques de double système de prix (« *dual pricing* ») au regard des subventions prohibées afin d'éviter un type assez commun de subvention à la consommation de combustibles fossiles. Voir : MARHOLD, Anna, « Fossil Fuel Subsidy Reform in the WTO: Options for Constraining Dual Pricing in the Multilateral Trading System », *ICTSD Issue paper*, Genève, ICTSD, 2017, 26 p. Dans le même sens, mais plus largement pour tous les types de SCF, voir, entre autres : HORLICK, Gary, CLARKE, Peggy A., « Rethinking Subsidy Disciplines for the Future », *E15 Policy Options Paper, E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2016, 27 p. ; ASME LASH, Henok B., « Energy Subsidies and the WTO Dispute Settlement System: Why Only Renewable Energy Subsidies Are Challenged », *Journal of International Economic Law*, vol. 18, n° 2, 2015, p. 261-285 ; DE BIÈVRE, Dirk, ESPA, Ilaria, POLETTI, Arlo, « No iceberg in sight: on the absence of WTO disputes challenging fossil fuel subsidies », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 17, n° 3, 2017, pp 411-425.

1262. D'autres auteurs appellent à une limitation du droit d'action unilatérale – mesures compensatoires – contre des subventions octroyées aux fins de développement durable. D'après eux, l'adoption massive de mesures compensatoires présente à nos jours un défi plus important à l'égard des politiques de promotion des technologies vertes que la possibilité que ces politiques soient remises en question au niveau multilatéral¹⁴⁸². D'autres encore suggèrent des flexibilités accrues permettant aux pays les moins développés d'adopter certains éléments protectionnistes dans le cadre de politiques d'industrialisation verte¹⁴⁸³. Enfin, des auteurs appellent à l'adoption d'accords sectoriels qui régiraient spécifiquement les subventions vertes, à l'exclusion des dispositions générales sur les subventions¹⁴⁸⁴.

1263. Différemment, plutôt qu'à une réforme complète du cadre juridique multilatéral – considérant les difficultés politiques que la négociation d'un accord nouveau sur les subventions engendrerait –, certains auteurs appellent à une réponse beaucoup plus radicale : l'adoption d'une *dérogation générale* (« waiver ») aux dispositions multilatérales au profit des mesures de soutien adoptées à des fins environnementales. Inspiré de la dérogation accordée depuis 2003 aux mesures prises dans le cadre du Système de certification du processus de Kimberley pour contrôler les « diamants de la guerre »¹⁴⁸⁵, l'objectif de cette

¹⁴⁸² Voir ESPA, Ilaria, DURÁN, Gracia M., « Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program », *Journal of International Economic Law*, vol. 21, 2018, p. 621–653 ; WU, Mark, SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 401-474 ; GREEN, Andrew, « Trade Rules and Climate Change Subsidies », *World Trade Review*, vol. 5, n° 3, 2006, p. 377-414.

¹⁴⁸³ Par exemple, T. Cottier propose que « [l]ocal content rules for [renewable energy] hardware may nevertheless be justified for least developing countries in the process of building an industrial base. ... The law could define that countries below defined levels of GDP and Human Development Index are entitled to operate local content requirements in support of infant industries in the field ». COTTIER, Thomas, « Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines? », *Renewable Energy Law and Policy Review*, vol. 5, n° 1, 2014, p. 45. Voir aussi : PAGE, Green Industrial Policy and Trade: A Tool-Box, PNUE, 2017, 154 p.

¹⁴⁸⁴ Voir : TRACHTMAN, Joel P., « Fossil Fuel Subsidies Reduction and the World Trade Organization », *ICTSD Issue paper*, Genève, ICTSD, 2017, 22 p. ; PEAT, Daniel, « The Wrong Rules for the Right Energy: the WTO SCM Agreement and Subsidies for Renewable Energy », *Environmental Law and Management*, vol. 24, n° 3, 2012, p. 3-10 ; LEAL-ARCAS Rafael, « Trade Proposals for Climate Action », *Trade, Law and Development*, vol. 6, n° 1, 2014, p. 11-54 ; STEPHENSON, Sherry, *Addressing Local Content Requirements in a Sustainable Energy Trade Agreement*, Genève, ICTSD, 2013, vi, 33 p. ; COTTIER, Thomas, « Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines? », *Renewable Energy Law and Policy Review*, vol. 5, n° 1, 2014, p. 40-51.

¹⁴⁸⁵ Voir OMC, *Dérogation concernant le Système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts*, Décision du 15 mai 2003, WT/L/518, 27 mai 2003. La dérogation a été renouvelée pour une période additionnelle de 5 ans en juillet 2018 en couvrant les mesures adoptées par 28 Membres de l'OMC, y compris

exemption générale serait d'accorder une sécurité juridique au sein de l'OMC aux mesures adoptées à ces fins, en particulier celles visant à contenir le changement climatique. L'ancien Membre de l'Organe d'appel James Bacchus est apparu, ces dernières années, comme l'un des grands promoteurs de cette option¹⁴⁸⁶.

1264. Nous ne sommes pourtant pas convaincus qu'il s'agisse de la meilleure option. Ainsi que nous l'avons déjà noté en ce qui concerne l'approche interprétative du concept « d'avantages » selon laquelle les mesures de soutien aux technologies d'énergies renouvelables ne constituent pas des « subventions »¹⁴⁸⁷, l'exclusion totale de ces mesures d'un examen au regard des dispositions de l'Accord SMC ouvre la voie à de potentiels abus. De même, des mesures contenant des composantes discriminatoires – clairement contraires à l'objectif environnemental – pourraient échapper à l'application des dispositions empêchant l'introduction d'éléments protectionnistes dans les politiques de protection environnementale.

1265. Il convient toutefois de noter que J. Bacchus prend une précaution dans sa proposition de dérogation générale. Selon cette dernière, les conditions du paragraphe introductif de l'Article XX du GATT seraient applicables à ces mesures¹⁴⁸⁸. Autrement dit, les composantes discriminatoires de ces mesures seraient encore censées respecter les conditions de caractère non-arbitraire et être autrement *justifiables* au regard de l'objectif d'action contre le changement climatique¹⁴⁸⁹. En revanche, l'adoption – ou même la discussion sérieuse – d'une telle dérogation pourrait transmettre le faux message que les mesures commerciales prises

le Brésil et la France. Voir : OMC, *Prorogation de la dérogation concernant le Système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts*, Décision portant octroi d'une dérogation du 26 juillet 2018, WT/L/1039, 30 juillet 2018.

¹⁴⁸⁶ Voir BACCHUS, James, « The Case for a WTO Climate Waiver », *CIGI Special Report*, 2017, vi, 27 p. La Chambre de commerce international (ICC, d'après son acronyme en anglais) a apparemment apporté son soutien à cette proposition. Voir : ICC, « International Trade and Climate Change », *ICC Policy Statement*, ICC, Doc. n° 825-162/3, 2018, p. 2. Voir aussi : ICC, *ICC launches consultation series to discuss the nexus between trade and climate*, 03 octobre 2019, disponible sur : <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-launches-consultation-series-to-discuss-the-nexus-between-trade-and-climate/>>. De même, une étude de l'Economist Intelligence Unit a appelé à une dérogation semblable. Voir : THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Climate change and trade agreements Friends or foes?*, The Economist Intelligence Unit Limited, 2019, 35 p.

¹⁴⁸⁷ Voir la discussion sur le sujet dans le chapitre 2, section 1:2:G de la quatrième partie.

¹⁴⁸⁸ Voir BACCHUS, James, « The Content of a WTO Climate Waiver », *CIGI Papers No. 204*, 2018, p. 5.

¹⁴⁸⁹ Voir notre analyse de la portée de l'Article XX du GATT dans le chapitre 2, section 1:4:A de la deuxième partie.

dans le cadre des efforts menés contre le changement climatique seraient intrinsèquement contraires aux dispositions multilatérales – requérant ainsi une dérogation –. Or, nous l’avons démontré tout au long de notre étude, cela n’est pas le cas. De plus, si les Membres de l’OMC décidaient de mettre en œuvre une telle dérogation générale au regard des mesures commerciales adoptées dans le cadre de la CCNUCC, qu’en serait-il de la situation juridique des mesures prises dans le cadre d’autres AEM¹⁴⁹⁰ ?

1266. De ce fait, nous pensons que l’option la plus pertinente et réaliste – même si son adoption à ce jour reste peu probable – *serait d’étendre l’application de l’Article XX du GATT aux dispositions des Accords SMC et sur l’agriculture*. Ainsi que nous l’avons examiné en détail, nous croyons qu’en l’état actuel de l’approche interprétative adoptée par l’Organe d’appel, l’Article XX ne s’applique pas directement aux dispositions de ces accords. Cependant, rien n’empêche les Membres d’adopter une *interprétation « faisant autorité »* de l’Accord SMC qui se superposerait à cette approche interprétative. En effet, l’Article 3.9 du Mémoire d’accord prévoit expressément que ce genre d’interprétation « faisant autorité » de la part des Membres de l’OMC prime les décisions adoptées par les groupes spéciaux et par l’Organe d’appel à l’occasion de différends spécifiques et s’appliquent à tous les Membres en toute circonstance¹⁴⁹¹.

1267. Les Membres de l’OMC pourraient ainsi décider d’adopter une décision faisant autorité portant sur l’applicabilité de l’Article XX du GATT également aux dispositions des autres accords de l’OMC régissant les subventions. Le mécanisme pour ce faire serait celui prévu à l’Article IX:2 de l’Accord sur l’OMC qui établit ce qui suit :

« La Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d’adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. S’agissant d’une interprétation d’un Accord commercial multilatéral figurant à l’Annexe 1, ils exerceront leur pouvoir en se fondant sur une recommandation du Conseil qui

¹⁴⁹⁰ Voir la discussion sur la relation entre les dispositions du système commercial multilatéral et celles relevant des AEM dans le chapitre 1 de la troisième partie.

¹⁴⁹¹ L’Article 3.9 du Mémoire d’accord se lit comme suit :

« Les dispositions du présent mémoire d’accord sont sans préjudice du droit des Membres de demander une interprétation faisant autorité des dispositions d’un accord visé, par la prise de décisions au titre de l’Accord sur l’OMC ou d’un accord visé qui est un Accord commercial plurilatéral. »

supervise le fonctionnement dudit accord. La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres. Le présent paragraphe ne sera pas utilisé d'une manière susceptible d'éroder les dispositions relatives aux amendements de l'article X. »

1268. Pour ce faire, les Membres sont censés adopter d'abord une recommandation dans le cadre du Conseil du commerce des marchandises – peut-être se fondant sur une décision initiale du Comité SMC – qui enverrait la demande d'interprétation au Conseil général ou à la Conférence ministérielle. On l'a vu, la tradition au sein de l'OMC est que les décisions sont prises par consensus. Même dans le cas où les Membres décideraient de rompre avec cette règle, la décision finale portant sur l'interprétation nécessiterait la majorité des trois quarts des Membres.

1269. Pour cette raison, il nous paraît assez improbable que les Membres décident d'accroître les flexibilités applicables aux subventions au moment où un débat important sur le renforcement des dispositions applicables à ces mesures est en cours¹⁴⁹². Cette interprétation devrait donc faire partie d'un ensemble plus large de propositions de réformes ou d'interprétations faisant autorité des dispositions sur les subventions contenant des éléments de renforcement ainsi que de flexibilisation des règles applicables et considérant également, par exemple, l'interprétation du concept « d'organisme public » à l'égard des entreprises d'État.

1270. En tout état de cause, *une telle interprétation pourrait apporter plusieurs avantages*. Tout d'abord, elle *n'exige pas de changement fondamental des dispositions*. À la différence des propositions défendant la renégociation de l'Accord SMC, elle protège et conserve l'acquis juridique ainsi que l'évolution des contours normatifs des dispositions commerciales multilatérales régissant les subventions développées tout au long des discussions et des efforts développés – mais aussi des différends réglés – ces dernières décennies. Elle préserve aussi l'approche fondamentalement commerciale des dispositions qui, comme nous l'avons vu, est le résultat de l'évolution normative des règles internationales négociées depuis des siècles¹⁴⁹³.

¹⁴⁹² Voir le débat sur les initiatives de réforme dans l'introduction du chapitre 3, section 1 de la quatrième partie.

¹⁴⁹³ Voir le chapitre 1, de la deuxième partie.

1271. Par ailleurs, serait utilisé un *mécanisme normatif régulier du système*, disponible sans aucune modification des dispositions multilatérales. On pourrait arguer que le mécanisme d'interprétation « faisant autorité » offre une voie intéressante pour aborder une série de critiques que certains Membres ont fait à l'encontre des approches interprétatives adoptées par l'Organe d'appel considérées comme de « l'activisme judiciaire »¹⁴⁹⁴. L'utilisation de ce mécanisme afin de préciser que l'Article XX du GATT s'applique aussi aux dispositions des Accords SMC et sur l'agriculture pourrait ouvrir la voie à son emploi à des dispositions d'autres accords de l'OMC dont l'interprétation par l'Organe d'appel a aussi soulevé des questionnements importants.

1272. Deuxièmement, cette interprétation « faisant autorité » appliquerait aux disciplines régissant les subventions un mécanisme permettant la prise en compte d'impératifs autres que commerciaux dans le cadre de politiques commerciales qui a *déjà été testé et développé ces dernières décennies*, en particulier à l'endroit de mesures commerciales prises aux fins de protection environnementale¹⁴⁹⁵. Ses contours normatifs ont été précisés tout au long du développement du système commercial multilatéral, un développement qui a parfois rencontré des points de tension et des conflits importants avec le développement parallèle du système multilatéral de protection environnementale. Cependant, ces dernières années, a été trouvé un certain équilibre normatif qui favorise l'adoption de mesures commerciales contribuant véritablement et de façon cohérente aux objectifs légitimes choisis par les

¹⁴⁹⁴ Il s'agit de l'une des critiques importantes soulevées par les États-Unis et qui les ont conduit à bloquer l'élection de nouveaux membres de l'Organe d'appel. Dans une communication présentée au Conseil général en janvier 2019, le Honduras a essayé d'identifier les éléments fondamentaux de la critique ainsi que des options de solutions. Voir : OMC, *Favoriser une discussion sur le fonctionnement de l'organe d'appel : examiner la question de l'activisme judiciaire allégué de l'organe d'appel*, Communication présentée par le Honduras, Conseil général, WT/GC/W/760, 29 janvier 2019. Dans le milieu académique, la question a été sujette à débat depuis longtemps. Voir : KELLY, J. Patrick, « Judicial Activism at the World Trade Organization: Development Principles of Self-Restraint », *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 22, n° 3, 2002, p. 353-388 ; BARTELS, Lorand, « The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n° 4, 2004, p. 861-895 ; PENG, Shinyi, « Regulating New Services through Litigation: Electronic Commerce as a Case Study on the Evaluation of Judicial Activism in the WTO », *Journal of World Trade*, vol. 48, n° 6, 2014, p. 1189-1222 ; CONDON, Bradley J., « Captain America and the Tarnishing of the Crown: The Feud Between the WTO Appellate Body and the USA », *Journal of World Trade*, vol. 52, n° 4, 2018 p. 535-556.

¹⁴⁹⁵ Sur l'évolution des contours normatifs de l'Article XX du GATT – ainsi que des Articles 2.1 et 2.2. de l'Accord OTC – et de l'application du concept de développement durable dans le cadre du système commercial multilatéral, voir la troisième partie.

gouvernements. De plus, ce mécanisme a reçu une acceptation politique assez importante de la part de presque tous les Membres de l'OMC¹⁴⁹⁶.

1273. Troisièmement, une telle interprétation rapprocherait le système règlementaire applicable aux subventions *des bases économiques du système commercial multilatéral* en permettant l'adoption de mesures de soutien ayant des effets commerciaux négatifs si celles-ci peuvent être justifiées par rapport à l'objectif légitime de politique publique qu'elles poursuivent. En effet, les subventions peuvent être utilisées pour corriger des défaillances du marché liées aux questions de développement durable¹⁴⁹⁷ – dès lors que le Membre qui les emploie peut démontrer que cette défaillance existe et que la mesure de soutien est structurée et opère de façon à la traiter, la mesure serait justifiée –.

1274. Autrement dit, dès que la subvention vise effectivement à pallier la défaillance du marché engendrant les externalités environnementales négatives ciblées – et non simplement à protéger la production interne – une telle interprétation permettrait de considérer cette intervention de l'État dans l'économie comme étant compatible avec les dispositions multilatérales. Sans modifier complètement le raisonnement juridico-économique sous-tendant les dispositions commerciales multilatérales régissant les subventions, cette option permettrait d'intégrer certaines considérations liées au bien-être global de façon systémique et d'éviter d'éventuels abus.

1275. Quatrièmement, l'interprétation « faisant autorité » des Membres visant à étendre l'application de l'Article XX du GATT ainsi que des dispositions des Accords SMC et sur l'agriculture *remettrait en équilibre les contours normatifs applicables aux trois types de mesures commerciales adoptées aux fins de développement durable*. Ainsi que nous l'avons précédemment étudié, d'après l'approche interprétative actuelle de l'Organe d'appel, le

¹⁴⁹⁶ Un indice notable est le fait que presque 100 % des accords commerciaux régionaux négociés par les Membres de l'OMC intègrent l'Article XX du GATT – ou un mécanisme similaire –, en indiquant souvent des clarifications sur la portée normative du mécanisme suivant l'approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel. À titre d'exemple, plusieurs accords précisent que l'exception de l'Article XX g) couvre les ressources naturelles minérales ainsi que les êtres vivants, ou encore que l'exception à l'Article XX b) couvre bien la protection de l'environnement au sens large. Voir : MONTEIRO, Jose-Antonio, « Typology of Environment-related Provisions in Regional Trade Agreements », *Economic Research and Statistics Division Staff Working Paper*, OMC, 2016, 109 p.

¹⁴⁹⁷ Comme on l'a étudié dans le chapitre 2 de la première partie.

mécanisme de flexibilisation des dispositions offert par l'Article XX n'est disponible que pour les prescriptions environnementales et pour les mécanismes de prix et de marché. Or, il n'est pas évident de déterminer si cette situation était réellement une option normative consciente de la part des Membres de l'OMC lorsqu'ils ont négocié les Accords SMC et sur l'agriculture. Une interprétation telle que celle proposée pourrait remédier à l'actuelle situation juridique et éviter que certaines options de politique publique disponibles aux États soient favorisées par rapport à d'autres dans le cadre normatif multilatéral¹⁴⁹⁸.

1276. Enfin, une telle interprétation permettrait l'intégration de n'importe quelle mesure de soutien adoptée en vue de réaliser un objectif légitime¹⁴⁹⁹ – ou mesure prise dans le cadre de n'importe quel AEM –, *existant ou à venir*. En effet, à la différence de certaines solutions partielles proposées par la doctrine, l'interprétation par les Membres de l'OMC ne requiert pas de choix politique déterminant quel objectif de protection environnementale – ou quel ODD – doit être favorisé. Elle n'exige pas de débat approfondi préalable visant à déterminer quelle mesure de soutien en particulier devrait bénéficier de la dérogation ou flexibilisation des dispositions commerciales multilatérales. Suivant l'approche adoptée par l'Organe d'appel, elle consacre une marge importante aux choix politiques particuliers de chaque Membre de l'Organisation. Elle offre aussi une pérennité et sécurité juridique accrue à la solution retenue qui n'exigerait pas de révision ou réadaptation si les impératifs de l'action en faveur du développement durable changent. Enfin, elle n'établit pas de distinction parmi les différents AEM existants ou à venir dans le cadre du système commercial multilatéral.

