

## E. Ressources naturelles, coopération internationale et réglementation du commerce

Cette section traite de la réglementation internationale du commerce des ressources naturelles. Elle commence par un aperçu du cadre juridique de l'OMC et examine brièvement comment les ressources naturelles s'inscrivent dans ce cadre. Cette section ne prétend pas examiner de manière exhaustive toutes les règles de l'OMC susceptibles d'avoir une incidence sur le commerce des ressources naturelles. Son but est plutôt d'exposer les règles ayant une pertinence particulière pour ce type de commerce, et de voir si, et dans quelle mesure, elles sont adaptées aux principales caractéristiques des secteurs de ressources naturelles. Cette section présente en outre certains accords internationaux régissant le commerce des ressources naturelles et examine leur relation avec les disciplines de l'OMC. Enfin, elle aborde plusieurs questions concernant ce secteur qui semblent avoir une pertinence réelle ou potentielle pour la coopération internationale et pour le système commercial multilatéral.

## Sommaire

1. Commerce des ressources naturelles et règles de l'OMC	162
2. Autres instruments du droit international et ressources naturelles	176
3. Questions commerciales affectant les ressources naturelles : les défis à venir	183
4. Conclusions	196



## 1. Commerce des ressources naturelles et règles de l'OMC

### (a) Les règles de l'OMC et le commerce des ressources naturelles

Dans la mesure où une ressource naturelle peut être exportée, elle est soumise aux obligations énoncées dans le GATT et dans les autres accords relatifs au commerce des marchandises. C'est le cas, par exemple, du charbon et du pétrole après extraction, du bois après abattage, ou des espèces marines une fois capturées. À l'inverse, les règles de l'OMC ne s'appliquent généralement pas aux ressources naturelles avant leur extraction ou leur prélèvement.

Elles peuvent cependant avoir, dans certains cas, des incidences sur les produits à l'état « naturel ». Par exemple, dans le différend *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, l'une des questions qui se posait était de savoir si l'octroi de droits d'abattage de bois de construction par les gouvernements provinciaux pour une rémunération moins qu'adéquate pouvait être considéré comme une subvention au sens de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC). Plus précisément, il s'agissait de savoir si le terme « biens » utilisé à l'article 1.1 de l'Accord pouvait englober « les arbres avant qu'ils ne soient récoltés, c'est-à-dire le bois sur pied attaché au sol (mais pouvant en être enlevé) et non susceptible d'être échangé au-delà des frontières en tant que tel » (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 57). En dernière analyse, il a été décidé qu'il n'y avait pas de fondement pour exclure « les choses corporelles – comme les arbres sur pied, non abattus – qui à la fois ne sont pas échangeables et ne font pas l'objet d'une classification tarifaire » du champ du terme « biens » au sens de l'article 1.1 (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 67).

La question s'est également posée dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALENA ») au sujet d'une proposition de transferts hydrauliques entre la Colombie-Britannique (Canada) et les États-Unis par dérivation de cours d'eau canadiens. Pour des raisons écologiques, le gouvernement de la Colombie-Britannique a tenté d'adopter une législation interdisant les transferts d'eau à grande échelle. Or, les prohibitions quantitatives à l'exportation sont contraires aux dispositions de l'ALENA, auxquelles le Canada et les États-Unis sont parties. Toutefois, avant que la législation puisse être jugée incompatible avec l'accord, il faut se demander si l'eau à l'état naturel est visée par l'ALENA. Pour répondre à cette question, il faut se baser sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (aussi appelé « SH »), qui est une nomenclature internationale polyvalente élaborée par l'Organisation mondiale des douanes.

Le SH, qui comprend plusieurs milliers de groupes de produits, a été utilisé par les Membres de l'OMC pour établir leurs listes d'engagements (Ehring, 2007). La sous-position 2201 du SH, intitulée « *Eaux, y compris les eaux minérales naturelles ou artificielles et les eaux gazéifiées* », mentionne expressément la « neige » et la « glace », ce qui pourrait étayer l'idée que les eaux souterraines ou les eaux de surface sont visées par les règles commerciales (Horlick, 2001). À l'inverse, on pourrait dire que, comme la sous-position 2201 figure dans le chapitre du SH intitulé « *Boissons* », l'eau est seulement considérée comme un produit lorsqu'elle est destinée à la consommation. Comme les transferts en vrac

d'eaux de surface ou d'eaux souterraines ont lieu généralement à des fins agricoles ou industrielles, ils ne seraient pas visés.

Pour trancher le débat, les signataires de l'ALENA (Canada, États-Unis et Mexique) ont publié en 1993 une déclaration commune proclamant que « l'ALENA ne crée aucun droit sur les ressources en eaux naturelles des parties à l'Accord ». Bien que son statut juridique ne soit pas très clair, cette déclaration va dans le sens de ceux qui pensent que l'eau ne devient un bien aux fins de l'ALENA que si elle est extraite de son milieu naturel et transformée en produit commercialisable, comme l'eau en bouteille (Commission mixte internationale, 1999 ; McRae, 2001 ; Cossy, 2005).

Des questions analogues se posent aussi à propos des autres ressources naturelles. Par exemple, les membres de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP) ont souvent imposé des restrictions à la production, affirmant que cette mesure n'était pas incompatible avec le GATT parce que le pétrole n'est pas soumis aux disciplines de l'OMC tant qu'il n'a pas été extrait. Certains font valoir que le principe de souveraineté en droit international corrobore la thèse selon laquelle les nations sont libres de traiter leurs ressources naturelles comme elles l'entendent tant qu'elles ne sont pas extraites, forées ou produites de toute autre manière (Crosby, 2009). Et même alors, il est important de faire une distinction entre les mesures affectant la production et les mesures affectant le commerce.

Un service relatif aux ressources naturelles est soumis aux disciplines de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) sauf s'il est fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. Dans la pratique, les services peuvent se rapporter aux ressources naturelles de multiples façons, allant de la gestion et la protection à l'exploration, l'exploitation, les essais techniques, le transport, le courtage et la commercialisation. Divers services concernent directement les ressources naturelles (services annexes aux industries extractives, transport des combustibles par conduite, services annexes à l'agriculture, à la chasse et à la sylviculture, services annexes à la pêche). D'autres services peuvent concerner plusieurs secteurs, dont les ressources naturelles (services de conseil en gestion, par exemple).

Aucune disposition de l'AGCS ne vise expressément les ressources naturelles et l'application des obligations découlant de l'AGCS dépend dans une large mesure des engagements pris individuellement par les Membres de l'OMC dans le secteur concerné. Le fait que le système de l'OMC a des règles différentes pour le commerce des marchandises et pour le commerce des services soulève des questions complexes concernant l'exploitation des ressources naturelles et les activités associées (voir la sous-section 3 ci-dessous).

**Encadré 25: Aperçu historique du traitement des ressources naturelles dans le cadre du GATT/de l'OMC**

Le traitement des ressources naturelles dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et de l'OMC a généralement été caractérisé par une ouverture progressive des marchés – au point qu'aujourd'hui, une large gamme de matières premières, allant des métaux et des minéraux aux combustibles et au bois, font l'objet d'une protection minimale voire nulle, sur la plupart des grands marchés. Néanmoins, plusieurs questions relatives aux ressources demeurent ou deviennent un important sujet de préoccupations pour certains Membres de l'OMC. Une question qui se pose depuis longtemps est celle de la dépendance continue de nombreux pays en développement à l'égard des exportations de produits de base, et de la manière dont les fluctuations de l'offre, l'instabilité du marché, la volatilité des prix et la persistance des obstacles au commerce des ressources transformées pèsent sur les perspectives de croissance et de développement de ces pays.

La conclusion d'accords internationaux de produit (AIP), la mise en place du Système généralisé de préférences (SGP) accordant des droits préférentiels aux importations en provenance des pays en développement, le traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement et les efforts réitérés pour réduire la progressivité des droits dans les cycles successifs de négociations commerciales visaient expressément ou implicitement à remédier aux problèmes particuliers des pays exportateurs de produits de base et aux déséquilibres structurels du système commercial.

La dépendance à l'égard des exportations de produits de base – et les effets négatifs de l'instabilité du marché et de la baisse des prix – étaient déjà des sujets de préoccupation avant la création du GATT en 1948. L'effondrement des prix des produits de base au début des années 1920 et, de manière plus spectaculaire, pendant la Grande Dépression des années 1930, a convaincu les dirigeants de la nécessité de renforcer la coopération et la gestion internationales du commerce des produits de base, ce qui a abouti à la négociation, dans les années 1920 et 1930, d'une série d'AIP destinés à stabiliser les prix en contrôlant les quantités produites et vendues (notamment au moyen de stocks régulateurs, de garanties d'achat à long terme, de restrictions quantitatives et de restrictions à l'exportation).<sup>1</sup>

Ces accords figuraient en bonne place dans les textes de la défunte Charte de La Havane de 1948 et du GATT lui-même. Le chapitre 6 de la Charte autorisait des exceptions à la non-discrimination pour les AIP si ceux-ci visaient à encourager la stabilisation des prix, à accroître la consommation et à résorber les excédents. Les conditions régissant le fonctionnement acceptable de ces accords étaient clairement énoncées : ils devaient être négociés lors de conférences publiques ouvertes aux consommateurs et aux producteurs du produit en question ; leur durée devait être de cinq ans au plus ; et ils devaient être administrés conjointement par les producteurs et les consommateurs.

La Charte de La Havane n'ayant pas été ratifiée, le GATT a été chargé de procéder à un examen annuel des tendances et de l'évolution des prix internationaux et de donner son aval aux accords internationaux de produits (dispositions générales et spécifiques). Beaucoup plus tard, en 1965, avec l'adjonction de la Partie IV du GATT (Commerce et développement) les parties contractantes ont aussi été chargées d'élaborer des mesures destinées à stabiliser et améliorer la situation des marchés mondiaux pour les produits primaires exportés par les pays en développement afin de stabiliser les prix de ces produits « à des niveaux équitables et rémunérateurs », et de procurer à ces pays des ressources croissantes pour leur développement économique.

Néanmoins, le succès des AIP a été au mieux mitigé. Rares sont ceux qui ont permis d'inverser la tendance à la baisse des prix des produits visés, sauf pour le café et, pendant un temps, l'étain. De plus, à l'exception des Arrangements relatifs à la viande bovine et au secteur laitier issus du Tokyo Round, axés l'un et l'autre sur les producteurs des pays développés, le GATT n'a guère participé directement à l'élaboration et au fonctionnement des AIP (Gordon-Ashworth, 1984).

C'est dans les années 1960 et 1970 qu'une deuxième initiative majeure a été prise pour tenter de remédier à la dépendance des pays en développement à l'égard des exportations de matières premières. Dès 1958, le rapport Haberler, établi par un groupe d'experts mandaté par le GATT, a fait valoir que les besoins des producteurs de produits primaires, et en particulier ceux des pays en développement, étaient « différents et distincts de ceux des producteurs d'articles manufacturés » et a émis l'idée que « les règles et conventions existantes concernant la politique commerciale étaient d'une manière générale défavorables aux pays en développement ». Pendant cette période, les idées de Raul Prebisch (1950) et de Hans Singer (1950) s'imposaient de plus en plus – notamment leur thèse selon laquelle le sous-développement était le résultat d'inégalités structurelles dans le système économique international, et en particulier le résultat de la détérioration des termes de l'échange pour les pays en développement tributaires des produits de base. Cette analyse a eu beaucoup de poids dans le débat intellectuel et politique, non sans faire l'objet de critiques (Viner, 1953 ; Baldwin, 1955 ; Johnson, 1967).

Cette « théorie de la dépendance » a permis de poser les fondements intellectuels de la première session de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) en 1964. L'une des principales propositions formulées à la Conférence (et approuvée ensuite à la deuxième session de la CNUCED, tenue à New Delhi quatre ans plus tard) était que les pays développés devaient accorder un traitement tarifaire préférentiel aux importations de produits manufacturés et semi-manufacturés en provenance des pays en développement – ce que l'on a appelé le « Système généralisé de préférences » (SGP) – afin d'encourager la croissance de secteurs manufacturiers solides et diversifiés dans les pays pauvres. Un an plus tard, la nouvelle Partie IV du GATT engageait les pays développés à faire des « efforts positifs pour que les parties contractantes peu développées s'assurent une part de la croissance du commerce international qui corresponde aux nécessités de leur développement économique ». La Partie IV énonçait aussi le principe selon lequel les pays développés ne devaient pas attendre de réciprocité des pays en développement pour les engagements de réduire ou d'éliminer les droits de douane et autres obstacles au commerce, et le principe selon lequel « des conditions plus favorables et plus acceptables d'accès aux marchés mondiaux » devaient leur être assurées.

En 1971, le GATT, suivant la voie ouverte par la CNUCED, a approuvé deux dérogations au principe de la nation la plus favorisée (NPF) (limitées à dix ans), qui permettaient d'accorder des préférences tarifaires aux exportations des pays en développement. En 1979, il a institué une exception permanente à l'obligation NPF au moyen de la Clause d'habilitation, qui autorisait les parties contractantes à instaurer des systèmes de préférences commerciales en faveur des pays en développement, à condition que ces systèmes soient « généralisés, sans discrimination et sans réciprocité ». Plus d'une douzaine de Membres de l'OMC ont un schéma SGP et les efforts faits actuellement dans le cadre du Cycle de Doha pour formaliser l'accès en franchise de droits et sans contingent pour les exportations des pays les moins avancés (PMA) promettent d'élargir encore ce concept.

Du point de vue des pays en développement, ces systèmes ont donné des résultats mitigés. D'une part, la plupart des pays développés se sont conformés à l'obligation de généraliser leurs programmes pour ce qui est de la participation, en offrant des avantages à de nombreux pays en développement et pays moins avancés, bien qu'ils aient peu à peu introduit une certaine « gradation » géographique en excluant des pays et des produits de leur schéma SGP.

La plupart des schémas de préférences n'ont pas été généralisés en termes de produits, dans la mesure où ils ne visent pas toutes les exportations des pays en développement (avec des exceptions notables, jusqu'à récemment, pour l'agriculture et les textiles) et où ils ont tendance à favoriser les exportations de matières premières par rapport aux exportations de ressources transformées et semi-transformées, aggravant ainsi le problème de la dépendance à l'égard des produits de base qu'ils étaient censés atténuer. Les schémas SGP peuvent également susciter une opposition intrinsèque à une ouverture commerciale non discriminatoire, considérée comme une menace pour les marges préférentielles. De surcroît, on s'est rendu compte de plus en plus que la capacité de profiter des préférences était fortement influencée par les conditions intérieures et la capacité d'offre des pays censés en bénéficier.

Pendant toute cette période, la progressivité des droits a été un autre sujet de préoccupation – les produits plus transformés étant soumis à des droits plus élevés, ce qui avait pour effet de décourager la production à plus forte valeur ajoutée et l'investissement dans les pays en développement, de renforcer les exportations de produits primaires et d'accentuer les problèmes de termes de l'échange des pays pauvres. Cette progressivité était en partie le résultat des efforts faits par les pays industrialisés pour protéger les industries manufacturières peu qualifiées à faible technicité et les emplois dans ce secteur (textiles, vêtements, chaussures), mais il résultait aussi de la teneur et de la mécanique des négociations successives tenues dans le cadre du GATT, qui, du moins jusqu'au lancement du Cycle d'Uruguay en 1986, étaient généralement dominées par les pays industrialisés et reflétaient leurs préoccupations commerciales et leurs solutions négociées (Gordon-Ashworth, 1984). Le Tokyo Round (1973-1979) et le Cycle d'Uruguay (1986-1993) avaient pour objectif de réduire la progressivité des droits, mais leur succès a été limité. Il se pourrait que le Cycle de Doha, lancé en 2001, donne de meilleurs résultats avec son approche fondée sur une formule non linéaire.

Au cours des dernières décennies – en particulier au cours des dernières années – les discussions sur le commerce des ressources naturelles au GATT/à l'OMC ont été de plus en plus centrées sur les préoccupations des pays importateurs de produits de base, qui s'inquiètent de la hausse des prix des ressources et des signes d'accroissement des restrictions à l'exportation de matières premières. Le problème est dû en partie à l'augmentation de la demande mondiale alors que les ressources sont limitées et, de surcroît, sont souvent exportées par un nombre de pays assez restreint. La rareté des ressources et leur répartition géographique inégale donnent la possibilité aux pays détenteurs de réserves d'influer sur les prix et les quantités de matières premières mises à disposition sur les marchés mondiaux (Korinek et Kim, 2009).

En effet, les pays producteurs peuvent limiter ou taxer les exportations pour plusieurs raisons, notamment pour compenser la progressivité des droits dans les pays importateurs, pour garantir l'approvisionnement local en ressources stratégiques des industries nationales en aval, pour améliorer les termes de l'échange en limitant l'offre et en faisant monter les prix mondiaux, pour créer des avantages comparatifs dans les industries de haute technologie qui sont tributaires de l'accès à des métaux ou minéraux rares et pour protéger l'environnement.

Bon nombre de ces problèmes ont été soulevés au cours du Cycle d'Uruguay. Devant l'insistance d'un certain nombre de pays exportateurs de produits de base, un groupe de négociation spécifique sur les produits provenant des ressources naturelles a été créé dès le début du Cycle. Ce groupe a examiné les problèmes existant de longue date comme les droits de douane (y compris les préférences, les crêtes tarifaires – tarifs relativement élevés – et la progressivité des droits), les obstacles non tarifaires au commerce et les subventions, mais il a aussi essayé – en vain – d'inclure les questions relatives à l'énergie et aux restrictions à l'exportation dans le champ de ses négociations (Stewart, 1993). Une pression analogue pour inclure les taxes et restrictions à l'exportation et « le système de double prix »<sup>2</sup> (voir la section D) dans les négociations de l'OMC s'est fait sentir dans le Cycle de Doha et dans les négociations en vue de l'accession de plusieurs pays.

**Encadré 26 : La « présence commerciale » comme mode de fourniture dans le cadre de l'AGCS : règles pertinentes pour l'investissement dans le secteur des services**

De nombreux services sont caractérisés par la simultanéité de la production et de la consommation, ce qui signifie que, dans certains secteurs, il est important que les fournisseurs de services établissent une présence commerciale sur les marchés où ils veulent vendre. On estime que la présence commerciale représente près de 60 pour cent du commerce international des services.

Le mode de fourniture appelé « présence commerciale », ou mode 3, désigne la fourniture d'un service « par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre » (article 1:2 c)). Cette expression s'entend de tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service (article XXVIII d)). La présence commerciale peut prendre la forme d'un nouvel établissement ou se faire par l'acquisition, en totalité ou en partie, d'une entreprise existante.

L'AGCS ne fait pas de distinction entre les phases antérieures et postérieures, à l'établissement mais il s'applique *de facto* aux deux. La différence vient de la nature des obligations elles-mêmes. Par exemple, si le traitement national et le traitement NPF concernent des restrictions antérieures et postérieures à l'établissement, la disposition relative à l'accès aux marchés concernerait plutôt la phase avant établissement.

Les obligations de l'AGCS relatives à la présence commerciale dépendent dans une large mesure du type d'engagements spécifiques pris par les Membres de l'OMC. Les obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national s'appliquent seulement dans les secteurs où les Membres ont pris des engagements spécifiques, et à supposer que le mode 3 n'est pas resté « non consolidé ». Les Membres ont une certaine flexibilité lorsqu'ils inscrivent dans leurs listes des engagements concernant le mode 3. Ils peuvent soumettre ces engagements à diverses limitations concernant l'accès aux marchés : par exemple, ils peuvent limiter le nombre de fournisseurs en exigeant un examen des besoins économiques ; ils peuvent exclure certains types de personnes morales ou exiger la création d'une coentreprise ou encore limiter la participation de capitaux étrangers. Les limitations concernant le traitement national peuvent être des restrictions à la propriété foncière, des subventions ou un régime fiscal différents, des conditions de résidence, etc. Indépendamment de l'existence d'engagements spécifiques, l'obligation d'appliquer le traitement NPF s'applique à toutes les mesures gouvernementales affectant le commerce des services.

Il y a plusieurs différences importantes entre le mode 3 de l'AGCS et les accords d'investissement bilatéraux ou les dispositions de certains accords commerciaux préférentiels relatives à l'investissement. La définition de l'investissement est généralement plus large dans les deux derniers cas que dans l'AGCS. De surcroît, l'AGCS ne prévoit pas de mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et l'État et n'énonce aucune obligation de protection des investissements du type normes minimales de protection ou indemnisation en cas d'expropriation. Par ailleurs, la plupart des accords d'investissement bilatéraux couvrent seulement la phase postétablissement car ils visent surtout à protéger l'investissement étranger, et non à ménager des possibilités d'accès aux marchés.

(b) Les règles de l'OMC et les caractéristiques particulières du commerce des ressources naturelles

(i) *Les règles commerciales et la répartition inégale des ressources naturelles dans le monde*

*Droits d'importation (article II du GATT de 1994)*

En vertu de l'article II du GATT de 1994, les Membres de l'OMC n'appliqueront pas, à l'importation d'un produit, « des droits de douane proprement dits » plus élevés que le taux spécifié (ou « consolidé ») dans leurs listes d'engagements. Au cours des cycles successifs de négociations commerciales, le nombre des produits faisant l'objet de concessions tarifaires a augmenté et les niveaux de consolidation des droits ont été progressivement abaissés.<sup>3</sup> Les Membres n'ont pas le droit non plus d'appliquer d'autres droits ou impositions à l'importation d'un produit, à l'exception de ceux spécifiés dans la liste d'engagements.<sup>4</sup> Des limitations analogues s'appliquent aux produits agricoles au titre de l'article 4 de l'Accord sur l'agriculture.

Les taux de droits maximaux (ou « consolidations tarifaires ») ont été progressivement réduits au cours des huit cycles de négociations dans le cadre du GATT, dont le dernier était le Cycle d'Uruguay. De nouvelles réductions sont actuellement négociées dans le cadre du Cycle de Doha. Les niveaux des

droits sur les ressources naturelles ont été examinés dans la section D, dont la conclusion était que la protection tarifaire des ressources naturelles est généralement plus faible que celle des marchandises en général, à l'exception peut-être des produits de la pêche. Il y a une progressivité des droits pour certaines ressources naturelles, telles que les produits forestiers et les produits miniers, mais pas pour d'autres, comme les combustibles.

*Restrictions à l'importation et à l'exportation (article XI du GATT de 1994)*

Selon l'article XI du GATT de 1994, aucun Membre de l'OMC n'appliquera à l'importation d'un produit ou à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions. Cette disposition vise les contingents et autres mesures similaires qui imposent des limitations quantitatives aux importations ou aux exportations (autres que les droits de douane, taxes ou autres impositions). Comme l'article XI parle à la fois de « prohibitions » et de « restrictions », un groupe spécial de l'OMC a estimé qu'une « restriction » n'est pas nécessairement une prohibition générale ou globale ou une limite numérique précise » (rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphe 7.270). À la suite de cette interprétation, un autre groupe spécial a constaté récemment qu'une mesure qui limitait le nombre de bureaux d'entrée de certaines marchandises dans un Membre de l'OMC (mais pas les quantités qui pouvaient entrer par les bureaux d'entrée autorisés) était incompatible avec l'article XI parce qu'elle avait un « effet limitatif » sur les importations (rapport du Groupe spécial, *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.240).

Les dispositions de l'article XI applicables aux restrictions à l'exportation sont particulièrement pertinentes dans le cas de certaines des ressources naturelles examinées dans le présent Rapport. Comme on l'a dit dans la section D, il ressort des examens des politiques commerciales effectuées par l'OMC que les taxes à l'exportation sont plus fréquentes dans le secteur des ressources naturelles que dans les autres secteurs. L'expression « autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions » employée à l'article XI a été généralement interprétée comme signifiant que cette disposition n'interdit pas aux Membres de l'OMC d'appliquer des taxes à l'exportation. Il s'agit aussi de savoir si l'article XI s'applique aux limitations concernant la production, par opposition aux restrictions à l'exportation. Là encore, sur la base du libellé de la disposition, on a généralement considéré que les restrictions à la production ne relevaient pas de l'article XI et étaient donc admissibles.

La prohibition énoncée à l'article XI du GATT comporte une exception qui permet aux Membres d'appliquer des prohibitions ou des restrictions à l'importation temporairement « pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice ». Cette exception, énoncée à l'article XI:2 a), est examinée plus loin dans la sous-section 1 b) ii).<sup>5</sup>

### *Non-discrimination (articles I<sup>er</sup> et XIII du GATT)*

L'article I<sup>er</sup> du GATT énonce le principe de la nation la plus favorisée, qui est l'une des obligations fondamentales du système commercial multilatéral. Cette disposition interdit à un Membre de l'OMC d'accorder aux produits originaires ou à destination d'un autre Membre un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux produits similaires originaires ou à destination de tout autre pays (qu'il soit ou non Membre de l'OMC).

L'article I<sup>er</sup> a un champ d'application étendu qui englobe les droits ou impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations ainsi que les impositions et réglementations intérieures. Cette disposition a d'importantes implications pour le commerce des ressources naturelles.

En vertu de l'article I<sup>er</sup>, un Membre de l'OMC qui est consommateur d'une ressource naturelle doit accorder un traitement aussi favorable (en termes de droits de douane, de formalités douanières, d'impositions intérieures, de réglementation intérieure, etc.) aux importations d'une ressource naturelle similaire en provenance d'autres Membres de l'OMC.<sup>6</sup> Par conséquent, un Membre A ne peut pas appliquer aux importations de charbon en provenance d'un Membre B un droit supérieur à celui qu'il applique aux importations de charbon en provenance d'un Membre C. Les taxes à l'exportation et les autres réglementations concernant les exportations sont également assujetties aux obligations énoncées à l'article I<sup>er</sup>, même si ces mesures ne sont pas interdites en vertu de l'article XI. Cela signifie que le Membre A ne peut appliquer aux exportations à destination du Membre B une taxe à l'exportation supérieure à celle qu'il applique aux exportations destinées au Membre C.

L'article XIII du GATT dispose qu'aucune prohibition ou restriction ne sera appliquée par un Membre de l'OMC à l'importation d'un produit originaire du territoire d'un autre Membre ou à l'exportation d'un produit destiné au territoire

d'un autre Membre, à moins que des prohibitions ou des restrictions semblables ne soient appliquées à l'importation du produit similaire originaire de tout pays tiers ou à l'exportation du produit similaire à destination de tout pays tiers. L'article XIII s'applique aux contingents tarifaires à l'importation. De surcroît, même lorsqu'un Membre est autorisé à appliquer une prohibition ou une restriction à l'exportation, son application doit être non discriminatoire. L'obligation de non-discrimination énoncée à l'article XIII serait pertinente, par exemple, dans le cas où un Membre applique une prohibition ou une restriction à l'exportation temporairement afin de prévenir une pénurie critique de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels, ou afin d'y remédier, conformément à l'article XI:2 a) du GATT (Mavroidis, 2005).

### *Entreprises commerciales d'État (article XVII du GATT)*

L'article XVII:1 du GATT reconnaît que les Membres peuvent fonder ou maintenir des entreprises d'État ou accorder à une entreprise privée des privilèges exclusifs ou spéciaux. Certains Membres ont notifié plusieurs entreprises commerciales d'État dans le secteur des ressources naturelles, conformément à l'article XVII. Il s'agit notamment de la notification du Brésil concernant ITAIPU Binacional (énergie électrique importée) et Indústrias Nucleares do Brasil S.A.-INB (importations de pièces détachées et de combustibles pour installations nucléaires) et de la notification de la République bolivarienne du Venezuela concernant Petroleos de Venezuela S.A. (PDVSA) et ses filiales (hydrocarbures).<sup>7</sup> Il faut noter tout d'abord que la prohibition énoncée à l'article XI du GATT et l'obligation de non-discrimination énoncée à l'article XII du GATT visent les restrictions à l'importation et à l'exportation appliquées par le biais du commerce d'État (notes additionnelles relatives aux articles XI, XII, XIII, XIV et XVIII du GATT).

Il est dit à l'alinéa a) de l'article XVII:1 que les entreprises commerciales d'État doivent se conformer, dans leurs achats ou leurs ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination prescrits par le GATT pour les mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations effectuées par des commerçants privés. L'alinéa a) « vise à faire en sorte qu'un Membre ne puisse pas, en fondant ou en maintenant une entreprise d'État ou en accordant des privilèges exclusifs ou spéciaux à une entreprise quelconque, adopter ou faciliter un comportement qui serait condamné comme étant discriminatoire au titre du GATT de 1994 si ce comportement était directement le fait du Membre lui-même » (rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 85).

