Document generated on 04/16/2024 12:54 a.m.

Études internationales

Le droit international économique face aux défis des subventions à l'exportation

Évolution et traitement d'une pratique déloyale

Hervé Prince Agbodjan

Volume 39, Number 4, décembre 2008

URI: https://id.erudit.org/iderudit/029599ar
DOI: https://doi.org/10.7202/029599ar

See table of contents

Publisher(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (print)
1703-7891 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Agbodjan, H. P. (2008). Le droit international économique face aux défis des subventions à l'exportation : évolution et traitement d'une pratique déloyale. *Études internationales*, *39*(4), 587–610. https://doi.org/10.7202/029599ar

Article abstract

The legal framework of export subsidies in multilateral trade negotiations is tainted by the original sin of impunity and a differential treatment between subsidies on primary commodities, exports other than primary products. Therefore, although the principle of prohibition is now admitted, the total elimination of these practices deemed as unfair by the WTO Law remains wishful thinking. The proof is that the efforts to dismantle them are without substantial impact on the policies of Member States. Usually, economists commented on the evolution of the process. Yet this article provides a legal perspective on this debate and reveals the criteria underlying the export subsidies prohibition.

Tous droits réservés © Études internationales, 2008

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Le droit international économique face aux défis des subventions à l'exportation

Évolution et traitement d'une pratique déloyale

Hervé PRINCE AGBODJAN*

RÉSUMÉ : L'encadrement juridique des subventions à l'exportation dans le cadre des négociations commerciales multilatérales est entaché par le péché originel de l'impunité et du traitement juridique différencié entre les subventions à l'exportation des produits primaires et des produits autres que primaires. De ce fait, bien que le principe de leur prohibition soit aujourd'hui admis, l'élimination totale de ces pratiques jugées déloyales par le droit de l'OMC reste encore un vœu pieux. La preuve en est que les efforts en vue de leur démantèlement sont sans impact substantiel sur les politiques des États membres. Cet article décrit l'évolution de ce processus et lève le voile sur les critères qui fondent la prohibition des subventions à l'exportation par une analyse essentiellement juridique d'une mesure de distorsion habituellement commentée par des économistes.

ABSTRACT : The legal framework of export subsidies in multilateral trade negotiations is tainted by the original sin of impunity and a differential treatment between subsidies on primary commodities, exports other than primary products. Therefore, although the principle of prohibition is now admitted, the total elimination of these practices deemed as unfair by the WTO Law remains wishful thinking. The proof is that the efforts to dismantle them are without substantial impact on the policies of Member States. Usually, economists commented on the evolution of the process. Yet this article provides a legal perspective on this debate and reveals the criteria underlying the export subsidies prohibition.

L'histoire des relations économiques internationales a été marquée par une alternance entre le protectionnisme et le libéralisme. De la suppression des barrières aux échanges intervenue au XIX^e^ siècle en Grande-Bretagne, en France, puis en Allemagne[1], suivie d'une résurgence temporaire du protectionnisme avec ses effets pervers[2], à l'institutionnalisation[3] du système international des échanges, la marche vers le libre-échange intégral se poursuit visiblement avec plus d'échecs que de succès.

* *Doctorant en droit, assistant de recherche et d'enseignement auprès du professeur Richard Ouellet à l'Institut québécois des hautes études internationales et à la Faculté de droit de l'Université Laval.*

1. Michel RAINELLI, *L'Organisation mondiale du commerce*, Paris, La Découverte, 1999, p. 7-13.
2. *Ibid.*, p. 10.
3. Il est ici fait référence à la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1995.

Depuis le GATT de 1947, le processus de libéralisation des échanges engagé par la réduction, voire la disparition des barrières tarifaires[4], se heurte à la montée en puissance des obstacles non tarifaires[5]. Corrélativement, les subventions à l'exportation sont apparues comme l'un des moyens privilégiés d'interventionnisme économique que le droit international économique tâche dès lors d'encadrer. Par exemple, en 1999, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) avait estimé à 306 milliards d'euros le montant du soutien à l'agriculture, soit une augmentation de 5,6 % par rapport à l'année précédente[6]. Parmi les grands partisans du subventionnement, l'Union européenne arrive en tête avec 45 % des soutiens aux agriculteurs, suivie du Japon et des États-Unis. En 2001, 92 % des engagements de réduction du volume des exportations subventionnées sont le fait de trois pays, à savoir l'Union européenne (34 %), les États-Unis (34 %) et le Canada (23 %)[7]. Aujourd'hui, les politiques de soutien à l'exportation prennent des formes diverses. Les subventions à l'exportation sont dissimulées sous forme de crédits à l'exportation[8], par l'intermédiaire des entreprises commerciales d'État exportatrices[9], voire des politiques d'aide alimentaire[10].