1277. Il convient, toutefois, de noter que l'applicabilité de l'Article XX du GATT aux dispositions des autres accords de l'OMC n'est pas sans critique parmi la doctrine. En général, les commentateurs sceptiques considèrent soit que l'applicabilité des exceptions

¹⁴⁹⁸ J. Flett, avocat à la Commission européenne qui représente souvent l'UE dans le cadre des différends ayant trait à l'application de l'Accord SMC, avance des arguments similaires. Voir : FLETT, James, « Preserving the Balance between Trade and Non-Trade Interests through a Systematic Interpretation of WTO Subsidies Law », in RUBINI, Luca, HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 91-97. Dans même sens, voir : RUBINI, Luca, « Ain't wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, the SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform », *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 2, 2012, p. 570.

¹⁴⁹⁹ Dès que l'objectif est couvert par au moins l'un des alinéas de l'Article XX du GATT. Ainsi que nous l'avons noté, cette liste est assez large et permet l'intégration de la presque majorité des objectifs de protection environnementale.

générales n'apporterait pas une protection suffisante de ces mesures¹⁵⁰⁰, soit qu'elle ne serait pas adaptée aux spécificités propres des subventions¹⁵⁰¹ et provoquerait des abus¹⁵⁰². Nous ne sommes pas convaincus que ces critiques justifient de manière pertinente la non-adoption d'une telle interprétation. En effet, la nature même des « exceptions générales » fait qu'elles ne sont *a priori adaptées* à aucun type spécifique d'intervention commerciale de l'État. Cela n'empêche pas que *l'application* de l'exception générale puisse finalement être *adaptée* à la mesure spécifique en cause.

1278. De plus, même si l'action unilatérale contre des mesures de soutien prises aux fins de développement durable peut avoir des conséquences importantes, il n'est pas aisé de déterminer comment une disposition multilatérale qui exclut de l'action unilatérale des subventions adoptées à certaines fins pourrait considérablement changer cette réalité. En fin de compte, il incomberait encore aux autorités nationales de réaliser une première analyse et décider de l'exclusion de ces mesures. En outre, étant donné que la voie unilatérale ne fait que neutraliser l'accès au marché du Membre qui l'adopte, les effets nuisibles sur la réalisation de l'objectif légitime de politique publique sont limités.

¹⁵⁰⁰ Par exemple, A. Cosbey et P. Mavroids ainsi que I. Espa et G. Durán considèrent que l'applicabilité de l'Article XX du GATT n'empêcherait pas l'application de mesures compensatoires à l'échelle nationale qui, ainsi que nous l'avons démontré, sont de plus en plus nombreuses. Voir : COSBEY, Aaron et MAVROIDIS, Petros C., « A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 11-47 ; ESPA, Ilaria, DURÁN, Gracia M., « Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program », *Journal of International Economic Law*, vol. 21, 2018, p. 621–653.

¹⁵⁰¹ À titre d'exemple, A. Cosbey, P. Mavrois et G. Durán appellent à une adaptation des exceptions générales aux défis particuliers qui se présentent avec l'utilisation des subventions. Entre autres, ils appellent à une limitation de l'applicabilité de l'exception aux subventions à celles ayant des effets positifs transfrontaliers et aussi à l'inclusion de prescriptions additionnelles comme des clauses d'extinction (« *sunset clause* »). Voir : « Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 11-47 ; DURÁN, Gracia Marín, « Sheltering Government Support to 'Green' Electricity: the European Union and the World Trade Organization », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, 2018, p. 129-165.

¹⁵⁰² D. Coppens, à son tour, considère que la situation actuelle n'est pas nécessairement négative étant donné que les dispositions actuelles de l'Accord SMC favorisent l'adoption de subventions à la consommation ; un type de subventions moins discriminatoire et, ainsi, plus favorable aux fins de politique publique poursuivies. De ce fait, une exception générale serait négative parce qu'elle permettrait l'adoption de subventions à la production nationale. Voir : COPPENS, Dominic, « Twenty Years of (Re)-Shaping WTO Subsidy Law by the Appellate Body and Panel », in RUBINI, Luca, HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, p. 73.

1279. Enfin, indépendamment des éventuelles faiblesses de cette option, nous considérons que celle-ci est la plus réaliste et la moins complexe. De plus, une interprétation « faisant autorité » pourrait aussi apporter des clarifications spécifiques quant à l'approche interprétative particulière applicable aux mesures de soutien. Par conséquent, considérant les raisonnements présentés ci-dessus, il nous semble que cette interprétation pourrait contribuer de façon importante à l'évolution de l'application des dispositions commerciales multilatérales aux mesures commerciales prises aux fins de développement durable ; elle serait aussi en mesure de contribuer à un renforcement mutuel des dispositions commerciales et environnementales multilatérales.

1280. En somme, au cours de notre thèse, nous avons soigneusement examiné les bases économiques, historiques, politiques et juridiques de la réglementation commerciale multilatérale applicables aux subventions. Nous avons démontré que les contours normatifs existants ne s'alignent pas parfaitement avec les bases politiques et économiques qui justifient l'existence même d'un système commercial multilatéral. Nous avons identifié une série de dispositions offrant certaines flexibilités en permettant l'adoption de mesures de soutien visant la réalisation de certains objectifs de développement durable, mais pas d'autres. Nous avons aussi noté la récente approche interprétative adoptée par l'Organe d'appel qui permet la considération de certaines externalités environnementales négatives dans l'application du concept d'avantages au regard de l'Accord SMC. Cependant, nous avons également relevé les limites et faiblesses de cette approche.

1281. Ont également été examinés l'approche interprétative et les contours normatifs applicables aux autres types de mesures prises aux fins de développement durable. Nous avons alors relevé que ces contours normatifs avaient réussi à traduire un équilibre juridique favorisant l'adoption de mesures commerciales contribuant effectivement et de façon cohérente à la réalisation de ces objectifs. Enfin, nous avons examiné l'état des débats sur de possibles réformes de la situation juridique actuelle en notant qu'en l'absence d'une révision systémique des dispositions, une interprétation « faisant autorité » de la part des Membres de l'OMC qui étendrait l'applicabilité des exceptions générales de l'Article XX du GATT aux autres accords de l'OMC régissant les subventions pourrait apporter une solution intéressante aux défis identifiés dans notre étude.

1282. Nous espérons que l'analyse détaillée réalisée et le travail approfondi développé tout au long de la présente thèse pourra contribuer à l'évolution de l'étude juridique en la matière, en particulier dans ce moment crucial que nous vivons qui exige, plus que jamais, une action concertée et ambitieuse en faveur du développement durable. Nous sommes convaincus que la politique commerciale, ainsi que le droit international du commerce, ont un rôle important à jouer à cet effet.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- AKERLOF, George A., SHILLER, Robert J., *Animal spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*, Princeton University Press, 2009, xiv, 230 p.
- BANNOCK, Graham, BAXTER, R. E., DAVIS, Evan, *Dictionary of Economics*, Profile Books, The Economist, 1999, 439 p.
- BLACK, John, HASHIMZADE, Nigar, MYLES, Gareth, *Oxford Dictionary of Economics*, 3ème ed., Oxford University Press, 2009, 505 p.
- CARREAU, Dominique et JUILLARD, Patrick, *Droit international économique*, 3ème ed., Paris, Dalloz, 2007, xi, 744 p.
- CHERVALIER, Benoît, *Le tour de l'économie en 30 étapes*, Dunod, 2010, 254 p.
- COLIN, Jean-Paul, *Dictionnaire des gros et des petits sous : leur possession et leur privation*, Édition Favre SA, 2010, 335 p.
- DAILLIER Patrick, GHÉRARI, Habib et DE LA PRADELLE, Géraud (ed.), *Droit de l'économie internationale*, Paris, A. Pedone, 2004, xvi, 1119 p.
- DARITY JR., William A. (Ed.), *International encyclopedia of the social sciences*, Macmillan Reference, 2ème edition, 2008, 9 vols.
- EATWELL, John, MILGATE, Murray, NEWMAN, Peter (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Macmillan, 1987, 1025 p.
- GRUBB, Michael, HOURCADE, Jean Charles, NEUHOFF, Karsten, *Planetary economics: energy, climate change and the three domains of sustainable development*, Routledge, 2014, xxvii, 520 p.
- HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, 1739, républié par Oxford Clarendon Press, 1896, 338 p.
- JACKSON, John H., *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2ème ed., MIT Press, 1997, xi, 441 p.
- KENEN, Peter B., *The International Economy*, 4ème Ed., Cambridge University Press, 2000, x, 610 p.
- KINDLEBERGER, Charles P., *International Economics*, 5ème ed., R.D. Irwin, 1973, xxviii, 526 p.
- KRUGMAN, Paul R., OBSTFELD, Maurice, MELITZ, Marc J., *International economics: theory and policy*, 10ème ed., Pearson, 2015, xxxii, 753 p.
- LETICHE, John M. (ed.), *International Economics Policies and their Theoretical Foundations: A Source Book*, Elsevier, 1982, 686 p.
- MACKAAY, Ejan et ROUSSEAU, Stéphane, *Analyse économique du droit*, 2ème ed., Paris, ed. Dalloz, Les ed. Thémis, 2008, xxiii, 728 p.

MACRORY, Patrick F.J., APPLETON, Arthur E., PLUMMER, Michael G. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Heidelberg, Springer Verlag, 2005, 3 vol. (xxi, 1667 ; xxii, 859 ; xxiii, 591 p.)

MARSHALL, Alfred, *The principles of economics*, MacMillan, 1890, 8ème ed. 1920, 627 p.

ONU et al., *Système de comptabilité nationale 2008*, 2013, 688 p.

PEARCE, David W. (ed.), *Macmillan Dictionary of Modern Economics*, 4ème ed., MacMillan, 1992, 474 p.

PIGOU, Arthur C., *The economics of welfare*, MacMillan, 1920, 4ème ed., 1932, 561 p.

RUTHERFORD, Donald, *Dictionary of Economics*, Routledge, 1992, 539 p.

Ouvrages spéciaux

ABDELMALKI, Lahsen et SANDRETTO, René, *Le commerce international : Analyses, institutions et politiques des Etats*, DeBoeck Supérieur, LMD, 2017, 404 p.

AXELROD, Robert M., *The evolution of cooperation*, Basic Books, 1984, 223 p.

BACCHETTA, Marc et RUTA, Michele (eds.), *The WTO, subsidies and countervailing measures*, Edward Elgar, 2011, xxviii, 918 p.

BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C., (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, 424 p.

BAGWELL, Kyle, STAIGER, Robert W., *The Economics of the World Trading System*, Cambridge, The MIT Press, 2002, 224 p.

BANQUE MONDIALE, *Rapport sur le développement dans le monde 1992 : le développement et l'environnement*, banque mondiale, rapport 10517, 1992, 310 p.

BANQUE MONDIALE, *Globalization, Growth and Poverty: Building an Inclusive World Economy*, Banque mondiale et Oxford University Press, 2002, 174 p.

BANQUE MONDIALE, *The Sunken Billions Revisited: Progress and Challenges in Global Marine Fisheries*, Washington, Banque mondiale, Environment and Sustainable Development series, 2017, xiii, 99 p.

BOLTUCK, Richard, LITAN Robert E. (eds.), *Down in The Dumps: Administration of the Unfair Trade*, Washington, D.C., The Brookings Institution, 1991, 350 p.

BOYLE, Alan et FREESTONE, David (eds.), *International law and sustainable development: past achievements and future challenges*, Oxford University Press, 1999, xxx, 377 p.

CARVALHO, Maria, *The internationalisation of green technologies and the realisation of green growth*, PhD thesis, The London School of Economics and Political Science, 2015, 249 p.

- CELLI JUNIOR, Umberto, *OMC: Jurisprudência e Requisitos de Conteúdo Local como Política Industrial*, Jurua, 2017, 286 p.
- CIR, *Rapport annuel du CIR 2016 - Aucun PMA laissé pour compte : le CIR investit dans les pays et les ressources humaines*, Genève, OMC, 2017, 88 p.
- COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'AFRIQUE, *Rapport économique sur l'Afrique 2015 : L'industrialisation par le Commerce*, Addis-Abeba, Éthiopie, 2015, xxx, 185 p.
- COOK, Graham, *A digest of WTO jurisprudence on public international law concepts and principles*, Cambridge University Press, 2015, lii, 363 p.
- COPPENS, Dominic, *WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints*, Cambridge University Press, 2013, xlviii, 646 p.
- CORDEN, Warner M., *Protection, Growth and Trade, Essays in International Economics*, Basil Blackwell, 1985, 382 p.
- CORDEN, Warner M., *Trade Policy and Economic Welfare*, Londres, Oxford University Press, 1974, ix, 423 p.
- COSBEY, Aaron et RUNNALLS, David, *Trade and Sustainable Development: A Survey of the Issues and a New Research Agenda*, IISD, 1992, 131 p.
- DAS, Kasturi, VAN ASSELT, Harro, DROEGE, Susanne et MEHLING, Michael, *Making the International Trade System Work for Climate Change: Assessing the Options*, Climate Strategies, 2018, 58 p.
- DAVIS, Graham A., *South African managed trade policy: the wasting of a mineral endowment*, Praeger, 1994, viii, 153 p.
- DE MELO, Jaime et PANAGARIYA, Arvind (eds.), *New Dimensions in Regional Integration*, Cambridge University Press, 1993, xxviii, 473 p.
- DELIMATSI, Panagiotis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Cambridge, Elgar, 2016, xvi, 547 p.
- ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN, *El desarrollo económico en los albores del siglo XXI*, Bogotá, CEPAL, 2004, lx, 361 p.
- ESTY, Daniel C., *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Washington, Institute for International Economics, 1994, xvi, 319 p.
- FAO, *La situation mondiale des pêches et de l'aquaculture 2018 : Atteindre les objectifs de développement durable*, FAO, Rome, 2018, xiii, 237 p.
- FUJITA, Masahisa, KRUGMAN, Paul, et VENABLES, Anthony J., *The Spatial Economy*, Cambridge, MIT Press, 2000, xiii, 367 p.
- GALLAGHER, Kevin P. (ed.), *Trade in the Balance: Reconciling Trade and Climate Policy - Report of the Working Group on Trade, Investment, and Climate Policy*, Global Development Policy Center, Boston University, 2017, 76 p.

- GANNE, Emmanuelle, *Can Blockchain revolutionize international trade?*, Genève, OMC, 2018, xvi, 145 p.
- GEHRING, Markus W. et SEGGER, Marie-Claire C. (eds), *Sustainable development in world trade law*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2005, xxxv, 735 p.
- HARRISON, James, *The human rights impact of the World Trade Organisation*, Oxford, Hart, 2007, xvi, 276 p.
- HIRSCHMAN, Albert O., *The strategy of economic development*, Yale University Press, 1958, xiii, 217 p.
- HOEKMAN, Bernard M., MATTOO, Aaditya et ENGLISH, Philip, *Development, Trade and the WTO: A Handbook*. vol.1, 2002, World Bank Publications, xxx, 641 p.
- HOWSE, Robert, *Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis*, Winnipeg, IISD, 2010, iii, 29 p.
- HUDEC Robert E., *Enforcing international trade law: the evolution of the modern GATT legal system*, Salem, Butterworth Legal Publishers, 1993, xvi, 630 p.
- HUFBAUER, Gary C., ERB, Joanna S., *Subsidies in international trade*, Washington, Institute for International Economics, MIT Press, 1984, 283 p.
- HUFBAUER, Gary C., SCHOTT, Jeffrey, VIEIRO, Martin et WADA, Erika, *Local Content Requirements: Report on a Global Problem*, Peterson Institute for International Economics, 2013, v, 148 p.
- HUNTER, David, SALZMAN, James et ZALEKE, Durwoond, *International environmental law and policy*, 2ème ed., New York, Foundation Press, 2002, 2 vol. (xlix, 1547 p.; x, 463 p.)
- INGCO, Merlinda D. et NASH, John D. (eds), *Agriculture and the WTO: Creating a Trading System for Development*, Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, xvii, 387 p.
- JOHNSON, Harry G., *Aspects of the theory of tariffs*, G. Allen and Unwin, 1971, xii, 451 p.
- KAUL, Inge, GRUNBERG, Isabelle, STERN, Marc A. (ed.), *Global public goods: international cooperation in the 21st century*, Programme des Nations Unies pour le développement, Oxford University Press, 1999, xxxviii, 546 p.
- KISS, Alexandre, *Introduction au droit international de l'environnement*, UNITAR – UICN – PNUE, 2ème édition, 2006, 117 p.
- LÓPEZ, Juan J. P., *The Concept of State Aid under EU Law: From international market to competition*, Oxford University Press, 2015, 304 p.
- MAZZUCATO, Mariana, *The entrepreneurial state: debunking public vs. private sector myths*, Londres, Anthem Press, 2013, xxv, 237 p.
- MCGOVERN, Edmond, *International trade regulation: GATT, the United States and the European Community*, Exeter, Globefield Press, 2ème ed., 1986, xlv, 629 p.

MEADOWS, Donella H., MEADOWS, Dennis L., RANDERS, Jorgen, et BEHRENS III, William W., *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York, Universe Books, 1972, 205 p.

MEIER, Gerald M. et SEERS, Dudley (eds), *Pioneers in development*, Banque Mondiale, Oxford University Press, 1984, x, 372 p.

METZ, Bert, DAVIDSON, Ogunlade, BOSCH, Peter, RUTU, Dave et MEYER, Leo (eds.), *Climate Change 2007 - Mitigation*, Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the IPCC, GIEC, 2007, viii, 851 p.

MICHEAU, Claire, *Droit des aides d'état et des subventions en fiscalité : droit de l'Union européenne et de l'OMC*, Éditions Larcier, 2013, 266 p.

OCDE, *Multifonctionnalité : Élaboration d'un cadre analytique*, OCDE, 2001, 172 p.

OCDE, *Perspectives on Global Development 2013: Industrial Policies in a Changing World*, Paris, OECD Publishing, 2013, 260 p.

OCDE-FAO, *Perspectives agricoles de l'OCDE et de la FAO 2014*, Éditions OCDE, 2014, 354 p.

OMC, *Le commerce et l'environnement à l'OMC*, Genève, OMC, 2004, 94 p.

OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006 : analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, OMC, 2006, 306 p.

OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010 : le commerce des ressources naturelles*, Genève, OMC, 2010, 254 p.

OMC, *Comprendre l'OMC : Eléments essentiels*, 5ème édition, Genève, OMC, 2015, 116 p.

OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2017 : Commerce, technologie et emploi*, Genève, OMC, 2017, 185 p.

OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2018 : L'avenir du commerce mondial – comment les technologies numériques transforment le commerce global*, Genève, OMC, 2018, 256 p.

OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 1: Overview and one-page case summaries*, Genève, OMC, 2018, 390 p.

OMC, *GATT disputes: 1948-1995 – Volume 2: Dispute Settlement Procedures*, Genève, OMC, 2018, 414 p.

OMC, *L'intégration du commerce en vue de la réalisation des objectifs de développement durable*, Genève, OMC, 2018, 69 p.

OMC-CITES, *CITES et l'OMC : Renforcer la coopération en faveur du développement durable*, Genève, OMC, 2015, 16 p.

OMC-OCDE, *Panorama de l'aide pour le commerce 2017 : promouvoir le commerce, l'inclusion et la connectivité pour un développement durable*, édition de poche, OMC, Genève/Éditions OCDE, Paris, 2017, 50 p.

OMC-PNUE, *Making trade work for the environment, prosperity and resilience*, Genève, OMC, 2018, 102 p.

ONUDI, *Green industry: policies for supporting green industry*, Vienna, ONUDI, 2011, 84 p.

PAGE, *Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy*, ONUDI, 2016, 97 p.

PAGE, *Green Industrial Policy: Concept, Policies, Country Experiences*, PNUE, 2017, 240 p.

PAGE, *Green Industrial Policy and Trade: A Tool-Box*, PNUE, 2017, 154 p.

PARRY, Ian, HEINE, Dirk, LIS, Eliza, et LI, Shanjun, *Getting Energy Prices Right: From Principle to Practice*, Washington, FMI, 2014, 198 p.

PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, CEPR, Genève, The Graduate institute, 2010, viii, 225 p.