L'alinéa b) stipule que les dispositions de l'alinéa a) devront être interprétées comme imposant à ces entreprises l'obligation de ne procéder à des achats ou à des ventes de cette nature qu'en s'inspirant uniquement de considérations d'ordre commercial, et énumère un certain nombre de facteurs à prendre en considération. La note additionnelle relative à l'article XVII:1 b) précise cependant qu'une entreprise d'État peut vendre un produit à des prix différents sur différents marchés, à la condition qu'elle agisse ainsi pour des raisons commerciales, afin de satisfaire au jeu de l'offre et de la demande sur les marchés d'exportation. De plus, l'Organe d'appel a déclaré que, si l'article XVII:1 vise à empêcher certains types de comportement discriminatoire, il n'impose pas aux entreprises commerciales d'État « des obligations générales du type de celles qui relèvent d'une loi sur la concurrence » (rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 145).

### *Liberté de transit (article V du GATT)*

L'article V énonce des règles qui s'appliquent aux marchandises, aux navires et autres moyens de transport qui sont « en transit » – c'est-à-dire que lorsqu'ils traversent le territoire d'un autre Membre de l'OMC, le passage à travers ce territoire ne constitue qu'une fraction d'un voyage complet commençant et se terminant au-delà des frontières du Membre sur le territoire duquel il a lieu. L'article V garantit la liberté de transit à travers le territoire des Membres de l'OMC pour le trafic en transit à destination ou en provenance du territoire d'autres Membres empruntant les voies les plus commodes pour le transit international. Le trafic en transit doit également bénéficier du traitement NPF en ce qui concerne tous les droits, règlements et formalités relatifs au transit.

Les marchandises en transit sur le territoire d'un Membre n'entrent pas sur le marché de ce Membre (elles ne sont pas « importées »), de sorte qu'il n'y a pas d'obligation de traitement national au sens de l'article III du GATT. Toutefois, outre qu'il exige la liberté de transit pour toutes les marchandises en transit en provenance d'autres Membres de l'OMC empruntant les voies les plus commodes pour le transit international, l'article V:2 interdit toute discrimination fondée sur la nationalité, le lieu d'origine, le point de départ, d'entrée, de sortie ou de destination ou sur des considérations relatives à la propriété des marchandises, des navires ou autres moyens de transport. À cet égard, si l'article V n'exige pas que les marchandises en transit soient traitées comme des marchandises à destination ou en provenance du marché intérieur du Membre de l'OMC, on pourrait néanmoins faire valoir que l'article V:2 entraîne une forme limitée de traitement national, c'est-à-dire l'obligation de ne pas faire de discrimination entre les marchandises en transit appartenant à un propriétaire étranger et les marchandises en transit appartenant à un propriétaire national (Cossy, 2010). On pourrait dire en outre que l'article V:2 semble, à certains égards, favoriser les marchandises en transit par rapport aux marchandises nationales du fait qu'il demande aux Membres de garantir le transit international empruntant les voies les plus commodes.

Il y a eu débat sur le point de savoir si l'article V s'applique seulement aux modes de transport « mobiles », comme les navires et les camions, ou s'il s'applique aussi au transit effectué au moyen d'infrastructures fixes, comme les réseaux d'électricité et les oléoducs ou gazoducs. Cossy (2010) fait valoir que rien dans le texte de l'article V ne permet d'en faire une interprétation étroite excluant le transport via une infrastructure fixe. Elle note que l'article V mentionne les « navires et autres moyens de transport » en général et prévoit une exception explicite pour les aéronefs en transit, ce qui donne à penser que les rédacteurs n'avaient pas l'intention d'exclure les autres formes de transport.

Les obligations de l'article V s'appliquent seulement aux Membres de l'OMC et n'ont de ce fait qu'une pertinence limitée lorsqu'une ressource naturelle est transportée à travers le territoire d'un pays tiers qui n'est pas Membre de l'OMC. Aujourd'hui, ce scénario est courant dans le commerce des produits énergétiques. En effet le pétrole et le gaz acheminés depuis l'Asie centrale ou l'Europe orientale jusqu'en Europe occidentale transitent par de nombreux pays qui sont encore en train de négocier leur accession à l'OMC, comme l'Azerbaïdjan, le Bélarus, le Kazakhstan, l'Ouzbékistan, la Russie et le Tadjikistan. D'ailleurs, la question de la liberté de transit est très importante dans le processus d'accession de nombreux pays (voir la sous-section 3).

Une autre limitation importante tient à ce que l'article V impose des obligations aux Membres de l'OMC, et l'on ne sait pas très bien si et comment de telles disciplines s'appliqueraient dans les cas où l'infrastructure est détenue et exploitée par une entreprise commerciale d'État ou par une société privée (Cossy, 2010). Dans le cadre des négociations sur la facilitation des échanges, il a été proposé que les Membres conviennent que les entreprises auxquelles ils ont accordé des privilèges spéciaux doivent se conformer aux dispositions du GATT relatives au transit.

### *(ii) Les règles commerciales et le caractère épuisable des ressources naturelles*

#### *Subventions et mesures compensatoires*

Dans certaines circonstances, les subventions peuvent accentuer la surexploitation de ressources naturelles peu abondantes. L'OMC impose des disciplines importantes concernant l'utilisation des subventions par ses Membres. Les subventions aux produits non agricoles sont régies par l'Accord SMC. Des disciplines spécifiques concernant les subventions agricoles sont énoncées dans l'Accord sur l'agriculture. L'Accord SMC définit une « subvention » comme étant une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre qui confère un avantage. Une contribution financière est réputée exister dans les cas où i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds; ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées; iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale; iv) les pouvoirs publics chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire. Un avantage est conféré lorsqu'une contribution financière est fournie à des conditions plus avantageuses que celles que le bénéficiaire aurait trouvées sur le marché (rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*).

Seules les subventions qui sont « spécifiques » à une entreprise, une branche de production ou un groupe d'entreprises ou de branches de production sont régies par l'Accord SMC. Les subventions à l'exportation et les subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux sont prohibées. Les autres subventions sont considérées comme « pouvant donner lieu à une action », c'est-à-dire qu'elles peuvent être contestées si elles ont des effets défavorables. Un Membre de l'OMC qui est lésé par les subventions accordées par un autre Membre peut contester ces subventions dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Sinon, il peut appliquer des droits compensateurs aux importations subventionnées s'il démontre que celles-ci causent ou menacent de causer un dommage à une branche de production nationale.

Quelques-uns des produits dont il est question dans le présent Rapport, comme certains produits du bois et certaines matières premières, sont visés par l'Accord sur l'agriculture. Les disciplines relatives aux subventions agricoles diffèrent à certains égards des règles applicables aux subventions non agricoles. Les subventions à l'exportation des produits agricoles sont soumises à des limitations convenues par les Membres de l'OMC dans leurs listes d'engagements. Les Membres qui ont inscrit dans leurs listes des engagements en matière de subventions à l'exportation ne peuvent pas accorder de subventions à l'exportation dépassant le niveau de ces engagements. Ceux qui n'ont pas

inscrit d'engagements en la matière ne peuvent pas accorder de telles subventions. Les Membres ont également pris des engagements de réduction du soutien interne accordé à leur secteur agricole. On a estimé que l'agriculture est responsable de 85 pour cent de la consommation mondiale d'eau (Hoekstra, 2010). Par conséquent, dans la mesure où les disciplines de l'Accord sur l'agriculture ont une incidence sur la production agricole mondiale, elles ont aussi des répercussions sur la préservation des ressources en eau.

L'article XVI du GATT régleme également les subventions et prévoit des disciplines moins rigoureuses pour certaines subventions à l'exportation de produits primaires. Selon la note additionnelle relative à l'article XVI, 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 ». On peut s'interroger sur la pertinence de cette disposition à la lumière de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'agriculture. Certains des produits primaires visés par l'article XVI, comme les minéraux, le poisson et les produits à base de poisson, ne sont pas visés par l'Accord sur l'agriculture et, de ce fait, ils seraient visés par la prohibition des subventions à l'exportation prévue dans l'Accord SMC. Selon la note interprétative générale relative à l'Annexe 1A, en cas de conflit entre une disposition de l'Accord SMC et une disposition du GATT et des listes qui lui sont annexées, la première prévaudrait. Par contre, le GATT, les listes qui lui sont annexées et l'Accord SMC sont subordonnés aux dispositions de l'Accord sur l'agriculture.

### *Exceptions permettant de prendre des mesures par ailleurs incompatibles avec les règles de l'OMC (article XX du GATT)*

L'article XX du GATT, intitulé « Exceptions générales », permet aux Membres de l'OMC de prendre certaines mesures qui sont incompatibles avec leurs obligations dans le cadre du GATT. L'Organe d'appel de l'OMC a conclu que, pour être protégé par l'article XX, le Membre concerné doit d'abord démontrer que la mesure en cause est du type de celles qui sont visées par l'un des alinéas de l'article XX. Il faut aussi que la mesure soit appliquée d'une manière compatible avec le texte introductif de l'article XX, qui exige que les mesures ne soient pas appliquées 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 (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 118-121). Parmi les dix alinéas de l'article XX, les alinéas g) et j) concernent directement la question du caractère épuisable. L'alinéa b) pourrait aussi être pertinent car il concerne les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (voir plus loin la section E.2 b) iii)).<sup>8</sup>

L'article XX g) du GATT permet d'adopter des mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales. Cette disposition a été invoquée pour la première fois dans une procédure de règlement des différends à l'OMC dans l'affaire *États-Unis – Essence*, dans laquelle il a été déterminé qu'une « politique visant à réduire l'épuisement de l'air pur était une politique visant à la conservation d'une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g) » (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 14). Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, on

s'est demandé si l'expression « ressources naturelles épuisables » désignait exclusivement les minéraux et les ressources non vivantes ou pouvait également s'appliquer aux ressources vivantes et renouvelables (en l'espèce, les tortues marines). Sur la question de savoir si une ressource naturelle renouvelable pouvait être considérée comme épuisable, l'Organe d'appel a déclaré :

La biologie moderne nous enseigne que les espèces vivantes, bien qu'elles soient en principe capables de se reproduire et soient donc « renouvelables », peuvent dans certaines circonstances se raréfier, s'épuiser ou disparaître, bien souvent à cause des activités humaines. Les ressources biologiques sont tout aussi « limitées » que le pétrole, le minerai de fer et les autres ressources non biologiques. (paragraphe 128).

Un Membre de l'OMC qui invoque l'article XX g) doit non seulement démontrer que la ressource naturelle en question est « épuisable », mais aussi garantir que sa mesure se rapporte à la conservation de cette ressource. Dans un différend, il a été satisfait à cette prescription parce que la mesure « visait principalement » à la conservation d'une ressource naturelle (rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*).<sup>9</sup> Dans un autre différend, il a été dit que « la relation moyens/fin » qui existe entre la mesure et la politique légitime de conservation d'une ressource naturelle épuisable était, « comme on [pouvait] l'observer, une relation étroite et réelle » (rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 141-144). Enfin, le critère selon lequel la mesure doit être « appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales » a été interprété comme « une obligation d'impartialité dans l'imposition de restrictions, au nom de la conservation » (rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, page 23).

L'article XX j) autorise les Membres à prendre des mesures essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale. Toutefois, lesdites mesures doivent être compatibles avec le principe selon lequel tous les Membres ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits. Cette disposition, sous sa forme originelle, a été adoptée pour une durée limitée « pour faire face à des situations temporaires résultant de la guerre »<sup>10</sup> avant d'être approuvée en tant que disposition permanente en 1970.<sup>11</sup>

L'expression « pénurie générale ou locale » devait s'appliquer aux « cas où un produit, pour lequel il y a pénurie à l'échelle internationale n'est pas nécessairement offert en quantités insuffisantes sur tous les marchés du monde. Elle ne signifiait pas que chaque pays qui importe un produit de base souffrait d'une pénurie de ce produit ».<sup>12</sup> Cette exception donnerait aux Membres une certaine flexibilité pour prendre des mesures commerciales restrictives en cas de pénurie temporaire d'un ressource particulière. Cette flexibilité est limitée par l'obligation imposée à l'alinéa j) de respecter le principe de parts équitables pour les Membres de l'OMC et les conditions énoncées dans le texte introductif de l'article XX.

Dans son rapport de 1950, le Groupe de travail sur « Les restrictions quantitatives appliquées dans un but de protection ou à d'autres fins d'ordre commercial » a noté que le principe de la part équitable énoncé à l'alinéa j) est différent du principe de non-discrimination, et a souligné que la détermination de ce qui est équitable « dépendra de la nature même des circonstances ». Il a noté en outre que le fait qu'un

**Encadré 27 : Exceptions générales prévues dans l'AGCS et protection de l'environnement**

L'AGCS contient une disposition énonçant des exceptions générales qui est calquée sur le modèle de l'article XX du GATT. Le préambule de l'article XIV de l'AGCS est presque identique, mais la liste des exceptions possibles est plus courte. L'AGCS contient également une exception autorisant les Membres de l'OMC à prendre les mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » (article XIV b)), mais il ne prévoit pas d'exception concernant la « conservation des ressources naturelles épuisables » (article XX g) du GATT).

La portée des exceptions générales de l'AGCS concernant l'environnement a été examinée au cours du Cycle d'Uruguay. Certaines délégations ont proposé une exception pour la « conservation des ressources naturelles » ou pour « l'environnement ». Ces propositions n'ont pas été retenues, mais la solution de compromis a été de décider que les Membres de l'OMC reviendraient sur cette question après l'entrée en vigueur de l'AGCS.

Dans la Décision ministérielle de 1995 sur le commerce des services et l'environnement<sup>13</sup>, le Conseil du commerce des services reconnaît que les mesures nécessaires à la protection de l'environnement peuvent entrer en conflit avec les dispositions de l'AGCS et note que « puisque les mesures nécessaires à la protection de l'environnement se caractérisent par le fait qu'elles ont pour objectif la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, il n'est peut-être pas nécessaire de prévoir d'autres dispositions que celles de l'alinéa b) de l'article XIV ». Le Conseil du commerce des services a en outre décidé ce qui suit :

« Pour déterminer s'il sera nécessaire de modifier l'article XIV de l'Accord afin de tenir compte de ces mesures, il invite le Comité du commerce et de l'environnement à examiner les relations entre le commerce des services et l'environnement, y compris la question du développement durable, et à présenter à ce sujet un rapport comportant éventuellement des recommandations. Le Comité étudiera aussi la pertinence des accords intergouvernementaux sur l'environnement et leurs rapports avec l'Accord. »

En décembre 1996, le Comité du commerce et de l'environnement (CCE) a indiqué, dans un rapport, que les discussions préliminaires sur cette question n'avaient pas « permis d'identifier des mesures que les Membres pourraient juger nécessaires d'appliquer au commerce des services à des fins environnementales et qui ne seraient pas adéquatement couvertes par les dispositions de l'AGCS, en particulier par son article XIV b) ». <sup>14</sup> La question est toujours examinée par le Comité du commerce et de l'environnement. <sup>15</sup>

Membre de l'OMC dirige une part excessive de ses disponibilités vers certains pays » peut fort bien aller à l'encontre du principe d'une répartition équitable. À ce jour, cette disposition n'a encore fait l'objet d'aucune procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. <sup>14</sup>

### *Exceptions à la prohibition des restrictions non tarifaires (article XI du GATT)*

Comme on l'a vu dans la section E.1 b) i), l'article XI du GATT interdit les restrictions non tarifaires à l'importation et les restrictions à l'exportation autres que les droits de douane, les taxes et les autres impositions. L'article XI 2) a) prévoit une exception à cette interdiction, et autorise les Membres de l'OMC à appliquer temporairement des prohibitions ou des restrictions à l'exportation « pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation ». Cette disposition n'a été examinée dans aucun différend dans le cadre du GATT ou de l'OMC, mais il ressort des travaux préparatoires du GATT que les termes « prévenir ou » ont été ajoutés afin de « permettre à un État [m]embre de prendre des mesures préventives avant qu'une pénurie aiguë se soit effectivement fait sentir » (EPCT/141).

Dans son rapport, le Groupe de travail chargé d'examiner les restrictions quantitatives indique que « dans la mesure où la hausse des prix est liée à une pénurie aiguë des produits en question, ... [les restrictions temporaires à l'exportation], qu'elle[s] affecte[nt] des produits alimentaires ou d'autres produits, étai[ent] nettement visé[s] par [le paragraphe 2 a)] » (GATT, *Index analytique*, page 349). De Han (1997) fait valoir que les restrictions à l'exportation visant l'eau pourraient être couvertes par cette exception, en tant que produit essentiel pour l'État exportateur ou en tant que produit alimentaire.

L'article 12 de l'Accord sur l'agriculture énonce deux obligations qui s'appliquent lorsqu'un Membre de l'OMC invoque l'article XI:2 a) du GATT de 1994 pour instituer une nouvelle prohibition ou restriction à l'exportation de produits alimentaires. L'article 12 exige, premièrement, que le Membre instituant la mesure prenne dûment en considération les effets de cette prohibition ou restriction sur la sécurité alimentaire des Membres importateurs, et, deuxièmement, qu'il informe par écrit le Comité de l'agriculture, aussi longtemps à l'avance que cela sera réalisable, et procède à des consultations, sur demande, avec tout autre Membre ayant un intérêt substantiel en tant qu'importateur. Les obligations énoncées à l'article 12 s'appliquent seulement aux pays développés Membres et aux pays en développement Membres qui sont exportateurs nets du produit alimentaire spécifique considéré.

### *(iii) Les règles commerciales et l'existence d'externalités*

#### *Le principe de non-discrimination : traitement NPF et traitement national (articles I<sup>er</sup> et III du GATT)*

Le principe de non-discrimination peut restreindre la manière dont un Membre peut appliquer des mesures pour gérer les externalités. Comme on l'a déjà dit, ce principe est exprimé dans l'obligation NPF (article I<sup>er</sup> du GATT) et dans l'obligation de traitement national (article III du GATT). Les prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation sont également soumises au principe de non-discrimination en vertu de l'article XIII du GATT.

Une question essentielle est de savoir si le fait de traiter des produits différemment sur la base des procédés et méthodes

de production (PMP) ne se rapportant pas aux produits est compatible avec le principe de non-discrimination. Ce serait le cas si des produits étaient traités différemment selon la source d'énergie utilisée dans le processus de fabrication, par exemple, si la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) appliquée à un jouet en plastique fabriqué en utilisant une électricité «propre» était inférieure à la taxe appliquée au même jouet fabriqué avec de l'électricité provenant d'autres sources.

Certains affirment que le fait de traiter différemment des produits fabriqués selon des PMP réduisant les externalités négatives et les produits fabriqués selon des PMP ne réduisant pas ces externalités (Potts, 2008) est compatible avec le principe de non-discrimination. D'autres font valoir que les mesures de ce genre sont incompatibles avec ce principe parce qu'elle n'appliquent pas le même traitement à des produits similaires. Cet argument repose sur le fait que des PMP différents ne constituent pas une base appropriée pour traiter de manière différente des produits qui sont par ailleurs physiquement identiques. Pour beaucoup, cette discrimination équivaut à «une tentative, de la part des pays riches, d'imposer leurs normes environnementales et sociales au reste du monde».<sup>17</sup> D'un point de vue juridique, le débat porte sur la signification de l'expression «produits similaires» telle qu'elle apparaît dans diverses dispositions du GATT.

L'analyse de la similarité de deux produits doit être effectuée au cas par cas. Les quatre critères pris en considération sont les suivants :

- propriétés, nature et qualité des produits ;
- utilisation finale des produits ;
- goûts et habitudes des consommateurs ;
- classification tarifaire des produits.<sup>18</sup>

Ceux qui cherchent à justifier l'application d'un traitement différencié fondé sur des procédés et méthodes de production ne se rapportant pas aux produits souligneront probablement que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a examiné les risques pour la santé liés aux fibres d'amiante chrysotile dans son analyse des propriétés des produits (rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 135-136). Par analogie, il a été suggéré que les distinctions fondées sur les PMP pourraient également être prises en compte dans l'analyse de la similarité, s'agissant, par exemple, des goûts et habitudes des consommateurs si les consommateurs ont une perception différente des produits qui réduisent les externalités négatives et des produits qui ne les réduisent pas.

Certains commentateurs ont interprété les décisions de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* et dans l'affaire *CE – Amiante* comme étayant l'idée que la différenciation fondée sur les PMP est autorisée par le GATT (Charnovitz, 2002; Halle, 2007). À l'inverse, certains considèrent que les différences dans les PMP ne signifient pas nécessairement que les produits ne sont pas similaires. Ils soulignent que les propriétés, les utilisations finales et la classification tarifaire sont les mêmes pour les deux produits, même si les PMP sont différents, citant le Groupe spécial du GATT dans l'affaire *Thon/dauphin II*, qui a conclu que «... l'article III appelait une comparaison entre le traitement accordé aux *produits* d'origine nationale et aux *produits* similaires importés, et non une comparaison entre les politiques ou pratiques du pays d'origine et celles du pays d'importation» (GATT, rapport du Groupe spécial *Thon/dauphin II*). Il faut cependant noter que ce rapport remonte à 1994 et n'a pas été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES, ce qui signifie qu'il n'a jamais été juridiquement contraignant.

### Étiquetage (Accord sur les obstacles techniques au commerce)

Un Membre de l'OMC peut chercher à encourager une meilleure gestion de certaines externalités négatives en exigeant l'«écoétiquetage» des produits (voir la section D.4). L'écoétiquetage est un instrument de politique destiné à informer les consommateurs de l'impact d'un produit (y compris les PMP) sur l'environnement et sur le développement durable (Staffin, 1996; Chalifour, 2000). Il repose sur le principe que les consommateurs vont généralement choisir le produit pour lequel les externalités négatives sont le mieux gérées, obligeant ainsi les producteurs peu soucieux de l'environnement à adapter leurs produits et leurs PMP de manière à mieux tenir compte de ces externalités (Staffin, 1996; Chalifour, 2000).

L'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) régit l'application des règlements techniques et des normes de produit facultatives. Il définit les règlements techniques comme étant des documents qui énoncent les «caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant». La définition d'une norme est libellée de manière analogue. Toutefois, la deuxième phrase des deux définitions mentionne les prescriptions en matière d'étiquetage «pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés». Le fait que les termes «s'y rapportant» ne figurent pas dans la deuxième phrase «a été interprété par certains comme une possibilité que l'étiquetage d'un procédé ou d'une méthode de production qui ne se rapporte pas au produit (c'est-à-dire qui ne laisse pas de trace dans le produit final, ce que l'on appelle les «PMP non incorporés») soit visé par l'Accord OTC.» (OMC et PNUE, 2009).

Si l'écoétiquetage est régi par l'Accord OTC, un Membre de l'OMC doit veiller à ce qu'il soit appliqué d'une manière non discriminatoire aux produits similaires importés (article 2.1 de l'Accord OTC). De plus, les Membres doivent faire en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application du système d'écoétiquetage n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international (article 2.2 de l'Accord OTC). L'article 2.4 de l'Accord exprime une préférence pour l'utilisation des normes internationales comme base des règlements techniques lorsque des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale. En vertu de l'article 2.5, tout règlement technique conforme aux normes internationales pertinentes sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international. Les Membres ne sont pas tenus cependant d'utiliser les normes internationales lorsque celles-ci seraient inefficaces ou inappropriées pour réaliser les objectifs légitimes recherchés.

### Mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS)

L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) reconnaît que les Membres de l'OMC ont le droit d'adopter des mesures sanitaires et phytosanitaires pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux (article 2:1 de l'Accord SPS). Toutefois, l'Accord soumet ce droit à un certain nombre de conditions.

Premièrement, les mesures SPS ne doivent être appliquées que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux et elles doivent être fondées sur des principes scientifiques et ne doivent pas être maintenues sans preuves scientifiques suffisantes (article 2:2 de l'Accord SPS). Deuxièmement, les mesures SPS ne doivent pas établir de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres de l'OMC où existent des conditions identiques ou similaires (article 2:3 de l'Accord SPS). Enfin, les Membres peuvent décider d'établir leurs mesures SPS sur la base de normes internationales (article 3:1 de l'Accord SPS). Les mesures qui sont conformes aux normes internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes de l'Accord SPS et du GATT (article 3:2 de l'Accord SPS). Les Membres peuvent introduire ou maintenir des mesures qui entraînent un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes internationales, s'il y a une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié (article 3:3 de l'Accord SPS).

L'article 2:4 de l'Accord SPS dispose que, si une mesure est conforme aux dispositions de l'Accord, elle est présumée satisfaisante à l'exception énoncée à l'article XX b). Dans le contexte du commerce des ressources naturelles, l'Accord SPS donne aux Membres de l'OMC un moyen de limiter, voire interdire, l'importation de certains produits nocifs provenant de ressources naturelles sans enfreindre leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Ils pourraient, par exemple, interdire l'importation de certains produits forestiers susceptibles de contenir des espèces envahissantes, comme le chancre du châtaignier, la graphiose de l'orme ou les longicornes d'Asie (Chalifour, 2000; Hughes, 2010).

### Impositions équivalentes à une taxe intérieure sur les intrants

L'article II du GATT permet aux Membres de l'OMC de percevoir à l'importation d'un produit une imposition équivalant à une taxe intérieure. Les questions relatives à l'interprétation de cette disposition et d'autres dispositions connexes du GATT ont été examinées à propos des taxes sur le carbone (OMC et PNU, 2009).

### Exceptions permettant l'application de mesures par ailleurs incompatibles avec les règles de l'OMC (article XX du GATT)

L'OMC reconnaît que, dans certaines circonstances, un Membre peut avoir besoin d'agir d'une manière incompatible avec ses obligations afin de gérer des externalités négatives, par exemple des effets négatifs sur l'environnement. Dans le domaine du commerce des ressources naturelles, les «exceptions» les plus pertinentes figurent à l'article XX du GATT.<sup>19</sup> Pour un Membre qui cherche à gérer une externalité négative en appliquant une mesure incompatible avec les règles de l'OMC, les dispositions les plus pertinentes de l'article XX sont les alinéas b), d) et g). L'alinéa g) a été examiné plus haut dans la section E.1 b) ii); les alinéas b) et d) sont examinés ci-dessous.

L'article XX b) permet l'adoption de mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. Un Membre qui invoque l'article XX b) dans un différend doit prouver, premièrement, que la politique qui sous-tend la mesure en question entre dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux. Il doit prouver ensuite que la mesure incompatible était nécessaire pour atteindre l'objectif de cette politique.

Sur le premier point, il est fréquent que les parties à un différend conviennent que la politique en question est destinée à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux, et qu'elle relève par conséquent de l'article XX b).<sup>20</sup> En cas de désaccord entre les parties, un groupe spécial procédera à une évaluation du risque invoqué pour déterminer si la mesure en question est destinée à protéger la vie des personnes et des animaux contre ce risque. Dans l'affaire *CE – Amiante*, par exemple, l'Organe d'appel de l'OMC a confirmé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle «les éléments de preuve devant lui démontrent (...) l'existence d'un risque pour la santé dans les cas d'intervention sur les produits en chrysotile-ciment (...)», et que par conséquent «les CE ont démontré que la politique d'interdiction de l'amiante chrysotile mise en œuvre par le Décret entrant dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes» (paragraphe 8.193-8.194).

Sur le deuxième point, dans l'affaire *Brésil – Pneus rechapés*, l'Organe d'appel a déclaré qu'afin de déterminer si une mesure est «nécessaire» au sens de l'article XX b), un groupe spécial doit évaluer «tous les facteurs pertinents, en particulier l'étendue de la contribution à la réalisation de l'objectif d'une mesure et le caractère restrictif de cette mesure pour le commerce, à la lumière de l'importance des intérêts ou des valeurs en jeu (paragraphe 156). L'Organe d'appel a en outre déclaré qu'une mesure est «nécessaire» si elle est «à même d'apporter une contribution importante à la réalisation de son objectif» (rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneus rechapés*, paragraphe 151). Marceau et Wyatt (2009) ont fait valoir que le critère appliqué par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Pneus rechapés* «semble moins rigoureux s'agissant du type de rapport qui doit exister entre les mesures adoptées et l'objectif visé – laissant ainsi une plus grande latitude pour adopter, entre autres choses, des mesures de protection de l'environnement». Ils ajoutent que cela signifie que l'alinéa b) permet la même flexibilité que l'alinéa g), qui concerne les mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables.<sup>21</sup>

L'article XX d) autorise l'adoption des mesures nécessaires pour assurer l'application des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de l'Accord. Pour qu'une mesure par ailleurs incompatible avec le GATT de 1994 soit justifiée au titre de l'article XX d), il faut d'abord démontrer qu'elle a pour objet d'assurer le respect de lois ou de règlements qui ne sont pas eux-mêmes incompatibles avec le GATT de 1994 (rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Boissons sans alcool*, paragraphe 67). L'expression « des lois ou des règlements » a été interprétée comme désignant les règles qui font partie du système juridique intérieur d'un Membre, y compris les règles découlant des accords internationaux qui ont été incorporés dans l'ordre juridique intérieur d'un Membre ou qui ont un effet direct en vertu du système juridique de ce Membre. En formulant cette conclusion, on a constaté que l'interprétation contraire signifierait que les groupes spéciaux de l'OMC et l'Organe d'appel deviendraient des instances de règlement de différends extérieurs à l'OMC (rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Boissons sans alcool*, paragraphes 78-79).