Toutes ces pratiques étatiques de soutien en vue de favoriser l'accès de leurs produits aux marchés internationaux causent des distorsions et perturbent

4. Les droits de douane constituent, dans le cadre du GATT de 1994, un moyen licite de protection des marchés nationaux ; art. XI du GATT de 1994. Toutefois, les membres sont appelés à prendre des engagements de réduction sur les droits de douane. Ces engagements sont inscrits dans leurs listes de concessions de sorte que toute augmentation ultérieure de ces droits consolidés sera considérée comme une violation des règles de l'OMC ; art. II du GATT de 1994. L'objectif à terme affiché par les membres de l'OMC dans le préambule de l'accord GATT de 1994 est de parvenir à la « réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce ».
5. Les barrières non tarifaires sont beaucoup plus insidieuses que les barrières tarifaires et il est souvent très difficile de les repérer. Généralement, leur repérage se fait à l'aune de leurs effets sur les échanges. Carreau et Juillard les définissent comme étant « toute mesure ou pratique, quelle qu'en soit l'origine (publique ou privée), dont l'effet (si ce n'est le but) est de freiner l'accès des produits d'origine étrangère sur un marché national donné, que ce soit au stade de l'importation ou de la commercialisation » ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2007, p. 187.
6. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC), *L'Accord sur l'agriculture du cycle d'Uruguay : une évaluation de sa mise en œuvre dans les pays de l'OCDE*, Paris, OCDE, 2001, p. 35.
7. *Ibid.*, p. 83.
8. Les crédits à l'exportation sont comme des mécanismes d'assurance, de garantie ou de financement qui permettent à un acheteur étranger de produits ou de services exportés d'en différer le paiement pendant un certain temps.
9. Les entreprises commerciales d'État sont des « entreprises gouvernementales et non gouvernementales y compris les offices de commercialisation, qui exportent et/ou importent des marchandises ». Elles bénéficient souvent au sein des États de statuts ambigus susceptibles de les mettre dans une situation privilégiée par rapport à d'autres sociétés du territoire de ce pays. L'article XVII du GATT de 1994 tente de les encadrer.
10. Une aide alimentaire peut constituer une subvention à l'exportation lorsque l'aide sert à écouler sur le marché international les productions excédentaires des producteurs nationaux. Les États-Unis sont souvent désignés comme responsables de telles pratiques.

le fonctionnement normal du marché des pays importateurs. C'est pourquoi « l'exportation de produits subventionnés vers des pays tiers est considérée comme une pratique concurrentielle déloyale et prédatrice dans le territoire de ces pays[11] ».

Si certains arguments peuvent paraître légitimes pour justifier l'octroi de subventions à l'exportation[12], notamment des arguments de développement économique, certaines subventions à l'exportation ne sont qu'un moyen agressif et déloyal[13] pour favoriser le développement des exportations. On peut alors s'interroger sur la capacité du « droit de l'OMC » à établir la distinction entre les subventions qui poursuivent des objectifs légitimes et celles qui pourraient être qualifiées de « déloyales » et à les encadrer de manière rigoureuse.

C'est justement sur le terrain de la *déloyauté* que le droit international économique a cherché à fonder le régime de prohibition applicable à cette pratique. Or, qui dit déloyauté dit manquement aux règles du jeu. La loyauté implique que « les règles communes prévues pour la limitation des subventions à l'exportation, pour l'élargissement de l'accès aux marchés importateurs, pour la restructuration et la diminution des soutiens internes[14] » puissent être respectées. En ce sens, la loyauté n'est donc rien d'autre que la traduction libérale d'équité et de réciprocité dans les échanges[15]. Alors, si l'octroi de subventions à l'exportation est un comportement *déloyal* pour les échanges, la loyauté correspondrait à la suspension pure et simple de telles pratiques. En adhérant à cette dernière logique, on comprend que l'OMC est une institution fondée sur la liberté du commerce.

Pourtant, pendant plusieurs décennies, les subventions à l'exportation ont été soumises à un véritable régime d'impunité. Aucune forme de subvention n'était prohibée bien que, très tôt, il ait été admis qu'elles pouvaient causer de graves préjudices aux intérêts d'autres parties contractantes du GATT de 1947. Cette situation d'impunité a longtemps perduré, jusqu'aux premières prises de conscience intervenues dans les années 1950. Mais c'est surtout l'adoption des « codes de Tokyo[16] » qui a marqué un tournant dans l'avènement