PIGMAN, Geoffrey A., *Trade Diplomacy Transformed: Why Trade Matters for Global Prosperity*, Palgrave, 2016, XVI, 257 p.

PNUE, *Making Peace with Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies*, Nairobi, PNUE, 2021, 166 p.

PNUE-UNIVERSITÉ D'OXFORD, *Are We Building Back Better ? Evidence from 2020 and Pathways to Inclusive Green Recovery Spending*, Nairobi, PNUE, 2021, 57 p.

PREBISCH Raul, *Change and Development – Latin America's Great Task*, Report Submitted to the Inter-American Development Bank, Santiago, CEPAL, 1970, xix, 235 p.

RICKERSON, Wilson et al., *Feed-In-Tariffs as a Policy Instrument for Promoting Renewable Energies and Green Economies in Developing Countries*, PNUE, 2012, ix, 112 p.

RUBINI, Luca et HAWKINS, Jennifer (eds.), *What Shapes the Law? Reflections on the history, law, politics and economics of international and European subsidy disciplines*, European University Institute, 2016, xvii, 142 p.

RUBINI, Luca, *The definition of subsidy and state aid: WTO and EC law in comparative perspective*, Oxford University Press, 2009, xlviii, 448 p.

SALAZAR-XIRINACHS, José M., NUBLER, Irmgard et KOZUL-WRIGHT, Richard (eds.), *Transforming Economies: Making Industrial Policy Work for Growth, Jobs and Development*, Genève, CNUCED-BIT, 2014, xxii, 400 p.

SANDS, Philippe, PEEL, Jacqueline, FABRA, Adriana, et MACKENZIE, Ruth, *Principles of international environmental law*, Cambridge University Press, 4ème ed., 2018, lxviii, 968p.

SANER, Raymond, *Greening the World Trade Organization*, Fondazione Eni Enrico Mattei (FEEM), Series on Climate Change and Sustainable Development, FEEM Press, 2016, 152 p.

SCHRIJVER, Nico et WEISS, Friedl (eds.), *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004, xxxvii, 711 p.

SEGGER, Marie-Claire C., et KHALFAN, Ashfaq (eds), *Sustainable development law: principles, practices and prospects*, Oxford University Press, 2004, xxv, 464 p.

SKOVGAARD, Jakob et VAN ASSELT, Harro (eds.), *The politics of fossil fuel subsidies and their reform*, Cambridge University Press, 2018, xxiii, 324 p.

STDF, *Beyond Results: Learning the lessons from STDF Projects*, Genève, OMC, 2018, 50 p.

STEPHENSON, Sherry, *Addressing Local Content Requirements in a Sustainable Energy Trade Agreement*, Genève, ICTSD, 2013, vi, 33 p.

STIGLITZ, Joseph E., *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, Londres, Norton, 2012, xxvi, 414 p.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Climate change and trade agreements Friends or foes?*, The Economist Intelligence Unit Limited, 2019, 35 p.

VAN BEERS, Cees, DE MOOR, André, *Public Subsidies and Policy Failures: How Subsidies Distort the Natural Environment, Equity and Trade and How to Reform Them*, Edward Elgar, 2001, xiv, 143 p.

VOIGT, Christina, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, xxiv, 426 p.

WATER UTILITY PARTNERSHIP (WUP), *Better Water and Sanitation for the Urban Poor: Good Practice from Sub-Saharan Africa*, Renforcement des capacités partenariat eau et assainissement, Kenya, Communautés Européennes et Partenariat eau et assainissement, 2003, 98 p.

WILLIAMSON, John, *Estimating Equilibrium Exchange Rates*, Institute for International Economics, Washington, D.C., 1994, ix, 300 p.

Articles

ADAMS, Richard H., « Self-Targeted Subsidies: The Distributional Impact of the Egyptian Food Subsidy System », *Policy Research Working Paper 2322*, Banque mondiale, 2000, 42 p.

AEA, CRANFIELD UNIVERSITY, MOORHOUSE E, PAUL WATKISS ASSOCIATES, AHDBMS et MARINTEK, « Comparative life cycle assessment of food commodities procured for UK consumption through a diversity of supply chains », *Final report for the Department of Environment, Food and Rural Affairs project FO0103*, Defra, Royaume-Uni, 2008, 60 p.

AGERSKOV, Anders H., « Global Public Goods and Development – A Guide for Policy Makers », *Challenges Facing Humanity Seminar Number 6*, World Bank Seminar Series at Kobe and Hiroshima Universities Global Development, 2005, 13 p.

AGGARWAL, Vinod K. et AGGARWAL, Sonia N., « The Political Economy of Industrial Policy », *Berkley et UCLA working paper*, 2016, 35 p.

AGGARWAL, Vinod K. et EVENETT, Simon J., « Have Long-Established Patterns of Protectionism Changed During this Crisis? A Sectoral Perspective », in EVENETT, Simon

- J. (ed.), *Broken Promises: A G-20 Summit Report by Global Trade Alert*, Londres, CEPR, 2009, p. 125-132
- AGGARWAL, Vinod K. et EVENETT, Simon J., « The Financial Crisis, “New” Industrial Policy, and the Bite of Multilateral Trade Rules », *Asian Economic Policy Review*, vol. 5, n° 2, 2010, p. 221-244
- AGGARWAL, Vinod K. et EVENETT, Simon J., « The Sad Truth Behind Growing Clashes at the WTO », *Harvard Business Review*, 22 Octobre 2012, disponible sur <<https://hbr.org/2012/10/the-sad-truth-behind-the-growi>>, dernier accès le 15.10.2017
- AGGARWAL, Vinod K. et EVENETT Simon J., « Industrial Policy Choice During the Crisis Era », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 28, n° 2, 2012, p. 261–283
- AGGARWAL, Vinod K. et EVENETT, Simon J., « Do WTO rules preclude industrial policy? Evidence from the global economic crisis », *Business and Politics*, vol. 16, n° 4, 2014, p. 481–509
- ALBEROLA, Enrique, CERVERO, Susana G., LOPEZ J. Humberto et UBIDE, Angel J., « Global Equilibrium Exchange Rates: Euro, Dollar, “Ins,” “Outs,” and Other Major Currencies in a Panel Cointegration Framework », *IMF Working Paper 99-175*, FMI, 1999, 43 p.
- ALQUISADA, Pamela Joy L., « Reconciling Trade and Environment: GATT Article XX Exceptions, the Chapeau, and the JPEPA », *Ateneo Law Journal*, vol 53, 2009, p. 1022-1046
- ANDERSON, Kym, « Agriculture’s “multifunctionality” and the WTO », *The Australian Journal of Agricultural and Resource Economics*, vol. 44, n° 3, 2000, p. 475-494
- ARROW, Kenneth J., « The economic implications of learning by doing », *Review of Economic Studies*, vol. 9, N° 3, 1962, p. 155-173
- ASMELASH, Henok B., « Energy Subsidies and the WTO Dispute Settlement System: Why Only Renewable Energy Subsidies Are Challenged », *Journal of International Economic Law*, vol. 18, n° 2, 2015, p. 261-285
- ASMELASH, Henok B., « Phasing Out Fossil Fuel Subsidies in the G20: Progress, Challenges, and Ways Forward », *ICTSD Think piece*, ICTSD, Genève, 2017, viii, 29 p.
- ATIK, Jeffery, « Two Hopeful Readings of Shrimp-Turtle », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 9, 1999, p. 6-12
- AUTY, Richard M., « Industrial Policy Reform in Six Large Newly Industrializing Countries: The Resource Curse Thesis », *World Development*, vol. 22, n° 1, 1994, p. 11-26
- AUTY, Richard M., « Industrial Policy, Sectoral Maturation, and Postwar Economic Growth in Brazil: The Resource Curse Thesis », *Economic Geography*, vol. 71, n° 3, 1995, 257-272.
- AUTY, Richard M., « Resource Abundance and Economic Development: Improving the Performance of Resource-Rich Countries », *Research for Action Paper N. 44*, The United Nations University World Institute for Development Economics Research, Helsinki, 1998, 63p.

- BACCHETTA, Marc et JANSEN, Marlon, « Adjusting to Trade Liberalization », *Special Studies* 7, Genève, OMC, 2003, 72 p.
- BACCHUS, James, « The Case for a WTO Climate Waiver », *CIGI Special Report*, 2017, vi, 27 p.
- BACCHUS, James, « The Content of a WTO Climate Waiver », *CIGI Papers N° 204*, 2018, vi, 15 p.
- BAGWELL, Kyle et STAIGER, Robert W., « The Role of Export Subsidies When Product Quality Is Unknown », *NBER Working Paper N° 2584*, 1988, 37p.
- BAGWELL, Kyle et STAIGER, Robert W., « An Economic Theory of GATT », *The American Economic Review*, vol. 89, n° 1, 1999, p. 215-48
- BAGWELL, Kyle et STAIGER, Robert. W., « Will International Rules on Subsidies Disrupt the World Trading System? », *American Economic Review*, 2006, vol. 96, p. 877–895
- BAGWELL, Kyle W., MAVROIDIS Petros C., « TooMuch, Too Little . . . Too Late? », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C., (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 168-171
- BALDWIN, Robert E., « The Political Economy of Protectionism », in BHAGWATI, Jagdish N. (ed.), *Import Competition and Response*, University of Chicago, 1982, p. 263-292
- BANQUE MONDIALE, « Green innovation and industrial policies », in BANQUE MONDIALE, *Inclusive Green Growth: The Pathway to Sustainable Development*, Washington DC, 2012, p. 65-90
- BARBOSA FILHO, Fernando de H. et PESSÔA, Samuel de A., « Estimates of Fundamental Equilibrium Exchange Rates », *Policy Note*, Meeting of National Economic Organisations, OCDE, 2014, 16 p.
- BARLET, Muriel, CRUSSON, Laure, DUPUCH, Sébastien, et PUECH, Florence, « Des services échangés aux services échangeables : une application sur données françaises. », *Économie et Statistique*, n. 435–436, 2010, p. 105-124
- BARRAL, Virginie, « Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm », *The European Journal of International Law*, vol. 23, n° 2, 2012, p. 377-400
- BARTELS, Lorand, « The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n° 4, 2004, p. 861-895
- BATOR, Francis M., « The Anatomy of Market Failure », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, n° 3, 1958, p. 351-379
- BAUJARD, Antoinette, « L'économie du bien-être est morte. Vive l'économie du bien-être ! », *WP CREM*, University of Caen Basse-Normandie, 2011- 02, 51p.

- BAUMOL, William J., « Environmental Protection, International Spillovers and Trade », *Wicksell Lectures 1971*, Almqvist & Wicksell, Stockholm, 1971, 59 p.
- BESLEY, Timothy et KANBUR, Ravi, « The principles of targeting », *Policy, Research, and External Affairs working paper n° WPS 385*, Banque mondiale, 1990, 35 p.
- BHAGWATI, Jagdish N. et RAMASWAMI, V. K., « Domestic Distortions, Tariffs and the Theory of Optimum Subsidy », *Journal of Political Economy*, 1965, vol. 71, n° 1, p. 44–50
- BHAGWATI, Jagdish N., RAMASWAMI, V. K. et SRINIVASAN, T.N., « Domestic Distortions, Tariffs and the Theory of Optimum Subsidy: some further results » *MIT Department of Economics Working Paper N° 29*, MIT, 1968, 9 p.
- BHAGWATI, Jagdish N. et IRWIN, Douglas A., « The Return of the Reciprocity – US Trade Policy Today », *The World Economy*, vol 10, n° 2, 1987, p. 109-130
- BHAGWATI, Jagdish N., « The Theory and Practice of Commercial Policy: Departures from Unified Exchange Rates », *Princeton Essays in International Finance*, n° 8, 1968, 74 p.
- BHAGWATI, Jagdish N., *Free Trade Today*, Princeton University Press, 2003, 144 p.
- BIGDELI, Sadeq Z., « Will the ‘Friends of Climate’ Emerge in the WTO? The Prospect of Applying the ‘Fisheries Subsidies’ Model to Energy Subsidies », *Carbon and Climate Law Review*, vol. 2, n° 1, 2008, p. 78–88
- BIGDELI, Sadeq Z., « Resurrecting the Dead? The Expired Non-Actionable Subsidies and the Lingering Question of ‘Green Space’ », *Manchester Journal of International Economic Law*, vol. 8, n° 2, 2011, p. 2-37
- BIGDELI, Sadeq Z., « Feed-in-tariffs and the WTO regulation of subsidies – a moment of progressive adjudication », in DELIMATIS, Panagiotis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Cambridge, 2016, p. 119-147
- BLONIGEN, Bruce A. et PRUSA, Thomas J., « The Cost of Antidumping: the Devil is in the Details », *Policy Reform*, 2003, vol. 6, n° 4, p. 233–245
- BOHANES, Jan, « WTO Dispute Settlement and Industrial Policy », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, 22 p.
- BONNIN, Marie, « Retour historique sur la conservation de la nature », in Garnier, Lisa (ed.), *Entre l’Homme et la nature, une démarche pour des relations durables*, Réserves de Biosphère - Notes techniques 3 – 2008, Paris, UNESCO, p. 32-35
- BOWN, Chad P. et TRACHTMAN, Joel P., « Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres: A Balancing Act », *World Trade Review*, vol. 8, n° 1, 2009, p. 85-135
- BRAMS, Steven, *Game Theory and Politics*, MacMillan, 1973, p. 472-481
- BRESSER-PEREIRA, Luiz C., « Assault on the State and on the market: Neoliberalism and economic theory », *Estudos Avançados*, vol. 23, n° 66, 2009, p. 7-23
- BREWSTER, Rachel, BRUNEL, Claire et MAYDA, Anna Maria, « Trade in Environmental Goods: A Review of the WTO Appellate Body’s Ruling in US—Countervailing Measures (China) », *World Trade Review*, vol. 15, 2016, p. 327-349

- BROU, Daniel, CAMPANELLA, Edoardo, RUTA, Michele, « The Value of Domestic Subsidy Rules in Trade Agreements », *Staff Working Paper ERSD-2009-12*, OMC, 2009, 18 p.
- BROU, Daniel, RUTA, Michele, « A Commitment Theory of Subsidy Agreements », *Staff Working Paper ERSD-2012-15*, OMC, 2012, 33 p.
- BURDA, Julien, « L'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC : Vers une meilleure prévisibilité du système commercial multilatéral », *Revue québécoise de droit international*, vol. 18, n° 2, 2005, p. 1-37
- CADIER, Gabrielle, « Les conséquences du traité de 1860 sur le commerce franco-britannique », *Histoire, économie & société*, vol. 7, n° 3, 1988, p. 355-380
- CAMERON, James et GRAY, Kevin R., « Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, p. 248-298
- CASIER, Liesbeth, FRASER, Robin, HALLE, Mark et WOLFE, Robert, « Shining a Light on Fossil Fuel Subsidies at the WTO: How NGOs can contribute to WTO notification and Surveillance », *GSI Report*, IISD, janvier 2014, 29 p.
- CHANG, Ha-Joon, « Infant Industry Promotion in Historical Perspective – A Rope to Hang Oneself or a Ladder to Climb With? » *paper prepared for the conference “Development Theory at the Threshold of the Twenty-first Century”*, ECLAC-CEPAL, Santiago, Chili, 28-29 août 2001, 49 p.
- CHANG, Ha-Joon, « Kicking Away the Ladder: Infant Industry Promotion in Historical Perspective », *Oxford Development Studies*, vol. 31, n° 1, 2003, p. 21-35
- CHANG, Howard F., « Environmental Trade Measures, the Shrimp-Turtle Rulings, and the Ordinary Meaning of the Text of the GATT », *Chapman Law Review*, vol. 8, n° 25, 2005, p. 25-51
- CHARNOVITZ, Steve (modérateur), JACKSON, John H. (commentateur), BACCHUS, James, LACARTE-MURÓ, Julio, MATSUSHITA, Mitsuo (membres du panel), « WTO Appellate Body Roundtable », *Proceedings of the Annual Meeting of American Society of International Law*, vol. 99, 2005, p. 175-187
- CHARNOVITZ, Steve, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *Journal of World Trade*, 1991, vol. 25, n° 5, p. 37-55
- CHARNOVITZ, Steve, « Free Trade, Fair Trade, Green Trade: Defogging the Debate », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, n° 3, Symposium, Article 2, 1994, p. 459-525
- CHARNOVITZ, Steve, « World trade organization “turtle”, decision makes progress », *Journal of International Wildlife Law & Policy*, vol. 1, n° 2, 1998, p. 307-308
- CHARNOVITZ, Steve, « The WTO's Environmental Progress », *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n° 3, 2007, p. 685-706
- CHARNOVITZ, Steve, « Green Subsidies and the WTO », *Policy Research Working Paper*, Banque mondiale, Office of the Chief Economist – Climate Change Group, 2014, 84 p.

- CHEYNE, Ilona, « Environmental Unilateralism and the WTO/GATT System », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, n° 3, 1995, p. 433-465
- CLINE, William et WILLIAMSON, John, « Estimates of Fundamental Equilibrium Exchange Rates », *Policy Brief N° 11-5*, Peterson Institute for International Economics, 2011, 18 p.
- CLINE, William, « Estimating consistent fundamental equilibrium exchange rate », *Working paper Series N° 08-6*, Peterson Institute for International Economics, 2008, 26 p.
- COADY, David, FLAMINI, Valentina et SEARS, Louis, « The Unequal Benefits of Fuel Subsidies Revisited: Evidence for Developing Countries », *IMF Working Papers*, WP/15/250, 2015, 24 p.
- COADY, David, PARRY, Ian, LE, Nghia-Piotr et SHANG, Baoping, « Global Fossil Fuel Subsidies Remain Large: An Update Based on Country-Level Estimates », *Working Paper N° 19/89*, FMI, 2019, 39 p.
- COADY, David, PARRY, Ian, SEARS, Louis et SHANG, Baoping, « How Large Are Global Fossil Fuel Subsidies? », *World Development*, vol. 91, 2017, p. 11–27
- COASE, Ronald H., « The nature of the firm », *Economica*, New Series, vol. 4, n° 16, nov., 1937, p. 386-405
- COASE, Ronald H., « The problem of social cost », *The journal of law and economics*, vol. 3, oct., 1960, p. 1-44
- CONDON, Bradly J., « Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n° 4, 2009, p. 895-926
- CONDON, Bradly J., « Captain America and the Tarnishing of the Crown: The Feud Between the WTO Appellate Body and the USA », *Journal of World Trade*, vol. 52, n° 4, 2018 p. 535–556
- COOK, Graham, « The Illusion of ‘Evolutionary Interpretation’ in WTO Dispute Settlement », in MARCEAU ABI-SAAB, Georges, KEITH, Kenneth, MARCEAU, Gabrielle et MARQUET, Clément (eds.), *Evolutionary Interpretation and International Law*, Hart Publishing, 2019, p. 181-194
- CORNFORD, Andrew, « Variable Geometry for the WTO: Concept and Precedents », *UNCTAD Discussion Paper N° 171*, mai 2004, 21 p.
- COSBEY, Aaron et MAVROIDIS, Petros C., « A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 2014, p. 11-47
- COSBEY, Aaron, « Green Industrial Policy and the World Trading System », *ENTWINED Issue Brief 17*, 2013, 12 p.
- COTTIER, Thomas, « Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines? », *Renewable Energy Law and Policy Review*, vol. 5, n° 1, 2014, p. 40-51
- COWEN, Tyler, « Law as a Public Good: The Economics of Anarchy », *Economics and Philosophy*, vol. 8, n° 02, 1992, p. 249-267

CREDIT SUISSE, « Valuation of Emerging Markets Currencies », *Debt Trading Monthly*, January 2011, p. 80-91

CRISTEA, Anca D., HUMMELS, David, PUZZELLO, Laura, AVETISYAN, Misak G., « Trade and The Greenhouse Gas Emissions from International Freight Transport », *Journal of Environmental Economics and Management*, Elsevier, 2013, vol. 65, n° 1, p. 153-173

DAHOU, Karim, MONDE, Enda T., CRODT, M. Dème, et DIOUM, A., « Support Policies to Senegalese Fisheries », in UNEP, *Fisheries Subsidies and Marine Resource Management: Lessons Learned from Studies in Argentina and Senegal*, Genève, UNEP, 2002, p. 27-50

DE BIÈVRE, Dirk, ESPA, Ilaria et POLETTI, Arlo, « No iceberg in sight: on the absence of WTO disputes challenging fossil fuel subsidies », *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 17, n° 3, 2017, pp 411–425

DEARDORFF Alan V., « Safeguards Policy and the Conservative Social Welfare Function », in KIERZKOWSKI, Henryk (ed.), *Protection and Competition in International Trade: Essays in Honor of W. M. Corden*, Oxford, Blackwell, 1987, p. 22-40

DEVARAJAN, Shantayanan et SWAROOP, Vinaya, « The Implications of Foreign Aid Fungibility for Development Assistance », *Policy Research Working Paper 2022*, Banque mondiale, 1998, 16 p.