Le critère selon lequel les mesures doivent « assurer le respect » a été examiné par le Groupe spécial *États-Unis – Essence*, qui devait déterminer si les méthodes utilisées par les États-Unis pour évaluer la composition de l'essence importée et ses effets en termes d'émissions étaient des mesures nécessaires pour « assurer le respect d'une loi ou d'un règlement » aux fins de l'article XX d). Le Groupe spécial a constaté que ces méthodes n'assuraient pas le respect d'une loi ou d'un règlement parce qu'elles « ne constituaient pas un mécanisme coercitif. Il s'agissait simplement de règles servant à déterminer les niveaux de base individuels » (paragraphe 6.33). En ce qui concerne le second élément de l'article XX d) – à savoir que la mesure doit être « nécessaire » pour assurer le respect – le groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes* a conclu que le terme « nécessaire » avait le même sens à l'alinéa d) de l'article XX qu'à l'alinéa b) (paragraphe 74).

Il a été suggéré que l'alinéa d) pouvait être invoqué pour justifier des restrictions à l'importation de bois d'œuvre provenant d'un abattage illégal parce que l'on pouvait faire valoir que ces restrictions visaient à assurer le respect de la législation sur les forêts. Le problème est que l'article XX d) est généralement interprété comme s'appliquant aux mesures qui visent à faire respecter la législation intérieure du Membre de l'OMC qui applique la restriction à l'importation. En d'autres termes, la mesure d'application et les lois et règlements que l'on veut faire appliquer sont adoptés par le même Membre. En revanche, dans l'exemple du bois d'œuvre provenant d'un abattage illégal, la restriction à l'importation serait appliquée par le Membre importateur afin d'assurer le respect de la législation sur les forêts du Membre exportateur (Brack, 2009).

### *Subventions accordées pour gérer les externalités (Accord SMC)*

Selon l'article 8 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC), certaines aides des pouvoirs publics ne donnent pas lieu à une action (c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être contestées devant l'OMC ni faire l'objet de mesures compensatoires). Il s'agit de l'aide à des activités de recherche et de développement, et de l'aide visant à promouvoir l'adaptation d'installations existantes à de nouvelles prescriptions environnementales. Cette disposition a expiré en 1999 et n'a pas été reconduite.

L'Accord SMC peut aussi avoir une incidence sur la faculté d'un Membre de l'OMC de permettre à des utilisateurs nationaux d'exploiter des ressources naturelles à condition qu'ils

s'engagent à le faire d'une manière qui réduise les externalités négatives. Par exemple, dans un différend portant sur une mesure compensatoire, la partie plaignante a fait valoir que le bois sur pied mis à la disposition des utilisateurs nationaux ne devait pas être considéré comme une subvention parce que le prix reflétait « diverses obligations ayant trait à la gestion des forêts et d'autres coûts en nature liés à la construction de routes ou à la sylviculture » (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 7.15).

Un débat a eu lieu sur le point de savoir si l'on pouvait invoquer l'article XX du GATT pour justifier une mesure contraire à l'Accord SMC ou à d'autres accords régissant le commerce des marchandises, comme l'Accord SMC. Certains considèrent que le texte de l'article XX – en particulier l'expression « rien dans le présent Accord » – indique clairement que cette disposition ne peut être invoquée que pour justifier des mesures incompatibles avec le GATT. D'autres estiment que l'article XX peut s'appliquer à d'autres accords régissant le commerce des marchandises, comme l'Accord SMC. Ils s'appuient pour cela sur une décision récente de l'Organe d'appel selon laquelle l'article XX pourrait être invoqué au sujet d'une disposition spécifique du Protocole d'accession de la Chine (Pierola, 2010).

### *Licences d'importation*

Des licences d'importation sont parfois utilisées pour contrôler l'importation de produits à des fins de conservation. Par exemple, les spécimens de la faune et de la flore sauvages menacés d'extinction protégés par la Convention sur le commerce international des espèces menacées d'extinction (CITES) ne peuvent être importés que dans des circonstances exceptionnelles et sous couvert d'un permis d'importation. Certains pays ont également adopté un régime de licences d'importation pour contrôler l'importation de certains produits forestiers (Brack, 2009). L'Accord de l'OMC sur les licences d'importation peut s'appliquer dans ces cas. Il prévoit que les licences d'importation devraient être simples, transparentes et prévisibles. Il exige la publication de renseignements permettant aux commerçants de savoir comment et pourquoi les licences sont accordées et contient des prescriptions en matière de notification à l'OMC. L'Accord donne également des indications sur la manière dont les pouvoirs publics devraient évaluer les demandes de licences.

### *Marchés publics*

Certains Membres de l'OMC soumettent à certaines conditions les achats effectués par leurs entités gouvernementales centrales et sous-centrales afin de réduire certaines externalités internationales, comme les effets négatifs de certaines pratiques sur l'environnement. Brack (2009), par exemple, note que plusieurs pays exigent que les produits forestiers achetés par leurs entités gouvernementales proviennent de forêts exploitées de manière légale et durable. L'Accord sur les marchés publics (AMP) est un accord plurilatéral, c'est-à-dire qu'il s'applique seulement à l'égard des pays et des territoires douaniers qui sont Parties à l'Accord. En outre, les obligations qu'il énonce s'appliquent seulement aux entités gouvernementales et aux secteurs que chaque partie a inscrits dans sa liste d'engagements. Brack (2009) observe que plusieurs consommateurs importants de bois sont Parties à l'AMP, mais que de nombreux grands producteurs ne le sont pas.

Pour les entités et les secteurs visés, l'AMP établit des obligations en matière d'ouverture, de non-discrimination et de transparence. Par exemple, pour la passation des marchés

visés par l'Accord, les parties doivent accorder aux produits, aux services et aux fournisseurs de toute autre Partie un traitement qui ne sera « pas moins favorable » que celui qui est accordé à leurs produits, leurs services et leurs fournisseurs nationaux (article III:1 a)). De plus, les parties ne peuvent faire de discrimination entre les produits, les services et les fournisseurs des autres parties (article III:1 b)), et chaque partie fait en sorte que ses entités n'accordent pas aux fournisseurs nationaux un traitement différent selon le degré de contrôle ou de participation étrangers et en sorte que ses entités n'exercent pas de discrimination à l'encontre des fournisseurs nationaux parce qu'un produit ou un service est produit ou fourni sur le territoire d'une autre partie (article III:2).

L'AMP interdit aussi le recours aux opérations de compensation, c'est-à-dire aux mesures utilisées pour encourager le développement local ou améliorer la balance des paiements au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, de l'octroi de licences pour les technologies, de prescriptions en matière d'investissement, d'échanges compensés ou de prescriptions similaires. L'article VI de l'AMP permet la formulation de spécifications techniques définissant les caractéristiques des produits ou des services qui vont faire l'objet d'un marché, y compris les procédés et méthodes de production, à condition que ces spécifications ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce international. L'article XXIII énonce diverses exceptions, dont l'une concerne les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux.

Le texte révisé de l'AMP (GPA/W/297), qui n'est pas encore entré en vigueur, renferme des dispositions spécifiques concernant les questions environnementales. Par exemple, l'article X:6 permettra aux parties, y compris à leurs entités contractantes, d'établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la conservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement. L'article X:9 dispose que les caractéristiques environnementales peuvent être prises en considération dans les critères d'évaluation énoncés dans la documentation relative à l'appel d'offres ou dans l'avis d'appel d'offres.

Brack (2009) explique que certaines politiques nationales en matière de marchés publics permettent d'utiliser des systèmes de certification privés pour démontrer que les produits forestiers satisfont aux critères de passation des marchés. Il fait valoir que la certification délivrée dans le cadre des principaux systèmes internationaux (le Forest Stewardship Council et le Programme for the Endorsement of Forest Certification) était la meilleure façon de satisfaire aux critères de passation des marchés, et que cela a stimulé le marché du bois d'œuvre certifié. Selon lui, le recours à ces systèmes de certification est compatible avec l'AMP, qui permet aussi la présentation d'autres preuves équivalentes.

#### (iv) Règles commerciales et domination des marchés de ressources naturelles

##### *Système de double prix*

Les systèmes de double prix consistent à établir des prix différents sur le marché intérieur et sur le marché d'exportation, par exemple, par l'imposition de taxes à l'exportation ou de restrictions quantitatives à l'exportation ou par le biais de monopoles d'État. Un prix intérieur maximal peut également être fixé par la voie administrative à un niveau

inférieur au prix à l'exportation. Un système de double prix peut être utilisé pour diversifier la structure de la production intérieure ou la base d'exportation. Les mesures de ce genre peuvent soulever des problèmes au regard de l'OMC. Lorsqu'un double prix est fixé au moyen de restrictions à l'exportation, par exemple, ces restrictions peuvent être jugées incompatibles avec les obligations énoncées à l'article XI du GATT.

L'Accord SMC peut aussi s'appliquer. Comme on l'a dit précédemment, l'Accord SMC définit une subvention comme une contribution financière des pouvoirs publics qui confère un avantage. Un Membre de l'OMC qui adopte une politique de double prix peut être accusé de subventionner ses producteurs nationaux en fournissant des intrants à prix réduit. Il a été dit (Ripinsky, 2004) qu'un système de double prix pouvait être considéré comme équivalant à la fourniture de biens ou de services par les pouvoirs publics, au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC.

En 2000, le Canada a contesté, devant un groupe spécial de l'OMC, la démarche des États-Unis traitant les restrictions à l'exportation comme une « contribution financière » dans le cadre d'enquêtes en matière de droits compensateurs visant des importations prétendument subventionnées. Le Canada a fait valoir que la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs traitait à tort les restrictions à l'exportation comme une contribution financière des pouvoirs publics qui charge un organisme privé de fournir des biens ou lui ordonnent de le faire, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv). Les États-Unis ont fait valoir que les restrictions à l'exportation pouvaient constituer (du moins dans certaines circonstances factuelles) la fourniture de biens dont les pouvoirs publics ont chargé un organisme privé ou qu'ils lui ont ordonné de faire.

Le Groupe spécial a conclu que traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières était incompatible avec l'article 1.1 a) de l'Accord SMC. Il a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel, dans la mesure où une restriction à l'exportation entraînait une augmentation de l'offre intérieure du bien soumis à restriction, c'était comme si les pouvoirs publics avaient expressément chargé un organisme privé de fournir le produit sur le marché intérieur ou lui avaient expressément ordonné de le faire. Le Groupe spécial a toutefois souligné que ses constatations concernaient une restriction à l'exportation, selon la définition donnée par le Canada aux fins de ce différend particulier – c'est-à-dire une mesure à la frontière qui limite expressément les quantités exportées ou fixant des conditions explicites concernant les circonstances dans lesquelles les exportations sont autorisées, ou qui prend la forme d'un droit ou d'une taxe sur les exportations du produit concerné, calculé de manière à limiter les quantités exportées (rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphes 8.19, 8.75 et 8.76).

Une autre question qui se pose est celle de savoir si la fourniture de biens à un prix réduit confère un avantage. L'article 14 d) de l'Accord SMC dispose que, pour conférer un avantage, la fourniture d'un bien doit s'effectuer moyennant une rémunération moins qu'adéquate. Selon cette disposition, l'adéquation de la rémunération est déterminée par rapport aux conditions du marché existant dans le pays de fourniture. Dans les pays où il existe un système de double prix, il se peut que les pouvoirs publics soient le fournisseur dominant du bien considéré. Dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, dans laquelle les autorités provinciales canadiennes étaient les fournisseurs dominants de bois sur pied, l'Organe d'appel a conclu ce qui suit : « il est probable

qu'[elles] peuvent influencer par leur propre stratégie en matière de prix sur les prix pratiqués par les fournisseurs privés ... en incitant ceux-ci à aligner leurs prix jusqu'au point où il peut y avoir peu de différence, voire aucune, entre le prix pratiqué par les pouvoirs publics et les prix pratiqués dans le secteur privé» (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 100, 103). Dans ces circonstances, l'Organe d'appel a estimé qu'il était peut-être nécessaire de considérer les prix pratiqués dans le secteur privé sur un autre marché pour calculer précisément le niveau de l'avantage conféré.<sup>22</sup>

Même si la fourniture de biens à prix réduit dans le cadre d'un système de double prix équivaut à une subvention, certains commentateurs affirment qu'il ne s'agirait pas d'une subvention donnant lieu à une action parce qu'elle ne satisfait pas au critère de spécificité énoncé à l'article 2 de l'Accord SMC (Quick, 2009; Benitah, 2010). Leur argument est qu'un système de double prix ne peut pas fournir des subventions spécifiques *de jure* parce que, dans la plupart des cas, le « produit à bas prix ... est généralement disponible dans le pays dont le gouvernement accorde la subvention (c'est-à-dire qu'il est disponible sans restriction pour tous les utilisateurs) » (Marceau, 2010a, 2010b).

L'article 2.1 c) de l'Accord SMC énumère quatre facteurs qui peuvent être pris en considération pour déterminer si une subvention qui n'est pas spécifique *de jure* peut être spécifique dans son fonctionnement (c'est-à-dire *de facto*). Ces facteurs sont les suivants : i) utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises ; ii) utilisation dominante par certaines entreprises ; iii) octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés et iv) manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention. La mesure dans laquelle un système de double prix comporte des subventions correspondant à l'un quelconque de ces facteurs est une question factuelle liée au système en question.

Canuto et Finenberg (2003) notent qu'une disposition traitant expressément des systèmes de double prix des intrants fournis par les pouvoirs publics avait été incluse dans un premier projet de l'Accord SMC pendant les négociations du Cycle d'Uruguay. Cette disposition, qui figurait dans un projet de l'article 14 de novembre 1990, était libellée comme suit :

Lorsque les pouvoirs publics sont les seuls fournisseurs ou acheteurs du bien ou service en question, la fourniture ou l'achat ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins qu'ils n'établissent une discrimination entre utilisateurs ou fournisseurs du bien ou service. La discrimination ne s'entendra pas des différences de traitement entre utilisateurs ou fournisseurs du bien ou service qui résulteraient de considérations commerciales normales.

Cette disposition ne figurait plus dans le texte de négociation de décembre 1991.

### *Exception relative aux quantités essentielles (article XX i) du GATT*

L'article XX i) permet d'imposer des restrictions par ailleurs incompatibles avec les règles de l'OMC à l'exportation de matières premières produites dans le pays quand ces restrictions sont nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces restrictions « n'aient pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillent pas à l'encontre des dispositions [de l']Accord relatives à la non-discrimination ». L'exception a été proposée par la Nouvelle-Zélande à la session du Comité préparatoire tenue à Genève en 1947 et elle avait pour but :

« ... d'assurer, aux termes de la Charte, à certains pays comme la Nouvelle-Zélande, la possibilité de maintenir une politique qu'ils pratiquent depuis fort longtemps et qui est fondée sur la création d'un programme de stabilisation des prix qui affecte d'une manière générale toute leur économie. Tous les pays utilisant ce système de stabilisation du niveau des prix se trouvent en face du même problème. Les prix mondiaux d'un produit donné, surtout en ce qui concerne les matières premières, sont supérieurs, lorsque ces produits sont exportés, aux prix intérieurs pour le même produit ou un produit similaire » (GATT, *Index analytique*, page 640).

Pour expliquer pourquoi cette disposition était nécessaire, la Nouvelle-Zélande a pris l'exemple du cuir qui était livré aux fabricants nationaux à un prix bien inférieur au prix mondial. Dans ces conditions, il était nécessaire d'assurer, par un contrôle des exportations, que les besoins intérieurs en cuir étaient satisfaits, faute de quoi le pays risquait de manquer de cuir sur le marché intérieur ou d'être obligé d'élever les prix sur ce même marché pour les mettre au niveau des prix sur le marché mondial (GATT, *Index analytique*, page 640).

Toutefois, dans un rapport de 1950 intitulé « Les restrictions quantitatives appliquées dans un but de protection ou à d'autres fins d'ordre commercial », le Groupe de travail saisi de la question a noté que l'article XX i) « ne permet pas d'appliquer de restrictions à l'exportation d'une matière première en vue de protéger ou de stimuler une industrie nationale, soit en assurant à celle-ci un avantage de prix à l'achat des matières premières qu'elle utilise, soit en réduisant les quantités de ces matières premières mises à la disposition des concurrents étrangers, soit par d'autres moyens » (GATT, *Index analytique*, page 640).

### *Partie IV du GATT : Commerce et développement*

En 1965, les articles XXXVI, XXXVII et XXXVIII ont été ajoutés au GATT de 1947, constituant la Partie IV de l'Accord intitulée *Commerce et développement*.<sup>23</sup> Plusieurs dispositions de ces articles abordent la question de la prédominance des produits primaires. L'article XXXVI énonce les principes et les objectifs de la Partie IV, et reconnaît la nécessité d'assurer une augmentation rapide et soutenue des recettes d'exportation des [Membres] peu développés.

Le paragraphe 5 de cet article concerne la capacité des pays peu développés Membres d'obtenir des recettes d'exportation et aborde directement la question de la prédominance :

L'expansion rapide des économies des pays peu développés (Membres) sera facilitée par des mesures assurant la diversification\* de la structure de leurs économies et leur évitant de dépendre à l'excès de l'exportation de produits primaires. C'est pourquoi il est nécessaire d'assurer dans la plus large mesure possible, et dans des conditions favorables, un meilleur accès aux marchés pour les produits transformés et les articles manufacturés dont l'exportation présente ou pourrait présenter un intérêt particulier pour les [Membres] peu développés.

La « diversification » est définie comme suit dans la note additionnelle relative à l'article XXXVI :

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 [du Membre considéré] et des perspectives mondiales de la production et de la consommation des différents produits.

La portée et le fonctionnement de la Partie IV du GATT ont été examinés dans le rapport du Groupe spécial du GATT chargé de l'affaire *CE – Restitutions à l'exportation de sucre*. Dans cette affaire, la partie plaignante, le Brésil, a fait valoir que l'octroi par les Communautés européennes de restitutions à l'exportation pour le sucre était incompatible avec les engagements pris au titre de l'article XXXVI du GATT. Les Communautés européennes ont fait valoir que la plainte du Brésil ne pouvait être fondée sur le seul article XXXVI du GATT parce que « les dispositions de [cet article]... constituaient des principes et des objectifs et ne pouvaient être interprétées comme créant des obligations précises et déterminées » (paragraphe 2.28). En rejetant cet argument, le Groupe spécial du GATT a affirmé que les pays en développement Membres pouvaient s'attendre à bénéficier des avantages énoncés à l'article XXXVI du GATT (paragraphe 4.30). Sur la base de cette interprétation, les pays en développement Membres peuvent invoquer l'article XXXVI à l'appui de leurs efforts de diversification économique visant à remédier au problème de la prédominance des produits primaires.

L'article XXXVI reconnaît aussi qu'il est « nécessaire de faire des efforts positifs » et d'engager une action « tant individuelle que collective » pour que les pays en développement s'assurent une part de la croissance du commerce international et poursuivent leur développement économique. Cela a abouti aux Conclusions concertées du Comité spécial des préférences de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), selon lesquelles un traitement tarifaire préférentiel accordé dans le cadre d'un système généralisé de préférences était indispensable aux pays en développement pour « a) augmenter leurs recettes d'exportation; b) favoriser leur industrialisation; et c) accélérer le rythme de leur croissance économique » (paragraphe I.2). Afin d'atteindre ces objectifs, les PARTIES CONTRACTANTES du GATT ont adopté en 1971 la Décision portant octroi de la dérogation, qui avait pour effet de déroger, pour une période de dix ans, aux obligations de l'article I<sup>er</sup> du

GATT de 1947 s'agissant de l'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement.

En 1979, les PARTIES CONTRACTANTES ont adopté la Décision sur le traitement différencié et plus favorable, la réciprocité et la participation plus complète des pays en voie de développement (la « Clause d'habilitation »), qui avait pour effet de rendre permanente la dérogation énoncée dans la décision de 1971. La Clause d'habilitation fait maintenant partie du GATT de 1994 et, par conséquent, des Accords de l'OMC.

La Clause d'habilitation a été examinée par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *CE – Préférences tarifaires*. Lorsqu'il a examiné l'obligation d'accorder le traitement NPF à l'Inde, imposée aux Communautés européennes par l'article I<sup>er</sup> du GATT, l'Organe d'appel a estimé que la Clause d'habilitation :

« ... [dispense] les Membres de respecter l'obligation contenue à l'article I:1 afin d'accorder un traitement différencié et plus favorable aux pays en développement, à condition que ce traitement soit conforme aux conditions énoncées dans la Clause d'habilitation. En conséquence, la Clause d'habilitation fonctionne comme une « exception » à l'article I:1 » (paragraphe 90).

L'Organe d'appel a également interprété la note de bas de page 3 relative au paragraphe 2 a) de la Clause d'habilitation, qui prescrit qu'un traitement tarifaire préférentiel accordé au titre de la Clause d'habilitation doit être accordé « sans... discrimination ». Il a conclu que l'expression « sans discrimination » ne devait pas être interprétée comme exigeant que les pays donneurs de préférences accordent des préférences tarifaires identiques à tous les pays en développement (paragraphe 156). Au contraire, les pays donneurs de préférences sont autorisés à « répondre de manière positive à des besoins qui ne sont pas nécessairement communs ou partagés par tous les pays en développement ». Par conséquent, les pays développés Membres peuvent appliquer des tarifs différents aux produits provenant de bénéficiaires différents, à condition que ce traitement tarifaire différencié remplisse les autres conditions énoncées dans la Clause d'habilitation. Néanmoins, les Membres de l'OMC qui accordent des préférences « sont tenus, en vertu de l'expression « sans ... discrimination », de faire en sorte qu'un traitement identique soit mis à la disposition de tous les bénéficiaires se trouvant dans une situation semblable, c'est-à-dire à tous les bénéficiaires qui ont « les besoins du développement, des finances et du commerce » « auxquels le traitement en question vise à répondre » (paragraphe 173).

De nombreux Membres de l'OMC ont appliqué des programmes préférentiels au titre de la Partie IV du GATT de 1994 et à la Clause d'habilitation (Wang, 2005).<sup>24</sup> Le *Rapport sur le commerce mondial 2007* analyse en détail l'efficacité de ces programmes et décrit quelques autres mesures qui peuvent être prises au titre des dispositions prévoyant un traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement.

## (v) Règles commerciales et volatilité

### Accords internationaux sur les produits de base (article XX h) du GATT)

La stabilisation des prix était l'un des principaux objectifs des accords internationaux sur les produits de base négociés entre pays fournisseurs et pays consommateurs. L'article XX h) prévoit une exception spécifique pour les mesures prises en application d'accords internationaux sur des produits de base, et, plus précisément, pour les mesures «prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base qui est conforme au critère soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et non désapprouvé par elles ou qui est lui-même soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et n'est pas désapprouvé par elles».

La note additionnelle relative à l'article XX h) précise que «[l']exception prévue dans cet alinéa s'étend à tout accord sur un produit de base qui est conforme aux principes approuvés par le Conseil économique et social dans sa résolution n° 30 (IV) du 28 mars 1947». Cette résolution demande la création d'une Commission provisoire de coordination des ententes relatives aux produits de base et invite les États membres de l'ONU à adopter les principes énoncés dans le chapitre VII de la Charte de La Havane pour s'en inspirer en vue d'une action internationale pour traiter les problèmes liés aux produits de base (voir la sous-section 2 ci-dessous).

Aucun accord sur des produits de base n'a été officiellement notifié au titre de l'article XX h) et les mesures prises en application d'un tel accord n'ont jamais été contestées dans le cadre du mécanisme de règlement des différends du GATT/de l'OMC (*GATT, Index analytique*, 635). Cette disposition est peut-être d'un intérêt limité aujourd'hui, du moins pour les secteurs de ressources naturelles visés par le présent Rapport. D'autres instruments du droit international sont examinés ci-après.

## 2. Autres instruments du droit international et ressources naturelles

L'OMC s'inscrit dans un cadre de coopération internationale beaucoup plus vaste. De nombreux aspects des ressources naturelles sont régis par d'autres règles du droit international, en dehors de l'OMC. Certaines règles internationales font désormais partie du droit international coutumier qui, a été codifié, dans une large mesure, dans des accords internationaux dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

### (a) Relation entre les Accords de l'OMC et les autres instruments du droit international

Les Accords de l'OMC sont des traités et, en tant que tels, ils sont régis par les règles internationales relatives aux traités, codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (Abi-Saab, 2005). De même, l'OMC est une organisation internationale et sa personnalité internationale dépend aussi du droit international général. Comme l'a expliqué le Directeur général de l'OMC, Pascal Lamy, «les normes de l'OMC ne sont pas hiérarchiquement supérieures ou inférieures à toute autre norme (à l'exception du *jus cogens*<sup>25</sup>)» (Lamy, 2007).

Certaines dispositions des Accords de l'OMC font expressément référence à d'autres accords internationaux. Dans ces cas, la relation entre l'OMC et le droit international général est évidente. Par exemple, l'article 2:1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce incorpore expressément plusieurs dispositions de la Convention de Paris de 1967 pour la protection de la propriété industrielle. Par conséquent, ces dispositions sont contraignantes pour tous les Membres de l'OMC et elles relèvent du système de règlement des différends de l'OMC, comme cela a été le cas dans l'affaire *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*. Un autre exemple est l'exception prévue à l'article XX du GATT pour les mesures prises en vertu de certains accords internationaux sur des produits de base.

Certains observateurs ont fait remarquer que les mesures relatives au commerce prises en vertu d'autres accords internationaux, en particulier des accords environnementaux multilatéraux, pourraient être contestées dans le cadre de l'OMC au motif qu'elles sont incompatibles avec les obligations énoncées dans les Accords de l'OMC. Cette question a été débattue au sein du Comité du commerce et de l'environnement (CCE) de l'OMC, qui a noté que, sur les quelque 250 accords environnementaux multilatéraux en vigueur, une vingtaine seulement incluaient des dispositions relatives au commerce.<sup>26</sup> Cela a amené certains à dire «qu'il ne fallait pas exagérer la dimension du problème».

Le débat sur la relation entre l'OMC et les autres accords internationaux a aussi porté sur l'applicabilité du droit international dans les différends soumis à l'OMC. Il est généralement admis que seules les plaintes formulées au titre des Accords de l'OMC peuvent faire l'objet d'une procédure de règlement des différends à l'OMC (Van Damme, 2009). Cela signifie qu'un Membre de l'OMC ne peut pas saisir l'OMC en alléguant une violation d'un autre accord international ou du droit international général si les obligations en découlant n'ont pas été incorporées dans les Accords de l'OMC. Mais on ne sait pas exactement dans quelle mesure des accords autres que ceux de l'OMC et le droit international général peuvent être appliqués par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le règlement d'un différend soumis au titre des Accords de l'OMC.

Il a été suggéré que le Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends ne délimitait pas de façon explicite le droit applicable dans le règlement des différends à l'OMC (Van Damme, 2009). L'article 3:2 du Mémoire d'accord dispose que l'une des fonctions du système de règlement des différends de l'OMC est de «clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public». L'Organe d'appel de l'OMC a interprété la référence aux «règles coutumières d'interprétation du droit international public» comme incluant les règles codifiées dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En examinant cette question, l'Organe d'appel a fait une remarque souvent citée, disant que l'on ne peut pas «lire [le GATT de 1994] en l'isolant cliniquement du droit international public.» (*États-Unis – Essence*).

Rares sont ceux qui contestent l'applicabilité des règles d'interprétation codifiées dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne au règlement des différends à l'OMC. Mais, les avis divergent considérablement sur le point de savoir s'il est possible, dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, d'appliquer des règles de droit international autres que celles qui sont codifiées dans les articles 31 et 32.

La règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 dispose qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but». Le paragraphe 3) c) de l'article 31 dispose que, en même temps que du contexte, il sera tenu compte «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Pour certains observateurs, l'article 31 3) c) de la Convention de Vienne donne la possibilité à un organe juridictionnel de l'OMC de se référer à d'autres accords internationaux ou au droit international général lorsqu'il interprète les dispositions des Accords de l'OMC. Une question qui se pose ici est de savoir si seules les parties à un différend doivent être parties à l'autre accord international ou s'il faut que tous les Membres de l'OMC le soient pour que cet accord soit pertinent au regard de l'article 31 3) c).

Dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, le Groupe spécial a estimé que, pour qu'un accord international soit pertinent au regard de l'article 31 3) c), il fallait que tous les Membres de l'OMC soient parties à cet accord. L'approche du Groupe spécial a été critiquée par des universitaires (Howse, 2008) et par le Rapporteur du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international de la Commission du droit international de l'ONU, qui a écrit que l'approche du Groupe spécial «rend pratiquement impossible de jamais trouver un contexte multilatéral où il serait permis de faire référence à d'autres traités internationaux pour faciliter l'interprétation en vertu du paragraphe 3) c) de l'article 31» (Commission du droit international, 2006).

L'Organe d'appel a parfois cherché des indications dans d'autres accords internationaux ou dans le droit international général pour interpréter des dispositions des Accords de l'OMC. Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, par exemple, l'Organe d'appel s'est référé à divers instruments internationaux relatifs à l'environnement lorsqu'il a interprété l'expression «ressources naturelles épuisables» figurant à l'article XX g) du GATT de 1994. S'appuyant sur le principe de l'effet utile dans l'interprétation des traités, l'Organe d'appel a aussi souligné, dans cette affaire, qu'il fallait interpréter l'expression «ressources naturelles épuisables» de manière évolutive, notant que «le contenu ou la référence de l'expression ... employée dans l'article XX ... ne sont pas «statiques» (paragraphe 130).<sup>26</sup>

Il est important de distinguer la situation dans laquelle un organe juridictionnel cherche des «indications» dans des sources plus générales du droit international, comme l'Organe d'appel l'a fait dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, et celle dans laquelle un autre traité international ou une autre règle du droit international général est considéré(e) comme contraignant(e) pour les Membres de l'OMC qui sont parties au différend.

Certains estiment qu'il n'est guère possible d'appliquer d'autres accords internationaux ou le droit international général en tant que règles contraignantes dans le cadre de l'OMC (Marceau, 1999; Trachtman, 1999). Ils s'appuient pour cela sur la dernière phrase de l'article 3:2 du Mémoire d'accord, qui dispose que les décisions en matière de règlement des différends «ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés». Cependant, d'autres estiment qu'il y a une possibilité d'appliquer des règles internationales extérieures dans le cadre de l'OMC. Pauwelyn (2003) a fait valoir qu'un autre traité international ou une règle du droit international général pouvait s'appliquer dans les cas où une question n'est pas

réglée par les Accords de l'OMC. Il a noté en outre que, dans certaines circonstances, un Membre de l'OMC pouvait faire valoir qu'il agissait d'une manière conforme à un autre accord international, et que cela constituerait un moyen de défense contre une allégation selon laquelle son action est contraire à ses obligations dans le cadre de l'OMC.

Le débat sur la relation entre les Accords de l'OMC et les autres instruments du droit international n'est pas clos. La Commission du droit international de l'ONU a identifié plusieurs principes qui peuvent aider à comprendre la relation entre les différentes normes internationales (Commission du droit international, 2006). L'Accord sur l'OMC lui-même donne aux Membres la possibilité de concilier leurs obligations dans le cadre de l'OMC avec celles qui leur incombent au titre d'autres accords internationaux s'ils veulent privilégier une obligation énoncée dans un autre accord international qui peut entrer en conflit avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC, ils peuvent adopter une dérogation au titre de l'article IX:3 de l'Accord sur l'OMC, évitant ainsi toute incertitude au sujet de la relation entre les deux types d'obligations. C'est ainsi que les Membres de l'OMC ont procédé à l'égard de certaines mesures adoptées dans le cadre des efforts internationaux visant à contrôler le commerce des diamants de la guerre, ou «processus de Kimberley» (voir la sous-section E.2 b) ci-après).

## (b) Commerce des ressources naturelles et autres instruments du droit international

### (i) *Souveraineté sur les ressources naturelles*

L'OMC ne régit pas la propriété des ressources naturelles. Un important corpus de règles internationales est consacré à la souveraineté sur les territoires, les terres émergées, les lacs, les rivières et les zones océaniques. Ces règles sont pertinentes aussi pour déterminer quel État a la souveraineté sur les ressources naturelles présentes sur ces territoires, dans les terres émergées et dans les eaux. Les revendications de souveraineté sur des territoires et d'autres terres émergées, ainsi que sur les océans et les fonds marins, formulées par des États, ont souvent été dictées par le désir de contrôler les ressources naturelles présentes dans ces zones.

Il est universellement admis que le sous-sol appartient à l'État qui exerce la souveraineté sur la surface (Brownlie, 2008). Un État est également souverain sur toutes les eaux intérieures, telles que les lacs et les rivières, qui se trouvent entièrement sur son territoire, sur les mers intérieures et sur les baies historiques. La souveraineté s'étend au lit des cours d'eau et des lacs intérieurs (Brownlie, 2008). Les droits et les obligations des États concernant les rivières et les lacs frontaliers sont souvent établis par traité.

Les États côtiers ont affirmé leur souveraineté sur le plateau continental, qui est une partie des fonds marins qui sépare les grands fonds océaniques de la côte des terres émergées et qui, du point de vue géologique, fait partie du continent. Le plateau continental peut contenir d'importants gisements de pétrole et de gaz, et ses fonds abritent des stocks de poissons sédentaires (Brownlie, 2008).

La Convention de 1958 sur le plateau continental reconnaît que «[l]'État riverain exerce des droits souverains sur le plateau continental aux fins de l'exploration de celui-ci et de l'exploitation de ses ressources naturelles» (article 2:1 de la

Convention sur le plateau continental). Il s'agit d'un droit exclusif et personne ne peut explorer le plateau continental ni exploiter ses ressources naturelles sans le consentement exprès de l'État côtier. Les ressources naturelles visées « comprennent les ressources minérales et autres ressources non vivantes du lit de la mer et du sous-sol, ainsi que les organismes vivants qui appartiennent aux espèces sédentaires » (article 2:4 de la Convention sur le plateau continental). Le régime des eaux situées au-dessus du plateau continental n'est pas affecté par les droits d'un État côtier sur son plateau continental (article 3 de la Convention sur le plateau continental).

Les États côtiers ont la souveraineté sur leur mer territoriale, qui comprend les fonds marins et le sous-sol. La question de l'étendue de la mer territoriale a été débattue pendant longtemps, mais aujourd'hui, la plupart des États côtiers revendiquent une bande de 12 milles marins, ce qui est la limite fixée par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (Brownlie, 2008). En outre, certains États revendiquent une zone de pêche de 200 milles (Brownlie, 2008). Un plus grand nombre d'États revendiquent une zone économique exclusive (ZEE) de 200 milles, laquelle est également reconnue au titre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (article 57, UNCLOS).

Dans la ZEE, les États côtiers jouissent « des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents » (article 56, UNCLOS). Dans la ZEE, les États côtiers ont aussi juridiction en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin (article 56, UNCLOS).

La haute mer est considérée comme « ouverte à toutes les nations [et] aucun État ne peut légitimement prétendre en soumettre une partie quelconque à sa souveraineté » (article 2, Convention sur la haute mer). Ainsi, la liberté de la pêche est généralement reconnue en haute mer (Brownlie, 2008). La Convention de 1982 sur le droit de la mer apporte certaines modifications au régime de la haute mer. Premièrement, elle dispose que la haute mer n'inclut pas les ZEE (articles 55 et 86, UNCLOS; Brownlie, 2008). En outre, elle établit un régime spécial pour les ressources des fonds marins et de leur sous-sol situés en dehors des juridictions nationales (Brownlie, 2008). La Convention déclare que la zone, définie comme étant les fonds marins et leur sous-sol, et ses ressources, sont situées au-delà des limites de la juridiction nationale et sont donc le patrimoine commun de l'humanité (articles 133 et 136, UNCLOS). Elle crée une Autorité internationale des fonds marins, qui a la responsabilité exclusive d'organiser et de contrôler toutes les activités menées dans la zone ainsi définie.

Le fait que la haute mer reste ouverte à l'utilisation et à la jouissance de tous les États et que de nombreux poissons sont des poissons migrateurs (appelés stocks chevauchants dans la littérature) pose des problèmes pour l'utilisation durable de ces ressources. La Convention sur le droit de la mer et l'Accord des Nations Unies sur les stocks de poissons tentent de réglementer les pratiques de pêche en haute mer et les pratiques concernant les stocks chevauchants, mais il subsiste des problèmes considérables, qui sont examinés dans la sous-section 3.

Plusieurs États ont formulé des revendications sur les régions polaires. Ces revendications ont pris de l'importance au cours des dernières années, car certains prédisent que le réchauffement de la planète pourrait rendre ces régions plus accessibles pour la prospection pétrolière et minière, la pêche et la navigation (Ebinger et Zambetakis, 2009; Dutter, 2006). La région arctique n'est régie par aucun traité. Le Conseil de l'Arctique, établi en 1996, est une enceinte de discussion et de collaboration. Les revendications sur la région arctique portent sur les frontières maritimes concernant des zones de l'océan Arctique ou du plateau continental. Ces revendications sont formulées conformément au droit international coutumier, à la Convention sur le droit de la mer ou à la Convention sur le plateau continental.

Une règle particulièrement pertinente pour la région arctique est la disposition de la Convention sur le droit de la mer en vertu de laquelle un État peut essayer de démontrer que son plateau continental s'étend au-delà de 200 milles nautiques de sa côte. Si la revendication est légitime, l'État obtient le droit d'exploiter le pétrole, le gaz et les minéraux qui se trouvent dans cette zone (Ebinger et Zambetakis, 2009). Les États ne peuvent revendiquer une extension du plateau continental qu'une fois et ils doivent le faire dans les dix ans suivant la ratification de la Convention sur le droit de la mer. Plusieurs États l'ont déjà fait, défrayant parfois la chronique en plantant un drapeau sur le fond marin (Ebinger et Zambetakis, 2009; Reynolds, 2007).

À la différence de l'Arctique, l'Antarctique est régie par un traité depuis 1959. Le Traité sur l'Antarctique stipule toutefois expressément qu'il n'affecte pas les revendications territoriales de certains États (rejetées par d'autres États) et qu'il ne peut servir de base à l'affirmation d'une souveraineté territoriale. L'objectif du Traité est d'assurer, « [dans] l'intérêt de l'humanité toute entière[,] que l'Antarctique soit à jamais réservée aux seules activités pacifiques ». Le Traité établit « la liberté de la recherche scientifique dans l'Antarctique » et fournit un cadre de coopération. Le Protocole relatif à la protection de l'environnement, qui est entré en vigueur en 1998, interdit toute activité liée aux ressources minérales autre que la recherche scientifique. Une Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique a été négociée en 1988. Elle établit des règles pour la prospection et le développement des activités relatives aux ressources minérales. La Convention n'est jamais entrée en vigueur parce qu'elle n'a pas été signée par tous les États ayant des revendications territoriales sur l'Antarctique (Département du commerce des États-Unis, 2002).

L'Antarctique contiendrait des réserves de pétrole, de gaz, de charbon, de fer, de chrome et d'autres métaux précieux (Dutter, 2006). Des préoccupations ont été exprimées au sujet de la « bioprospection » (recherche et collecte de ressources biologiques) et de l'exploitation commerciale de la recherche scientifique sur les organismes biologiques dans l'Antarctique. D'après une étude de l'Université des Nations Unis de Tokyo, 92 brevets portant sur des organismes de l'Antarctique ou des molécules extraites de ces organismes auraient été déposés aux États-Unis et 62 en Europe (Sample, 2004).

Des questions concernant la souveraineté sur les ressources naturelles ont été soulevées dans le contexte du débat qui a suivi la vague de nationalisation, après la Seconde Guerre mondiale, des biens détenus par des sociétés étrangères en Europe de l'Est, en Afrique, au Moyen-Orient et dans plusieurs pays d'Amérique latine (Lowenfeld, 2003). Le débat portait

sur le point de savoir si l'État qui nationalisait était tenu de dédommager l'investisseur étranger, et dans l'affirmative, comment l'indemnité devait être déterminée. En 1962, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une Résolution relative à la « souveraineté permanente sur les ressources naturelles », dans laquelle il était dit que le « droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles [devait] s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'État intéressé. »

En 1973, l'Assemblée générale a adopté une autre Résolution qui déclarait que « l'application du principe de la nationalisation par les États, en tant qu'expression de leur souveraineté pour sauvegarder leurs ressources naturelles, implique qu'il appartient à chaque État de fixer le montant des indemnités éventuelles ainsi que les modalités de leur versement et que tout différend qui pourrait surgir doit être réglé conformément au droit national de chaque État qui prend des mesures de cet ordre » (Lowenfeld, 2003). En 1974, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une Résolution intitulée « Charte des droits et devoirs économiques des États », qui stipulait : « Chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer. »

Aucune disposition de l'OMC ne traite directement de la propriété des ressources naturelles ou de leur répartition entre les États et les investisseurs étrangers. Le système de règlement des différends de l'OMC ne donne pas non plus aux investisseurs étrangers les moyens d'obtenir une réparation monétaire pour tout dommage causé à leur investissement par le gouvernement hôte (les traités bilatéraux sur l'investissement sont examinés plus loin, dans la section E.2 b) v)). L'OMC s'occupe seulement du règlement des différends entre États et les mesures correctives sont généralement prospectives et non monétaires.

### (ii) *Stabilité des prix, termes de l'échange et transfert de la rente*

La Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce reconnaissait que les « difficultés spéciales » auxquelles étaient sujets les produits de base « pouvaient, le cas échéant, exiger un traitement spécial du commerce international de ces produits par le moyen d'accords intergouvernementaux » et comportait un chapitre consacré entièrement aux accords internationaux sur les produits de base (Charte de La Havane, chapitre VI).

Les accords internationaux sur les produits de base réunissaient les pays producteurs et les pays consommateurs. Leurs objectifs déclarés étaient notamment les suivants : i) éviter ou atténuer les difficultés économiques sérieuses qui peuvent surgir lorsque le jeu normal des forces du marché ne peut, à lui seul, rétablir l'équilibre entre la production et la consommation aussi rapidement que les circonstances l'exigeraient ; ii) empêcher ou modérer les fluctuations prononcées du prix d'un produit de base ; et iii) conserver et développer les ressources naturelles du monde et prévenir leur épuisement inconsidéré (Charte de La Havane, article 57). Ces objectifs ont été confirmés ultérieurement dans la Résolution n° 30 (IV) du Conseil économique et social de l'ONU et ont constitué la base des travaux de la Commission provisoire de coordination des ententes internationales relatives aux produits de base. Dans les années 1960, la CNUCED a élargi les objectifs des accords internationaux sur les produits de base en y ajoutant l'accroissement des

recettes d'exportation des pays en développement, la réaffectation des ressources et l'augmentation de la consommation (Garipey, 1976).

Des accords internationaux de produits ont été établis pour trois produits visés par le présent Rapport : les bois tropicaux, le caoutchouc naturel et l'étain. Le seul accord encore en vigueur aujourd'hui est l'Accord international sur les bois tropicaux (AIBT), qui a été négocié en 1983. Toutefois, l'AIBT a été décrit comme « [n'étant] pas un accord de produit de base au sens classique du terme », mais plutôt comme « constitu[ant] ... un accord portant tout autant sur la conservation et la mise en valeur des forêts que sur le commerce » (voir le site Web de l'Organisation internationale des bois tropicaux [www.itto.int](http://www.itto.int)). L'Accord international sur l'étain est resté en vigueur de 1955 à 1985 et l'Accord international sur le caoutchouc naturel de 1979 à 1999. Ces deux accords visaient à stabiliser les prix au moyen de stocks régulateurs et d'un contrôle des exportations. La difficulté tenait à ce qu'il y avait des divergences de vues sur la distinction entre les interventions qui stabilisaient les prix et celles qui influençaient l'évolution des prix. Comme cela a été dit précédemment, l'article XX h) du GATT prévoit une exception spécifique pour les mesures prises en vertu d'accords internationaux sur des produits de base qui sont conformes aux principes approuvés par le Conseil économique et social de l'ONU dans sa Résolution n° 30 (IV) du 28 mars 1947.

Il existe plusieurs accords sur des produits spécifiques conclus entre pays producteurs, le plus important étant celui de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP).<sup>29</sup> Comme elle n'inclut pas les pays consommateurs, l'OPEP n'est pas considérée comme un accord international de produit, de sorte que l'exception prévue à l'article XX h) ne serait pas applicable. Toutefois, Desta (2008) a suggéré que cela pourrait changer. Il s'appuie sur le paragraphe 95 du Projet de modalités de Doha concernant l'agriculture, qui dispose que « [l]es dispositions relatives aux exceptions générales de l'article XX h) du GATT de 1994 s'appliqueront également aux accords intergouvernementaux de produit auxquels seuls les pays producteurs des produits de base visés sont parties ».

Le principal objectif de l'OPEP est de « coordonner et unifier les politiques pétrolières des États membres et de déterminer les meilleurs moyens de sauvegarder leurs intérêts, individuellement et collectivement », ce qui comprend l'élaboration de dispositifs permettant d'assurer la stabilisation des prix sur les marchés internationaux du pétrole en vue d'éliminer les fluctuations préjudiciables et inutiles (article 2, statuts de l'OPEP). L'OPEP poursuit ce but en recommandant à ses membres des objectifs de production pétrolière (Crosby, 2009).

Vingt-huit pays avancés consommateurs de pétrole ont créé l'Agence internationale de l'énergie (AIE)<sup>30</sup> pendant la crise pétrolière de 1973-1974. La mission principale de l'Agence était de coordonner les mesures à prendre en temps de crise des approvisionnements pétroliers. Son mandat a été élargi au-delà de la gestion des crises pétrolières et il englobe désormais des questions telles que l'efficacité énergétique, la protection du climat et la collaboration en matière de technologies énergétiques (site Web de l'AIE). Les pays producteurs et les pays consommateurs discutent des questions relatives aux ressources énergétiques et aux marchés de l'énergie au sein du Forum international de l'énergie (Selivanova, 2007).

### (iii) Accords régionaux et bilatéraux

Certains accords commerciaux régionaux et bilatéraux énoncent des obligations qui vont au-delà des engagements généralement un traitement tarifaire plus favorable pour les produits visés.<sup>31</sup> Ils peuvent aussi établir des règles allant au-delà des disciplines de l'OMC. Par exemple, l'article 314 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) interdit à une Partie d'adopter ou de maintenir «des droits, taxes ou frais relativement à l'exportation d'un produit vers le territoire d'une autre Partie, à moins que ces droits, taxes ou frais ne soient adoptés ou maintenus: a) relativement aux exportations de ce produit vers le territoire de toutes les autres Parties; et b) à l'égard de ce produit lorsqu'il est destiné à la consommation intérieure.»<sup>32</sup>

Certains des accords bilatéraux conclus par l'Union européenne contiennent aussi des disciplines additionnelles concernant le recours aux taxes à l'exportation. L'article 17:1 de l'Accord conclu avec l'Algérie dispose ce qui suit: «Aucun nouveau droit de douane à l'importation ou à l'exportation ni taxe d'effet équivalent n'est introduit dans les échanges entre la Communauté et l'Algérie, et ceux appliqués à l'entrée en vigueur du présent accord ne seront pas augmentés.» L'Accord entre l'Union européenne et l'Afrique du Sud contient une disposition analogue, tandis que l'Accord avec la Croatie prévoit la suppression «[d]es droits de douane à l'exportation et [d]es taxes d'effet équivalent» dès son entrée en vigueur.

L'ALENA contient un chapitre consacré aux produits énergétiques et aux produits pétrochimiques, qui établit des règles spécifiques pour ces secteurs. L'ALENA a supprimé les droits d'importation et les restrictions quantitatives mais il a permis au Mexique de conserver un régime de licences pour le commerce des produits pétroliers et de l'électricité (Hufbauer et Schott, 2005). Les prix minimaux ou maximaux à l'importation et à l'exportation sont interdits, et les prix nationaux ne sont pas réglementés. Le chapitre précise aussi que les mesures de réglementation de l'énergie – définies comme étant «toute mesure prise par des entités fédérales ou infranationales et ayant un effet direct sur le transport, la transmission, la distribution, l'achat ou la vente de produits énergétiques ou de produits pétrochimiques de base» – sont soumises aux disciplines relatives au traitement national, aux restrictions à l'importation et à l'exportation, et aux taxes à l'exportation. L'article 605 est une autre disposition intéressante, qui définit les circonstances dans lesquelles une Partie peut adopter ou maintenir une restriction en vertu des articles XI:2 a) ou XX g), i) ou j) du GATT en ce qui concerne l'exportation d'un produit énergétique ou d'un produit pétrochimique de base.<sup>33</sup>

Un accord qui revêt une importance particulière pour certains des secteurs visés par le présent Rapport est le Traité sur la Charte de l'énergie («TCE»), qui est entré en vigueur en 1998. Le TCE a été signé par 51 États, l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom). Il compte parmi ses membres des producteurs et des consommateurs d'énergie et des pays de transit, dont certains ne sont pas Membres de l'OMC.

Selon certains commentateurs, le TCE joue «un rôle unique car c'est le seul accord multilatéral sur l'énergie qui couvre tous les aspects importants de l'énergie au niveau international: commerce, transit, investissement et efficacité énergétique» (Rakhmanin, 2009). Le TCE contient aussi des dispositions relatives à la concurrence, au transfert de

technologie et à l'accès au capital. Victor et Yeuh (2010) soulignent que l'efficacité du TCE a été compromise par le fait que la Russie ne participait pas pleinement au Traité. La Russie a signé le TCE mais a indiqué en 2009 qu'elle n'avait pas l'intention de devenir une partie contractante.

Le TCE a été décrit comme étant «avant tout un traité multilatéral sur la protection de l'investissement» (Selivanova, 2007). Il renferme cependant un certain nombre de dispositions relatives au commerce, dont certaines incorporent par référence les règles de l'OMC. Les dispositions du TCE relatives au commerce de l'énergie sont fondées sur les principes du GATT/de l'OMC, à savoir la non-discrimination, le traitement national, l'interdiction des restrictions quantitatives à l'exportation et à l'importation et l'accès aux marchés sur une base ouverte et transparente (Herman, 2010). L'article 4 du TCE dispose qu'aucune disposition du traité ne déroge dans les relations entre parties qui sont parties au GATT, aux dispositions du GATT telles qu'elles sont appliquées entre elles. Selon Selivanova (2007), la «[n]on-dérogation aux dispositions du GATT/de l'OMC est un principe fondamental» du TCE. Les règles du GATT/de l'OMC qui sont incorporées par référence s'appliquent aux relations commerciales entre les parties contractantes au TCE, y compris lorsqu'une partie n'est pas Membre de l'OMC.

S'agissant du transit de l'énergie, «l'article 7 du TCE contient plusieurs disciplines qui sont plus spécifiques et plus détaillées que celles de l'article V du GATT de 1994» (Ehring, 2007). Il s'agit notamment de l'obligation de ne pas faire obstacle de façon arbitraire à la création de nouvelles capacités si le transit ne peut pas se faire au moyen de l'infrastructure existante en raison du manque de capacités, et de l'obligation de ne pas interrompre ni réduire les flux de transit existants, même en cas de différend avec un autre pays concernant ledit transit. En outre, une procédure de conciliation spéciale est prévue pour le règlement des différends relatifs au transit.<sup>34</sup> Le Protocole relatif au transit annexé à la Charte de l'énergie, dont la négociation est en suspens, préciserait certains aspects du transit de l'énergie, tels que les conditions d'accès aux réseaux et les méthodes de calcul des tarifs de transit.

Le TCE ne réglemente pas la structure du secteur national de l'énergie, ni le régime de propriété des compagnies énergétiques, et il n'oblige pas les pays membres à ouvrir leur secteur de l'énergie aux investisseurs étrangers. Il reconnaît expressément la souveraineté nationale sur les ressources énergétiques: chaque pays membre est libre de décider comment, et dans quelle mesure, ses ressources énergétiques nationales et souveraines seront exploitées, et aussi dans quelle mesure son secteur de l'énergie sera ouvert aux investissements étrangers (article 18 du TCE). Néanmoins, le Traité exige que les règles relatives à l'exploration, au développement et à l'acquisition des ressources soient accessibles au public, non discriminatoires et transparentes.

En ce qui concerne l'investissement étranger, le TCE offre un cadre fiable et stable pour les relations entre l'investisseur et le gouvernement hôte. Les investisseurs sont protégés contre les principaux risques politiques, tels que la discrimination, l'expropriation et la nationalisation<sup>35</sup>, la rupture de contrats d'investissement<sup>36</sup>, les dommages dus à la guerre et à des événements analogues et la restriction injustifiée des transferts de fonds. Les États hôtes sont tenus d'accorder aux investissements des autres membres du TCE et aux activités connexes, comme la gestion, la maintenance, l'utilisation, la jouissance ou la disposition, un traitement non moins favorable que celui qu'ils accordent aux investissements

de leurs propres investisseurs ou d'investisseurs d'autres pays. L'obligation de non-discrimination s'applique uniquement au stade postérieur à l'investissement, c'est-à-dire à l'égard des investissements déjà réalisés.

Dans la phase antérieure à l'investissement<sup>37</sup>, il y a seulement une obligation d'« effort maximal » concernant l'octroi d'un traitement non discriminatoire. En outre, les membres du TCE doivent s'efforcer de ne pas introduire de nouvelles restrictions visant les investisseurs étrangers en ce qui concerne la réalisation d'un investissement (« statu quo ») et de réduire progressivement les restrictions restantes (« démantèlement »).

#### (iv) Externalités

De nombreux accords internationaux établissent des mécanismes de coopération entre États pour remédier aux externalités internationales. Bon nombre d'entre eux concernent la protection de l'environnement. Plus de 250 accords environnementaux multilatéraux sont actuellement en vigueur. Ils couvrent un large éventail de questions, telles que les espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (Convention sur le commerce international des espèces menacées d'extinction), la pêche (Accord des Nations Unies sur les stocks de poissons), les bois tropicaux (Accord international sur les bois tropicaux), le changement climatique (Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques et Protocole de Kyoto), et les déchets dangereux (Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination).

Comme cela a été dit précédemment, une vingtaine de ces accords renferment des dispositions relatives au commerce.<sup>38</sup> Par exemple, la Convention sur le commerce international des espèces menacées d'extinction soumet à un contrôle le commerce de certains spécimens de faune et de flore sauvages au moyen d'un régime de licences. La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination impose des interdictions visant l'exportation de déchets dangereux. L'Accord des Nations Unies sur les stocks de poissons autorise les parties à interdire les débarquements et les transbordements lorsqu'il est établi que la capture a été effectuée d'une manière qui compromet l'efficacité des mesures sous-régionales, régionales ou mondiales de conservation et de gestion en haute mer.

Certains observateurs se sont interrogés sur la relation entre les mesures relatives au commerce prévues dans les accords environnementaux multilatéraux et les règles commerciales internationales énoncées dans les accords de l'OMC. La nécessité d'assurer une cohérence entre les efforts multilatéraux visant à préserver l'environnement et le régime commercial multilatéral a été soulignée à la fois dans les discussions internationales sur l'environnement et à l'OMC. S'agissant de l'environnement, le besoin de cohérence est expressément reconnu dans le principe 12 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui est libellé comme suit :

Les États 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.

Le Préambule de l'Accord sur l'OMC reconnaît que l'expansion du commerce et de la production doit « permet[tre] l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable » et [doit] chercher à « protéger et [à] préserver l'environnement ». Dans la Décision ministérielle de 1994 sur le commerce et l'environnement, il est dit 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 ».

L'article XX du GATT de 1994 prévoit des exceptions pour les mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » ou « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables ». L'Accord OTC permet aux Membres de l'OMC d'adopter des règlements techniques pour protéger la santé ou la vie des personnes ou des animaux, préserver les végétaux ou protéger l'environnement. Dans le cas du commerce des services, l'article XIV de l'AGCS permet aux Membres de l'OMC d'adopter ou d'appliquer les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux.<sup>38</sup>

À ce jour, aucune mesure commerciale adoptée en vertu d'un accord environnemental multilatéral n'a été contestée au motif qu'elle était incompatible avec les obligations dans le cadre de l'OMC. Les accords environnementaux multilatéraux ont été examinés dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, qui portait sur une restriction visant l'importation de crevettes pêchées sans utiliser de dispositifs empêchant la capture accidentelle de tortues de mer. L'une des questions soulevées dans cette affaire était celle de savoir si l'expression « ressources naturelles épuisables » couvrirait les organismes vivants ou seulement les ressources minérales non vivantes. Après s'être référé à plusieurs instruments internationaux relatifs à l'environnement, comme la Convention sur la diversité biologique et le programme Action 21, l'Organe d'appel a conclu que l'expression englobait les organismes vivants.