DEVEREUX, Michael, LOCKWOOD, Ben et REDOANO, Michela, « Do countries compete over corporate tax rates? », *Journal of Public Economics*, 2008, vol. 92, n° 5-6, p. 1210-1235

DHANANIA, Kusum et CHANTRAMITRA, Worabhatra, « Addressing the rise of Trade Remedies against Environmental Goods », *Trade and Investment Law Clinic Papers*, Graduate Institute, Genève, 2014, 66 p.

DIAMOND, Peter A., et MIRRLEES, James A., « Optimal Taxation and Public Production », *American Economic Review*, vol. 61, n° 1, 1971, p. 8-27

DIAZ-BONILLA, Eugenio et TIN, Jonathan, « That was Then but this is Now: Multifunctionality in Industry and Agriculture », *TMD Discussion Paper N° 94*, International Food Policy Research Institute (IFPRI), 2002, 44 p.

DIMITROPOULOS, Georgios, « Behavioural International Trade Law », *Fifth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law*, Working Paper N° 2016/02, University of the Witwatersrand, 2016, 24 p.

DUPUY, Pierre-Marie, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *Revue générale de droit international public*, vol. 101, n° 4, 1997, p. 873-903

DURÁN, Gracia Marín, « Sheltering Government Support to 'Green' Electricity: the European Union and the World Trade Organization », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, 2018, p. 129-165

EATON, Jonathan, GROSSMAN, Gene M., « Optimal Trade and Industrial Policy under Oligopoly », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, n° 2, 1986, p. 383-406

EGGER, Peter, NIGAI, Sergey et STRECKER, Nora, « The Taxing Deed of Globalization », *CEPR Discussion Paper 11259*, Centre for Economic Policy Research, Londres, 2016, 41 p.

ELKAHWAGY, Rana, GYANCHANDANI, Vandana PISELLI, Dario, « UNFCCC Nationally Determined Contributions: Climate Change and Trade », *CTEI working Papers*, International Economic Law Clinic, Graduate Institute, 2017, 274 p.

EL-KATIRI, Laura et FATTOUH, Bassam, « A Brief Political Economy of Energy Subsidies in the Middle East and North Africa », *Revue internationale de politique de développement*, Institut de hautes études internationales et du développement, Genève, vol. 7, 2017, p. 58–87

ERNST-ULRICH, Petersmann, « International Trade Law and International Environmental Law », *Journal of World Trade Law*, vol. 27, n° 1, 1993, p. 43-81

ESPA, Ilaria et DURÁN, Gracia M., « Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program », *Journal of International Economic Law*, vol. 21, 2018, p. 621–653

ETHIER Wilfred J., « The Political Economy of Protection », in BERNHOFEN D., FALVEY R., GREENAWAY D., KREICKEMEIER U. (eds.), *Palgrave Handbook of International Trade*, Palgrave Macmillan, 2013, p. 295-320

ETHIER, Wilfred J., « Political Externalities, Nondiscrimination, and a Multilateral World », *Review of International Economics*, 2004, vol. 12, n° 3, p. 303–320

EVENETT, Simon, J., « The BRICS Trade Strategy: Time for a Rethink », *17th GTA Report*, Global Trade Alert, CEPR, 102 p.

FABRI, Hélène Ruiz, MBENGUE, Makane M., et McGARRY, Brian, « Introducing the Special Issue 22.4 Regime Convergence and Lex Ferenda in IUU Fishing Disputes: Introductory Remarks », *International Community Law Review*, vol. 22, n°s 3-4, 2020, p. 363-367

FARAH, Paolo Davide et CIMA, Elena, « WTO and Renewable Energy: Lessons from the Case Law », *Journal of World Trade*, vol. 49, n° 6, 2015, p. 1103–1116

FARID, Mai, KEEN, Micahel, PAPAIOANNOU, Michael, PARRY, Ian, PATTILLO, Catherine, et TER-MARTIROSYAN, Anna, « After Paris: Fiscal, Macroeconomic, and Financial Implications of Climate Change », *IMF Staff Discussion Note*, FMI, SDN/16/01, 2016, 46 p.

FERGUSON, William Scott, « International Trade Implications of Pollution Control », *Cornell Law Review*, vol. 58, n° 2, article 6, 1973, p. 368-382

FERRANTE, Akuson R., « The Dolphin Tuna Controversy and Environmental Issues: Will the World Trade Organization's Arbitration Court and the International Court of Justice's Chamber for Environmental Matters Assist the United States and the World in Furthering Environmental Goals », *Journal of Transnational Law and Policy*, vol. 5, 1996, p. 279-314

FIEVET, Gilles, « Réflexions sur le concept de développement durable : prétentions économiques, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux », *Revue belge de droit international*, vol. 34, n° 1, 2001, p. 128-184

- FISCHER, Carolyn et NEWELL Richard, « Environmental and Technology Policies for Climate Change and Renewable Energy », *Resources for the Future Discussion Paper 04-05*, 2004, 44 p.
- FOSTER, Chris, GREEN, Ken, BLEDA, Mercedes, DEWICK, Paul, EVANS, Barry, FLYNN, Andrew et MYLAN, Jo, « Environmental Impacts of Food Production and Consumption », *Report to the Department of Environment, Food and Rural Affairs*, Manchester Business School et Defra, 2006, 199 p.
- FRANÇOIS, Joseph, « Subsidies and Countervailing Measures: Determining the Benefit of Subsidies », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C., (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 103-115
- FRANÇOIS, Patrick, VAN YPERSELE, Tanguy, « On the protection of cultural goods », *Journal of International Economics*, vol. 56, 2002, p. 359–369
- FREEMAN, Fran et ROBERTS, Ivan, « Multifunctionality: A Pretext for Protection? », *ABARE Current Issues*, Australian Bureau of Agricultural and Resource Economics, vol. 99, N° 3, 1999, p. 1-6
- GAGNON-LEBRUN, Frédéric, GASS, Philip, ALLAN, Jennifer, ECHEVERRÍA, Daniella, OHARENKO, Yuliia, et TOUCHETTE, Yanick, « Advancing Linked Carbon Pricing Instruments: Lessons on governing carbon pricing clubs from non-climate institutions », *IISD Report*, 2018, 30 p.
- GARCIA, Serge M, « History of fisheries and biodiversity conservation: A timeline of key events (1850–2012) », in GARCIA, Serge M., RICE, Jake et CHARLES, Anthony (eds.), *Governance of Marine Fisheries and Biodiversity Conservation: Interaction and Co-evolution*, 1ère édition, John Wiley & Sons, 2014, p. 429-460
- GARG, Vibhuti, SHARMA, Shruti, CLARKE, Kieran et BRIDLE, Richard, « Kerosene Subsidies in India: The status quo, challenges and the emerging path to reform », *Kerosene to Solar Swap Policy Brief #1*, IISD, 2017, 10 p.
- GERLAGH, Reyer et VAN DER ZWAAN, Bob, « Options and instruments for a deep cut in CO₂ emissions: carbon dioxide capture or renewables, taxes or subsidies? » *The Energy Journal*, 2006, p. 25-48
- GRAY, Kevin R., « Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres », *American Journal of International Law*, vol. 102, n° 3, 2008, p. 610-616
- GREEN, Andrew et TREBILCOCK, Michael, « Enforcing WTO Obligations: What Can We Learn from Export Subsidies? », *Journal of International Economic Law*, 2007, vol. 10, n° 3, 653
- GREEN, Andrew et TREBILCOCK, Michael, « The Enduring Problem of World Trade Organization Export Subsidies Rules », in BAGWELL, Kyle W., BERMANN, George A., MAVROIDIS, Petros C., (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 116-167
- GREEN, Andrew, « Trade Rules and Climate Change Subsidies », *World Trade Review*, vol. 5, n° 3, 2006, p. 377-414

- GROSSMAN, Gene M. et HELPMAN, Elhanan, « Protection for Sale », *The American Economic Review*, vol. 84, n° 4, 1994, p. 833-850
- GROSSMAN, Gene M., « La promotion des nouvelles activités industrielles : analyses et observations récentes », *Revue Economique de l'OCDE*, n° 14, 1990, p. 93-139
- HALLEGATTE, Stephane, BANGALORE, Mook, BONZANIGO, Laura, FAY, Marianne, KANE, Tamaro, NARLOCH, Ulf, ROZENBERG, Julie, TREGUER, David, et VOGT-SCHILB, Adrien, « Shock Waves: Managing the Impacts of Climate Change on Poverty », *Climate Change and Development Series*, Banque mondiale, 2016, 207 p.
- HARDIN, Garrett, « The Tragedy of Commons », *Science*, vol. 162, n° 3859, 1968,
- HARDIN, Russell, « Collective Action as an Agreeable n-Prisoner's Dilemma », *Behavioral Science*, vol. 16, 1971, p. 472-481
- HARRISON, Ann, « The new trade protection: price effects of antidumping and countervailing measures in the United States », *World Bank Working Paper*, WPF 808, 1991, 38 p.
- HAUSMANN, Ricardo, RODRIK, Dani, « Economic Development as Self-Discovery », *National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper 8952*, NBER, 2002, 44 p.
- HAWKINS, Sonja, « Carbon Market Clubs under the Paris Climate Regime: Climate and Trade Policy Considerations », *ICTSD Climate and Energy Policy Brief*, Genève, 2016, 25 p.
- HINES, James R. et SUMMERS, Lawrence H., « How Globalization affects Tax Design », *NBER Working Paper 14664*, 2009, 41 p.
- HOEKMAN, Bernard, MICHALOPOULOS, Constantine et WINTERS, Leonard Alan, « Special and Differential Treatment of Developing Countries in the WTO: Moving Forward After Cancun », *World Economy*, vol. 27, 2004, p. 481-506
- HOFF, Karla, « Bayesian learning in an infant industry model », *Journal of International Economics*, vol. 43, n° 3-4, 1997, p. 409-436
- HOFF, Karla, STIGLITZ, Joseph E., « Modern economic theory and development », in MEIER, Gerald M., STIGLITZ, Joseph E. (Eds.), *Frontiers of development economics: the future in perspective*, Banque mondiale, Oxford University Press, 2000, p. 389-459
- HORLICK, Gary et CLARKE, Peggy A., « Rethinking Subsidy Disciplines for the Future », *E15 Policy Options Paper*, *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2016, 27 p.
- HORLICK, Gary, « The WTO and climate change 'incentives' », in COTTIER, Thomas, NARTOVA, Olga et BIGDELI, Sadeq (eds.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change: World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 193-196
- HORLICK, Gary, « Trade Remedies and Development of Renewable Energy », *E15 Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2013, 5 p.
- HORN, Henrik et MAVROIDIS, Petros, « United States - Preliminary Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada: What is a Subsidy? », *World Trade Review*, vol. 4, n° S1 (The WTO Case Law Of 2002), 2005, p. 220-247

- HOSSEINI, Hamid, « Poor Predictive Power and the Unrealism of International Trade Models: Proposing a More Realistic (Behavioral Economics Based) Model », *Journal of Applied Business and Economics*, vol. 15, n° 2, 2013, p. 72-80
- HOWSE, Robert, « The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 27, 2002, p. 491-514
- HOWSE, Robert, « Do the World Trade Organization Disciplines on Domestic Subsidies Make Sense? The Case for Legalizing Some Subsidies », in BAGWELL, Kyle W., BERMAN, George A., MAVROIDIS, Petros C., (eds.), *Law and Economics of Contingent Protection in International Trade*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 85-102
- HOWSE, Robert, « Securing Policy Space for Clean Energy under the SCM Agreement: Alternative Approaches », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2013, 12 p.
- HOWSE, Robert, « The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary », *The European Journal of International Economic Law*, vol. 27, n° 1, 2016, p. 9-77
- HUDEC, Robert E., « GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an "Aim and Effects" Test », *The International Lawyer*, Symposium on the First Three Years of the WTO Dispute Settlement System, vol. 32, n° 3, 1998, p. 619-649
- HUFBAUER, Gary et CIMINO, Cathleen, « Trade Remedies Targeting the Renewable Energy Sector », *Rapport présenté au Groupe d'experts Ad Hoc de la CNUCED sur la défense commerciale aux secteurs verts*, 3-4 avril 2014, Genève, 2014, iv, 41 p.
- IRWIN, Douglas A., « Multilateral and bilateral trade policies in the world trading system: an historical perspective » in DE MELO, Jaime et PANAGARIYA, Arvind (eds.), *New Dimensions in Regional Integration*, Cambridge University Press, 1993, p. 90-119
- IRWIN, Douglas A., « Trade Liberalization: Cordell Hull and the Case for Optimism », *Maurice R. Greenberg Center for Geoeconomic Studies Working Paper*, Council on Foreign Relations, 2008, 36 p.
- JACKSON, John, « World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict? », *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, n° 4, 1992, p. 1227-1278
- JACKSON, John, « World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict? », in ZAELKE Durwood, ORBUCH, Paul et HOUSMAN, Rob (eds.), *Trade and the Environment: Law, Economics, and Policy*, Center for international environmental law, Island Press, Washington, 1993, p. 219-236
- JACKSON, John, « Justice Feliciano and the WTO Environmental Cases: Laying the Foundations of a 'Constitutional Jurisprudence' with Implications for Developing Countries », in VAN DEN BOSSCHE, Peter, STEGER, Debra P., CHARNOVITZ, Steve, (eds.), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano*, Cambridge University Press, 2005, p. 29-43
- JACKSON, John, « The Case of the World Trade Organization », *International Affairs*, vol. 84, n° 3, 2008, p. 437-454

- JACQUET Jennifer L. et PAULY Daniel, « Funding priorities: big barriers to small-scale fisheries », *Conservation Biology*, vol. 22, n° 4, 2008, p. 832-835
- JANOW, Merit E. et STAIGER, Robert W., « Canada – Dairy: Canada – Measures Affecting the Importation of Dairy Products and the Exportation of Milk », *World Trade Review*, vol. 2, n° S1 (WTO Case Law of 2001), 2003, p. 236-280
- JOSLING, Timothy, « Rethinking the Rules for Agricultural Subsidies », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, 7 p.
- KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos, « Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk », *Econometrica*, vol. 47, n° 2, mar., 1979, p. 263-292
- KAMPEL, Kim, « Options for Disciplining the Use of Trade Remedies in Clean Energy Technologies », *ICTSD issue paper*, 2017, x, 63 p.
- KECK, Alexander et LOW, Patrick, « Special and Differential Treatment in the WTO: Why, When and How », *WTO Working Paper ERSD-2004-03*, OMC, 2004, 36 p.
- KELLY, J. Patrick, « Judicial Activism at the World Trade Organization: Development Principles of Self Restraint », *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 22, n° 3, 2002, p. 353-388
- KELLY, J. Patrick, « The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance », *Cornell International Law Journal*, vol. 38, n° 2, 2005, article 4, p. 459-49
- KIRGIS, Frederic L., « Effective Pollution Control in Industrialized Countries: International Economic Disincentives, Policy Responses, and the GATT », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 4, 1972, p. 859-918
- KOJIMA, Masami et KOPLOW, Doug, « Fossil Fuel Subsidies: Approaches and Valuation », *Policy Research Working Paper 7220*, Banque Mondiale, 2015, 54 p.
- KOSKENNIEMI, Martti, « The Politics of International Law – 20 Years Later », *The European Journal of International Law*, vol. 20, n° 1, 2009, p. 7-19
- KRUGMAN, Paul, « The narrow moving band, the Dutch disease, and the competitive consequences of Mrs. Thatcher: Notes on trade in the presence of dynamic scale economies », *Journal of Development Economics*, 1987, vol. 27, n° 1-2, p. 41-55
- KRUGMAN, Paul, « What Should Trade Negotiators Negotiate About », *Journal of Economic Literature*, vol. xxxv, n°3, 1997, p. 113-120
- KUNTZE, Jan-Christoph et MOERENHOUT, Tom, « Local Content Requirements and the Renewable Energy industry - A Good Match? », *UNCTAD Ad hoc Expert Group Meeting on Domestic Requirements and Support Measures in Green Sectors: Economic and Environmental Effectiveness and Implications for Trade*, Genève, ICTSD, 2013, vii, 67 p.
- KUNTZE, Jan-Christoph et MOERENHOUT, Tom, « Are Feed-In Tariffs Consistent with WTO Law? Legal Tools to Confront Interdisciplinary Challenges », in BAETENS, Freya et CAIADO, José G. M. (eds.), *Frontiers of international economic law. Legal tools to confront interdisciplinary challenges*, Leiden, Brill Publishers, Martinus Nijhoff, 2014, p. 151-180

- LACARTE-MURÓ, Julio et PIÉROLA CASTRO, Fernando, « Comparing the WTO and GATT Dispute Settlement Mechanisms: What was accomplished in the Uruguay round ? », in LACARTE-MURÓ, Julio et GRANADOS, Jaime (eds.), *Inter-governmental Trade Dispute settlement: Multilateral and Regional Approaches*, Cameron May, 2004, p. 31-60
- LALL, Sanjaya, « Selective policies for export promotion: Lessons from the Asian Tigers », *WIDER Research for Action* 43, United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU/WIDER), 1997, vii, 55 p.
- LAMONTAGNE, Roland, « L'influence de Colbert sur l'œuvre de Jean Talon », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 6, n° 1, 1952, p. 42-61
- LAMPE, Markus, « Explaining nineteenth-century bilateralism: economic and political determinants of the Cobden–Chevalier network », *Economic History Review*, vol. 64, n° 2, 2011, p. 644–668
- LANG, Andrew, « Governing ‘As If’: Global Subsidies Regulation and the Benchmark Problem », *Current Legal Problems*, vol. 67, n° 1, 2014, p. 135-168
- LAVRANOS, Nikos, « The Brazilian Tyres Case: Trade Supersedes Health », *Trade, Law & Development*, vol. 1, n° 2, 2009, p. 230-258
- LAWRENCE, Robert Z., « Variable Geometry for the WTO: Concept and Precedents », *PIIE Analysis*, juin 2008, disponible sur <<https://piie.com/commentary/speeches-papers/toward-more-effective-wto-role-variable-geometry>>, dernier accès le 22.03.2019
- LAZER, David, « The Free Trade Epidemic of the 1860S and Other Outbreaks of Economic Discrimination », *World Politics*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 447-483
- LEAL-ARCAS Rafael, « Trade Proposals for Climate Action », *Trade, Law and Development*, vol. 6, n° 1, 2014, p. 11-54
- LEAL-ARCAS, Rafael et FILIS, Andrew, « Renewable energy disputes in the World Trade Organization », *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, vol. 13, n° 3, 2015, p. 1-51
- LEDERMAN, Daniel, « Old and new trade policies », *CEPAL Review*, n° 51, décembre 1993, p. 123-131
- LESTER, Simon, « The Problem of Subsidies as a Means of Protectionism: Lessons from the WTO EC – Aircraft Case », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12, n° 2, 2011, p. 1-28
- LEVY, Brian, « An institutional analysis of the design and sequencing of trade and investment policy reform », *World Bank Economic Review*, Banque mondiale, 1993, vol. 7, n° 2, p. 247-262
- LÉVY, Raphaël-Georges, « Le Commerce allemand », *Revue des Deux Mondes*, 4e période, tome 146, 1898, p. 868-896
- LEWIS, Joanna, « Industrial Policy, Politics and Competition: Assessing the Post-Crisis Wind Power Industry », *Business and Politics*, vol. 16, n° 4, 2014, p. 511–547
- LIMA-CAMPOS, Aluisio de et GAVIRIA, Juan Antonio G., « A Case for Misaligned Currencies as Countervailable Subsidies », *Journal of World Trade*, vol. 46, n° 5, 2012, p. 1017–1044