Une autre question soulevée dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* était de savoir si la mesure était appliquée d'une manière conforme au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, qui exige que les mesures « ne soient pas appliquées 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 ». Dans la procédure initiale, il a été constaté que le Membre de l'OMC qui appliquait la restriction à l'importation n'avait pas respecté cette obligation parce qu'il avait « négocié sérieusement » avec un groupe de pays exportateurs, mais pas avec les pays exportateurs qui avaient engagé le différend. Il a été considéré que cela avait un effet

discriminatoire et que c'était injustifiable (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 172).

Toutefois, dans une procédure ultérieure, il a été constaté que les conditions énoncées dans le texte introductif de l'article XX avaient été respectées, car il avait été démontré que le Membre de l'OMC qui appliquait la restriction à l'importation avait fait des « efforts sérieux de bonne foi pour négocier un accord multilatéral » avec le groupe de pays exportateurs concerné. Dans cette procédure, il a été précisé en outre que « c'[était] une chose de préférer une approche multilatérale dans l'application d'une mesure qui [était] provisoirement justifiée au titre d'un des alinéas de l'article XX du GATT de 1994 et c'en [était] 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 ». En l'espèce aucune prescription en ce sens n'a été trouvée (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 124 et 134).

Un autre problème est que les différends concernant des mesures environnementales peuvent être soumis à l'OMC et à une autre instance simultanément, et que chacune de ces instances peut rendre des décisions contradictoires. Les Membres de l'OMC ont évité jusqu'à présent ce genre de situation. Cela est illustré par un différend entre le Chili et l'UE portant sur le débarquement des prises d'espadons.

En avril 2000, l'UE a demandé l'ouverture de consultations avec le Chili au sujet de la législation chilienne qui interdisait aux navires de l'UE de débarquer leurs prises d'espadons dans les ports chiliens, que ce soit pour l'entreposage à terre ou pour le transbordement sur d'autres navires (WT/DS193/1). L'UE a allégué que cette interdiction rendait impossible le transit par les ports chiliens, et que, de ce fait, elle était incompatible avec l'article V du GATT de 1994. Le Chili, quant à lui, a affirmé que l'UE était tenue, conformément à ses obligations dans le cadre de l'UNCLOS, d'adopter et d'appliquer des mesures de conservation pour leurs opérations de pêche en haute mer, et il a engagé une procédure contre l'UE auprès du Tribunal international du droit de la mer (TIDM). Toutefois, en mars 2001, l'UE et le Chili ont informé l'Organe de règlement des différends qu'ils étaient parvenus à un arrangement provisoire concernant ce différend et que, par conséquent, ils étaient convenus de suspendre la procédure de groupe spécial dans le cadre de l'OMC. Le Chili et l'UE sont finalement parvenus à régler le différend et, à leur demande, le TIDM a clos l'affaire le 16 décembre 2009.

Certains estiment qu'il est souhaitable de préciser davantage la relation entre l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux. Ainsi, à la Conférence ministérielle de Doha en 2001, les Membres de l'OMC sont convenus de mener des négociations au sujet du rapport entre les règles de l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux, en particulier ceux qui contiennent des « obligations commerciales spécifiques ». Ces négociations se tiennent dans le cadre des sessions extraordinaires du Comité du commerce et de l'environnement. Les Membres sont convenus que la portée de ces négociations serait limitée à l'applicabilité des règles de l'OMC aux Membres de l'OMC qui ont signé l'accord environnemental multilatéral considéré.

La corruption est un autre problème face auquel les États ont coopéré pour remédier à une externalité internationale. La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions

commerciales internationales exige que les signataires criminalisent la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. L'Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE) est une coalition de gouvernements, d'entreprises, de groupes de la société civile, d'investisseurs et d'organisations internationales qui cherchent à promouvoir une meilleure gouvernance dans les pays riches en ressources par la vérification et la publication des paiements effectués par les entreprises et des recettes des gouvernements provenant du pétrole, du gaz et des produits miniers.

Une autre initiative internationale examinée à l'OMC est le mécanisme du processus de Kimberley pour la certification des diamants bruts, initiative conjointe des gouvernements, de l'industrie et de la société civile visant à endiguer le flux des diamants de la guerre. Il s'agit des diamants bruts utilisés par des mouvements rebelles pour financer des conflits visant à déstabiliser des gouvernements légitimes, comme cela est indiqué dans les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité des Nations Unies. Le mécanisme du processus de Kimberley oblige ses membres à veiller à ce qu'un certificat du processus de Kimberley accompagne chaque expédition de diamants bruts exportés. Le document certifie que l'expédition ne contient aucun diamant de la guerre.

En 2003, le Conseil général de l'OMC a approuvé une demande de dérogation présentée par onze pays participant au processus de Kimberley, concernant l'application de certaines règles du GATT, dans les cas où des mesures étaient adoptées pour empêcher l'exportation de diamants de la guerre conformément au mécanisme du processus de Kimberley. En particulier, le Conseil général de l'OMC a accordé à onze Membres de l'OMC une dérogation à l'application de l'article I:1, de l'article XI:1 et de l'article XIII du GATT pour une période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2003 au 31 décembre 2006 (WT/L/518).<sup>39</sup> En décembre 2006, la dérogation de Kimberley a été prorogée jusqu'en 2012, et le nombre de Membres auxquels elle s'applique est passé à 19 (WT/L/676).

#### (v) « Hold-up »

Les accords d'investissement bilatéraux jouent un rôle important, en particulier en ce qui concerne les ressources minérales et les ressources énergétiques. Ils visent à résoudre ce que l'on appelle le problème du « hold-up »<sup>40</sup>, en empêchant le gouvernement d'un pays de modifier les règles applicables à l'investisseur une fois que l'investissement a été effectué (Guzman, 1998). Selon les estimations, plus de 1 100 accords d'investissement bilatéraux sont en vigueur actuellement, dont plus de 800 ont été conclus depuis 1987, et plus de 155 pays sont parties à des accords de ce genre (Lowenfeld, 2003). La plupart ont été conclus entre des pays développés et des pays en développement, mais beaucoup ont été conclus entre des pays en développement (Lowenfeld, 2003).

Les accords d'investissement bilatéraux exigent que le pays hôte accorde aux investisseurs étrangers un « traitement juste et équitable » et « une protection et une sécurité pleines et entières » (Lowenfeld, 2003). Ils interdisent au pays hôte d'établir une discrimination à l'égard des investisseurs étrangers et de saisir leurs biens sans compensation. La plupart des accords d'investissement bilatéraux disposent que « l'expropriation est légale et [qu']elle n'est pas incompatible avec les accords d'investissement bilatéraux si : i) elle est effectuée pour des motifs d'intérêt public ; ii) elle est non discriminatoire ; iii) elle est effectuée selon une

procédure régulière; et iv) elle s'accompagne du versement d'une compensation» (Lowenfeld, 2003). Les accords d'investissement bilatéraux prévoient aussi le recours à l'arbitrage international lorsqu'un investisseur estime que le pays hôte a manqué à ses obligations dans le cadre d'un tel accord. L'une des instances d'arbitrage qui est le plus fréquemment saisie est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale.<sup>41</sup> On peut aussi trouver des dispositions relatives à la protection des investissements dans d'autres accords internationaux, notamment dans des accords multilatéraux sectoriels, comme le Traité relatif à la Charte de l'énergie, et dans des accords commerciaux régionaux ou bilatéraux, comme l'ALENA.

L'OMC ne réglemente pas l'investissement, sauf en ce qui concerne les services fournis suivant le mode 3 (voir l'encadré 26). À la Conférence ministérielle de Singapour, en 1996, les Membres de l'OMC sont convenus d'établir un groupe de travail pour examiner les liens entre commerce et investissement.

À la Conférence ministérielle de Doha en 2001, les Membres de l'OMC ont reconnu « les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à assurer des conditions transparentes, stables et prévisibles pour l'investissement transfrontières à long terme, en particulier l'investissement étranger direct, qui contribuera à l'expansion du commerce » et ils sont convenus « que des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations. » Les Membres de l'OMC sont également convenus d'un programme de travail pour le Groupe de travail des liens entre commerce et investissement. Néanmoins, à la réunion du Conseil général tenue en 2004, ils ont décidé que les liens entre commerce et investissement ne feraient plus partie du Programme de travail de Doha et que « par conséquent il n'y aur[ait] pas de travaux en vue de négociations sur l'une quelconque de ces questions dans le cadre de l'OMC pendant le Cycle de Doha ».

### 3. Questions commerciales affectant les ressources naturelles : les défis à venir

Comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, les ressources naturelles présentent plusieurs caractéristiques qui justifient l'intervention de l'État pour améliorer le bien-être social, par rapport à une situation de libre-échange. L'analyse présentée dans ce rapport porte principalement sur les aspects du GATT/de l'OMC qui touchent au commerce des ressources naturelles. Bien que certaines des questions soulevées ci-après ne relèvent pas nécessairement de l'OMC, elles sont examinées ici parce qu'elles semblent pertinentes pour la coopération internationale dans le domaine des ressources naturelles.

L'examen des règles de l'OMC a montré que ces règles donnent aux gouvernements la possibilité de corriger les dysfonctionnements du marché liés à la spécificité des ressources naturelles, mais qu'elles prohibent certaines mesures limitant l'accès à ces ressources. Les droits de douane frappant la plupart des ressources naturelles, à l'exception du poisson, sont relativement faibles, et le nombre de différends concernant des ressources naturelles n'est pas très élevé. Cela ne signifie pas cependant que le commerce des ressources naturelles ne donne pas lieu à des conflits ou à des divergences de vues sur la nature ou le contenu

souhaitables des règles commerciales multilatérales. Des divergences opposent en effet les Membres de l'OMC dans certains domaines, en particulier en relation avec les subventions et les restrictions à l'exportation. Des préoccupations ont été exprimées aussi au sujet d'éventuelles interactions négatives entre les règles et les engagements établis à l'OMC et les politiques de conservation.

Les questions examinées ici, soulevées dans différents contextes, concernent notamment les restrictions à l'exportation, les subventions, les réglementations nationales et internationales, les problèmes liés à l'investissement dans le secteur des ressources naturelles, la concurrence, le transit et le transport, la distinction entre les biens et les services en relation avec les ressources naturelles, les droits de propriété intellectuelle et la conservation des ressources naturelles. Cette liste ne prétend pas être exhaustive, et le choix de ces questions ne signifie pas non plus qu'elles relèvent toutes de la compétence de l'OMC.

#### (a) Restrictions à l'exportation

##### (i) Taxes à l'exportation

Comme nous l'avons vu dans la sous-section 1, les règles de l'OMC interdisent, à quelques rares exceptions, d'appliquer des restrictions quantitatives à l'exportation mais il est généralement admis qu'elles n'interdisent pas l'utilisation de taxes ou de droits à l'exportation. On a vu aussi, dans cette sous-section que, dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, le Groupe spécial n'avait pas estimé que certaines restrictions à l'exportation constituaient des subventions permettant de prendre des mesures compensatoires au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.<sup>42</sup>

Les Membres de l'OMC auraient pu prendre des engagements contraignants en vue de réduire leurs taxes à l'exportation (comme dans le cas des droits d'importation), mais la plupart d'entre eux ne l'ont pas fait.

Toutefois, plusieurs pays qui ont accédé récemment à l'OMC, notamment la Chine, la Mongolie, l'Arabie saoudite, l'Ukraine et le Viet Nam, ont été invités par les Membres à négocier des « listes » d'engagements concernant les droits d'exportation dans le cadre des négociations en vue de leur accession.<sup>45</sup> Dans plusieurs cas, les droits d'exportation visés par les engagements concernent des ressources naturelles. La mesure dans laquelle ces engagements réduisent ou suppriment les taxes à l'exportation varie selon les Membres.

Des divergences d'intérêts concernant les taxes à l'exportation sont apparues dans le contexte des négociations du Cycle de Doha sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles. Dans leurs communications initiales au Groupe de négociation sur l'accès aux marchés, deux Membres ont indiqué que les négociations devraient porter aussi sur les restrictions à l'exportation, y compris les droits d'exportation.<sup>46</sup> L'un de ces Membres a même proposé l'établissement d'un Accord de l'OMC sur les taxes à l'exportation visant à éliminer progressivement toutes les mesures de ce type et prévoyant seulement quelques exceptions générales et des flexibilités limitées pour les pays en développement (JOB(07)/43). Cette proposition, motivée par la crainte que les taxes à l'exportation soient utilisées pour restreindre l'accès aux matières premières et aux intrants essentiels et entravent ainsi la croissance et le développement d'autres Membres de l'OMC, a été critiquée par plusieurs Membres qui ont fait valoir que les droits d'exportation étaient des outils légitimes de développement économique.

## Encadré 28 : Quelle est la justification économique des accords commerciaux ?

Les économistes invoquent essentiellement deux raisons pour expliquer pourquoi les gouvernements concluent des accords commerciaux : la première est le souci d'éviter les politiques d'« appauvrissement du voisin », qui sont attractives au niveau unilatéral mais destructrices au niveau multilatéral ; et la seconde est le souci d'éviter les politiques d'« auto-appauvrissement », qui sont attractives à court terme mais ne servent pas les intérêts à long terme de la société ((Bagwell et Staiger, 2009), (Organisation mondiale du commerce, 2007)).

La problématique repose sur l'idée que les décisions d'un pays en matière de politique commerciale affectent le bien-être d'un autre pays. Même si ce n'est en aucune façon le seul effet d'une politique d'appauvrissement du voisin, la littérature théorique met l'accent sur ses effets sur les termes de l'échange (Johnson, 1954). Un accord commercial comme l'Accord sur l'OMC a pour but d'obliger les gouvernements à tenir compte de ces effets lorsqu'ils élaborent leurs politiques.

Considérons deux grandes économies ouvertes qui sont en mesure d'influer sur l'offre et la demande mondiales et, partant, sur les prix mondiaux dans un secteur particulier. En imposant un droit d'importation, un pays augmente le prix des produits importés pour ses consommateurs, mais réduit le prix obtenu par les entreprises exportatrices étrangères. Cette variation des prix constitue un gain des termes de l'échange qui se fait au détriment du partenaire commercial, qui voit ses termes de l'échange se détériorer. Comme les pays interagissent de manière stratégique sur la scène internationale, ce partenaire commercial réagira en imposant un droit de douane sur les produits qu'il importe, améliorant ainsi ses termes de l'échange au détriment de l'autre pays. Au bout du compte, l'économie se trouve en équilibre, avec des droits de douane élevés et un faible volume d'échanges, situation que les économistes appellent généralement le « dilemme du prisonnier » lié aux termes de l'échange. Un accord commercial comme le GATT/l'OMC comporte un ensemble de règles et de principes, tels que la non-discrimination et la réciprocité, qui facilitent la coopération commerciale et permettent aux Membres d'éviter ce comportement non coopératif et d'améliorer le bien-être (Bagwell et Staiger, 1999 ; Bagwell et Staiger, 2002).<sup>43</sup>

L'autre raison pour laquelle des pays concluent un accord commercial est que les gouvernements peuvent avoir du mal à s'engager à poursuivre une politique commerciale maximisant le bien-être. Il se peut tout d'abord qu'une politique commerciale efficiente soit temporellement incohérente, notamment lorsque les choix politiques du gouvernement varient en fonction des circonstances. Dans ces conditions, une politique commerciale efficiente mais temporellement incohérente ne serait peut-être pas crédible aux yeux des agents économiques privés (Staiger et Tabellini, 1987). Il se peut aussi qu'une politique commerciale efficiente ne convienne pas à un gouvernement qui subit les pressions politiques de groupes d'intérêts représentant des secteurs en concurrence avec les importations (Maggi et Rodriguez-Clare, 1998). Dans ce cas, un accord commercial peut être une réforme institutionnelle qui améliorerait le bien-être, car il peut constituer un mécanisme d'engagement effectif obligeant les gouvernements membres à poursuivre une politique efficiente. Le système de l'OMC pourrait alors servir de point d'ancrage pour éviter l'adoption de stratégies auto-appauvrissantes.

Ces deux approches sont complémentaires, dans la mesure où l'une n'exclut pas l'autre, et plusieurs travaux récents corroborent empiriquement les deux théories. Broda *et al.* (2008) et Bagwell et Staiger (2006a) présentent des éléments compatibles avec l'approche des termes de l'échange, tandis que Staiger et Tabellini (1999), et Tang et Wei (2009) confirment l'idée que les engagements pris dans le cadre de l'OMC permettent de résoudre les problèmes de crédibilité.

Un accord commercial, comme tout autre accord de coopération internationale, doit être auto-exécutoire. En l'absence d'autorité supranationale capable de sanctionner les gouvernements contrevenants, les pays membres doivent se rendre compte qu'il est dans leur propre intérêt de respecter les règles internationales. La théorie économique a formalisé le principe de l'auto-exécution des accords commerciaux en introduisant le concept de jeux répétés.<sup>44</sup> La coopération commerciale a lieu lorsque les pays mettent en balance les gains que procurerait une violation de l'accord et les pertes qui résulteraient de mesures de rétorsion (c'est-à-dire de sanctions commerciales). Pour cette raison, le système du GATT/de l'OMC permet des mesures de rétorsion qui peuvent être appliquées lorsque des pays Membres ne respectent pas leurs engagements

La proposition a ensuite été révisée, et le texte révisé a été inclus dans la quatrième révision du projet de modalités concernant l'accès aux marchés pour les produits non agricoles. L'approche révisée marque le passage de l'interdiction générale des taxes à l'exportation, avec des exceptions fondées sur les règles du GATT, à l'établissement de règles sur la transparence et la prévisibilité qui, selon les proposants, pourraient être appliquées par l'inscription dans les listes d'engagements et la consolidation des taxes à l'exportation des Membres (c'est-à-dire la fixation de limites supérieures).

La politique d'exportation a aussi fait l'objet de discussions dans le cadre des négociations sur l'agriculture, comme en témoigne le projet de modalités de négociation<sup>47</sup> concernant les prohibitions et restrictions à l'exportation. Ce projet de texte vise à améliorer la transparence et la responsabilité. Il vise aussi à réduire la durée des restrictions quantitatives à

l'exportation de produits agricoles qui sont autorisées en vertu de l'article XI:2 a) du GATT de 1994 en tant que mesures appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie. Par ailleurs, plusieurs Membres ont fait des propositions concernant les taxes à l'exportation dans le secteur agricole. Nombre de ces propositions tendent à restreindre ou éliminer le recours à ces taxes. Elles ont été présentées soit dans le contexte des discussions sur l'agriculture postérieures au Cycle d'Uruguay qui ont été poursuivies dans le cadre du Cycle de Doha, soit au cours des deux ou trois premières années du Cycle de Doha. Ces propositions ont reçu peu d'attention ces dernières années.

Dans ce contexte, plusieurs accords commerciaux régionaux et bilatéraux interdisent l'application de droits de douane, de taxes et d'impositions d'effet équivalent aux exportations de marchandises originaires faisant l'objet d'échanges entre les parties à ces accords.<sup>48</sup>

La théorie économique des accords commerciaux explique en partie les raisons pour lesquelles les gouvernements peuvent souhaiter négocier des restrictions limitant le recours aux droits d'exportation.<sup>49</sup> Ce raisonnement repose sur l'idée que, d'un point de vue économique, les taxes à l'exportation sont semblables aux droits de douane. Il n'est donc pas surprenant que l'argument des termes de l'échange en faveur de la coopération internationale, qui s'applique aux droits d'importation, s'applique également aux taxes à l'exportation. Un grand pays peut améliorer ses termes de l'échange aux dépens de ses partenaires commerciaux en imposant des restrictions à l'exportation. La réduction de l'offre entraînera une hausse du prix mondial. Comme dans le cas des droits de douane, deux grands pays qui restreignent mutuellement leurs exportations peuvent se trouver face au « dilemme du prisonnier » s'ils ne coopèrent pas (voir l'encadré 28). En pareil cas, un accord commercial qui permettrait aux partenaires commerciaux de s'engager à réduire les taxes à l'exportation serait avantageux. Il convient de noter que cet argument ne s'applique pas seulement aux taxes à l'exportation sur les ressources naturelles. Il s'applique plus généralement aux taxes à l'exportation imposées par des pays qui sont assez grands pour influencer sur les prix mondiaux.

Un engagement de réduire les taxes à l'exportation pourrait être échangé contre un engagement de réduire soit les taxes à l'exportation soit les droits d'importation. Considérons le cas d'un pays importateur qui impose des tarifs progressifs le long de la chaîne de production dans un secteur de ressources naturelles, de sorte que les droits augmentent avec le degré de transformation. Le pays qui exporte la ressource naturelle peut décider d'imposer une taxe à l'exportation pour compenser l'effet des droits d'importation. Dans ce cas particulier, un accord prévoyant, d'une part, un engagement concernant les taxes à l'exportation et, d'autre part, un engagement concernant les droits d'importation serait mutuellement avantageux.

En théorie, la raison pour laquelle les gouvernements doivent pouvoir négocier des engagements concernant les taxes à l'exportation pourrait s'appliquer à certains instruments de politique intérieure. En effet, des arguments économiques de base peuvent être invoqués pour montrer l'équivalence conceptuelle entre certains instruments de politique commerciale et certains instruments de politique intérieure. Comme nous l'avons vu dans la section D, en l'absence de consommation intérieure, un quota de production national équivaut à un contingent d'exportation. Pourtant, alors que les contingents d'exportation sont prohibés par l'article XI du GATT, la plupart des observateurs considèrent que les quotas de production ne le sont pas. Bon nombre d'entre eux considèrent même que chaque État a le droit souverain de déterminer le volume de ressources naturelles pouvant être extrait ou exploité (voir les sous-sections 1 et 2 ci-dessus). De même, une taxe à l'exportation équivaut à une subvention à la consommation. En outre, en l'absence de production nationale, une taxe sur la consommation équivaut à un droit de douane. Étant donné cette équivalence, les gouvernements peuvent, selon les circonstances, préférer recourir à un instrument de politique intérieure plutôt qu'à des mesures de politique commerciale équivalentes.

Considérons le marché du pétrole. Les exportateurs utilisent généralement des restrictions à la production et les importateurs des taxes sur la consommation. Tout comme un droit d'importation, une taxe sur la consommation imposée dans le pays importateur réduit la demande intérieure de pétrole – et, partant, la demande mondiale – et fait baisser le prix mondial, transférant une partie de la rente tirée de la

ressource (c'est-à-dire la prime dont bénéficie le producteur ou l'exportateur en sus du coût d'opportunité) du pays exportateur au pays importateur. De même, tout comme une restriction à l'exportation, un quota contingent de production appliqué dans le pays exportateur réduit l'offre sur le marché international et fait monter le prix mondial, transférant ainsi la rente du pays importateur au pays exportateur.<sup>50</sup>

L'incidence transfrontières du transfert de rente résultant des taxes sur la consommation et des quotas de production donnent lieu à une situation de type dilemme du prisonnier, semblable à celle qui a été évoquée plus haut. Si chaque pays agit de manière non coopérative, il aura intérêt à adopter une politique inefficace pour détourner la rente tirée de la ressource de son partenaire commercial. Par exemple, alors que les taxes sur la consommation de pétrole pourraient être fixées de manière efficace à un taux positif pour compenser le dommage environnemental causé par les émissions de dioxyde de carbone, les pays importateurs peuvent être enclins à dépasser le taux efficace. Un argument analogue peut être appliqué aux pays producteurs, qui peuvent restreindre la production (et, de ce fait, l'exportation) de pétrole à des fins protectionnistes et pour conserver la ressource. Selon Collier et Venables (2009), les interventions visant à transférer la rente d'un pays à un autre par le biais des droits de douane ou des taxes à l'exportation constituent un jeu à somme nulle, car le gain ou la perte de l'un des partenaires commerciaux est compensé par le gain ou la perte de l'autre partenaire. Elles provoquent une importante variation des prix entre les différents marchés nationaux, ce qui est source d'inefficacité. Par exemple, des prix élevés dans les pays importateurs peuvent réduire la consommation plus que ne l'exigerait la protection de l'environnement. Les leçons tirées de la théorie des accords commerciaux s'appliquent aussi dans ce contexte. Les pays importateurs et les pays exportateurs pourraient en principe conclure un accord mutuellement avantageux prévoyant la réduction des restrictions à la production et des taxes sur la consommation de manière à limiter les pertes d'efficacité sans affecter la répartition internationale de la rente.

Il se peut évidemment que la réduction des restrictions à la production dans le secteur pétrolier n'aille pas jusqu'à l'élimination totale des restrictions. Il peut être nécessaire de limiter la production au nom de la gestion efficace d'une ressource épuisable ou à cause des effets nocifs des émissions de dioxyde de carbone.

### (ii) *Licences d'exportation*

En liaison avec les discussions sur les taxes à l'exportation, un débat a eu lieu récemment dans le cadre des négociations du Cycle de Doha, après la présentation, par quatre Membres de l'OMC, d'une proposition concernant un protocole sur la transparence des régimes de licences d'exportation.<sup>51</sup> Cette proposition reflète la préoccupation exprimée par l'un des quatre Membres dans un document distribué en 2006<sup>52</sup>, concernant l'utilisation de restrictions quantitatives à l'exportation de ressources naturelles.

Le document de 2006 examinait la nécessité de renforcer les disciplines concernant les restrictions à l'exportation, faisant valoir que les dispositions régissant l'application de restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation dans le cadre du GATT/de l'OMC n'étaient pas équilibrées. Les dispositions existantes en matière de restrictions à l'exportation sont souvent moins explicites et moins précises que celles qui s'appliquent aux restrictions à l'importation. Le document proposait donc des disciplines pour accroître la

transparence des restrictions à l'exportation, en particulier lorsqu'elles s'appliquent à des minéraux et à d'autres ressources naturelles épuisables. Sur la base de ce document, il a ensuite été proposé de mener des négociations sur la transparence des régimes de licences d'exportation, notamment sur un projet d'accord sur les procédures de licences d'exportation. Cette proposition a ensuite été révisée pour devenir le protocole proposé, qui ne serait pas limité aux ressources naturelles.

## (b) Subventions

Plusieurs questions ayant trait aux subventions accordées dans le secteur des ressources naturelles ont été abordées dans les négociations en vue de l'accession de certains pays à l'OMC et/ou sont examinées dans le cadre des négociations du Cycle de Doha. Avant d'examiner ces questions spécifiques, voyons ce que la théorie économique nous dit au sujet des raisons justifiant l'inclusion, dans les accords commerciaux, de disciplines relatives aux subventions.

Comme nous l'avons vu dans l'encadré 28, la littérature économique explique le rôle des accords commerciaux principalement de deux façons: par l'approche des engagements et par l'approche des termes de l'échange. Selon la première, les règles de l'OMC relatives aux subventions offrent aux décideurs un mécanisme d'engagement permettant d'éliminer ou de limiter de façon crédible une politique inefficace. Brou et Ruta (2009), ainsi que Brou, Campanella et Ruta (2010), démontrent ce point dans le cas des subventions intérieures, mais leur raisonnement s'applique aussi aux subventions à l'exportation.

Dans l'approche des termes de l'échange, l'argument en faveur de l'imposition de disciplines régissant l'utilisation des subventions est plus limité (Bagwell et Staiger, 2006b; Bagwell et Staiger, 2001b; Janow et Staiger, 2003). L'inefficacité fondamentale associée aux choix de politique commerciale unilatéraux consiste en l'insuffisance du volume des échanges et, dans la mesure où une subvention augmente le volume des échanges, elle accroît l'efficacité. Le fait de restreindre l'utilisation des subventions irait donc à l'encontre du but recherché.<sup>53</sup> Toutefois, si les règles empêchent l'octroi de nouvelles subventions ayant pour effet d'affaiblir les engagements tarifaires négociés, elles aident les gouvernements à négocier des accords plus efficaces en matière d'accès aux marchés, ce qui accroît l'efficacité.

Une question connexe est celle du rôle des subventions intérieures comme moyen d'action efficace (c'est-à-dire de premier rang) pour remédier aux défaillances du marché (Bhagwati et Ramaswami, 1963; Johnson, 1965). L'argument est que les règles relatives aux subventions dans un accord commercial devraient laisser aux gouvernements Membres une marge de manœuvre suffisante pour corriger les distorsions. Sinon, les décideurs peuvent être tentés de recourir de manière excessive à d'autres mesures – moins efficaces – telles que les droits de douane, à la place des subventions intérieures (Sykes, 2005).

### (iii) Subventions à la pêche

Les subventions à la pêche sont un exemple bien documenté de subventionnement d'un secteur de ressources naturelles. De nombreux commentateurs considèrent que les subventions à la pêche exacerbent le problème de l'épuisement des ressources en encourageant la surexploitation. Dans ce contexte, on s'est demandé si l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC), sous sa forme actuelle,

soumettait ces subventions à des disciplines adéquates. Comme cela a été dit dans la section C, on peut s'attendre à ce que la courbe de l'offre de poissons s'infléchisse vers l'arrière au-delà d'un certain niveau de prix en raison de la surexploitation et de la baisse de la productivité lorsque les droits de propriété sont mal définis. Cela signifie qu'au-delà de ce prix de seuil, une subvention pourrait réduire au lieu d'accroître les quantités pêchées. Dans ces conditions, il semble que ni les importateurs de poissons subventionnés, ni les exportateurs vers le pays qui accorde la subvention n'aurait de raison de porter plainte devant l'OMC.

Un deuxième point est qu'une subvention à la pêche a peu de chances d'être contestée en tant que subvention à l'exportation au titre de l'Accord SMC parce que les subventions à la pêche sont généralement accordées par les importateurs nets de poissons destinés à la consommation intérieure (Young, 2009). Ces subventions seront plus probablement considérées comme des subventions pouvant donner lieu à une action. Dans ce cas, pour obtenir gain de cause, un Membre qui conteste la subvention devant l'OMC devra démontrer qu'elle a des effets défavorables pour lui. Selon plusieurs commentateurs, ce n'est pas chose aisée (Young, 2009), notamment pour les raisons suivantes. Premièrement, le caractère disparate des espèces halieutiques fait qu'il est plus difficile de prouver qu'il y a un détournement d'échanges. Deuxièmement, les distorsions affectent la disponibilité des ressources et non les prix pour les exportateurs (ce qui ne constitue pas un motif de contestation au titre de l'Accord SMC). Troisièmement, il est difficile d'identifier un prix de référence pour évaluer la perte car le subventionnement a des effets de distorsion dans l'ensemble du secteur (communication de la Nouvelle-Zélande, 2002).

Un dernier élément qui semble rendre difficile l'application de l'Accord SMC dans le cas des subventions à la pêche est que les Membres de l'OMC ne notifient pas convenablement les subventions qu'ils accordent à la pêche. De ce fait, les autres Membres manquent de données significatives sur ces subventions (communication présentée par l'Australie, le Chili, l'Équateur, les États-Unis, l'Islande, la Nouvelle-Zélande, le Pérou et les Philippines 2002).

Pour les raisons qui précèdent, des efforts concertés ont été faits, dans le cadre du Cycle de Doha, pour négocier un ensemble de règles qui s'appliqueraient spécifiquement aux subventions à la pêche. Dans la Déclaration adoptée à la Conférence ministérielle de l'OMC, tenue à Hong Kong, Chine en 2005, il était dit qu'il était «largement» admis que les Membres de l'OMC devaient «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 il était demandé aux Membres 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».

Les aspects économiques des subventions permettent de mieux comprendre l'effet de telles mesures sur le secteur de la pêche. Si le secteur connaît un problème de libre accès et de surpêche, une subvention qui stimule la production (subvention à la production ou à l'exportation) aggravera le problème de la surpêche et réduira éventuellement le bien-être social (voir la section D). Alors, pourquoi les décideurs adoptent-ils de telles mesures? Comment les règles de l'OMC peuvent-elles y remédier? Les économistes voient principalement deux raisons expliquant pourquoi les gouvernements utilisent des subventions en présence d'un

problème de libre accès: des considérations d'économie politique (pressions exercées par le secteur en concurrence avec les importations ou les exportations) et, dans le cas de subventions accordées à des industries en concurrence avec les importations, une manipulation des termes de l'échange (désir de modifier les prix mondiaux pour un gain des termes de l'échange).

Examinons tout d'abord l'argument d'économie politique. Considérons des pêcheries situées à l'intérieur d'une zone économique exclusive (ZEE), ce qui confère au pays concerné certains droits exclusifs. En l'absence d'autres défaillances du marché, une subvention à la pêche redistribue le revenu à l'intérieur du pays en le transférant des contribuables aux pêcheurs et réduit le bien-être social en encourageant la surexploitation de la ressource. Un secteur organisé politiquement réalise un gain aux dépens du reste de la société (notamment des générations actuelles et futures). Dans cette situation, des règles de l'OMC régissant les subventions à la pêche fourniraient aux décideurs un mécanisme d'engagement permettant d'éliminer de façon crédible une politique inefficace, dans l'esprit de la fonction d'engagement des accords commerciaux, examinée dans l'encadré 28.

Une subvention à la pêche visant à manipuler les termes de l'échange du pays pourrait sembler intéressante lorsque les droits de douane sont limités par des engagements. Si la pêche se situe à l'intérieur d'une même ZEE, le seul effet que les subventions auraient sur les autres pays concernerait les termes de l'échange. De fait, une subvention accordée à des pêcheries en concurrence avec les importations réduirait les importations. Cela constituerait une mesure protectionniste si le pays qui accorde la subvention était suffisamment grand (c'est-à-dire que la subvention aurait un effet négatif sur les termes de l'échange des partenaires commerciaux). Toute tentative unilatérale pour manipuler les termes de l'échange au moyen de subventions conduira à une situation de type « dilemme du prisonnier » (voir l'encadré 28), exactement comme dans le cas d'une guerre tarifaire.<sup>54</sup> Un accord dont les signataires s'engagent réciproquement à réduire ou à éliminer les subventions à la pêche supprimerait tous les effets sur les termes de l'échange et améliorerait le bien-être social mondial.

Il faut cependant noter que, dans les deux cas examinés ci-dessus, le problème de la surpêche serait atténué, mais pas éliminé. Comme nous l'avons vu dans la section D, il faudrait encore remédier au problème du libre accès en attribuant convenablement les droits de propriété et en adoptant une réglementation intérieure appropriée dans chaque pays. Enfin, en présence de biens communs mondiaux, tels que les stocks de poissons chevauchants ou grands migrateurs, les subventions génèrent deux types d'effets – une externalité classique liée à la manipulation des termes de l'échange et une externalité liée à la surexploitation d'une ressource mondiale. Un accord commercial ne remédierait qu'à l'effet sur les termes de l'échange. Il faudrait encore un autre accord pour remédier au problème global de libre accès car un pays ne sera pas incité à contrôler les prix si les autres pays n'en font pas autant.

La théorie économique fait une distinction entre les « mauvaises » subventions (celles qui ont des effets de distorsion des échanges et qui aggravent le problème du libre accès) et les « bonnes » subventions, qui visent à remédier à une défaillance du marché. Pour être efficaces, les règles en matière de subventions doivent donc établir le bon équilibre et prévoir une certaine forme de flexibilité (voir Brou, Campanella et Ruta (2010) pour une étude générale). Par

exemple, il peut être économiquement justifié de faire une distinction entre les subventions qui contribuent à la surpêche et celles qui aident les pouvoirs publics à gérer les pêcheries et à réduire la capacité de pêche (voir la section D). Ce point est avancé par Copeland et Taylor (2009), qui examinent l'importance de la surveillance pour une bonne gestion des ressources. Selon eux, ce qui importe pour remédier au problème du libre accès, c'est d'établir des droits de propriété effectifs plutôt que des droits de propriété formels. Cela donne à penser que les « bonnes » subventions, comme celles qui sont nécessaires pour développer une capacité de surveillance, devraient être exclues de tout engagement en matière de réduction ou d'élimination.

Les négociations sur les subventions à la pêche menées dans le cadre du Cycle de Doha ont progressé même si plusieurs questions restent très controversées (Bilsky, 2009). En novembre 2007, le Président du Groupe de négociation sur les règles a présenté un texte de négociation proposant des amendements à l'Accord SMC qui établissaient de nouvelles disciplines concernant les subventions à la pêche.<sup>55</sup> Ce texte contenait une liste de subventions spécifiques à la pêche qui seraient prohibées car c'était celles qui pouvaient contribuer le plus à la surcapacité ou à un effort de pêche excessif et préjudiciable.<sup>56</sup> Il contenait aussi une liste de subventions qui ne seraient pas prohibées. Sous réserve de certaines conditions, tous les Membres de l'OMC pourraient, par exemple, accorder des subventions pour les secours en cas de catastrophe naturelle, pour l'adoption de techniques visant à réduire l'impact environnemental de la pêche, pour le respect plus strict des régimes de gestion de la pêche et pour le désarmement des navires.

Le texte du Président répondait aussi à la demande d'un traitement spécial et différencié pour les pays en développement. Ainsi, les pays les moins avancés seraient autorisés à octroyer tous les types de subventions et les pays en développement, en général, pourraient accorder des subventions pour l'infrastructure, le soutien des revenus et le soutien des prix. Ils seraient aussi autorisés à accorder des subventions à la pêche de subsistance tandis que les subventions aux pêcheries industrielles seraient soumises à certaines conditions. En plus de la liste des subventions prohibées et des exceptions, le texte du Président énonçait des disciplines générales et uniformes concernant les subventions ayant des effets préjudiciables avérés sur les stocks de poissons chevauchants, les stocks de poissons grands migrateurs ou d'autres stocks dans lesquels un autre Membre de l'OMC a des intérêts de pêche identifiables.

Le texte du Président a fait l'objet de discussions approfondies. Mais, comme les divergences de vues entre les participants sont restées importantes, ces discussions n'ont pas produit les éléments qui auraient permis au Président de proposer une révision de son texte qui aurait pu conduire à une plus grande convergence. Le Président a donc décidé de distribuer une feuille de route pour la poursuite des discussions sur la pêche. Cette feuille de route pose une série de questions qui visent à clarifier les positions des participants sur les différents aspects du mandat.

#### *(iv) Accords d'accès aux pêcheries*

Plusieurs Membres de l'OMC ont présenté au Groupe de négociation sur les règles des propositions concernant les accords d'accès aux pêcheries. Ces accords impliquent généralement des paiements d'État à État en échange de l'accès à la zone économique exclusive d'un pays en développement. Ces accords sont une importante source de

revenu pour certains pays en développement, qui ont proposé de les exclure du champ d'application de toute discipline en matière de subventions à la pêche. Mais ils représentent aussi maintenant la principale source d'approvisionnement en espèces telles que le thon, certains poissons de fond et les mollusques, pour l'UE et le Japon, qui sont d'importants pays pratiquant la pêche hauturière (PPPH). Selon Orellana (2007), les conditions de ces accords ne laissent souvent aux pays hôtes qu'une fraction de la valeur effective de la ressource, et bon nombre d'entre eux ont conduit à l'épuisement des stocks des pays hôtes.

La question est de savoir si le transfert des droits d'accès à la flotte hauturière du PPPH qui conclut un accord d'accès constitue une subvention. La réponse à cette question dépend du montant du paiement reçu par le PPPH en échange du droit de pêche qu'il accorde à sa flotte hauturière. Les communications présentées par des Membres de l'OMC portent généralement sur ces paiements. Mais elles reflètent des vues différentes sur le rôle et le statut juridique des accords d'accès. Certaines proposent l'exemption totale de ces accords des nouvelles disciplines, tandis que d'autres suggèrent de subordonner l'exemption à l'absence de subvention et à des critères environnementaux et/ou de transparence.

D'après le texte du Président de novembre 2007, les paiements d'État à État ne seraient pas des subventions. Les subventions découlant du transfert ultérieur, par un gouvernement Membre payeur, des droits d'accès à sa flotte de pêche seraient en principe prohibées, sauf si l'accord d'accès concerne des pêcheries situées dans la zone économique exclusive d'un pays en développement, s'il est rendu public et s'il comporte des dispositions visant à empêcher la surpêche sur la base des meilleures pratiques reconnues au niveau international.

#### (v) *Système de double prix*

La question du double prix est une autre question relative aux subventions qui a été soulevée dans le cadre des négociations d'accession de divers pays à l'OMC, dans plusieurs différends et dans les négociations du Cycle de Doha sur les règles. Comme cela a été dit précédemment, le système du double prix consiste en l'application, par un gouvernement, de prix différenciés sur le marché intérieur et à l'exportation, au moyen, par exemple, d'un règlement qui fixe le prix maximum auquel une ressource naturelle peut être vendue sur le marché intérieur, prix qui est inférieur au prix pratiqué sur le marché d'exportation.

Dans la sous-section 1, nous avons vu que le système de double prix soulève des questions au regard de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires et éventuellement des articles XI et XVII du GATT. Dans plusieurs négociations d'accession, par exemple, il y a eu des discussions sur le point de savoir si le système de double prix de l'énergie confère aux exportateurs nationaux opérant dans des secteurs à forte intensité d'énergie un avantage concurrentiel déloyal qui serait jugé illicite au regard de l'Accord SMC. Dans les négociations sur les règles, une délégation a présenté une proposition visant à clarifier les disciplines relatives à la pratique du double prix dans le cadre de l'Accord SMC.<sup>57</sup>

Comme nous l'avons vu dans la section D, un système de double prix, par exemple, pour le gaz naturel, a un effet analogue à celui d'une taxe à l'exportation, qui équivaut elle-même à une subvention accordée aux utilisateurs de gaz

nationaux. Cette pratique réduit le prix intérieur de la ressource naturelle par rapport à son prix à l'exportation. Pour cette raison, elle confère un avantage de coût aux industries d'aval (c'est-à-dire aux producteurs de produits à forte intensité d'énergie), ce qui entraîne un accroissement des exportations et – partant, si le pays occupe une place suffisamment importante sur les marchés internationaux, une baisse du prix mondial des produits de ces industries. Les similitudes entre les systèmes de double prix et les taxes à l'exportation doivent être prises en compte à des fins purement analytiques.

Comme pour les taxes à l'exportation et les subventions, les économistes soutiennent que le système de double prix a un effet d'appauvrissement du voisin lorsqu'il entraîne la baisse du prix mondial des produits à forte intensité de ressource. Cela peut conduire à l'adoption (ou être le résultat) de mesures de politique commerciale visant à restreindre les importations des produits originaires du pays qui pratique un double prix (progressivité des droits de douane). Un accord qui réglerait la pratique du double prix par les pays riches en ressources et la progressivité des droits de douane des pays importateurs de ressources serait mutuellement avantageux.

L'efficacité peut être pour les gouvernements une raison légitime d'accorder des subventions dans les cas où il y a une défaillance du marché. Dans le cas d'un système de double prix, la défaillance du marché doit être liée à une consommation inefficace de la ressource naturelle ou à l'existence d'une industrie naissante. Un système de double prix peut être un moyen efficace d'accorder une subvention (si un contrôle des prix peut être facilement appliqué), mais ce n'est pas nécessairement la politique optimale. Si le système ne peut pas être soigneusement ciblé, tous les consommateurs de la ressource naturelle bénéficient de la subvention implicite qu'il accorde. Cela peut poser un problème si la subvention était destinée à une partie seulement des utilisateurs. Dans ce cas, une subvention à la consommation qui remédie directement au problème peut être une solution plus appropriée, car elle permet d'éviter la surconsommation de la ressource dans tous les autres secteurs. Il importe de garder cela à l'esprit car, compte tenu de l'approche fondée sur l'engagement (voir l'encadré 28), la réglementation des mécanismes de double prix au moyen d'un accord commercial pourrait être motivée par la nécessité d'imposer des limites à une politique d'auto-appauvrissement.

#### (vi) *Subventions aux combustibles fossiles*

En septembre 2009, les leaders du G-20 sont convenus d'éliminer les subventions inefficaces aux combustibles fossiles. Dans le communiqué de Pittsburgh, il est dit en substance que « *les subventions inefficaces aux combustibles fossiles encouragent la surconsommation, réduisent la sécurité énergétique, freinent l'investissement dans les sources d'énergie propres et compromettent les efforts faits pour lutter contre la menace de réchauffement climatique* ». <sup>58</sup> Comme nous l'avons vu dans la section C.4, la consommation de combustibles fossiles a un effet négatif sur l'environnement, en raison des émissions de CO<sub>2</sub> qui ne sont pas pleinement intégrées dans les prix du marché. Certaines formes de subventions, comme les subventions à la consommation, aggravent cette externalité environnementale négative. Un engagement international visant à limiter le recours à des politiques inefficaces correspond bien à la fonction d'engagement des accords commerciaux, dont il est question dans l'encadré 28.

*(vii) Exception au titre de l'Accord SMC*

Un autre sujet de préoccupation, lié lui aussi à l'existence de défaillances du marché, est que les règles de l'OMC risquent d'empêcher les gouvernements de poursuivre des politiques de conservation. En vertu de l'article 8 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, certaines subventions environnementales sont considérées comme ne pouvant pas donner lieu à une action (c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être contestées devant l'OMC ni faire l'objet de mesures compensatoires). Toutefois, ces dispositions sont arrivées à expiration à la fin de 1999 parce que les Membres de l'OMC ne sont pas convenus de les maintenir.<sup>59</sup> Comme l'a noté Marceau (2010b), de nombreux commentateurs ont demandé le rétablissement de ces dispositions pour permettre l'octroi de certaines subventions destinées à protéger l'environnement, notamment pour les énergies renouvelables et pour l'atténuation du changement climatique ou l'adaptation au changement climatique. Mais à ce jour, cette demande n'a été prise en compte dans aucune proposition ou discussion dans le cadre des négociations au Cycle de Doha sur les règles de l'OMC.

*(c) Réglementation intérieure*

À quels problèmes l'OMC est-elle confrontée lorsque la défaillance du marché dans le secteur des ressources naturelles est purement locale – c'est-à-dire, lorsque l'effet « externe » d'une opération économique (par exemple pollution, épuisement de la ressource naturelle) est circonscrit aux frontières d'un pays et, de ce fait, ne nuit pas au bien-être de la population d'autres pays ? Les économistes ont mis en évidence deux problèmes majeurs. Certains craignent que les règles de l'OMC n'incitent les pays à mettre en place une réglementation sous-optimale, au risque d'occasionner la dissipation de la ressource naturelle. Selon ce scénario, les gouvernements, ayant les mains liées sur le plan de la politique commerciale, peuvent hésiter à adopter une réglementation efficace, qui favorisait les producteurs étrangers. D'autres craignent que la réglementation intérieure ne serve à influencer sur les courants d'échanges. Ils pensent que les gouvernements pourraient compenser l'incidence des réductions tarifaires sur l'accès aux marchés au moyen d'une réglementation intérieure plus souple, qui avantage en termes de coûts les producteurs en concurrence avec les importations.

Bagwell et Staiger (2001a) montrent que les négociations commerciales peuvent influencer sur la volonté d'un gouvernement d'instaurer une réglementation efficace et ce, de deux manières différentes, soulevant chacune un problème distinct. Dans leur modèle, la politique commerciale peut avoir un effet négatif sur les partenaires commerciaux à travers les termes de l'échange (voir l'encadré 28) et la réglementation intérieure vise à remédier à une défaillance du marché local.

Prenons un exemple concret. Considérons le cas où deux pays doivent réglementer de la pêche dans un lac intérieur. Dans ce contexte, les pays n'exercent une influence l'un sur l'autre que par leurs interactions de marché (c'est-à-dire, leurs échanges) et il n'y a pas d'autres effets externes transfrontières. Autrement dit, les pays peuvent se soucier de la réponse réglementaire apportée par leurs partenaires commerciaux au problème du libre accès, mais seulement en raison des effets commerciaux de ces choix. En l'absence d'institutions facilitant la coopération internationale, les gouvernements réglementeraient efficacement le problème du libre accès mais ils seraient incités à imposer des

restrictions au commerce importantes et inefficaces. Cela tient à ce que l'inefficacité des choix politiques unilatéraux découle seulement du désir d'obtenir des gains des termes de l'échange au détriment des partenaires commerciaux. Comme le problème du libre accès est un problème purement national, le gouvernement n'est pas incité à sous-(ou sur-)réglementer le secteur des ressources naturelles.

Il n'en va pas de même lorsque les pays mènent des négociations tarifaires, mais définissent unilatéralement leurs politiques nationales. Dans ce cas, une fois qu'ils ont pris des engagements tarifaires dans le cadre d'un accord commercial, les gouvernements peuvent être incités à établir une réglementation intérieure inefficace. Intuitivement, si la libéralisation du commerce peut modifier le niveau optimal de réglementation intérieure, les gouvernements comprennent désormais que, comme ils ont consolidé leurs droits de douane (c'est-à-dire qu'ils se sont fermement engagés à ne pas dépasser un plafond), une modification de la réglementation peut affecter l'accès aux marchés accordé aux partenaires commerciaux. Dès lors, deux situations sont possibles, comme on le verra plus loin.

*(iv) La réglementation des ressources naturelles est-elle un obstacle au commerce ?*

Si la réglementation intérieure a une incidence sur l'accès aux marchés, les engagements en matière de politique commerciale peuvent amener un gouvernement à modifier sa réglementation pour restreindre l'accès au marché accordé à ses partenaires commerciaux.<sup>60</sup> Par exemple, la suppression d'une réglementation intérieure restrictive (par exemple l'affaiblissement de la réglementation minière visant à préserver l'environnement, la prolongation de la période de pêche dans un lac intérieur) peut conférer un avantage de coût au secteur en concurrence avec les importations, par rapport aux producteurs étrangers et restreindre ainsi l'accès du partenaire commercial au marché intérieur.

Bagwell et Staiger (2001a) montrent que, d'un point de vue théorique, l'inclusion d'une clause de non-violation (comme celle de l'article XXIII du GATT) dans l'accord commercial peut résoudre ce problème. Le fait que le partenaire commercial peut porter plainte devant l'OMC, même si la modification de la réglementation intérieure ne va pas à l'encontre des règles de l'OMC, limite l'incitation à assouplir la réglementation. Cette solution institutionnelle permet aux Membres de l'OMC de trouver la combinaison efficace des politiques commerciale et intérieure, chaque fois qu'ils sont tentés d'adopter une réglementation intérieure qui remettrait en cause l'accès aux marchés accordé aux partenaires commerciaux par le biais de réductions tarifaires.

Cependant, comme l'ont fait observer Staiger et Sykes (2009), dans la pratique, seulement trois plaintes en situation de « non-violation » ont été jugées recevables dans l'histoire du système du GATT/ de l'OMC, et aucune d'elles ne concernait une réglementation intérieure. Selon Staiger et Sykes, le raisonnement du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* jette un doute sérieux sur la perspective de voir aboutir des plaintes en situation de non-violation concernant une réglementation intérieure.

(v) *Les règles commerciales sont-elles un obstacle à la conservation des ressources naturelles ?*

Comme leur marge de manœuvre est limitée par leurs engagements en matière de politique commerciale, les responsables politiques sont moins tentés d'adopter une réglementation intérieure qui élargit (au lieu de limiter) l'accès aux marchés pour les partenaires commerciaux. Supposons que le prix d'une ressource naturelle attire plus d'opérateurs dans un secteur de ressources naturelles et accentue le problème de libre accès. Dans ce cas, la politique intérieure efficiente serait de limiter l'accès à la ressource (par exemple, par l'imposition de quotas d'exploitation plus stricts), mais le gouvernement peut hésiter à le faire car cela conférerait au partenaire commercial un plus large accès au marché, au détriment du secteur en concurrence avec les importations.

L'introduction d'une norme imposant une méthode d'exploitation ou d'extraction « respectueuse de l'environnement » (c'est-à-dire qui réduit les atteintes à l'environnement) est un autre exemple de ce genre de situation. Si cette norme entraîne une augmentation des coûts de production pour les entreprises nationales, les responsables politiques doivent là encore faire un choix entre l'amélioration de la gestion des ressources naturelles et la diminution de la compétitivité des producteurs en concurrence avec les importations.

Bagwell et Staiger (2001a) font valoir que ce problème d'incitation pourrait être réglé si les règles commerciales conféraient aux gouvernements le droit de déterminer la combinaison de mesures de politique commerciale et de politique intérieure permettant de stabiliser leurs engagements en matière d'accès aux marchés envers leurs partenaires commerciaux. La flexibilité supplémentaire ainsi assurée garantirait l'adoption d'une politique commerciale et d'une politique intérieure efficaces, car le gouvernement pourrait modifier la réglementation intérieure sans se soucier des conséquences en découlant en termes d'accès aux marchés. Dans la logique des exemples précédents, le gouvernement pourrait instaurer des quotas d'exploitation plus stricts ou une norme imposant des méthodes d'exploitation/d'extraction « propres » et relever les droits de douane de manière à maintenir le même niveau d'accès au marché dans le secteur des ressources naturelles.

Comme nous l'avons vu dans la sous-section E.1, la capacité des gouvernements de combiner gestion des ressources naturelles et mesures commerciales peut être limitée par les règles de non discrimination (articles premier et III du GATT). La restriction de l'accès au marché intérieur pour les producteurs étrangers employant des procédés et des méthodes de production (PMP) non respectueux de l'environnement pourrait être justifiée au motif que les biens produits selon des PMP différents ne sont pas des « produits similaires », mais la question n'est pas tranchée. Cependant, même si une réglementation est à première vue contraire aux articles premier et III du GATT, les règles de l'OMC offrent une certaine flexibilité, en vertu de l'article XX du GATT, pour répondre aux problèmes de conservation et d'environnement associés à la gestion des ressources naturelles.

Comme cela a déjà été dit, l'article XX autorise les Membres de l'OMC à imposer des mesures commerciales par ailleurs incompatibles si elles se rapportent à la conservation des ressources naturelles épuisables (article XX g)) ou si elles sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des

personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (article XX b)). On pourrait faire valoir que, comme c'est la nouvelle réglementation qui se rapporte directement à la conservation de la ressource, la mesure commerciale ne peut pas relever de l'article XX. Mais on pourrait citer aussi la décision rendue dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, selon laquelle il fallait examiner la combinaison des réglementations dans son ensemble, et non la seule réglementation.<sup>61</sup>

(d) *Réglementation internationale*

Si la gestion de certaines ressources naturelles dans un pays n'a pas forcément d'incidence directe sur le bien-être de la population d'autres pays (ou, plus précisément, si elle n'a une incidence qu'à travers ses effets sur le commerce), dans bien des cas, la réglementation intérieure – ou l'absence de réglementation intérieure – a des retombées qui dépassent les frontières nationales. Un cas exemplaire est celui où des droits de propriété mal définis conduisent à la surexploitation d'une ressource naturelle partagée par plusieurs pays, comme le poisson, ou contribuent au réchauffement climatique, s'il s'agit de forêts. Lorsque des externalités internationales sont en jeu, les ressources naturelles constituent des « biens communs mondiaux » ; il est évidemment impossible d'établir des politiques efficaces au moyen de négociations internationales portant uniquement sur la politique commerciale. En effet, les décisions politiques unilatérales sont source d'inefficiences qui n'ont rien à voir avec celles qui sont liées à la manipulation des termes de l'échange. Les biens communs mondiaux nécessitent une réglementation efficace et, du fait des retombées des décisions prises au niveau national, une réglementation ne peut être efficace que si elle s'inscrit dans un accord international.

L'eau est un exemple intéressant des interactions possibles entre les accords internationaux portant sur des ressources naturelles et les accords commerciaux. L'ouverture du commerce des produits nécessitant beaucoup d'eau permet d'économiser l'eau si les produits sont exportés par des pays à forte productivité hydraulique vers des pays à faible productivité hydraulique. Mais le commerce de l'eau « virtuelle » peut aussi accélérer l'épuisement des réserves en eau si les coûts sociaux et environnementaux liés à l'utilisation de l'eau ne sont pas répercutés sur le prix payé par les consommateurs dans les pays importateurs (voir l'encadré 4).

Le commerce des produits agricoles est particulièrement significatif, vu que la production agricole représente 85 pour cent de la consommation mondiale d'eau et que le prix de l'eau utilisée dans l'agriculture est généralement trop bas (Hoekstra et Chapagain, 2008). L'analyse économique donne à penser que la politique de premier rang est de fixer convenablement le prix de l'eau, ce qui pourrait être facilité par un accord international sur la tarification adéquate de l'eau (Hoekstra, 2009).