- MADANI, Dorsati, « A Review of the Role and Impact of Export Processing Zones », *WPS Policy Research Working Paper 2238*, Banque mondiale, 1999, 107 p.
- MAGGI, Giovanni et RODRIGUEZ-CLARE, Andres, « A Political-Economy Theory of Trade Agreements », *NBER Working Paper N° 11716*, 2005, 50 p.
- MAHBUB, Nabaat T., « Sustainable Development and its Evolution in the Realm of International Environmental Law », *NAUJILJ*, vol. 7, 2016, p. 1-16
- MARÇAL, Emerson F., « Estimando o desalinhamento cambial para países selecionados utilizando análise baseada em fundamentos », *IPEA Nota Técnica N° 10*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2012, 79 p.
- MARCEAU, Gabrielle et MOROSINI, Fabio, « O Status do desenvolvimento sustentável no direito da Organização Mundial do Comércio » in MOROSINI, Fabio (ed.), *Regulação do Comércio Internacional e do Investimento Estrangeiro*, Saraiva, 2018, p. 23-56
- MARHOLD, Anna, « Fossil Fuel Subsidy Reform in the WTO: Options for Constraining Dual Pricing in the Multilateral Trading System », *ICTSD Issue paper*, ICTSD, Genève, 2017, 26 p.
- MARTINI, Roger et INNES, James, « Relative Effects of Fisheries Support Policies », *OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers*, n° 115, Paris, OCDE, 2018, 59 p.
- MATTOO, Aaditya et SUBRAMANIAN, Arvind, « Four changes to trade rules to facilitate climate change action », *PIIE Policy Brief PB13-10*, Peterson Institute for International Economics, 2013, 8 p.
- MATTOO, Aaditya, SUBRAMANIAN, Arvind, « Currency Undervaluation and Sovereign: A New Role for the World Trade Organization », *The World Economy*, vol. 32, n° 8, 2008, p. 1135-1164
- MAVROIDIS, Petros et DE MELO, Jaime, « Climate change policies and the WTO: Greening the GATT, revisited », in BARRETT, Scott, CARRARO, Carlo et DE MELO, Jaime (eds.), *Towards a Workable and Effective Climate Regime*, Centre for Economic Policy Research Press, VoxEU, 2015, p.225-236
- MAVROIDIS, Petros et NEVEN, Damien J., « Greening the WTO Environmental Goods Agreement, Tariff Concessions, and Policy Likeness », *Journal of International Economic Law*, vol. 22, n° 3, septembre 2019, p. 373–388
- MCGRADY, Benn, « Necessity Exceptions in WTO Law: Retreaded Tyres, Regulatory Purpose and Cumulative Regulatory Measures », *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n° 1, 2009, p. 153-173
- McMAHON, Gary, « The Natural Resource Curse: Myth or Reality? » *mimeo*, Development Institute, Banque mondiale, 1997, 39 p.
- MEADOWCROFT, James, « Sustainable Development: A New(ish) Idea for a New Century », *Political Studies*, vol. 48, n° 2, 2000, p. 370-387
- MEDEMA, Steven G., « The Myth of Two Coases: What Coase Is Really Saying », *Journal of Economic Issues*, vol. 28, n° 1, 1994, p. 208-217

- MESSERLIN, Patrick, « Regulating culture: has it ‘Gone with the Wind’? », *Achieving Better Regulation of Services Conference Proceedings*, Australian National University, Media and Publications, Productivity Commission, 2000, p. 287-318
- MIROUDOT, Sébastien, « The Servicification of Global Value Chains: Evidence and Policy Implications », *Fifth session of UNCTAD Multi-year Expert Meeting on Trade, Services and Development*, UNCTAD-OCDE, Genève, 2017, 4 p.
- MISHAN, Ezra J., « The Postwar literature on Externalities: An Interpretative Essay », *Journal of Economic Literature*, vol. 9, n° 1, 1971, p. 1-28
- MONTEIRO, Jose-Antonio, « Typology of Environment-related Provisions in Regional Trade Agreements », *ERSD Staff Working Paper*, OMC, 2016, 109 p.
- MOROSINI, Fabio, « The MERCOSUR Trade and Environment Linkage Debate: The Disputes over Trade in Retreaded Tires’ », *Journal of World Trade*, vol. 44, n° 5, 2010, p. 1127–1144
- MOURA FILHO, Heitor, « Pioneering multilateralism: the sugar agreements 1864 – 1914 », *MPRA Paper 5208*, University Library of Munich, Germany, 2006, 27 p.
- MUSSA, Michael, « The adjustment process and the timing of trade liberalization », *NBER Working Paper N° 1458*, 1984, 100 p.
- NEARY, J. Peter « R&D in Developing Countries: What Should Governments Do? », *CEP Discussion Paper 0464*, Centre for Economic Performance, 2000, 11 p.
- NEUMANN, Peter, « The Relationship between GATT and the United Nations », *Cornell International Law Journal*, vol. 3, n° 1, 1970, p. 63-78
- NIENCHESKI, Luisa Zuardi, MOROSINI, Fabio, « A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito? », *Brazilian Journal of International Law*, vol. 12, n° 2, 2014, p. 150-168
- NOGUÉS, Julio, « Latin America’s Experience with Export Subsidies », *WPS Policy Research Working Paper 182*, Banque mondiale, 1989, 38p.
- NORDSTRÖM, Hakan et VAUGHAN, Scott, « Commerce et Environnement », *Dossiers spéciaux 4*, Genève, OMC, 1999, 134 p.
- ORAVA, Stephen J., « Incentives to Stimulate Renewable Energy », in PAUWELYN, Joost (ed.), *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, CEPR, The Graduate institute, Genève, 2010, p. 197-201
- p. 1243-1248
- PACK, Howard et SAGGI, Kamal, « Is There a Case for Industrial Policy? A Critical Survey », *World Bank Research Observer*, Banque mondiale, 2006, vol. 21, n° 2, p. 267-297
- PAL, Rajib, « Has the Appellate Body’s Decision in Canada – Renewable Energy / Canada – Feed-in Tariff Program Opened the Door for Production Subsidies », *Journal of International Economic Law*, 2014, vol. 17, n° 1, p. 125-137
- PALMETER, David, « Section 337 and the WTO Agreements: Still in Violation ? », *World Competition*, vol. 20, n° 1, 1996, p. 27-35

- PANAGARIYA, Arvind, « Evaluating the Case for Export Subsidies », *Policy Research Working Paper 2276*, Groupe de recherche sur le développement, Banque mondiale, 2000, 30 p.
- PAUWELYN, Joost, « The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go? », *The American Journal of International Law*, vol. 95, n° 3, 2001, p. 535-578
- PAUWELYN, Joost, « Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report on China – Audiovisuals », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 11, n° 1, 2010, p. 119-140
- PEARCE, David, « Environmentally Harmful Subsidies: Barriers to Sustainable Development », *OECD Workshop on Environmentally Harmful Subsidies*, 7-8 novembre 2002, 18 p.
- PEAT, Daniel, « The Wrong Rules for the Right Energy: the WTO SCM Agreement and Subsidies for Renewable Energy », *Environmental Law and Management*, vol. 24, n° 3, 2012, p. 3-10
- PEILLON, Sophie, « La servicisation des entreprises industrielles : Un changement majeur de business model », *Revue des Sciences de Gestion*, vol. 2, n° 3, N° 278-279, 2016, p. 131-140
- PENG, Shin-yi, « Regulating New Services through Litigation: Electronic Commerce as a Case Study on the Evaluation of Judicial Activism in the WTO », *Journal of World Trade*, vol. 48, n° 6, 2014, p. 1189-1222
- PEREIRA, Heloísa, « How the WTO Can Help the Fossil-Fuel Subsidies Reform to Tackle Climate Change: Lessons from the Fisheries Negotiations », *ICTSD Issue paper*, ICTSD, Genève, 2017, viii, 31 p.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « Administration of Justice in the World Trade Organization: Did the WTO Appellate Body Commit ‘Grave Injustice’? », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, n° 3, 2009, p. 329-374
- PIETERS, Jan, « Qu’est ce qui rend une subvention dommageable pour l’environnement ? Établissement d’une liste d’éléments clés fondée sur les conditions attachées aux subventions. », *Atelier de l’OCDE sur les subventions dommageables pour l’environnement*, 7-8 novembre 2002, 47 p.
- PONTEVES, Elzear de S., « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », *Revue Européenne de Droit de l’Environnement*, 2008, vol.12, n° 1, p. 21-60
- PORETTI, Pietro, « Waiting for Godot: Subsidy Disciplines in Services Trade », in PANIZZON, Marion, POHL, Nicole, et SAUVÉ, Pierre (eds), *GATS and the Regulation of International Trade in Services*, World Trade Forum, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 466-488
- PORTER, Gareth, « Incorporating Impacts on Resources into Disciplines on Fisheries Subsidies: Issues and Options », *UNEP Discussion Paper*, UNEP/ETB/2004/10, 2004, vii, 20 p.
- PORTER, Gareth, « Natural resource subsidies and international policy: a role for APEC », *Journal of Environment & Development*, vol. 6, n° 3, 1997, p. 276-291

PORTER, Gareth, « Les subventions et l'environnement : état des connaissances », *Atelier de l'OCDE sur les subventions dommageables pour l'environnement*, 7-8 novembre 2002, 58 p.

PYATT, Suzanne, « The WTO Sea Turtle Decision », *Ecology Law Quarterly*, vol. 26, n° 4, 1999, article 9, p. 815-838

RADELET, Steven, « Manufactured Exports, Export Platforms, and Economic Growth », *Harvard Institute for International Development Discussion Paper N° 43*, 1999, 48 p.

RAFFIN, Jean-Pierre, « De la protection de la nature à la gouvernance de la biodiversité », *Ecologie & politique*, Presses de Sciences Po, 2005, vol. 1, n° 30, p. 97-109

REGAN, Donald, « What are Trade Agreements For? Two Conflicting Stories Told by Economists, with a Lesson for Lawyers », *Journal of International Economic Law*, 2006, vol. 9, n° 4, p. 951-988

RODRIK, Dani, « Green industrial policy », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 30, n° 3, 2014, p. 469-91

RODRIK, Dani, « Industrial Policy for the 21st Century », *Kennedy School of Government Working Paper N° RWP04-047*, 2004, UNIDO, 57 p.

RODRIK, Dani, « Tariffs, subsidies, and welfare with endogenous policy », *Discussion Papers in Economics*, Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, Princeton University, 1984, vol. 21, n°s 3-4, p. 285-299

ROEMER, Michael, « Dutch disease in developing countries: swallowing bitter medicine », *Development discussion paper n° 156*, Harvard Institute for International Development, Harvard University, 1983, 26 p.

ROGERS, Joel W. et WHITLOCK, Joseph P., « Is Section 337 Consistent with the GATT and the TRIPs Agreement? », *American University International Law Review*, vol. 17, n° 3, article 1, 2002, p. 459-525

ROM, Michael, « GATT: Export Subsidies and Developing Countries », *Journal of World Trade Law*, 1968, vol. 2, p. 544

ROY, Martin, « Audiovisual Services in the Doha Round; 'Dialogue de Sourds', the Sequel? », *Journal of World Investment & Trade*, 2005, vol. 6, n° 6, p. 923-952

RUBINI, Luca, « Ain't wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, the SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform », *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 2, 2012, p. 525-579

RUBINI, Luca, « What does the recent WTO litigation on renewable energy subsidies tell us about methodology in legal analysis? The good, the bad, and the ugly », *EUI Working Paper RSCAS 2014/05*, 2014, 35 p.

RUNCIMAN, Walter L., « The World Economic Conference at Genève », *The Economic Journal*, vol. 37, n° 147, 1927, p. 465-472

SACHS, Jeffrey D., WARNER, Andrew M., « Natural resource abundance and economic growth », *National Bureau of Economic Research, Working Paper n° 5398*, NBER, 1995, 54 p.

- SAMUELSON, Paul A., « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, N° 4, 1954, p. 387-389
- SANDLER, Todd, « Global and Regional Public Goods: A Prognosis for Collective Action », *Fiscal Studies*, vol. 19, n° 3, 1998, p. 221–247
- SANER, Raymond, « How the WTO can implement the Paris Agreement », *G.R.E.A.T. Insights*, European Centre for Development Policy Management, vol. 5, n° 3, 2016, p. 19-22
- SARRAF, Maria et JIWANJI, Moortaza, « Beating the resource curse: The case of Botswana », *Environment Department Paper n° 83*, Banque mondiale, Environmental Economics Series, 2001, 23 p.
- SAUVÉ, Pierre et SOPRANA, Marta, « Learning by Not Doing: Subsidy Disciplines in Services Trade », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, 13 p.
- SCHOENBAUM, Thomas J., « International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation », *The American Journal of International Law*, vol. 91, n° 2, 1997, p. 268-313
- SCHWARTS, Warren F., HARPER, Eugene W., « The regulation of subsidies affecting international trade », *Michigan Law Review*, vol. 70, n° 5, 1972, p. 831-858
- SCHWARZER, Johannes, « Industrial Policy for a Green Economy », *IISD Report*, IISD, 2013, viii, 59 p.
- SCIALABBA, Nadia El-Hage et MULLER-LINDENLAUF, Maria, « Organic agriculture and climate change », *Renewable Agriculture and Food Systems*, vol. 25, n° 2, 2010, p. 158–169
- SHRYBMAN, Steven, *International Trade and the Environment: An Environmental Assessment of the Present GATT Negotiations*, Canadian Environmental Law Association, (revised) 1990, 22p.
- SIMMONS, Zachary S., « Subsidizing solar: the case for an environmental goods and services carve-out from the global subsidies regime », *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 32, n° 2, 2014 p. 422-484
- SIMS, Ralph, SCHAEFFER, Roberto, CREUTZIG, Felix, CRUZ-NÚÑEZ, Xochitl, D'AGOSTO, Marcio, DIMITRIU, Delia, FIGUEROA MEZA, Maria J., FULTON, Lew, KOBAYASHI, Shigeki, LAH, Oliver, MCKINNON, Alan, NEWMAN, Peter, OUYANG, Minggao, SCHAUER, James J., SPERLING, Daniel, et TIWARI, Geetam, « 2014: Transport », in EDENHOFER, Ottmar, et al (eds.), *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change, Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*, GIEC, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 599-670
- SNAPE III, William J. et LEFKOVITZ, Naomi B., « Searching for GATT's Environmental Miranda: Are "Process Standards" Getting "Due Process"? », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, n° 3, Symposium, 1994, p. 777-815
- SNAPE, Richard H., « International Regulation of Subsidies », *The World Economy*, vol. 14, n° 2, 1991, p. 139-164

- STAIGER, Robert W. et TABELLINI, Guido, « Do GATT rules help governments make domestic commitments? », *Economics and Politics*, vol. 11, n° 2, 1999, p. 109-144
- STAIGER, Robert et SYKES, Alan O., « Currency manipulation' and world trade », *World Trade Review*, vol. 9, n° 4, 2010, p. 583-627
- STEENBLIK, Ronald, SAUVAGE, Jehan et TIMIOLITIS, Christina, « Fossil fuel subsidies and the global trade regime », in SKOVGAARD, Jakob, et VAN ASSELT, Harro (eds.), *The Politics of Fossil Fuel Subsidies and Their Reform*, Cambridge University Press, 2018, p. 121-139
- STEENBLIK, Ronald, « Subsidy measurement and classification: developing a common framework », Chapter 3 in *Environmentally Harmful Subsidies: Policy Issues and Challenges*, Paris, OCDE, 2003, p. 102-142
- STEGER, Debra P., « Green Energy Programs and the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: A Good FIT? », *Ottawa Faculty of Law Working Paper*, WP 2015-20, 2015, ii, 15 p.
- STEINBERG, Richard H. et JOSLING, Timothy E., « When the Peace Ends: The Vulnerability of EC and US Agricultural Subsidies to WTO Legal Challenge », *Journal of International Economic Law*, vol. 6, n° 2, 2003, p. 369-417
- STIGLITZ, Joseph E., « The role of the state in financial markets », *Conférence annuelle de la Banque mondiale sur l'économie du développement*, Banque mondiale, 1993, p.19-61
- STIGLITZ, Joseph E., « Global public goods and global finance: does global governance ensure that the global public interest is served? », in TOUFFUT, Jean-Philippe (ed.), *Advancing Public Goods*, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 149-164
- STOLER, Andrew L., « The Evolution of Subsidies Disciplines in GATT and the WTO », *Symposium on WTO Litigation: Issues and Reforms*, Law School, University of Sidney, 2009, 11 p.
- SUMAILA, U. Rashid, LAM, Vicky, LE MANACH, Frédéric, SWARTZ, Wilf, et PAULY, Daniel, « Global Fisheries Subsidies », Fisheries Economics Research Unit & Sea Around Us project, UBC Fisheries Centre, Canada, *note préparée pour la Direction générale des politiques internes du Parlement Européen*, IP/B/PECH/IC/2013-146, 2013, 44 p.
- SYKES, Alan O., « The Economics of WTO Rules on Subsidies and Countervailing Measures », *University of Chicago Law & Economics Online Working Paper N° 186*, 2003, 36 p.
- SYKES, Alan O., « The Limited Economic Case for Subsidies Regulation », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, 14 p.
- TAYLOR, Benjamin, « The Brussels Sugar Convention », *The North American Review*, vol. 190, n° 646, 1909, p. 347-358
- THANGAVELU, Shandre M., WENXIAO, Wang, et OUM, Sothea « Servicification in Global Value Chains: The Case of Asian Countries », *ERIA Discussion Paper Series n. 12*, The University of Adelaide, 2017, 30 p.