La pêche mondiale offre une autre illustration du problème. On sait que, dans la plupart des cas, l'accès aux pêcheries est libre ou mal réglementé. Il se peut que l'attribution de droits de propriété ne suffise pas pour limiter la surpêche : un pays n'est pas incité unilatéralement à contrôler l'exploitation si les autres pays n'appliquent pas simultanément des mesures de contrôle effectives. Les pays préoccupés par la biodiversité marine et par les conséquences de la surpêche peuvent envisager différentes mesures pour conserver les espèces de poissons surexploitées.<sup>62</sup> Une approche consiste à négocier des accords multilatéraux pour réglementer la

pêche. La Convention des Nations Unies sur les stocks de poissons (1995), par exemple, établit un cadre pour la conservation et la gestion des stocks de poissons grands migrateurs et des stocks chevauchants dans les eaux internationales relevant d'organisations régionales de gestion des pêches (ORGP). Il existe actuellement neuf ORGP.

### (i) *Problème de l'« emboîtement » des questions*

Les économistes ont identifié deux grandes raisons pour lesquelles les questions commerciales sont mises en relation avec des questions internationales sans rapport avec le commerce. La première est la recherche d'un grand « compromis », et la seconde est liée à la « mise en œuvre », comme nous le verrons ci-dessous.

Dans le premier cas, l'« emboîtement des questions » (c'est-à-dire le fait de subordonner un accord sur une question à des progrès sur une autre question) peut être un moyen d'assurer une coopération améliorant le bien-être mutuel (Abrego *et al.*, 2001 ; Cesar et de Zewe, 1996). Considérons une question X sur laquelle la coopération profite au pays A, mais nuit au pays B, une question Y sur laquelle la coopération profite au pays B, mais nuit au pays A. La mise en relation des deux questions peut faciliter la conclusion d'un accord global. Par exemple, des concessions commerciales peuvent être consenties sous réserve qu'il y ait une coopération pour empêcher la surexploitation d'une ressource naturelle, par exemple la forêt. Un grand compromis peut donc être plus efficace que deux accords distincts. Bien que cet argument ait une valeur intrinsèque évident, il faut noter aussi que, plus il y a de questions sur la table et plus la négociation est complexe, plus il peut être difficile de parvenir à un accord.

Comme cela est indiqué dans l'encadré 28, la mise en œuvre de certains accords internationaux pose des problèmes car il n'y a généralement pas d'autorité supranationale pour punir les contrevenants. C'est pourquoi certains économistes ont examiné la possibilité de mettre en relation différentes questions pour obtenir une coopération (Spagnolo, 1999 ; Limao, 2005). Par exemple, des sanctions commerciales peuvent aider à faire respecter des accords visant à préserver des ressources naturelles. Les détracteurs de cette approche avancent que l'emboîtement des questions peut aller à l'encontre des efforts d'ouverture commerciale. C'est pourquoi il est important de comprendre dans quelles conditions la mise en relation de questions différentes peut aboutir à une plus grande coopération, chaque politique allant dans la direction souhaitée. Pour Limao, (2005), la coopération qui en résulte procure des gains à la fois dans le domaine commercial et non commercial lorsque les externalités internationales sont importantes. Cela serait le cas, par exemple, lorsqu'ils s'agit de gérer les biens communs mondiaux. Dans ce cas, l'emboîtement des questions commerciales et des questions touchant aux ressources naturelles améliorerait la coopération en matière de commerce et de gestion des ressources naturelles.

### (i) *Problème de la cohérence*

Une autre question est celle de la compatibilité des différents accords internationaux. Comme ceci est expliqué dans la sous-section 2, l'OMC s'inscrit dans un cadre de coopération internationale beaucoup plus vaste et de nombreux aspects relatifs aux ressources naturelles sont régis par des règles internationales qui ne sont pas de son ressort. D'où le problème du maintien de la cohérence entre ces autres règles

et celles du système commercial multilatéral. Et vu que les régimes internationaux existants continuent de se développer et que de nouveaux sont créés, le problème va grandissant.

Si la coordination au niveau national est essentielle pour assurer la compatibilité des différents accords internationaux, les actions menées au niveau international peuvent aussi aider à réduire le risque d'incohérence.<sup>63</sup> La cohérence des régimes est parfois un objectif explicite. On en trouve un bon exemple dans l'engagement d'assurer la cohérence des mesures commerciales et des mesures environnementales, énoncé dans la Décision de l'OMC sur le commerce et l'environnement de 1994, et dans ceux énoncés dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (voir la sous-section 2). La coopération accrue entre les organisations internationales peut également contribuer à la promotion de la cohérence. Là encore, le commerce et l'environnement en fournissent un exemple. En avril 2009, 25 organisations intergouvernementales avaient le statut d'observateur auprès du Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC, parmi lesquelles le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) et plusieurs accords environnementaux multilatéraux, comme la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), la CITES et la Convention sur la diversité biologique (WT/CTE/INF/6/Rev.5).

Il existe un accord de coopération entre les Secrétariats de l'OMC et du PNUE. L'OMC a le statut d'observateur auprès du Conseil d'administration du PNUE, et le Secrétariat de l'OMC participe régulièrement aux principales réunions des secrétariats des accords environnementaux multilatéraux qui contiennent des mesures liées au commerce. En outre, l'OMC et le PNUE ont récemment établi un rapport conjoint sur le commerce et le changement climatique, OMC-PNUE (2009). Les formes de coopération et d'échange de renseignements existant entre l'OMC, le PNUE et les accords environnementaux multilatéraux sont décrites en détail dans le document TN/TE/S/2/Rev.2 de l'OMC. Ce document a été établi par le Secrétariat de l'OMC en vue des négociations que les Ministres sont convenus de lancer à Doha sur les « procédures d'échange de renseignements régulier entre les secrétariats des AEM et les Comités de l'OMC pertinents, ainsi que les critères pour l'octroi du statut d'observateur ».<sup>64</sup>

Du fait du caractère décentralisé du système international et de la coexistence de nombreux régimes internationaux, il arrive que ces régimes se chevauchent. Rares sont ceux qui, aujourd'hui, considèrent l'OMC comme un régime clos, imperméable aux autres règles internationales, bien que son degré de perméabilité soit sujet à controverse, ainsi que les mécanismes de transmission. Si les instances juridictionnelles de l'OMC se sont référées à d'autres accords internationaux pour interpréter des dispositions des Accords de l'OMC, la question de savoir si d'autres règles internationales pourraient primer, dans certaines circonstances les droits et obligations conférés par l'OMC reste controversée.

Les Membres de l'OMC peuvent déroger conjointement à leurs obligations au titre des Accords de l'OMC s'il y a un risque de conflit avec des mesures prises en vertu d'un autre accord international – comme ce fut le cas avec le processus de Kimberley évoqué plus haut. Par ailleurs, la Commission du droit international de l'ONU a décrit plusieurs instruments disponibles en droit international pour régler les cas de conflit potentiel. Certains Membres de l'OMC estiment cependant nécessaire de clarifier la relation entre l'OMC et certains autres régimes internationaux. C'est pourquoi, à la Conférence ministérielle de Doha en 2001, les Membres de l'OMC se sont

engagés à mener des négociations sur la relation entre les règles de l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux, en particulier ceux qui énoncent des « obligations commerciales spécifiques ». Les Membres sont convenus que la portée des négociations serait limitée à l'applicabilité des règles de l'OMC aux Membres ayant signé l'accord environnemental multilatéral considéré.

### (e) Investissements : le problème du hold-up

La politique commerciale dans le secteur des ressources naturelles concerne non seulement le marché de la ressource elle-même, mais aussi le marché des licences de prospection et d'extraction octroyées aux investisseurs internationaux par les gouvernements des pays riches en ressources. Ces contrats impliquent une relation de longue durée, car la prospection et l'extraction impliquent généralement des coûts fixes initiaux élevés (voir la sous-section B.3); de plus, les contrats spécifient souvent des éléments du régime fiscal qui déterminent la répartition de la rente entre les parties et les perspectives d'exploration et de développement. La conception de ces arrangements contractuels est complexe en raison de la multiplicité des objectifs à atteindre. La situation est encore compliquée par l'instabilité des secteurs en question et par des incertitudes concernant, par exemple, la géologie et les progrès technologiques, ou encore par l'asymétrie de l'information entre les différentes parties.

Le gouvernement du pays hôte s'intéresse non seulement à la valeur escomptée de la rente, mais aussi aux avantages plus vastes que l'exploitation de la ressource procure à l'économie. Par ailleurs, lorsque l'économie dépend des revenus tirés des ressources naturelles, les actions dans ce secteur sont au cœur de la stratégie de développement du pays (voir la section C.4). De leur côté, les investisseurs internationaux peuvent être préoccupés par le fait que les importantes dépenses d'équipement initiales n'ont pas ou pratiquement pas d'autre valeur d'usage et que leur recouvrement peut prendre des années.

Ce type de contrat expose les parties à ce que les économistes appellent le problème du « hold-up » (situation dans laquelle l'accord contractuel entre deux parties est affecté par la crainte que l'une des parties n'acquière un pouvoir de négociation excessif une fois que l'autre partie a engagé des investissements). Plus précisément, il s'agit d'un problème de crédibilité qui apparaît dans les relations d'investissement du genre de celle qui vient d'être décrite. Le gouvernement a du mal à s'engager de manière crédible à ne pas renégocier les termes du contrat. Il peut juger bon de modifier les politiques, par exemple le régime fiscal, ce qui peut réduire les profits des investisseurs. Ces derniers sont donc dissuadés par le risque de renégociation qu'ils anticipent.

Le problème du « hold-up » a principalement trois effets : le gouvernement du pays hôte peut recevoir un paiement initial plus faible ; les entreprises contractantes risquent d'investir en deçà du niveau d'efficacité ; et elles risquent d'accélérer l'extraction au-delà du niveau optimal pour recouvrer plus rapidement leur investissement initial. Le problème du « hold-up » peut expliquer en partie l'exploration insuffisante, et peut-être aussi l'extraction non viable du pétrole, du gaz et des minéraux dans certaines régions du monde.

Le problème fondamental est un problème d'incohérence temporelle pour le gouvernement du pays riche en ressources concernant ses actions futures. Cela cause un dysfonctionnement du marché, dont le coût est supporté

essentiellement par le pays car les investisseurs internationaux anticipent le problème et intègrent ce coût à l'avance (par exemple, en investissant moins). En conséquence, si le gouvernement du pays hôte riche en ressources pouvait fixer le cours de ses actions futures dans un dispositif institutionnel approprié, cela profiterait grandement à son économie.

Comme le problème a son origine dans la souveraineté illimitée du pays hôte, il n'y aurait rien d'étonnant à ce que la solution du problème de crédibilité passe par l'imposition de contraintes aux gouvernements. Dans l'esprit de l'approche des accords commerciaux fondée sur l'engagement, décrite dans l'encadré 28, les gouvernements des pays hôtes acceptent souvent, dans le cadre d'accords bilatéraux d'investissement (ABI), de limiter leur champ d'action et d'assumer les conséquences d'une modification des conditions d'un contrat. Au cours des dernières années, les ABI sont devenus le principal instrument international de protection des investissements (voir la sous-section E.2).

Bien que l'on considère généralement qu'elles améliorent l'efficacité, deux critiques se sont fait jour dans la littérature pertinente. Premièrement, les différences de pouvoir sont plus marquées dans un système bilatéral que dans un système multilatéral. De ce fait, même lorsque les pays en développement sont en mesure de faire des promesses crédibles à des investisseurs étrangers potentiels, leur gain global risque d'être relativement modeste (Guzman, 1998). Deuxièmement, si les mécanismes d'arbitrage prévus dans les accords ne sont pas efficaces, le problème du hold-up ne sera que partiellement résolu (Collier et Venables, 2008).

Certains auteurs ont proposé de faire appel à l'OMC et à son mécanisme d'exécution pour permettre aux gouvernements de s'engager dans le cadre de contrats d'extraction et d'accords d'investissement dans le secteur des ressources naturelles (Collier et Venables, 2008). Outre la question fondamentale de savoir si les Membres de l'OMC accueilleraient favorablement cette proposition, celle-ci se heurte d'emblée à deux obstacles majeurs. Premièrement, le système de règlement des différends de l'OMC n'est ouvert qu'aux Membres de l'OMC et les parties privées ne peuvent pas y recourir. Deuxièmement, il y a le problème des mesures correctives. Le système de règlement des différends de l'OMC prévoit seulement une réparation prospective mais il ne permet pas d'obtenir des dommages-intérêts. En revanche, les investisseurs étrangers peuvent obtenir, dans le cadre d'un arbitrage international en matière d'investissement, une réparation pécuniaire, couvrant parfois le manque à gagner (Dolzer et Schreuer, 2008).

Comme cela a déjà été dit, un Groupe de travail du commerce et de l'investissement a été établi à l'OMC en 1996. Des discussions sur le commerce et l'investissement figuraient à l'origine dans le mandat du Cycle de Doha, mais, en 2004, les Membres de l'OMC ont décidé d'exclure la question du commerce et de l'investissement du champ des négociations.<sup>65</sup>

### (f) Concurrence

Pour les raisons exposées dans la section C, la production et/ou l'exportation de ressources naturelles est souvent concentrée dans un petit nombre d'entreprises, et la concurrence imparfaite prévaut fréquemment sur ces marchés. L'analyse économique présentée dans la section C a également mis en évidence plusieurs effets de la concurrence imparfaite sur le commerce des ressources naturelles. Premièrement, elle a montré qu'un monopoleur ou

un cartel de ressources pouvait être à l'origine d'un sentier d'extraction inefficace (c'est-à-dire plus lent que le sentier optimal) des ressources naturelles non renouvelables.<sup>66</sup> Dans une situation de monopole ou de cartel d'exportation, cela entraîne un profil d'évolution inefficace des volumes d'échanges. Un deuxième problème analysé dans la section C est qu'en raison de la fixation de quotas d'exportation ou de production, les cartels de ressources peuvent déterminer les structures d'échanges d'une manière indépendante de l'avantage comparatif. Un troisième problème, qui n'a été évoqué que brièvement dans la section B.3, est que les entreprises intégrées verticalement (ou les cartels) peuvent compromettre l'accès au marché pour les fournisseurs étrangers.

Les gouvernements peuvent offrir différentes mesures d'incitation et adopter différentes attitudes à l'égard de la concurrence imparfaite dans les secteurs de ressources naturelles. Dans certains cas, les gouvernements des pays riches en ressources participent étroitement à des arrangements d'exportation collusoires. Dans d'autres, ils peuvent simplement autoriser les pratiques collusoires entre exportateurs, pourvu qu'elles n'affectent pas le marché intérieur. Les gouvernements des pays exportateurs peuvent, par exemple, être peu incités à imposer des disciplines aux entreprises exportatrices qui exercent leur pouvoir commercial sur les marchés étrangers. En effet, les rentes de monopole échoient au pays d'origine, tandis que le préjudice subi par les consommateurs en raison des prix élevés se fait surtout sentir dans les pays étrangers (importateurs). Quant aux gouvernements des pays importateurs de ressources, ils peuvent répondre aux pratiques collusoires ou monopolistiques, soit au moyen de la politique commerciale, comme on l'a expliqué dans la section D, soit, lorsque les cartels d'exportation comportent des entreprises privées, en poursuivant les auteurs de comportements collusoires.<sup>67</sup>

Du point de vue de la coopération et de la réglementation commerciales, le comportement de certains gouvernements vis-à-vis des pratiques collusoires peut créer des externalités transfrontières. C'est par exemple le cas lorsque le gouvernement d'un pays exportateur n'impose pas de disciplines aux entreprises exportatrices qui exercent leur pouvoir commercial sur les marchés étrangers. Comme on l'a indiqué, cela peut très bien conduire les gouvernements étrangers à se servir de la politique commerciale pour tenter de déplacer les rentes au niveau international, et cela constitue donc une situation de non-coopération qui réduit le bien-être. Il pourrait y avoir là un argument en faveur de la négociation de disciplines relatives à la concurrence, éventuellement en échange de concessions tarifaires. On notera cependant qu'un argument de second rang peut être invoqué selon lequel une extraction plus lente peut compenser les effets négatifs sur l'environnement. En outre, dans certains cas, les monopoles dans ces secteurs peuvent résulter des conditions naturelles plutôt que de l'absence de concurrence. Comme pour l'investissement, les Membres de l'OMC ont décidé en 2004 d'exclure la question de la concurrence des négociations du Cycle de Doha.

### (g) Transit et transport

Au cours des dernières années, un certain nombre de questions relatives au transit des ressources naturelles – notamment le gaz – ont été examinées à l'OMC. En vertu de l'article V du GATT, les Membres de l'OMC doivent assurer la liberté de transit sur leur territoire. La liberté de transit permet au commerce de ne pas être entravé par des pays tiers et aux exportateurs de réduire au minimum les coûts de transport.

Toutefois, comme on l'a expliqué dans la sous-section E.1, les avis divergent sur la portée de l'article V. L'une des questions examinées est de savoir si cet article s'applique uniquement aux modes de transport « mobiles » ou également au transport par des infrastructures fixes telles que les conduites. Si le premier avis l'emportait, cela signifierait que la liberté de transit ne serait pas garantie pour les ressources naturelles transportées par conduites.

L'importance des règles de transit pour le commerce des produits énergétiques, notamment le pétrole et le gaz, a contribué à attirer l'attention sur l'article V du GATT à l'OMC. Les négociations sur la facilitation des échanges menées dans le cadre du Cycle de Doha offrent la possibilité de clarifier et de renforcer les disciplines figurant dans cette disposition. On a proposé d'indiquer que l'article V s'applique expressément aux infrastructures fixes (telles que les conduites et les réseaux). De cette manière, les entreprises qui détiennent des privilèges spéciaux seraient tenues de se conformer aux disciplines concernant le transit. On a également suggéré d'établir une obligation générale de traitement national pour les marchandises en transit (Cossy, 2009). D'autres propositions concernent les disciplines relatives aux redevances et impositions, aux formalités et prescriptions en matière de documents et aux accords régionaux de transit (Marceau, 2010b). La portée de l'article V a également été examinée dans le cadre de négociations d'accession à l'OMC. À la suite de cela, plusieurs Membres ayant accédé récemment à l'OMC ont confirmé dans leur protocole d'accession qu'ils s'engageaient à se conformer aux obligations de l'OMC concernant le transit et, dans un cas, l'énergie a été spécifiquement mentionnée.

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) s'applique aux services de transport d'énergie, qui comprennent: i) les services annexes à la distribution d'énergie, incluant les services de transport et de distribution à forfait ou sous contrat d'électricité, de combustibles gazeux et de vapeur et d'eau chaude; et ii) le transport par conduites de pétrole brut ou raffiné, de produits pétroliers et de gaz naturel. Alors que tous les Membres de l'OMC doivent accorder le traitement de la nation la plus favorisée aux services et aux fournisseurs de services opérant dans ces deux secteurs, peu d'entre eux ont pris des engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS. Seuls 18 Membres ont inscrit dans leurs listes des engagements relatifs aux services annexes à la distribution d'énergie, et 12 des engagements relatifs au transport par conduites. Ces engagements ont été contractés principalement par des pays qui ont accédé à l'OMC au cours des dix dernières années.

Les services de transport d'énergie sont exclus des négociations sur l'accès aux marchés pour les services menées dans le cadre du Cycle de Doha, sans doute parce qu'ils constituent toujours un sujet sensible pour la plupart des Membres de l'OMC. La réticence à prendre des engagements au titre de l'AGCS dans ces deux secteurs contraste avec l'intérêt exprimé par divers Membres pour la négociation d'engagements concernant d'autres services relatifs à l'énergie, notamment l'exploration, l'extraction, l'ingénierie et le conseil.

Les engagements spécifiques pris dans le cadre de l'AGCS favorisent la prévisibilité et la stabilité des conditions d'accès aux marchés pour la fourniture et les fournisseurs de services étrangers. Toutefois, en ce qui concerne les réseaux de transport d'énergie, ils ne sont peut-être pas suffisants pour garantir des conditions effectives de concurrence et d'accès.

Le secteur de l'énergie se caractérise traditionnellement par de grands monopoles d'État intégrés verticalement qui gèrent les réseaux de transport et de distribution. Les conduites en particulier comportent des coûts fixes élevés et de longs délais d'exécution qui rendent leur doublement non rentable. Elles sont donc souvent entre les mains d'un fournisseur monopolistique, qu'il soit public ou privé<sup>68</sup>, ce qui crée un obstacle élevé à l'entrée des participants potentiels.

L'article VIII de l'AGCS impose certaines disciplines concernant les monopoles et les fournisseurs exclusifs, mais elles ne sont pas suffisantes pour assurer un accès juste et équitable aux réseaux d'énergie. C'est la raison pour laquelle certains Membres de l'OMC ont proposé des disciplines additionnelles pour les services relatifs à l'énergie, calquées sur le document de référence sur les services de télécommunication.<sup>69</sup> Ces nouvelles disciplines pourraient inclure des dispositions telles que l'accès non discriminatoire et la connexion des tierces parties<sup>70</sup> aux réseaux et autres infrastructures essentielles, la création d'un organisme de réglementation indépendant de tout fournisseur et les prescriptions interdisant certaines pratiques anticoncurrentielles pour les services relatifs à l'énergie en général.

On peut noter que l'établissement d'un document de référence n'est pas une condition préalable pour prendre des engagements additionnels au titre de l'article XVIII de l'AGCS. Un Membre a déjà pris un engagement additionnel concernant les services de transport par conduites. Dans sa Liste annexée à l'AGCS, l'Ukraine « s'engage à assurer une totale transparence dans la formulation, l'adoption et l'application de mesures affectant l'accès aux services de transport par conduites et le commerce de ces services. L'Ukraine s'engage à veiller au respect du principe de non-discrimination dans l'accès aux réseaux de conduites relevant de sa juridiction et dans l'utilisation de ces réseaux, dans les limites des capacités techniques de ces derniers, en ce qui concerne l'origine, la destination ou la propriété du produit transporté, sans imposer de retard, restriction ou frais injustifiés, ni pratiquer des prix discriminatoires sur la base des différences d'origine, de destination ou de propriété ».<sup>71</sup>

## (h) Démarcation entre les marchandises et les services

Le commerce des marchandises et le commerce des services sont assujettis à des disciplines différentes à l'OMC, et il faut déterminer qu'une activité équivaut à la fourniture d'un service pour pouvoir appliquer l'AGCS. Cette distinction n'est pas toujours facile à faire pour les activités qui se rapportent à l'exploitation et à la transformation des ressources naturelles.

On reconnaît à l'OMC que la production de marchandises pour le compte propre d'une entreprise – c'est-à-dire exécutée par une entreprise qui possède la matière première qu'elle transforme – n'est pas un service visé par l'AGCS. La question est moins claire pour la production à forfait ou sous contrat, lorsqu'une entreprise produit des marchandises appartenant à d'autres. Elle se pose dans le secteur manufacturier (textiles ou automobiles, par exemple), où la transformation ou l'assemblage de produits appartenant à d'autres sont courants. Elle peut aussi concerner certaines activités de transformation des ressources naturelles telles que le raffinage du pétrole, si l'on considère que ces activités reviennent à produire une marchandise (voir le paragraphe suivant). La question de savoir si la production à forfait ou sous contrat devrait être traitée comme un service et relever

par conséquent de l'AGCS a été examinée par les Membres de l'OMC il y a plusieurs années, sans qu'aucune conclusion en ait été tirée.

Cela nous amène à la question connexe de la distinction entre la production en tant que telle et les services relatifs à la production. Comme on l'a indiqué ci-dessus, l'AGCS s'applique à une série de services relatifs à l'exploitation et à la transformation des ressources naturelles tels que les services annexes aux secteurs suivants : sylviculture, pêche, industries extractives et industries manufacturières. Ces activités ne représentent pas le processus de production dans son ensemble, mais elles en constituent un élément intégral et essentiel. Elles relèvent de l'AGCS lorsqu'elles sont exécutées à forfait ou sous contrat.

Or, dans certaines situations, il peut être difficile de faire la démarcation entre la production elle-même et les activités relatives à la production, surtout lorsque le processus de production consiste en une chaîne d'activités interconnectées. Examinons les deux exemples suivants empruntés au secteur de l'énergie. Les Membres de l'OMC considèrent le forage, qui est une contribution importante à l'extraction de pétrole, comme un « service annexe aux industries extractives ». Le forage est donc classé comme un service s'il est exécuté à forfait ou sous contrat par une entité distincte, mais il constitue une valeur ajoutée au produit extrait s'il est exécuté par l'entité qui possède la matière première (le pétrole). Les Membres de l'OMC ont des avis divergents sur des activités telles que le raffinage du pétrole, la liquéfaction du gaz et la regazéification. Certains les considèrent comme des services, alors que d'autres estiment qu'elles reviennent à produire une marchandise, car elles comportent une certaine transformation du produit.<sup>72</sup>

Dans la pratique, il n'est pas toujours facile de catégoriser une activité comme service ou comme production d'une marchandise. L'AGCS ne donne pas d'indications à ce sujet, car il ne définit pas ce qu'est un service. Il est évident que la catégorisation d'une activité comme service ou comme production d'une marchandise peut avoir des conséquences importantes quant aux disciplines de l'OMC. Par exemple, si le raffinage du pétrole était considéré comme un service, il bénéficierait de la protection fondamentale des investissements prévue par l'AGCS au travers du mode 3. Si, au contraire, il était considéré comme la production d'une marchandise, il relèverait de l'Annexe IA de l'Accord sur l'OMC, qui ne protège pas les investissements en soi.<sup>73</sup>

## (i) Droits de propriété intellectuelle et conservation des ressources naturelles

Dans la section C, on a montré que la technologie pouvait avoir un effet ambigu sur la conservation des ressources naturelles. L'innovation peut conduire à des inventions qui économisent les ressources ; elle peut faciliter la découverte de ressources alternatives et produire de nouvelles technologies qui réduisent les externalités environnementales négatives. Ces innovations peuvent être considérées comme respectueuses des ressources, car elles jouent un rôle positif en empêchant l'épuisement des stocks ou en atténuant les effets négatifs possibles du commerce des ressources naturelles. Mais, dans certains cas, l'innovation technologique peut représenter une malédiction pour la conservation des ressources, notamment lorsqu'une invention augmente la capacité d'exploitation d'une ressource déjà surexploitée.

Le développement et la diffusion des technologies respectueuses des ressources sont l'une des questions examinées dans le débat relatif à la protection efficace des droits de propriété intellectuelle (DPI). Des DPI forts encouragent les activités de recherche-développement (R-D) en permettant aux entreprises de récupérer leurs investissements grâce à la protection des droits d'utilisation de leurs inventions. Toutefois, en raison de la protection qu'ils accordent aux entreprises innovantes, ils peuvent restreindre l'accès à des technologies essentielles pour les pays en développement riches en ressources, car ils peuvent augmenter le coût d'adoption et de diffusion des technologies respectueuses des ressources.

La conception efficace de règles internationales sur la protection des DPI devrait ménager un équilibre entre la nécessité d'encourager l'invention et l'innovation et la nécessité de diffuser le plus largement possible les technologies utiles.<sup>74</sup> On notera que des DPI forts ne limitent pas nécessairement la diffusion des technologies. Acemoglu et Zilibotti (2001) montrent qu'un régime de DPI faible empêche la diffusion des technologies dans le monde, car des DPI mal définis dans les pays en développement encouragent les entreprises des pays avancés à cibler les besoins de leurs propres marchés, produisant ainsi des technologies qui ne sont pas adaptées aux pays en développement.<sup>75</sup>

Deux exemples peuvent illustrer la manière dont l'accès des pays en développement riches en ressources aux technologies respectueuses des ressources peut être important pour la conservation. Dans la section C.2, on a examiné de manière approfondie le problème de l'accès ouvert à des ressources naturelles renouvelables telles que le poisson et la forêt, ainsi que les effets négatifs que l'ouverture du commerce peut avoir sur le bien-être en présence de cette défaillance du marché. L'un des enseignements importants issus de cet examen concerne le rôle des droits de propriété *de facto* sur la ressource naturelle. Selon des travaux récents de Copeland et Taylor (2009), l'instauration de droits de propriété formels n'est pas nécessairement suffisante pour remédier aux problèmes d'accès ouvert lorsque les gouvernements manquent de moyens de surveillance. La raison en est précisément que, dans ce cas, les droits de propriété *de facto* sur la ressource naturelle sont faibles parce qu'il est difficile de détecter les atteintes à ces droits (et que, par conséquent, les droits de propriété formels ont peu de valeur). La diffusion des technologies satellite peut faciliter la surveillance des forêts, limitant ainsi les possibilités de fraude et de coupe illégale, ce qui renforce un régime de droits de propriété efficace.