- THORSTENSEN, Vera, MARÇAL, Emerson, FERRAZ, Lucas, « Exchange Rate Misalignments and International Trade Policy: Impacts on Tariffs », *Journal of World Trade*, vol. 46, n° 3, 2012, p. 597–634
- THORSTENSEN, Vera, MARÇAL, Emerson, FERRAZ, Lucas, « Trade Rules and Exchange Rate Misalignments: in search for a WTO solution », *CGTI Studies Working Paper*, 2013, 25 p.
- THORSTENSEN, Vera et MÜLLER, Carolina, « How Does International Trade Regulation Addresses Exchange Rates Measures? », *Revista Direito GV*, vol. 10, n° 2, 2015
- THORSTENSEN, Vera, RAMOS, Daniel, MÜLLER, Carolina, « Exchange Rate Measures: Who Judges The Issue–IMF or WTO? », *J Int Economic Law*, vol. 18, n° 1, 2015, p. 117-136
- TOBEY, James A., « The Effects of Domestic Environmental Policies on Patterns of World Trade: An Empirical Test », *KYKLOS*, vol. 43, n° 2, 1990, p. 191-209
- TORDO, Silvana, WARNER, Michael, MANZANO, Osmel E., et ANOUTI, Yahya, « Local Content Policies in the Oil and Gas Sector », *World Bank Studies Series*, Banque mondiale, 2013, 197 p.
- TOYE, Richard, « Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Trade Organization, 1947-1948 », *The International History Review*, vol. xxv, n° 2, juin 2003, p. 253-305
- TRACHTMAN, Joel P., « International regulatory competition, externalization, and jurisdiction », *Harvard International Law Journal*, 1993, vol. 34, n° 1, p. 47-104
- TRACHTMAN, Joel P., « Fossil Fuel Subsidies Reduction and the World Trade Organization », *ICTSD Issue paper*, ICTSD, Genève, 2017, 22 p.
- TREBILCOCK, Michael, PUE, Kristen, « The Puzzle of Agricultural Exceptionalism in International Trade Policy », *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 1-28
- TUCK, Laura et LINDERT, Kathy, « From universal food subsidies to a self-targeted program: a case study in Tunisian reform », *World Bank discussion papers n° WDP 351*, Banque mondiale, 1996, 109 p.
- VAN AAKEN, Anne, « Behavioral International Law and Economics », *Harvard International Law Journal*, vol. 55, n° 2, 2014, p. 421-488
- VAN BEERS, Cees, VAN DEN BERGH, Jeroen C.J.M., « Perseverance of Perverse Subsidies and their Impact on Trade and the Environment », *Tinbergen Institute Discussion Paper*, N° 00-005/3, 2000, 22 p.
- VAN DEN BOSSCHE, Peter, « From Afterthought to Centerpiece: The WTO Appellate Body and its Rise to Prominence in the World Trading System », *Maastricht University Faculty of Law Working Paper N° 2005/1*, 2005, 38 p.
- VAN WIJNBERGEN, Sweder, « The ‘Dutch disease’: A disease after all? », *Economic Journal*, vol. 94, n° 373, 1984, p. 41-55
- VICTOR, David G., « The Case for Climate Clubs », *E15Initiative*, Genève, ICTSD et WEF, 2015, 10 p.

- VOIGT, Christina, « The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law », *Retfærd Årgang – Nordic Journal of Law and Justice*, vol 31, n. 121, n° 2, 2008, p. 3-25
- WADE, Robert H., « What strategies are viable for developing countries today? The World Trade Organization and the shrinking of ‘development space’ », *Review of International Political Economy*, vol. 10, n° 4, 2003, 621-644
- WADE, Robert H., « Industrial Policy – Better, Not Less », *Témoin devant la CNUCED*, 16 septembre 2014, 38 p.
- WARWICK, Ken, « Beyond Industrial Policy: Emerging Issues and New Trends », *OECD Science: Technology and Industry Policy Papers*, N° 2, OECD Publishing, 2013, 57 p.
- WEBB, Jim, WILLIAMS, Adrian G., HOPE, Emma, EVANS, David et MOORHOUSE, Ed, « Do foods imported into the UK have a greater environmental impact than the same foods produced within the UK? », *International Journal of Life Cycle Assessment*, 2013, vol. 18, n° 7, p. 1325-1343
- WEBER, Rolf H. et KOCH, Rika, « International Trade Law Challenges by Subsidies for Renewable Energy », *Journal of World Trade*, vol. 49, n° 5, 2015, p. 757-780
- WEILER, Joseph H.H., « Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres », *World Trade Review*, vol. 8, n° 1, 2009, p. 137-144
- WEISS, John, « Taxonomy of industrial policy », *Research, Statistics and Industrial Policy Branch Working Paper 8/2015*, UNIDO, 2015, 46 p.
- WEISS, Linda, « Global Governance, national strategies: how industrialized states make room to move under the WTO », *Review of International Political Economy*, vol. 12, n° 5, 2005, p. 723-749
- WESTPHAL, Larry E., « Empirical Justification for Infant Industry Promotion », *World Bank Staff Working Paper N° 445*, Banque mondiale, 1981, 38 p.
- WHITSITT, Elizabeth, « A Modest Victory at the WTO for Ontario’s FIT Program », *UC Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 20, n° 1, 2014, p. 76-103
- WILLIAMS, Adrian G., AUDSLEY, Eric et SANDARS, Daniel L., « Determining the environmental burdens and resource use in the production of agricultural and horticultural commodities », *Final report for the Department of Environment, Food and Rural Affairs project IS0205*, Cranfield University et Defra, 2006, 97 p.
- WILLIAMS, Adrian G. *et al.*, « Comparative Study of Cut Roses for the British Market Produced in Kenya and the Netherlands », *Précis Report for World Flowers*, 2007, 3 p.
- WILLIAMSON, John, « What Washington Means by Policy Reform », in WILLIAMSON, John, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, PIIE, 1990, p. 7-40
- WILLIAMSON, John, « Is the “Beijing Consensus” Now Dominant? », *Asia Policy*, n° 13, janvier 2012, p. 1–16
- WU, Mark et SALZMAN, James, « The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy », *Northwestern University Law Review*, vol. 108, n° 2, 2014, p. 401-474

YIFU LIN, Justin, « La politique industrielle revisitée : une nouvelle perspective d'économie structurelle », *Revue d'économie du développement*, vol. 21, n^{os} 2-3, 2013, p. 55-78

YOUNG, Nina M., IRVIN, Wm. Robert, et MCLEAN, Meredith L., « The Flipper Phenomenon: Perspectives On The Panama Declaration And The "Dolphin Safe" Label », *Ocean and Coastal Law Journal*, vol. 3, n^o 1, 1997, article 4, p. 57-116

ZIMMERMANN, Claus D., « Exchange Rate Misalignment and International Law », *AM. J. INT'L L.*, vol. 105, n^o 3, 2011 p. 427-437

Rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Mesures d'encouragement appliquées par la France à l'exportation du blé et de la farine*, L/924, 21 novembre 1958 (*France – Exportations de blé*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII*, L/1923, 15 novembre 1961 (*Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (I)*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Recours de l'Uruguay à l'article XXIII*, L/2074, 30 octobre 1963 (*Recours de l'Uruguay à l'article XXIII (II)*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada*, L/5198, 22 février 1982 (*États-Unis – Thon canadien*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, L/5333, 26 mai 1983 (*États-Unis – Assemblages de ressorts*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, L/5504, 07 février 1984 (*Canada – LEIE*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Japon – Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, L/6253, 10 novembre 1987 (*Japon – Boissons alcooliques I*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Japon – Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, L/6253, 2 mars 1988 (*Japon – Produits agricoles I*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés*, L/6268, 22 mars 1988 (*Canada – Harengs et saumons*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, L/6439, 7 novembre 1989 (*États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Communauté économique européenne – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, L/6627 – 37S/86, 25 janvier 1990 (*CCE – Oléagineux I*)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Communauté économique européenne – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, L/6657, 16 mai 1990 (CEE – Pièces détachées et composants)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, C/M/246, 7 novembre 1990 (Thaïlande – Cigarettes)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS21/R, 3 septembre 1991 (États-Unis – Thon (Mexique))

Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS23/R, 19 juin 1992 (États-Unis – Boissons à base de malt)

Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R, 16 juin 1994 (États-Unis – Thon (CEE))

Rapport du Groupe spécial du GATT, *États-Unis – Taxes sur les automobiles*, DS31/R, 11 octobre 1994 (États-Unis – Taxes sur les automobiles)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/R, WT/DS4/R, 29 janvier 1996 (États-Unis – Essence)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, WT/DS4AB/R, 20 mai 1996 (États-Unis – Essence)

Rapport du Groupe spécial, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 juin 1996 (Japon – Boissons alcooliques II)

Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996 (Japon – Boissons alcooliques II)

Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/R, 17 octobre 1996 (Brésil – Noix de coco desséchée)

Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, 21 février 1997 (Brésil – Noix de coco desséchée)

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, 30 juin 1997 (Canada – Périodiques)

Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/R, WT/DS48/R, 18 août 1997 (CE – Hormones)

Rapport du Groupe spécial, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/R, 5 septembre 1997 (Inde – Brevets (Etats-Unis))

Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R, 19 décembre 1997 (Inde – Brevets (Etats-Unis))

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS28/AB/R, 16 janvier 1998 (CE – Hormones)

Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, 5 février 1998 (CE – Matériels informatiques)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998 (États-Unis – Crevettes)

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, 5 juin 1998 (CE – Matériels informatiques)

Rapport du Groupe spécial, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 juillet 1998 (Indonésie – Autos)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998 (États-Unis – Crevettes)

Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, WT/DS46/R, 14 avril 1999 (Brésil – Aéronefs)

Rapport du Groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, 14 avril 1999 (Canada – Aéronefs)

Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, WT/DS46/AB/R, 02 août 1999 (Brésil – Aéronefs)

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, 02 août 1999 (Canada – Aéronefs)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Traitement fiscal des “sociétés de ventes à l'étranger”*, WT/DS108/R, 8 octobre 1999 (États-Unis – FSC)

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, 13 octobre 1999 (Canada – Produits laitiers)

Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999 (Corée – Produits laitiers)

Rapport de l'Organe d'appel, *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121/AB/R, 14 décembre 1999 (Argentine – Chaussures (CE))

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999 (États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Traitement fiscal des “sociétés de ventes à l'étranger”*, WT/DS108/AB/R, 24 février 2000 (États-Unis – FSC)

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/RW, 21 juillet 2000 (Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil))

Rapport de l'Organe d'appel, *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, 11 décembre 2000 (Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf)

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001 (CE – Amiante)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (21:5 Malaisie)*, WT/DS58/RW, 15 juin 2001 (États-Unis – Crevettes (21:5 Malaisie))

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions*, WT/DS194/R, 29 juin 2001 (États-Unis – Restrictions à l'exportation)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/AB/R, 24 juillet 2001 (États-Unis – Acier laminé à chaud)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan*, WT/DS192/AB/R, 8 octobre 2001 (États-Unis – Fils de coton)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (21:5 Malaisie)*, WT/DS58/AB/RW, 22 octobre 2001 (États-Unis – Crevettes (21:5 Malaisie))

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/RW, 03 décembre 2001 (Canada – Produits laitiers (21:5 – Nouvelle-Zélande et États-Unis))

Rapport du Groupe spécial, *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux*, WT/DS222/R, 28 janvier 2002 (Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée*, WT/DS202/AB/R, 15 février 2002 (États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, WT/DS213/AB/R, 28 novembre 2002 (États-Unis – Acier au carbone)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, 16 janvier 2003 (États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd))

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/R, 29 août 2003 (États-Unis – Bois de construction IV)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'oeuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, 19 janvier 2004 (*États-Unis – Bois de construction IV*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement*, WT/DS246/AB/R, 7 avril 2004 (*CE – Préférences tarifaires*)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/R, 8 septembre 2004 (*États-Unis – Coton upland*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005 (*États-Unis – Coton upland*)

Rapport du Groupe spécial, *Corée — Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, 7 mars 2005 (*Corée — Navires de commerce*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, 7 avril 2005 (*États-Unis – Jeux*)

Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS299/R, 17 juin 2005 (*CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005 (*États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons*, WT/DS308/AB/R, 6 mars 2006 (*Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool*)

Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/R, 12 Juin 2007 (*Brésil – Pneumatiques rechapés*)

Rapport du Groupe spécial, *Japon — Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/R, 13 juillet 2007 (*Japon — DRAM (Corée)*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Japon — Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS336/AB/R, 28 novembre 2007 (*Japon — DRAM (Corée)*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R, 03 Décembre 2007 (*Brésil – Pneumatiques rechapés*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, WT/DS363/AB/R, 21 décembre 2009 (*Chine — Publications et produits audiovisuels*)

Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/R, 30 juin 2010 (*CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine*, WT/DS392/R, 29 septembre 2010 (*États-Unis – Volaille (Chine)*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de la Chine*, WT/DS379/AB/R, 11 mars 2011 (*États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS316/AB/R, 18 mai 2011 (*CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/R, 15 septembre 2011 (*États-Unis – Thon II (Mexique)*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, 30 janvier 2012 (*Chine – Matières premières*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, 4 avril 2012 (*États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, 16 mai 2012 (*États-Unis – Thon II (Mexique)*)

Rapport du Groupe spécial, *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 19 décembre 2012 (*Canada – Énergie renouvelable*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable*, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 6 mai 2013 (*Canada – Énergie renouvelable*)

Rapport du Groupe spécial, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, 26 mars 2014 (*Chine – Terres rares*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R, 7 août 2014 (*Chine – Terres rares*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États Unis – Mesures compensatoires visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS437/AB/R, 18 décembre 2014 (*États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (21:5 – Mexique)*, WT/DS381/RW, 14 avril 2015 (*États-Unis – Thon II (Mexique) (21:5 – Mexique)*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (21:5 – Mexique)*,

WT/DS381/AB/RW, 20 novembre 2015 (*États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 – Mexique))

Rapport du Groupe spécial, *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, WT/DS456/R, 22 février 2016 (*Inde – Cellules solaires*)

Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, WT/DS456/AB/R, 16 septembre 2016 (*Inde – Cellules solaires*)

Rapport du Groupe spécial, *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions*, WT/DS472/R, 30 août 2017 (*Brésil – Taxation*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS487/AB/R, 4 septembre 2017 (*États-Unis – Incitations fiscales*)

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon* (21:5 2 – Mexique), WT/DS381/RW2, 26 octobre 2017 (*États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 2 – Mexique))

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs* (21:5 – États-Unis), WT/DS316/AB/RW, 15 mai 2018 (*CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs* (21:5 – États-Unis))

Rapport de l'Organe d'appel, *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions*, WT/DS472/AB/R, 13 décembre 2018 (*Brésil – Taxation*)

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon* (21:5 2 – Mexique), WT/DS381/AB/RW2, 14 décembre 2018 (*États-Unis – Thon II (Mexique)* (21:5 2 – Mexique))

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Certaines mesures relatives au secteur des énergies renouvelables*, WT/DS510/R, 27 juin 2019 (*États-Unis – Énergies renouvelables*)

Décisions, déclarations et autres instruments internationaux

ADI, *Résolution et Directives de Sofia sur l'élaboration judiciaire de la Déclaration de 2002 de New Delhi sur les principes du droit international relatifs au développement durable*, 75ème Conférence de l'ADI, Comité pour le droit international du développement durable, Résolution n ° 7/2012, Sofia, 26-30 août 2012

BANQUE MONDIALE, « Poverty reduction and global public goods: a progress report », *World Bank Report*, Development Committee, Banque mondiale, 2001, 15 p.

CCNUCC, « Technology and the UNFCCC: Building the foundation for sustainable development », *note informative de la CCNUCC*, 2016, 12 p.

CCNUCC, « The concept of economic diversification in the context of response measures », *Technical paper by the secretariat*, 2016, FCCC/TP/2016/3, 40 p.

CCNUCC, « Meeting of the ad hoc technical expert group on response measures », *Report by the co-chairs of the ad hoc technical expert group*, 2017, FCCC/SB/2017/INF.2, 14 p.

CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, CIJ Recueil 1997, p. 7

CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, CIJ Recueil 2010, p. 14

COMMISSION EUROPÉENNE, « Présentation de la réforme de la PAC 2014-2020 », *Brief: Les perspectives de la politique agricole N°5*, DG Agriculture et développement rural, Unité d'Analyse de la politique agricole et perspectives, décembre 2013, 11 p.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Trente-sixième rapport annuel de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de l'Union européenne (2017)*, COM(2018)561, 31 juillet 2018

COURS DES COMPTES EUROPÉENNE, « Le verdissement : complexité accrue du régime d'aide au revenu et encore aucun bénéfice pour l'environnement », *Rapport spécial n° 21/2017*, Cours des comptes européenne, 2017, 59 p.

FAO, *Declaration de Rome sur la sécurité alimentaire mondiale*, Rome, 13 novembre 1996, disponible sur <<http://www.fao.org/docrep/003/W3613F/W3613F00.HTM>>.

G20, *Déclaration des chefs d'états et de gouvernements*, Sommet du G20 à Pittsburgh, 24-25 septembre 2009, Pittsburgh, disponible en français [traduit par le G20 Research Group] sur <<http://www.g20.utoronto.ca/2009/2009communiqué0925-fr.pdf>>.

G20, « Indonesia's effort to Phase Out and Rationalise Its Fossil-Fuel Subsidies », *Indonesia G-20 peer review self report*, G20 2019 Japan, 2019, xi, 53 p.

GATT, *Compte rendu de la sixième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Deuxième Session, GATT/CP.2/SR.6, 19 août 1948

GATT, *Rapport du Groupe de travail N° 3 sur les modifications à l'Accord général*, PARTIES CONTRACTANTES en Deuxième Session, GATT/CP.2/22, 27 août 1948

GATT, *Compte rendu de la vingt-deuxième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Troisième Session, GATT/CP.3/SR.22, 8 juin 1949

GATT, *Rapport du Groupe de travail N° 4 de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, PARTIES CONTRACTANTES en Septième session, G/35, 7 novembre 1952

GATT, *Rapport du groupe de travail N° I (Révision) – Restriction quantitatives*, L/332/Rev.1, 28 février 1955

GATT, *Rapport du groupe de travail N° IV – de l'organisation et des fonctions*, L/327, 22 février 1955

GATT, *Rapport du groupe de travail N° III (Révision) - Entraves au commerce autres que les restrictions quantitatives ou les tarifs douaniers*, L/334, 1^{er} mars 1955

GATT, *Rapport du groupe de travail sur les problèmes spéciaux des territoires dépendants d'outre-mer du Royaume-Uni*, L/344, 3 mars 1955

GATT, *Compte-rendu de la quarante et troisième séance*, PARTIES CONTRACTANTES en Neuvième session, SR.9/43, 15 mars 1955

GATT, *Rapport du Groupe spécial sur les demandes présentées au titre de l'article XVIII par Ceylan*, L/751, 26 novembre 1957

GATT, *L'évolution du commerce international*, rapport du Groupe spécial, GATT/1958-3, octobre 1958

GATT, *Restrictions allemandes à l'importation - Consultation commune avec la République fédérale d'Allemagne, en vertu de l'article XXII, au sujet du maintien de restrictions à l'importation - Rapport des parties contractantes participantes*, L/966, 10 avril 1959

GATT, *Deuxième rapport du groupe d'experts des droits antidumping et des droits compensateurs*, L/1141, 29 Janvier 1960

GATT, *Rapport sur les subventions*, Groupe spécial des subventions et du commerce d'État, L/1160, 23 mars 1960

GATT, *Déclaration donnant effet aux dispositions de l'article XVI, paragraphe 4, de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Annexe A révisée, Spec(60)363/Rev.1, 9 novembre 1960

GATT, *Rapport sur l'application des dispositions de l'article XVI*, Groupe spécial des subventions, L/1442, 19 avril 1961

GATT, *Déclaration du représentant de l'Uruguay*, PARTIES CONTRACTANTES en Dix-neuvième session, Recours à l'article XXIII, L/1647, 23 novembre 1961

GATT, *L'emploi du système des subventions par les pays peu développés*, Note du Secrétariat, GATT, Troisième Comité – Expansion du commerce international, COM.III/123, 29 octobre 1962

GATT, *Procedures for Notifications and Reviews under Article XVI:1*, 11S/58, 1962

GATT, *Compte rendu de la cinquième séance*, Deuxième session spéciale des PARTIES CONTRACTANTES, 2SS/SR.5, 19 février 1965

GATT, *Examen des points de la première partie de la Liste indicative (Participation de l'État au commerce)*, Comité du commerce des produits industriels, Groupe de travail 1 sur les obstacles non tarifaires, COM.IND/W/40, 23 novembre 1970

GATT, *Réunion du Conseil tenu le 9 novembre 1971*, C/M/74, 17 novembre 1971

GATT, *Subventions à l'exportation*, Groupe de travail 1 sur les obstacles non tarifaires, document de travail du secrétariat, COM.IND/W/73, 28 avril 1972

GATT, *Droit compensateurs et subventions intérieurs qui stimulent les exportations*, Groupe de travail 1 sur les obstacles non tarifaires, note d'information du secrétariat, GATT, COM.IND/W/98, 14 mars 1973

GATT, *Décision sur les Mesures de sauvegarde à des fins de développement*, L/4897, 28 novembre 1979

GATT, *Procès-verbal de la réunion du Conseil*, C/M/143, 9 octobre 1980

GATT, *Communautés européennes – Restitutions à l'exportation du sucre – Examen au titre de l'article XVI:1*, Rapport au Conseil, L/5113, 20 février 1981

GATT, *Demande de consultations sur liquidation de stocks stratégiques par le Pérou*, L/5264, 3 décembre 1981

GATT, *Déclaration ministérielle*, Trente-huitième session des PARTIES CONTRACTANTES, L/5424, 29 novembre 1982

GATT, *Le GATT et les subventions*, Groupe consultatif des Dix-Huit, Vingt-troisième réunion, CG.18/W/79, 13 mars 1984

GATT, *Rapport du Groupe de travail de la Loi des États-Unis relative au redressement économique du Bassin des Caraïbes (CBERA)*, L/5708, 26 octobre 1984

GATT, *Politique commerciale et prospérité - Des propositions d'action*, 1985, 65p. (« Rapport Leutwiler »)

GATT, *Décision sur l'Exportation de produits interdits sur le marché intérieur*, L/6553, 21 juillet 1989

GATT, *Réunion du Conseil tenu le 6 février 1991*, C/M/247, 6 février 1991

GATT, *Réunion du Conseil tenu les 29 et 30 mai 1991*, C/M/250, 28 juin 1991

GATT, *Rapport du Groupe de travail de l'exportation de produits interdits sur le marché intérieur et d'autres substances dangereuses*, L/6872, 2 juillet 1991

GATT, *Commerce et environnement*, Note d'information établie par le secrétariat, L/6896, 18 septembre 1991, 103 p.

GATT, *Rapport de la réunion du groupe sur les mesures relatives à l'environnement et le commerce international*, groupe EMIT, TRE/1, 17 décembre 1991

GATT, *Le Commerce international 1990-91 : Commerce et Environnement*, Rapport annuel du GATT de 1992, GATT/1529, communiqué de presse et avant tirage du rapport, 3 février 1992, 56 p.

GATT, *Rapport du Groupe de travail de l'unification de l'Allemagne - Mesures transitoires adoptées par les Communautés européennes*, L/7119, 18 décembre 1992

ICC, « International Trade and Climate Change », *ICC Policy Statement*, ICC, Doc. N° 825-162/3, 2018, 5 p.

KOSKENNIEMI, Martti, *The function and scope of the lex specialis rule and the question of 'selfcontained regimes': An outline*, 55th Session of the International Law Commission, Study Group on Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Genève, 5 mai au 6 juin et 7 juillet au 9 août 2003, 10 p.

MERCOSUR, *Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL constituído para entender da controversia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Federativa do Brasil sobre "Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados (Remolded) Procedentes de Uruguai"*, arrêt du 9 janvier 2002, Laudo VI.

OCDE, « Cadre inclusif pour la mise en œuvre du projet BEPS », *Note d'information*, OCDE, 2016, 12 p.

OCDE, *OECD Inventory of Support Measures for Fossil Fuels: Database Brochure 2019*, Paris, OCDE, 2019, 7 p.

OCDE-IEA, *Update on recent progress in reform of inefficient fossil-fuel subsidies that encourage wasteful consumption*, G20 2019 Japan, 2019, 41 p.

OMC, *Notification des programmes de privatisation au titre de l'article 27.13 de l'Accord*, Comité SMC, Communication du Brésil, G/SCM/N/13/BRA, 12 mars 1996

OMC, *Compte rendu de la réunion ordinaire des 1ers et 2 novembre 1999*, Comité SMC, G/SCM/M/24, 26 avril 2000

OMC, *Déclaration ministérielle de Doha*, Conférence Ministérielle, Quatrième session, WT/MIN(01)/DEC/1, Doha, 14 novembre 2001

OMC, *Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre*, Conférence Ministérielle, Quatrième session, WT/MIN(01)/17, Doha, 14 novembre 2001

OMC, *Procédures pour les prorogations au titre de l'Article 27.4 pour certains pays en développement membres*, Comité SMC, G/SCM/39, 20 novembre 2001

OMC, *Pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994*, Comité du commerce et de l'environnement, note d'information du secrétariat, WT/CTE/W/203, 8 mars 2002

OMC, *Application de l'article XVIII, section C, du GATT de 1947*, Comité du commerce et du développement, note d'information du secrétariat, WT/COMTD/39, 24 juillet 2002

OMC, *Application de l'article XVIII, section C, du GATT de 1947*, Comité du commerce et du développement, note d'information du secrétariat, addendum, WT/COMTD/39/Add.1, 11 septembre 2002

OMC, « La taxation de l'énergie et les subventions et incitations en sa faveur dans les pays de l'OCDE et leurs incidences économiques et commerciales sur les pays en développement, en particulier les pays en développement producteurs et exportateurs de pétrole », *Communication de l'Arabie saoudite au Comité du commerce et de l'environnement*, WT/CTE/W/215 TN/TE/W/9, 23 septembre 2002, 19 p.

OMC, *Règles améliorées de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires – Subventions ne donnant pas lieu à une action*, Proposition du Venezuela, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/41, 17 décembre 2002

OMC, *Document de l'Egypte contenant des questions et observations sur les communications présentées dans le cadre des négociations de Doha concernant l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Communication de l'Egypte, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/57, 10 février 2003

OMC, *Dérogation concernant le Système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts*, Décision du 15 mai 2003, WT/L/518, 27 mai 2003

OMC, *Deuxième contribution de Cuba et du Venezuela au groupe de négociation sur les règles développant la proposition concernant les subventions ne donnant pas lieu à une action*, Communication du Cuba et du Venezuela, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/131, 11 juillet 2003

OMC, *Rapport à la cinquième session de la Conférence ministérielle de l'OMC*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/8, 11 juillet 2003

OMC, *Mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique*, Conseil général, WT/L/540, 2 septembre 2003

OMC, *Déclaration ministérielle de Hong Kong*, Conférence Ministérielle, Sixième session, WT/MIN(05)/DEC, Hong Kong, 22 décembre 2005

OMC, *Article 27.4 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Conseil général, WT/L/691, 31 juillet 2007

OMC, *Nouveaux projets de textes récapitulatifs des accords antidumping et smc présentés par le président*, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/236, 19 décembre 2008

OMC, *Rapport du Directeur général à l'OEPC sur la crise financière et économique et sur les faits nouveaux relatifs au commerce*, Rapport du Secrétariat, OEPC, JOB(09)/2, 26 janvier 2009

OMC, *Rapport du directeur général à l'OEPC sur la crise financière et économique et sur les faits nouveaux relatifs au commerce*, WT/TPR/OV/W/1, 20 avril, 2009

OMC, « Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés », *Rapport de situation du Brésil*, Addendum 6, WT/DS332/19/Add.6, 15 septembre 2009

OMC, *Compte rendu de la réunion ordinaire tenue le 20 octobre 2009*, Comité SMC, Communication de l'UE, G/SCM/M/71, 5 février 2010

OMC, « Compilation des sources concernant les bonnes pratiques réglementaires », *Note d'information du Secrétariat*, Comité des OTC, G/TBT/W/341, 13 septembre 2011, 15 p.

OMC, *The Relationship Between Exchange Rates and International Trade: A Review of Economic Literature*, note d'information du secrétariat, Working Group on Trade, Debt and Finance, WT/WGTDF/W/57, 27 septembre 2011

OMC, *The Relationship Between Exchange Rates and International Trade: A Short Update of Recent Economic Literature*, note d'information du secrétariat, Working Group on Trade, Debt and Finance, WT/WGTDF/W/65, 18 July 2012

OMC, *Prorogation de la dérogation concernant le système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts*, Conseil général, WT/L/876, 14 décembre 2012

OMC, *Examen des Politiques Commerciales : Japon*, Rapport du gouvernement, OEPC, WT/TPR/G/276/Rev.1, 15 janvier 2013

OMC, *Examen des Politiques Commerciales : Union Européenne*, Rapport du Secrétariat, OEPC, WT/TPR/S/284, 28 mai 2013

OMC, *Examen des Politiques Commerciales : Japon*, Rapport du Secrétariat, OEPC, WT/TPR/S/276/Rev.1, 18 juin 2013

OMC, *Examen des Politiques Commerciales : Brésil*, Rapport du Secrétariat, OEPC, WT/TPR/S/283/Rev.1, 26 juillet 2013

OMC, *Tour d'horizon de l'évolution de l'environnement commercial international*, Rapport annuel du directeur général, WT/TPR/OV/16, 31 janvier 2014

OMC, *Rapport du président du groupe de négociation sur les règles*, Groupe de négociation sur les règles, TN/RL/W/255, 25 mars 2014

OMC, *Subventions à l'exportation, crédits à l'exportation, garanties de crédit à l'exportation ou programmes d'assurance, aide alimentaire internationale et entreprises commerciales d'état exportatrices de produits agricoles*, Comité de l'agriculture, Document de base du Secrétariat, Révision 3, G/AG/W/125/Rev.3, 27 juillet 2015

OMC, *Septième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'accord sur les obstacles techniques au commerce au titre de l'article 15.4*, Comité des OTC, G/TBT/37, 03 décembre 2015, 27 p.

OMC, *Décision ministérielle sur la concurrence à l'exportation*, Dixième session de la Conférence ministérielle, Nairobi, WT/MIN(15)/45, WT/L/980, 21 décembre 2015

OMC, *Notification*, Comité de l'agriculture, Communication du Brésil, G/AG/N/BRA/40, 12 janvier 2016

OMC, *Dérogations 1995-2015*, Conseil général, note d'information du secrétariat, WT/GC/W/718, 27 juin 2016

OMC, *Déclaration ministérielle sur la réforme des subventions aux combustibles fossiles*, Conférence Ministérielle, Onzième session, WT/MIN(17)/54, WT/L/1031, Buenos Aires, 12 décembre 2017

OMC, *Décision ministérielle sur les subventions à la pêche*, Conférence Ministérielle, Onzième session, WT/MIN(17)/64, WT/L/1031, Buenos Aires, 18 décembre 2017

OMC, *Dérogations 2017*, Conseil général, note d'information du secrétariat, WT/GC/W/740, 12 janvier 2018

OMC, *Rapport semestriel présenté au titre de l'article 25.11 de l'accord*, Comité SMC, Communication du Brésil, G/SCM/N/313/BRA, 28 février 2017

OMC, *Rapport de la réunion tenue les 14 et 15 novembre 2016*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/62, 20 mars 2017

OMC, *Nouvelle notification complète au titre de l'article XVI:1 du GATT de 1994 et de l'article 25 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Comité SMC, Communication de l'UE, Addendum, G/SCM/N/315/EU/Add.10, 17 juillet 2017

OMC, *Rapport semestriel présenté au titre de l'article 25.11 de l'accord*, Comité SMC, Communication du Canada, G/SCM/N/321/CAN, 21 septembre 2017

OMC, *Rapport de la réunion tenue le 20 juin 2017*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/63, 27 septembre 2017

OMC, *Rapport de la réunion tenue le 1er novembre 2017*, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/64, 17 janvier 2018

OMC, *Dispositions de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires en matière de notification*, Comité SMC, note d'information du secrétariat, rev. 9, G/SCM/W/546/Rev.9, 29 mars 2018

OMC, *Actualisation du PNB par habitant pour les membres énumérés à l'annexe VII b), ainsi qu'il est prévu au paragraphe 10.1 de la décision ministérielle de Doha et*

conformément à la méthode indiquée dans le document G/SCM/38, Comité SMC, note d'information du secrétariat, addendum, G/SCM/110/Add.15, 20 avril 2018

OMC, Nouvelle notification complète au titre de l'article XVI:1 du GATT de 1994 et de l'article 25 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, Comité SMC, Communication du Brésil, G/SCM/N/315/BRA, 30 mai 2018

OMC, Prorogation de la dérogation concernant le Système de certification du processus de Kimberley pour les diamants bruts, Décision portant octroi d'une dérogation du 26 juillet 2018, WT/L/1039, 30 juillet 2018

OMC, Rapport de la réunion tenue le 28 juin 2018, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/65, 21 septembre 2018

OMC, Dispositions relatives au traitement spécial et différencié figurant dans les accords et décisions de l'OMC, Comité du commerce et du développement, note d'information du secrétariat, addendum, WT/COMTD/W/239, 12 octobre 2018

OMC, Favoriser une discussion sur le fonctionnement de l'organe d'appel : examiner la question de l'activisme judiciaire allégué de l'organe d'appel, Communication présentée par le Honduras, Conseil général, WT/GC/W/760, 29 janvier 2019

OMC, Rapport de la réunion tenue le 30 novembre 2018, Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/M/66, 22 mars 2019

OMC, Dispositions de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires en matière de notification, Comité SMC, note d'information du secrétariat, révision, G/SCM/W/546/Rev.10, 29 mars 2019

OMC, Proposition de la Chine concernant la réforme de l'OMC, Communication présentée par la Chine, Conseil général, WT/GC/W/773, 13 mai 2019

OMC, Renforcer l'OMC pour promouvoir le développement et l'inclusion, Communication présentée par Cuba, l'Équateur, l'état plurinational de Bolivie, le Groupe africain, l'Inde et Oman, Conseil général, WT/GC/W/778/Rev.2, 7 août 2019

OMC, Rapport du directeur général à l'OEPC sur les faits nouveaux relatifs au commerce, WT/TPR/OV/W/13, 8 juillet 2019

OMC-OCDE-CNUCED, Reports on G20 Trade and Investment Measures (mid-May 2013 to mid-November 2013), 18 décembre 2013

OMC-OCDE-CNUCED, Reports on G20 Trade and Investment Measures (mid-May 2016 to mid-October 2016), 10 novembre 2016

OMC-OCDE-CNUCED, Reports on G20 Trade and Investment Measures (mid-October 2018 to mid-May 2019), 24 juin 2019

ONU, Resolutions adopted by the Economic and Social Council during its 1st session held in London from 23 January to 18 February 1946, Imprint: Lake Success, N.Y. : UN, 1946 E/1st sess./Resolutions

ONU, Development and Environment, Rapport du Secrétaire général, A/Conf.48/10, 22 December 1971, 72 p.

ONU, *Rapport de la Conférence des Nations unies sur l'environnement*, A/Conf.48/14, Stockholm, 5-16 juin 1972, 89 p.

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale pour l'élaboration d'une étude sur les perspectives de l'environnement jusqu'à l'an 2000 et au-delà*, A/RES/38/161, 19 décembre 1983

ONU, *Rapport de la CMED – Notre avenir à tous (rapport Brundtland)*, Note du Secrétaire général, A/42/427, 4 août 1987, 467 p.

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale sur la pêche aux grands filets pélagiques dérivants et ses conséquences sur les ressources biologiques des océans et des mers*, A/RES/44/225, 22 décembre 1989

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale convenant la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, A/RES/44/228, 22 décembre 1989

ONU, *Rapport de la CNUED*, A/CONF.151/26/Re.1 (vol.1), Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, 508 p.

ONU, *Recueil des Traités*, vol. 1867, n° 31874, 1995

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale – Déclaration du Millénaire*, A/RES/55/2, 13 septembre 2000

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale – Examen décennal des progrès accomplis dans la mise en œuvre des textes issus de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, A/RES/55/199, 5 février 2001

ONU, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, A/CONF.199/20, Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002, 195 p.

ONU, *Lettre adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Bangladesh et le Chargé d'affaires par intérim de la Mission permanente des Pays-Bas auprès de l'Organisation des Nations Unies - Déclaration de New Delhi sur les principes du droit international relatif au développement durable (en annexe)*, Point 89 de l'ordre du jour provisoire, A/57/329, 31 août 2002

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale – Document final du Sommet mondial de 2005*, A/RES/60/1, 16 septembre 2005

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale – Tenir les promesses : unis pour atteindre les objectifs du Millénaire pour le développement*, A/RES/65/1, 22 septembre 2010

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale – Mise en œuvre d'Action 21, du Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21 et des textes issus du Sommet mondial pour le développement durable*, A/RES/66/197, 9 février 2012

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale – L'avenir que nous voulons*, A/RES/66/288, 11 septembre 2012

ONU, *Résolution de l'Assemblée générale – Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, A/RES/70/1, 25 septembre 2015

ONU, *Objectifs du Millénaire pour le développement : rapport 2015*, DAES, New York, 2015, 75 p.

PNUE, *Déclaration de Nairobi sur le rôle et le mandat du Programme des Nations Unies pour l'environnement*, Décision du Conseil d'administration, A/52/25, 7 février 1997, décision 19/1

PNUE, *Déclaration ministérielle de Malmö*, Décision du Conseil d'administration, A/55/25, 31 mai 2000, décision SS.VI/1

PNUE-OCDE-IISD, *Measuring Fossil Fuel Subsidies in the Context of the Sustainable Development Goals*, PNUE, Nairobi, Kenya, 2019, ix, 80 p.

SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Actes de la Conférence Économique Internationale tenue à Genève du 4 au 23 mai 1927*, Communiqué au Conseil et aux Membres de la Société, Rédigés par la Section économique et financière, C.356.M.129.1927.II. [C.E.I. 46], vol. 1, Genève, 1927, 254 p.

SOCIÉTÉ DES NATIONS, *Rapports Approuvés par la Conférence monétaire et économique le 27 Juillet 1933 et résolutions du bureau et du comité exécutif*, Communiqué au Conseil et aux Membres de la Société, C.435.M.220.1933.II. [Conf.M.E.22(I).], Londres, 1933, 47 p.

STF (BRÉSIL), *ADPF 101*, 2009

U.N. ECOSOC, *Première session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, IIème Séance de la Commission mixte du développement industriel, procès-verbal, E/P/T/C.I&II/6, 26 octobre 1946

U.N. ECOSOC, *Verbatim report of the first plenary meeting of the preparatory committee of the international conference on trade and employment*, held at Church House, Westminster, S., 7.1, E/PG/T/PV/I, 15 octobre 1946

U.N. ECOSOC, *Verbatim Report of the Ninth Meeting*, Committee V, E/PC/T/C.V/PV/9, 7 novembre 1946

U.N. ECOSOC, *Première session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, 9ème Séance de la IIème Commission, Comité technique, E/PC/T/C.II/50, 13 novembre 1946

U.N. ECOSOC, *Verbatim Report of the Fifth Meeting*, Sub-Committee of Committee II on Quantitative Restrictions and Exchange Control, E/PC/T/C.II/QR/PV/5, 18 novembre 1946

U.N. ECOSOC, *Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/33, novembre, 1946 (draft de Londres)

U.N. ECOSOC, *Report of the Drafting Committee of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/34, 20 janvier au 25 février 1947 (draft de New York)

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Projet de Charte - Article 15 – Traitement National, Amendement présenté par les délégations de la Belgique, des Pays-Bas et du Luxembourg, E/PC/T/W.48, 9 mai 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Projet de Charte - Article 15, Amendement proposé par la délégation Norvégienne, E/PC/T/W.99, 20 mai 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., Compte rendu de la 10ème séance, E/PC/T/A/SR/10, 6 juin 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., 22ème séance, E/PC/T/A/PV/22, 1 juillet 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., 25ème séance, E/PC/T/A/PV/25, 3 juillet 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., 30ème séance, E/PC/T/A/PV/30, 16 juillet 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Rapport du Comité juridique de rédaction sur le Chapitre VII (Accords intergouvernementaux sur les produits de base), E/PC/T/147, 4 août 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, amendements to articles 15, 25 and 30 submitted by the Cuban delegation, E/PC/T/W/280, 11 août 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission A(1), 40ème séance, E/PC/T/A/SR/40(1) et E/PC/T/A/PV/40(1), 15 août 1947

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Commission préparatoire en Commission A., Rapport du Sous-Comité chargé de l'examen des articles 14, 15 et 24, E/PC/T/174, 15 août 1947

U.N. ECOSOC, *Report of the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment*, E/PC/T/186, 22 août 1947 (draft de Genève)

U.N. ECOSOC, *Deuxième session de la Commission préparatoire de la Conférence du commerce et de l'emploi de l'Organisation des nations unies*, Cinquième commission : accords intergouvernementaux sur les produits de base, Rapport de la sous-commission A, première partie, E/CONF.2/C.5/9, 24 décembre 1947

U.N. ECOSOC, *Rapport de la Sous-commission A (Articles 16, 17, 18 et 19, Troisième commission : Politique commerciale*, E/CONF.2/C.3/59, 16 février 1948

UN MILLENNIUM PROJECT, *Investing in Development: A Practical Plan to Achieve the Millennium Development Goals*, Report to the UN Secretary-General, 2005, 356 p.