Un deuxième exemple, tiré d'études récentes comme celle de Brock, Kinzig et Perrings (2007), est le problème des espèces végétales invasives à cause duquel le commerce international génère une externalité environnementale négative. Dans ce cas, des innovations scientifiques, telles que le codage par « code barre » de l'ADN des espèces végétales (méthode d'identification des végétaux), pourraient permettre à terme d'élaborer un « scanner » qui aiderait les fonctionnaires des douanes à identifier les espèces potentiellement invasives. Bien que l'octroi et le respect des DPI créent un environnement juridique qui favorise ces avancées technologiques, la diffusion internationale de ces technologies constitue un élément important lorsqu'il s'agit de concilier le commerce international et la conservation adéquate des ressources naturelles.

Le principal objectif de l'octroi et du respect des DPI tel qu'il est énoncé dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) est de promouvoir l'innovation nécessaire et de faciliter la diffusion de la technologie en établissant un équilibre entre les intérêts légitimes d'une manière bénéfique pour la société. Il est dit à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC que la protection de la propriété intellectuelle devrait « contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations ». L'Accord sur les ADPIC énonce des règles générales régissant la protection de la propriété intellectuelle en vertu des législations nationales, mais c'est aux décideurs et aux législateurs nationaux qu'il appartient d'établir cet « équilibre » dans la pratique.

## 4. Conclusions

Cette section du Rapport a porté sur divers aspects de la coopération internationale destinée à gérer le commerce des ressources naturelles. L'accent a été mis en grande partie, mais pas entièrement, sur le rôle de l'OMC dans ce domaine. Une certaine place a été réservée à la présentation d'autres initiatives et accords internationaux relatifs aux ressources naturelles.

Le cadre juridique et institutionnel de l'OMC a contribué à l'expansion du commerce mondial des ressources naturelles. La pertinence des règles de l'OMC a été analysée de façon très détaillée, l'accent étant mis sur un certain nombre de traits distinctifs qui ont été utilisés comme thèmes tout au long du Rapport. Il s'agit de la répartition géographique inégale des ressources naturelles, de leur caractère épuisable, des externalités environnementales associées à leur utilisation, de leur présence dominante au sein des économies nationales et de l'instabilité des marchés de ces produits.

L'une des conclusions importantes concernant la portée des règles est que l'OMC ne réglemente généralement pas les ressources naturelles avant leur extraction ou leur exploitation. Mais, dans certains cas, les règles peuvent avoir des implications pour une ressource naturelle non extraite ou non exploitée. Le bois sur pied fourni par un gouvernement pour un prix inférieur à une rémunération adéquate a été considéré comme une subvention au titre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. En outre, l'exploration, l'extraction et la distribution des ressources naturelles peuvent comporter des activités de services qui relèvent de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce constitue un fondement juridique pour encourager l'innovation et le transfert de technologie, qui sont tous deux particulièrement pertinents dans le domaine des ressources naturelles, car les nouvelles technologies ouvrent des frontières à l'exploration et favorisent une utilisation plus efficace de ces ressources.

Les règles de l'OMC n'ont pas été rédigées spécifiquement pour réglementer le commerce international des ressources naturelles. On pourrait arguer que, dans certains cas, cela a conduit à des lacunes réglementaires ou, pour le moins, à un manque de clarté quant à l'applicabilité précise des règles dans les circonstances particulières qui caractérisent le commerce des ressources naturelles. La présente section a mis en relief un certain nombre de ces difficultés.

La difficulté est de gérer les lacunes réglementaires implicites dans les politiques d'appauvrissement du voisin. L'une des principales raisons d'être économiques des règles de l'OMC est d'inciter les gouvernements à tenir compte des effets négatifs que leurs actions unilatérales peuvent avoir sur les partenaires commerciaux, un comportement non coopératif entraînant une perte de bien-être au niveau mondial. Les taxes sur le commerce et les restrictions quantitatives peuvent avoir des effets d'appauvrissement du voisin. Un accord entre les Membres sur des engagements contraignants en matière de taxes à l'exportation pourrait être mutuellement avantageux, bien que, du point de vue des différents gouvernements, cela puisse dépendre des raisons pour lesquelles ils ont recours à de telles mesures. Comme pour toutes les négociations commerciales, des compensations réciproques seraient possibles dans un cadre plus large, et pas seulement entre les Membres qui appliquent ces mesures. Même dans les limites des taxes sur le commerce, il pourrait y avoir un arbitrage entre les taxes à l'exportation sur les

ressources naturelles et les droits d'importation sur les produits à plus forte valeur ajoutée, dans les cas où les deux se compensent effectivement en raison de la progressivité des droits de douane dans les processus de fabrication.

Une autre difficulté tient à la nécessité d'assurer la durabilité des ressources naturelles. Pour cela, il faudra peut-être élargir certaines des flexibilités prévues dans les règles actuelles. Par exemple, certaines subventions peuvent permettre de mieux gérer les ressources ou les externalités environnementales associées à leur extraction et à leur utilisation. Parmi les autres domaines dans lesquels les règles actuelles de l'OMC interagissent avec les politiques de conservation figurent la réglementation intérieure ainsi que la conception et la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

Le fait que certaines mesures intérieures et commerciales sont soumises à des disciplines différentes, alors qu'elles ont la même incidence économique, pose un autre problème mis en évidence dans l'étude. Étant donné la concentration géographique des ressources naturelles – et donc le fait que les pays pauvres en ressources dépendent des importations pour l'essentiel de leur approvisionnement en ressources naturelles et que les pays riches en ressources exportent presque toute leur production –, il y a des cas où les mesures commerciales sont des substituts proches des mesures réglementaires nationales. Dans ces cas, la réglementation de la mesure commerciale est une condition nécessaire mais non suffisante pour éviter de fausser le commerce des ressources naturelles. Par exemple, une taxe sur la consommation dans un pays importateur peut équivaloir à un droit d'importation. Une restriction à la production dans un pays riche en ressources peut avoir un effet équivalant à une restriction à l'exportation. De même, une taxe à l'exportation a des effets comparables à une subvention nationale pour ce qui est de la consommation de la ressource. En présence d'une telle équivalence, il n'y a pas de fondement économique permettant de réglementer ces politiques de manière différente.

Améliorer la réglementation des politiques de chacun pour soi constitue une autre difficulté. Une mesure peut être bénéfique à court terme, éventuellement pour des raisons d'économie politique, tout en ayant des coûts élevés à long terme. Ce serait le cas, par exemple, d'une subvention accordée en relation avec l'exploitation d'une ressource qui pose des problèmes d'accès ouvert. Autre exemple, en l'absence de règles internationales sur l'investissement, les pays riches en ressources peuvent être confrontés au problème d'être « dévalorisés ». L'amélioration des disciplines relatives à l'investissement peut les aider à rendre plus crédibles leurs politiques en matière d'investissement tandis qu'ils contractent des engagements à l'égard de règles convenues.

Bien que les obstacles au commerce soient limités pour la plupart des ressources naturelles visées par le présent Rapport, les courants commerciaux dans certains secteurs rencontrent encore des obstacles. La liberté de transit pourrait en être un exemple. Une interprétation étroite des obligations au titre de l'OMC dans ce domaine pourrait exclure de leur portée le transport au moyen d'infrastructures fixes telles que les conduites et créer une incertitude réglementaire. Cette incertitude pourrait avoir des conséquences sur l'accès à la fourniture des ressources. L'accession à l'OMC – en cours de négociation – de plusieurs pays fournisseurs de produits énergétiques traditionnels réduira les incertitudes en instaurant un cadre réglementaire pour une part importante du commerce des ressources naturelles.

Enfin, deux grandes questions ont été examinées à propos de la clarté et de la cohérence des arrangements de coopération internationale. La première concerne la frontière ou le chevauchement entre les différents accords au sein du système de l'OMC. S'agissant des activités qui se rapportent à l'exploitation et à la transformation des ressources naturelles, on ne sait pas toujours clairement si c'est le GATT ou l'AGCS qui s'applique. Le manque de clarté réduit la certitude. La seconde question concerne la relation entre l'OMC et les autres accords internationaux. De nombreux

aspects des ressources naturelles sont réglementés par des règles internationales extérieures à l'OMC. La dépendance continue et croissante à l'égard des ressources naturelles dans l'économie mondiale, le caractère épuisable de ces ressources et la nécessité d'atténuer les externalités négatives liées à leur exploitation et à leur consommation sont des difficultés auxquelles on ne peut s'attaquer efficacement que grâce à la coopération internationale et à une meilleure gouvernance mondiale.

## Notes

- Il faut noter qu'avant la Seconde Guerre mondiale, les produits primaires étaient principalement des produits agricoles et les problèmes liés à la baisse et à la volatilité des prix de ces produits touchaient aussi bien les pays développés que les pays en développement (dont certains étaient encore des colonies). À l'époque, il n'y avait pas de problème spécifique aux pays en développement.
- Pendant les négociations du Cycle d'Uruguay, certains participants ont cherché à renforcer les règles multilatérales concernant certaines politiques relatives au pétrole et aux produits pétroliers. Ces initiatives ont été prises essentiellement dans le contexte du Groupe de négociation sur les produits provenant des ressources naturelles (Stewart, 1993).
- L'article XXVIII du GATT prévoit un mécanisme permettant à un Membre de l'OMC de modifier sa liste d'engagements et de relever un droit au dessus du taux consolidé. Dans ce cas, il peut être demandé au Membre d'offrir des compensations aux autres Membres. L'article XIX du GATT et l'Accord sur les sauvegardes prévoient un mécanisme permettant de relever les droits de manière temporaire lorsqu'un accroissement des importations cause ou menace de causer un dommage grave à une branche de production nationale.
- Voir le Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article II:1 b) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994. Cette interdiction ne concerne pas les ajustements équivalant à une taxe intérieure, les droits antidumping et compensateurs et les redevances douanières proportionnées au coût des services rendus.
- Une autre exception, formulée à l'article XI:2 c) du GATT, permet l'application de restrictions à l'importation de tout produit de l'agriculture ou des pêches quand elles sont nécessaires à l'application de mesures gouvernementales ayant pour effet, entre autres, de restreindre la quantité du produit national similaire qui peut être mise en vente, ou de résorber un excédent temporaire du produit national similaire. Les produits agricoles sont maintenant assujettis aux disciplines de l'Accord sur l'agriculture. Le poisson et les produits à base de poisson étant exclus de l'Accord sur l'agriculture, cette disposition peut par conséquent continuer à s'appliquer à ces produits.
- Cette obligation ne s'étend pas au traitement plus favorable qui est accordé dans le cadre d'une zone de libre-échange ou d'une union douanière et qui est compatible avec l'article XXIV du GATT, ou dans le cadre d'un accord commercial préférentiel adopté conformément à la Clause d'habilitation.
- Voir les documents G/STR/N/3/BRA et G/STR/N/7/VEN.
- L'article XX i) est examiné plus loin dans le contexte du problème de la volatilité.
- Cette formulation venait d'un rapport de groupe spécial de 1987 concernant l'affaire *Harengs et saumons*. Bien que l'Organe d'appel ait effectué son analyse sur la base de cette interprétation, il a averti que cette expression « ne fait pas partie elle-même du texte d'un traité et n'a pas été conçue comme un simple critère d'inclusion ou d'exclusion pour ce qui est de l'article XX g) ». (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, page 20)
- GATT, IBDD, S3/249 (1955).
- Décision du 20 février 1970, L/3361, IBDD, S17/17.
- Passage extrait du document EPCT/A/PV/30, page 22; le rapport figure dans le document EPCT/W/245.
- Décision sur le commerce des services et l'environnement*, adoptée par le Conseil du commerce des services le 1<sup>er</sup> mars 1995, S/L/4.
- Rapport 1996 du Comité du commerce et de l'environnement*, WT/CTE/1, paragraphes 153-158 et 210-211.
- Voir aussi *Le commerce et l'environnement à l'OMC*, OMC, 2004.
- Il semble que l'exception relative à la pénurie locale a aussi été rarement invoquée dans le cadre du GATT. Lorsqu'en 1960, les parties contractantes ont examiné, à leur seizième session, la nécessité de maintenir l'alinéa j), elles ont constaté « que les parties contractantes ont eu recours à celui-ci dans un nombre relativement restreint de cas... ». (Voir GATT, *Index analytique*, page 643.)
- Notes d'information, Conférence ministérielle de l'OMC, Hong Kong, Chine 2005, disponibles à l'adresse : [http://www.wto.org/french/thewto\\_f/min05\\_f/brief\\_f/brief00\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/min05_f/brief_f/brief00_f.htm).
- Cette méthode a été formulée pour la première fois par le Groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, en 1970. Plusieurs rapports de l'Organe d'appel et de groupes spéciaux l'ont appliquée : voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques*, page 23 et note de bas de page 46.
- Pour un examen détaillé de l'article XX b), d) et g) du GATT, voir la Note du Secrétariat de l'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 (WT/CTE/W/203)* (disponible à l'adresse suivante : <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/wt/cte/w203.doc>).
- Voir le rapport du Groupe spécial du GATT *Thaïlande – Cigarettes*, paragraphe 73 (« [L]usage du tabac constituait un risque sérieux pour la santé des personnes et en conséquence, les mesures destinées à réduire la consommation de cigarettes entraient dans le champ d'application de l'article XX b) »). Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.21 : « [U]ne mesure destinée à réduire la pollution de l'air résultant de la consommation d'essence entrait dans la catégorie des mesures concernant la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux mentionnées à l'article XX b) ».
- Marceau et Wyatt (2009) notent que l'article XIV de l'AGCS ne prévoit pas d'exception équivalant à l'alinéa g) de l'article XX du GATT. À leur avis, l'Organe d'appel avait peut-être pensé à cela en interprétant l'alinéa b) de l'article XX et il avait peut-être été influencé par la possibilité d'une incohérence absurde qui ferait qu'une mesure de protection de l'environnement pourrait être autorisée quand elle affectait le commerce des marchandises, mais ne le serait pas quand elle affectait le commerce des services.

- 22 L'Organe d'appel a ajouté que, lorsqu'une autorité chargée de l'enquête procède de cette manière, elle est obligée de s'assurer que l'autre point de repère qu'elle utilise se rapporte ou se réfère, ou est lié aux conditions du marché existantes dans le pays de fourniture (y compris le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente), en vue de déterminer, en dernier ressort, si les biens en cause ont été fournis par les pouvoirs publics moyennant une rémunération moins qu'adéquate (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 120).
- 23 *Protocole modifiant l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce par l'insertion d'une Partie IV relative au commerce et au développement*, IBDD, S13/2 (1965).
- 24 Plusieurs Membres de l'OMC ont proposé l'adoption d'un mécanisme pour la transparence des accords commerciaux préférentiels analogue au mécanisme adopté à titre provisoire par le Conseil général pour les accords commerciaux régionaux (voir JOB(08)/103/Rev.1).
- 25 Le *jus cogens* est un principe du droit international auquel il n'est pas possible de déroger. L'interdiction du génocide, de la piraterie maritime et de l'esclavage sont des exemples de ce qui serait considéré par la communauté internationale comme relevant de ce principe.
- 26 Rapport sur le commerce et l'environnement, page 41 ; WT/CTE/W160/Rev.4.
- 27 Conformément au principe de l'effet utile, l'interprétation d'un traité ne doit pas priver les termes d'un traité de leur sens. Marceau (2006) explique comment l'Organe d'appel a appliqué ce principe pour assurer la cohérence interne des Accords de l'OMC.
- 28 Il existe aussi un Forum des pays exportateurs de gaz, qui compte onze Membres et deux observateurs. Ensemble, ils contrôlent près de 70 pour cent des réserves mondiales prouvées de gaz naturel.
- 29 Victor et Yueh (2010) notent qu'il est difficile d'élargir la composition de l'AIE car il est exigé que ses membres soient aussi aux membres de l'OCDE. Ils soulignent donc que « l'AIE à 28 inclut de nombreux pays dont les besoins en énergie sont faibles et en diminution mais exclut d'énormes consommateurs d'énergie, comme la Chine et l'Inde ».
- 30 Le traitement préférentiel accordé dans le cadre d'accords commerciaux régionaux n'a pas à être étendu aux autres Membres de l'OMC, sous réserve que les conditions de l'article XXIV du GATT (pour les marchandises) et de l'article V de l'AGCS (pour les services) soient respectées. La Clause d'habilitation peut s'appliquer aux accords entre pays en développement Membres.
- 31 L'annexe 314 prévoit certaines exceptions pour le Mexique concernant les produits alimentaires. S'agissant des produits énergétiques et des produits pétrochimiques de base, la disposition pertinente est l'article 604.
- 32 Les articles XI:2 a) et XX g), i) et j) du GATT sont examinés plus haut dans la section 1.
- 33 Article 7:7 du TCE.
- 34 L'article 13 soumet l'expropriation à certaines conditions. Il faut qu'elle soit effectuée pour des motifs d'intérêt public, qu'elle ne soit pas discriminatoire, qu'elle soit effectuée avec les garanties prévues par la loi et qu'une compensation prompte, adéquate et effective soit versée. Cette compensation doit être calculée en fonction de la valeur marchande équitable au moment qui précède immédiatement l'annonce de l'expropriation.
- 35 La rupture de contrats d'investissement par le pays hôte est considéré comme une violation du Traité. L'investisseur peut engager une action contre le pays hôte en vertu de l'article 26 du TCE.
- 36 Compte tenu de l'importance de la non-discrimination dans la phase précédant l'investissement, des négociations sur un traité supplémentaire ont été lancées en 1995 mais elles n'ont pas été achevées.
- 37 Pour plus de détails, voir la note du Secrétariat de l'OMC contenant une matrice des mesures commerciales prises au titre de certains AEM (WT/CTE/W/160/Rev.4).
- 38 Pour une analyse de la question de savoir si des mesures environnementales peuvent être justifiées au titre de l'article XIV de l'AGCS, voir l'encadré 27.
- 39 Certains Membres de l'OMC considéraient que les mesures prises dans le cadre du processus de Kimberley étaient compatibles avec les règles de l'OMC. C'est pourquoi, la Décision note que la dérogation « ne préjuge pas de la compatibilité des mesures internes prises conformément au système de certification du processus de Kimberley avec les dispositions de l'Accord sur l'OMC, y compris les exceptions pertinentes aux règles de l'OMC, et que la dérogation est accordée pour des raisons de sécurité juridique ».
- 40 Situation dans laquelle un accord contractuel entre deux parties est affecté par la crainte que l'une des parties n'acquière un pouvoir de négociation excessif une fois que l'autre partie a engagé des investissements.
- 41 Les États ont parfois établi des mécanismes d'arbitrage *ad hoc* pour régler certains différends en matière d'investissement, comme le Tribunal des différends irano américains.
- 42 Janow et Staiger (2003) suggèrent une interprétation économique de l'idée selon laquelle une taxe à l'exportation peut constituer une subvention à la production dans d'autres secteurs de l'économie. Cette interprétation peut servir de base à un autre raisonnement selon lequel le Groupe spécial aurait pu faire valoir que des restrictions à l'exportation ne pourraient jamais constituer des subventions spécifiques.
- 43 Cette littérature repose sur l'hypothèse que les marchés sont parfaitement concurrentiels. Ossa (2008) examine le rôle des accords commerciaux dans une situation de concurrence imparfaite. Dans ce cadre, il y a des retombées internationales différentes de l'effet sur les termes de l'échange, mais l'accord commercial a toujours pour fonction de neutraliser l'externalité internationale.
- 44 Bagwell et Staiger (2002), chapitre 6, présentent les modèles formels d'exécution des accords commerciaux.
- 45 Dans ces négociations l'imposition de droits d'exportation a parfois été réglementée par des engagements inscrits dans des rapports des groupes de travail plutôt que dans des listes d'engagements.
- 46 Voir les documents de l'OMC TN/MA/W/1 et TN/MA/W/5.
- 47 Voir le document de l'OMC TN/AG/W/4/Rev.4 du 6 décembre 2008.
- 48 Voir l'analyse dans la section E.2 b) iii).
- 49 Cet argument est une application de la thèse de Bagwell et Staiger (2002) en faveur d'une coopération commerciale fondée sur des réductions tarifaires mutuellement avantageuses.
- 50 Comme nous l'avons vu dans la section C, un modèle dynamique montre que ces effets sur les termes de l'échange ne se font sentir qu'à court terme alors que les mesures peuvent avoir l'effet inverse à long terme. Toutefois, une analyse montrant les conséquences immédiates de ces politiques est toujours utile car les gouvernements évaluent souvent les effets à court terme de leurs choix pour des raisons d'économie politique.
- 51 Voir le document TN/MA/W/15/Add.4/Rev.3
- 52 Voir le document JOB(06)/14.
- 53 C'est le cas lorsqu'il n'y a pas de défaillance du marché. Toutefois, lorsque les droits de propriété sont mal définis et que le secteur des ressources naturelles connaît un problème de libre accès, il se peut que les volumes d'échange soient trop élevés. Cette situation sera examinée plus loin dans le cas des subventions à la pêche.
- 54 Voir Bagwell et Staiger (2002), chapitre 10.
- 55 Document de l'OMC TN/RL/W/213.
- 56 Une distinction est faite entre les subventions qui augmentent ou maintiennent la capacité (comme les subventions d'équipement pour la construction de navires) et les subventions qui maintiennent les navires en mer (subventions couvrant les coûts variables, comme les subventions pour le carburant).

- 57 Voir le document TN/RL/GEN/135.
- 58 Le texte complet du communiqué peut être consulté à l'adresse suivante : [http://www.g20.org/Documents/pittsburgh\\_summit\\_leaders\\_statement\\_250909.pdf](http://www.g20.org/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf).
- 59 Voir l'analyse sur l'applicabilité de l'article XX du GATT à l'Accord SMC dans la sous-section E.1.
- 60 Staiger et Sykes (2009) proposent une extension intéressante de ce modèle. Comme dans Bagwell et Staiger (2001a), l'externalité est purement locale, mais Staiger et Sykes (2009) supposent une réglementation intérieure – par exemple une norme de produit – qui impose aux producteurs des coûts de mise en conformité. Il ressort de ce modèle que, en l'absence de règles de non-discrimination, les gouvernements sont enclins à imposer des normes de produit discriminatoires, après avoir pris des engagements tarifaires, de manière à transférer une partie des coûts aux producteurs étrangers. Comme dans Bagwell et Staiger (2001a), lorsque l'accord interdit toute disposition réglementaire discriminatoire, les gouvernements sont quand même tentés d'utiliser les normes nationales pour affaiblir les engagements en matière d'accès aux marchés convenus dans de précédentes négociations.
- 61 Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel devait déterminer si l'interdiction d'importer des pneumatiques rechapés pouvait être justifiée au regard de l'article XX b) du GATT en tant que mesure nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. Dans son analyse de la question, l'Organe d'appel a souligné que l'interdiction d'importer devait « être envisagée dans le contexte plus général de la stratégie globale conçue et mise en œuvre par le Brésil pour traiter la question des pneumatiques de rebut ». Cette stratégie globale incluait un système de collecte et d'élimination, qui obligeait les producteurs nationaux et les importateurs de pneumatiques neufs à prévoir l'élimination sûre des pneumatiques de rebut dans des proportions spécifiées, ainsi que l'interdiction d'importer des pneumatiques usagés. (Rapport de l'Organe d'appel, Brésil – Pneumatiques, paragraphe 154).
- 62 Voir l'analyse de l'article XX du GATT dans la sous-section E.1.
- 63 Bien souvent, un même État est représenté par différents départements ministériels dans les diverses instances où sont négociées les règles internationales relatives aux ressources naturelles, ce qui accroît le risque d'incohérence. Une coordination interne est indispensable pour éviter qu'il assume des obligations contradictoires dans ces différentes instances. Il faut aussi veiller à ce que les mesures d'application soient compatibles avec les obligations découlant d'autres accords internationaux auxquels un État est partie.
- 64 Les Accords de l'OMC contiennent des dispositions relatives à la cohérence entre le FMI, la Banque mondiale et l'OMC. L'OMC coopère également avec l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, l'Organisation mondiale de la santé, l'Organisation mondiale de la santé animale et la Banque mondiale dans le cadre du Fonds pour l'application des normes et le développement du commerce. Le Secrétariat de l'OMC entretient des relations de travail avec près de 200 organisations internationales (Lamy, 2007).
- 65 Pour un aperçu du débat universitaire et politique sur les coûts et les avantages de la réglementation des mesures liées à l'investissement dans le cadre de l'OMC, voir Hoekman et Saggi (2000) et les ouvrages qui y sont cités.
- 66 Comme on l'a expliqué, le cas de l'oligopole n'a pas été analysé dans la littérature.
- 67 La Commission européenne, par exemple, a ouvert récemment une enquête antitrust officielle au sujet des coentreprises de production de minerai de fer constituées entre deux compagnies minières anglo australiennes. Elle examinera en particulier les effets de la coentreprise proposée sur le marché mondial du minerai de fer transporté par voie maritime. L'ouverture de cette procédure ne signifie pas que la Commission détient des preuves concluantes d'infraction, mais seulement qu'elle enquêtera sur cette affaire à titre prioritaire (voir : [http://thegovmonitor.com/world\\_news/europe/ec-opens-formal-antitrust-investigation-2-into-anglo-australian-mining-companies-22177.html](http://thegovmonitor.com/world_news/europe/ec-opens-formal-antitrust-investigation-2-into-anglo-australian-mining-companies-22177.html)). De même, la société De Beers a fait l'objet de poursuites antitrust par le Département de la justice des États-Unis en 1945, 1957, 1974 et 1994. À la suite de la mise en accusation de 1994, De Beers a plaidé coupable en 2004 de violation de la Loi Sherman pour s'être entendue avec General Electric en vue de fixer les prix des diamants industriels (« De Beers Agrees to Guilty Plea to Re-enter the U.S. Market », New York Times, 10 juillet 2004, adresse consultée : <http://www.nytimes.com/2004/07/10/business/worldbusiness/10diamond.html>).
- 68 Gordon *et al.* (2003) ont étudié empiriquement la structure de coûts associée au transport de gaz naturel par un transporteur canadien et en ont conclu que ce transporteur était effectivement un monopole naturel.
- 69 Ce document de référence a été incorporé aux listes de quelque 60 Membres. Il comporte certaines disciplines en matière de concurrence et de réglementation pour le secteur des télécommunications. Sur ce sujet, voir aussi les propositions présentées par les États-Unis (S/CSS/W/24) et la Norvège (S/CSS/W/59).
- 70 L'accès des tierces parties désigne la possibilité pour une tierce partie d'accéder aux installations de réseau (telles que les conduites, les réseaux et les installations de stockage) et de les utiliser moyennant le paiement d'une redevance au propriétaire ou à l'exploitant de l'installation.
- 71 Voir la Liste d'engagements spécifiques de l'Ukraine, GATS/SC/144.
- 72 *Services relatifs à l'énergie*, note d'information du Secrétariat, S/C/W/311, 12 janvier 2010.
- 73 Une difficulté supplémentaire se pose au sujet des marchés publics. L'achat de produits et de services par des organismes gouvernementaux pour leur propre usage n'est pas visé par les principales disciplines de l'OMC. Le GATT exclut expressément les marchés publics de l'obligation de traitement national et, au titre de l'AGCS, l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée ainsi que les engagements spécifiques ne s'appliquent pas aux services achetés par des organismes gouvernementaux. L'achat de produits et de services fait l'objet d'un accord plurilatéral distinct sur les marchés publics (AMP) qui a été signé par 41 gouvernements, appartenant pour la plupart à des Membres développés. En pratique, les activités relatives aux ressources naturelles (par exemple, exploration, exploitation, conseil, décontamination, évaluation d'impact sur l'environnement, distribution d'eau) peuvent faire l'objet de différentes sortes de relations contractuelles entre une autorité publique et un fournisseur privé, parmi lesquelles des contrats de concession, de construction-exploitation-transfert ou de gestion. Ces transactions échappent aux disciplines pertinentes chaque fois qu'elles peuvent être considérées comme une forme de marché public, bien qu'elles puissent être soumises à l'AMP dans le cas des signataires. Il existe toutefois une incertitude quant à la portée de la définition du marché public. Pour des détails sur cette question, voir Cossy (2005) et Musselli et Zarrilli (2005).
- 74 Une analyse exhaustive de la manière de promouvoir l'innovation dans le domaine des technologies respectueuses des ressources se situerait hors du cadre du présent Rapport, mais il est clair que la conception du régime des DPI n'est qu'un élément de ce débat. Dans une étude récente, Lee, Iliev et Preston (2009) estiment que d'autres formes d'intervention publique sont essentielles. Par exemple, les gouvernements pourraient créer des fonds publics tels que des prix de l'innovation technologique pour encourager l'innovation et stimuler la collaboration internationale en matière de R D.
- 75 Pour une analyse plus approfondie de cette question, voir le *Rapport sur le commerce mondial* (2008).