US DEPARTMENT OF STATE, « Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations », *Publication 2598*, Commercial Policy Series 93, septembre 1947

US DEPARTMENT OF STATE, *Proceedings and Documents of the United Nations Monetary and Financial Conference, vol. I Bretton Woods, juillet 1-22, 1944*, Publication 2866 International Organization and Conference Series I, 3, 1135 p.

US DEPARTMENT OF STATE, *Proceedings and Documents of the United Nations Monetary and Financial Conference, vol. II Bretton Woods, juillet 1-22, 1944*, Publication 2866 International Organization and Conference Series I, 3, 685 p.

US TRADE REPRESENTATIVE, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, February 2020, v, 121

Articles de périodiques

OECD OBSERVER, *Johannesburg summit: Success or failure?*, Ken Ruffing, Head, OECD Environment Directorate, n° 234, octobre 2002, disponible sur <http://oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/902/Johannesburg_summit:_Success_or_failure_.html>, dernier accès le 16.04.2019

THE GUARDIAN, *Air-freight flowers greener than Dutch hothouses, say Kenyans*, 14 février 2007, disponible sur «<https://www.theguardian.com/environment/2007/feb/14/kenya.conservationandendangere>dspecies», dernier accès le 03.01.2018

GLOBE & MAIL, *Ontario to Change Green Energy Law After WTO Ruling*, 29 mai 2013, disponible sur <<https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/industry-news/energy-and-resources/ontario-to-change-green-energy-law-after-wto-ruling/article12236781/>>, dernier accès le 21.10.2019

THE ECONOMIST, *What Dutch disease is, and why it is so bad*, The Economist explains, disponible sur «<http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2014/11/economist-explains-2>», dernier accès le 30.04.2017

THE ECONOMIST, *The Chicago school of economics – Going off the rails*, 22 octobre 2015, disponible sur <<https://www.economist.com/books-and-arts/2015/10/22/going-off-the-rails>>, dernier accès le 22.03.2018

THE ECONOMIST, *Kenya's flower trade: Leaving on a jet plane – The long journey of those special stems*, 04 février 2016, disponible sur «<https://www.economist.com/news/middle-east-and-africa/21690077-long-journey-those-special-stems-leaving-jet-plane>», dernier accès le 03.01.2018

FINANCIAL EXPRESS, *What the WTO Panel did not decide on solar panels*, Prabhash Ranjan, assistant professor of law at South Asian University, New Delhi, Deepak Raju, associate, Sidley Austin LLP, 16 mars 2016

NATIONAL GEOGRAPHIC, *Dolphin-Safe Tuna Rules Just Got Tougher*, 25 mars 2016, disponible sur <<https://news.nationalgeographic.com/2016/03/160325-dolphin-safe-tuna-label-mexico-world-trade-organization/>>, dernier accès le 18.05.2019

HEWLETT FOUNDATION, *Fossil fuel subsidies: Can transparency promote reforms*, 16 août 2017, disponible sur <<https://hewlett.org/fossil-fuel-subsidies-can-transparency-promote-reforms/>>, dernier accès le 09.11.2019

STONE, Steven, *The role of trade in tackling air pollution*, PNUE, Direction des ressources et des marchés, disponible sur <<https://www.unenvironment.org/fr/node/20126>>, dernier accès le 03.01.2018

ICC, *ICC launches consultation series to discuss the nexus between trade and climate*, 03 octobre 2019, disponible sur <<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-launches-consultation-series-to-discuss-the-nexus-between-trade-and-climate/>>

REUTERS, *Ecuador's Moreno scraps fuel subsidy cuts in big win for indigenous groups*, 14 octobre 2019, disponible sur <<https://www.reuters.com/article/us-ecuador-protests/ecuadors-moreno-scraps-fuel-subsidy-cuts-in-big-win-for-indigenous-groups-idUSKBN1WT265>>, dernier accès le 09.11.2019

BBC NEWS, *New WTO boss warns against vaccine nationalism*, 16 février 2021, disponible sur <<https://www.bbc.com/news/business-56079088>>, dernier accès le 13.03.2021

TABLE DE MATIÈRES

Liste des abréviations.....	5
Sommaire.....	8
Introduction	9
Première partie : Les subventions – définition, utilisation et impact sur le commerce international	19
Chapitre 1 : La définition économique d’une subvention	23
Section 1 : Définition économique	27
Section 2 : Définition réglementaire	29
Section 3 : Qualification des subventions.....	34
Chapitre 2 : Pourquoi et quand les gouvernements versent-ils des subventions ?.....	36
Section 1 : Défaillances du marché	39
Paragraphe 1 : Bénéfices imparfaitement appropriables et industrie naissante	49
Paragraphe 2 : Les biens communs et les biens publics.....	57
Paragraphe 3 : « Maladie hollandaise » et taux de change surévalués	63
Section 2 : Raisonnements « non exclusivement économiques », non basés sur la théorie du bien-être	70
Paragraphe 1 : Politiques redistributives et d’ajustement	72
Paragraphe 2 : Le développement régional.....	74
Paragraphe 3 : La sécurité nationale et alimentaire	76
Paragraphe 4 : La politique commerciale stratégique	78
Paragraphe 5 : Les limites des raisonnements « non exclusivement économiques »	79
Chapitre 3 : Pourquoi réglementer les subventions à l’échelle multilatérale ?	90
Section 1 : Défis liés au versement de subventions : quelques précautions.....	93
Paragraphe 1 : Difficulté d’identification du besoin d’agir	95
Paragraphe 2 : Difficulté de détermination du montant adéquat de la subvention	97
Paragraphe 3 : Difficulté de bien cibler la subvention	99
Paragraphe 4 : Difficulté de déterminer l’efficacité du programme de subventions	104
Paragraphe 5 : Difficulté de supprimer un programme de soutien financier.....	108
Section 2 : Effets sur le bien-être global d’une mauvaise utilisation des subventions	111
Section 3 : Effets sur d’autres économies et marchés	114
Section 4 : Quelle réglementation internationale au sens économique ?	120

Deuxième partie : La réglementation des subventions dans le cadre du système commercial multilatéral	125
Chapitre 1 : L'évolution de la réglementation commerciale multilatérale des subventions : du GATT à l'OMC.....	125
Section 1 : Les origines historiques du débat	126
Section 2 : La Charte de La Havane et l'adoption du GATT	137
Chapitre 2 : Les dispositions relatives aux subventions dans le cadre de l'OMC	155
Section 1 : Les dispositions les plus pertinentes du GATT relatives aux subventions.....	157
Paragraphe 1 : Article VI - reconnaissance du droit d'imposer des mesures antidumping et droits compensatoires.....	158
Paragraphe 2 : Article XVI - dispositions spécifiques relatives aux subventions	160
A. Article XVI, Section A : Subventions en général – transparence.....	160
B. Article XVI, Section A : Subventions en général – consultations sur les subventions causant un « préjudice grave ».....	168
C. Article XVI, partie B : Dispositions additionnelles relatives aux subventions à l'exportation	172
Paragraphe 3 : Article III du GATT, et paragraphe 8 - le principe de non-discrimination et son incidence sur les subventions	182
Paragraphe 4 : Les exceptions au GATT - quelle est la portée des subventions liées au développement durable ?	194
A. Article XX : Les exceptions générales	195
B. Article XVIII : Aides d'État en faveur du développement économique	205
C. Article XXV : action collective des PARTIES CONTRACTANTES.....	222
Paragraphe 5 : Partie IV du GATT - Commerce et développement	225
Section 2 : L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC)	231
Paragraphe 1 : Subventions assujetties à l'Accord SMC.....	236
A. Définition de la subvention dans le cadre de l'Accord SMC : la pertinence de la forme ...	238
B. Définition de la subvention dans le cadre de l'Accord SMC : un avantage est conféré	241
C. La spécificité des subventions.....	245
Paragraphe 2 : Subventions pouvant donner lieu à une action.....	253
Paragraphe 3 : Subventions spécifiques réputées causer un préjudice grave	260
Paragraphe 4 : Subventions prohibées : un cas particulier résultant de décennies d'efforts multilatéraux.....	261
Paragraphe 5 : Subventions ne donnant pas lieu à une action.....	263

Paragraphe 6 : Exemptions et flexibilités pour les pays Membres en développement.....	269
Paragraphe 7 : Quelques réflexions sur les enjeux des dispositions de l'Accord SMC relatives aux subventions octroyées aux fins de développement durable	280
Section 3 : Accord sur l'agriculture	284
Paragraphe 1 : Limitations imposées aux mesures de soutien interne à l'agriculture	285
Paragraphe 2 : Engagements en matière de concurrence à l'exportation.....	292
Paragraphe 3 : La disparition de la « clause de la paix » et la relation entre les dispositions de l'Accord sur l'agriculture et de l'Accord SMC	297
Section 4 : Dispositions ayant trait aux subventions prévues dans d'autres Accords de l'OMC	305
Paragraphe 1 : Accord général sur le commerce des services (AGCS)	305
Paragraphe 2 : Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC)	310
Section 5 : Conclusions	313
Troisième partie : Le concept de développement durable et l'application moderne de la réglementation multilatérale commerciale des subventions	315
Chapitre 1 : L'évolution du concept de développement durable et ses conséquences sur le système commercial multilatéral	316
Section 1 : Un début cahoteux.....	316
Paragraphe 1 : Les exceptions « environnementales » au GATT de 1947.....	318
Paragraphe 2 : L'évolution parallèle de deux systèmes juridiques internationaux.....	328
Section 2 : La recherche d'un renforcement mutuel	340
Section 3 : L'apogée de l'évolution de la relation entre développement économique et durabilité environnementale et sociale - l'adoption des ODD	351
Chapitre 2 : La prise en compte de l'objectif de développement durable par l'Organe d'appel de l'OMC	359
Section 1 : Développement durable - un concept, un objectif ou un principe dans le cadre du système commercial multilatéral ?.....	360
Section 2 : L'évolution de l'application des exceptions de l'Article XX et leurs contours normatifs	379
Paragraphe 1 : Les années formatrices des contours normatifs de l'Article XX du GATT	381
Paragraphe 2 : L'introduction d'un examen juridico-analytique de l'Article XX - le développement d'un test strict à l'égard des prescriptions prévues dans ses paragraphes, et faible s'agissant de son texte introductif	385
A. L'application des prescriptions de l'alinéa g) et du texte introductif de l'Article XX	385

B. L'application des prescriptions des alinéas b) et d) : l'évolution du test de <i>nécessité</i>	392
Paragraphe 3 : L'application de l'Article XX aux différends ayant trait à l'environnement durant les dernières années du GATT de 1947 - la réalisation du cauchemar des environnementalistes ?	400
A. L'affaire « taxes sur les automobiles »	403
B. Les « affaires du thon »	407
Paragraphe 4 : Répercussions négatives et appel au « verdissement » du GATT	418
Section 3 : La portée de l'objectif de développement durable et l'approche interprétative de l'Organe d'appel de l'OMC - une approche accommodante vis à vis des impératifs de développement durable	427
Paragraphe 1 : L'affaire <i>États-Unis – Essence</i> - l'assouplissement des critères du paragraphe g) de l'Article XX du GATT	430
Paragraphe 2 : Affaire <i>États-Unis – Crevettes</i> - la prise en compte de l'objectif de développement durable et « l'interprétation évolutive » des dispositions multilatérales....	441
Paragraphe 3 : Les affaires <i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i> et <i>États-Unis – Thon II (Mexique)</i> - la concrétisation des contours normatifs de l'Article XX interprété à la lumière de l'objectif de développement durable et de protection environnementale	460
A. L'affaire <i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i> : les contours normatifs du test de la nécessité	461
B. L'affaire <i>États-Unis – Thon II</i> : la prise en compte de l'objectif de protection environnementale dans le cadre de l'Accord OTC	475
Section 4 : Conclusions – la fonction « intégrative » du concept de développement durable a-t-elle réussi à réconcilier les deux systèmes ?	495
Quatrième partie : L'application contemporaine des règles de l'OMC sur les subventions eu égard au concept de développement durable et de l'évolution récente du débat multilatéral sur les subventions.....	500
Chapitre 1 : L'émergence de politiques industrielles vertes - quels enjeux pour les disciplines multilatérales ?	502
Section 1 : Adoption de mesures de soutien à des fins environnementales par les Membres de l'OMC.....	508
Section 2 : Les enjeux pour les dispositions de l'OMC	520
Paragraphe 1 : Résumé des considérations juridiques les plus pertinentes sur les subventions aux fins de développement durable	524
Paragraphe 2 : « Marge de manœuvre » inscrite dans les accords de l'OMC régissant les subventions.....	526
A. L'Accord SMC et l'Accord sur l'agriculture	526

B. Quelle relation entre les flexibilités offertes par le GATT (Articles XVIII et XX) et les dispositions de l'Accord SMC ?	533
Paragraphe 3 : La voie unilatérale - quels enjeux pour les subventions aux fins de développement durable de l'application de mesures compensatoires ?	552
Paragraphe 4 : Impact de la possibilité de mise en cause des subventions environnementales au niveau multilatéral	556
Chapitre 2 : Les affaires de l'OMC ayant trait à des mesures de soutien aux énergies renouvelables	558
Section 1 : L'affaire <i>Canada – Énergie renouvelable</i> – une approche interprétative « accommodante » vis à vis des prérogatives du développement durable dans le cadre de l'Accord SMC	561
Paragraphe 1 : L'approche « élargie » du Groupe spécial vis-à-vis les éléments composant le point de repère (<i>benchmark</i>) pour l'examen de l'avantage - l'option politique comme un « donné » du marché	564
Paragraphe 2 : L'approche systémique « basée sur le marché » adoptée par l'Organe d'appel - la considération des externalités environnementales parmi les facteurs liés à l'offre et à la demande.....	568
A. Achat de biens par le gouvernement ou soutien des prix ?	568
B. L'avantage et les facteurs liés au marché et à l'offre : le cas particulier des énergies renouvelables.....	569
C. Reconnaissance du droit du Membre de définir <i>son propre</i> approvisionnement diversifié d'énergie électrique, y compris en tenant compte de <i>préoccupations et externalités environnementales</i>	570
D. Quel point de repère pour les énergies renouvelables ? La distinction entre interventions qui créent un marché et celles qui le faussent	573
E. Le résultat pratique pour la mesure canadienne	574
F. La mesure ne constituait pas une subvention au titre de l'Accord SMC, mais était contraire aux dispositions de l'OMC	575
G. Conclusions et réactions de la doctrine : la « boîte de Pandore » est-elle ouverte ?.....	576
Section 2 : Les affaires <i>Inde - Cellules solaires</i> et <i>États-Unis - Énergies renouvelables</i> - réaffirmation de l'interdiction de programmes de soutien protectionnistes	585
Paragraphe 1 : L'affaire <i>Inde - Cellules solaires</i> - le débat sur l'état de « pénurie » (nationale) d'équipements pour la production d'énergie renouvelable et la CCNUCC comme « loi interne »	586
Paragraphe 2 : L'affaire <i>États-Unis – Énergies renouvelables</i> - la contestation des politiques industrielles vertes de certains États des États-Unis.....	596

Paragraphe 3 : Conclusions.....	600
Chapitre 3 : L'état des débats autour d'une révision de la réglementation commerciale multilatérale des subventions	602
Section 1 : Les discussions au sein du Comité des subventions et des mesures compensatoires et le cycle de Doha	603
Section 2 : Les négociations sur les subventions aux pêcheries	607
Section 3 : Efforts de réforme en matière de subventions aux combustibles fossiles.....	615
Conclusions générales et propositions pour une application cohérente des dispositions multilatérales sur les subventions.....	623
Bibliographie	640
Table de matières.....	686
Liste des tableaux.....	692
Liste des logigrammes	693

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 – Dispositions de la Charte de l’OIC les plus pertinentes en matière de subventions et d’aides d’État et leurs dispositions équivalentes dans le GATT	152
Tableau 2 – Consultations réalisées dans le cadre de la procédure spéciale prévue par l’Article XVI:1 du GATT (1947) entre 1947 et 1973.....	170
Tableau 3 – Groupes spéciaux et de travail et autres débats pertinents en matière de réglementation multilatérale des subventions du GATT	171
Tableau 4 – Dispositions sur les subventions à l’exportation du GATT	181
Tableau 5 - Parts en pourcentage des droits consolidés avant et après les négociations de 1986-1994	183
Tableau 6 - Caractères et conditions des exemptions prévues à l’Article III:8 b)	193
Tableau 7 – Objectifs et valeurs couverts par l’Article XX.....	196
Tableau 8 – Répartition analytique des exceptions de l’Article XX du GATT	197
Tableau 9 – Différends portant sur l’Article XVI dans le cadre du système de règlement des différends du GATT	201
Tableau 10 – Dérogations permises par l’Article XVIII du GATT.....	213
Tableau 11 - Invocations de la section C de l’Article XVIII.....	219
Tableau 12 - Dispositions les plus pertinentes sur les subventions dans le GATT	230
Tableau 13 – Éléments de définition d’une subvention assujettie aux règles de l’Accord SMC. 252	
Tableau 14 – Effets commerciaux défavorables visés par l’Accord SMC et éléments d’analyse 257	
Tableau 15 – Traitement spécial et différencié dans le cadre de l’Accord SMC	277
Tableau 16 – Catégories de subventions et dispositions les plus pertinentes établies par l’Accord SMC.....	279
Tableau 17 – Mesures de soutien relevant de la « catégorie verte » ayant trait à la protection de l’environnement.....	289
Tableau 18 – Mesures de soutien relevant de la « catégorie verte » ayant trait à la promotion du développement.....	290
Tableau 19 – Catégories et types de mesures de soutien interne.....	292
Tableau 20 – Engagements en matière de réduction du soutien interne et des subventions à l’exportation dans le cadre de l’Accord sur l’agriculture	293
Tableau 21 – Récapitulatif du raisonnement juridico-économique de la réglementation multilatérale relative aux subventions du GATT, de l’Accord SMC et de l’Accord sur l’agriculture	314

Tableau 22 – Exemples d’instruments internationaux de conservation adoptés jusqu’en 1950 contenant des dispositions ayant trait aux échanges internationaux	329
Tableau 23 – Comparatif des objectifs du GATT 1947 et de l’Accord sur l’OMC de 1994 (italiques ajoutés)	350
Tableau 24 – Comparatif des OMD et ODD	358
Tableau 25 – Sommaire des affaires dans le cadre desquelles il a été recouru à l’Article XX (en rouge, aucun examen juridique de l’alinéa n’a été réalisé / en vert, affaire ayant trait à la protection de l’environnement)	417
Tableau 26 – Sommaire de l’évolution des contours normatifs établis par les groupes spéciaux du GATT.....	426
Tableau 27 – Les dix objectifs de protection environnementale les plus couramment mentionnés	518
Tableau 28 – Objectifs de protection environnementale identifiés dans le cadre des enquêtes quant à l’application de mesures compensatoires notifiées à l’OMC entre 2014 et 2017	555
Tableau 29 – Affaires portées devant l’OMC ayant trait à des mesures de soutien aux énergies renouvelables.....	560

LISTE DES LOGIGRAMMES

Logigramme 1 – Mise en application de l’Article XVIII du GATT	221
Logigramme 2 – Mise en application des obligations principales sur subventions au cadre de l’Article XVI du GATT et de l’Accord SMC	283
Logigramme 3 – Mise en application des obligations principales sur subventions au cadre de l’Accord sur l’agriculture	304