11. David LUFF, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2004, p. 456.
12. James BRANDER et Barbara SPENCER, « International R&D Rivalry and Industrial Strategy », *Review of Economic Studies*, vol. 50, n° 4, octobre 1983, p. 707-722.
13. Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2007, p. 200.
14. Hélène DELORME, « Le volet agricole de l'Accord de Marrakech », *Séminaires méditerranéens*, dans Z. PAPADOPOULOU et L. Cauwet (dir.) « Le GATT et les échanges agricoles méditerranéens », *Options méditerranéennes*, n° 30, 1997, ressources.ciheam.org/util/search/detail_numero.php?mot=330&langue=fr, consulté le 1er mai 2008.
15. Sylvie JAVELOT, *La loyauté dans le commerce international*, Paris, Économica, 1998, p. 17.
16. *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Négociations commerciales multilatérales du GATT, Genève, 12 avril 1979.

des règles de prohibition des subventions à l'exportation. Depuis les Accords de Marrakech qui ont institutionnalisé l'OMC et l'adoption de nombreux accords multilatéraux, dont l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ou l'Accord sur l'agriculture, le processus de prohibition des subventions à l'exportation se poursuit et ne cesse de se renforcer au fil des cycles de négociations commerciales multilatérales.

La question qui dès lors se pose est celle de savoir comment l'évolution du principe de prohibition a pu influencer le statut juridique des subventions à l'exportation dans le droit de l'OMC. Tenter de répondre à cette interrogation, c'est déjà renoncer à l'analyse de certains aspects particuliers du subventionnement, dont le subventionnement à l'exportation des produits agricoles ou les différents impacts de ces pratiques sur les économies en développement[17]. Il s'agira donc pour nous de tenter de comprendre l'évolution de la prohibition des subventions à l'exportation au sein de l'OMC pour mieux saisir le régime juridique auquel le droit international économique soumet celles-ci. C'est pourquoi notre réflexion nous conduira dans un premier temps à jeter un regard rétrospectif sur le processus de prohibition des subventions à l'exportation et, dans un deuxième temps, à effectuer une analyse critique des fondements juridiques actualisés de cette pratique.

I – Vers l'adoption du principe de prohibition des subventions à l'exportation

Le processus de l'adoption du principe de prohibition des subventions à l'exportation a été lent et laborieux. Malgré les grandes avancées, ce processus piétine au point qu'on en vienne à douter de son parachèvement.

A — Chronique de l'interdiction d'une pratique déloyale

La notion de loyauté ne revêt pas la même signification selon que l'on se place sur le terrain économique ou juridique. Du moins, l'analyse économique tente parfois de justifier la déloyauté, parfois de la dénoncer. Ainsi d'après Javelot[18], si l'on ignore les préoccupations relatives à la croissance économique nationale, la loyauté a pour objectif de favoriser une *allocation juste* du commerce international et des revenus qui en découlent. Cependant, analysée sous un angle dynamique, l'intervention de l'État peut être opportune, non pas pour répartir le volume des échanges, mais pour assurer la loyauté de la compétition à travers la promotion d'un traitement équitable et uniforme entre les

17. Sur ces questions, voir par exemple Kym ANDERSON et Ernesto VALENZUELA, « The World Trade Organization's Doha Cotton Initiative. A Tale of Two Issues », *The World Economy*, vol. 30, nº 8, août 2007, p. 1281-1304 ; Kym ANDERSON et Will MARTIN, « Agriculture Trade Reform and the Doha Development Agenda », *The World Economy*, vol. 28, nº 9, septembre 2005, p. 1301-1327.
18. Sylvie JAVELOT, *La loyauté dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 22.

entreprises. En droit international économique, la loyauté du commerce implique tout simplement le respect des règles de libre-échange, c'est-à-dire le respect des principes fondamentaux du GATT. Et s'agissant des politiques de subventionnement à l'exportation sous le GATT de 1947, le respect de ces principes de base a longtemps fait défaut.

La prise de conscience du caractère déloyal des subventions à l'exportation

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la plupart des pays industrialisés ont jugé bon de recourir à des pratiques peu loyales pour relancer leurs économies fragilisées par la récession économique mondiale subséquente à la guerre. Les subventions à l'exportation sont apparues dans ce contexte comme un mode de protection important sans que le GATT de 1947 ait été capable d'y apporter des réponses satisfaisantes. Pour preuve, l'article VI du GATT de 1947[19], qui institue les droits compensatoires comme le moyen juridique pour neutraliser les effets défavorables du subventionnement, ne résolvait pas les problèmes liés à ce phénomène. L'essentiel de l'encadrement normatif se résumait au paragraphe 1 de l'article XVI du GATT de 1947[20] hérité de la Charte de la Havane[21].

Même limitée, cette disposition marque le début d'une certaine prise de conscience de la déloyauté des subventions à l'exportation. Elle impose une obligation de notification portant sur la nature des subventions, sur leur importance ainsi que sur leurs effets et sur les circonstances qui ont rendu nécessaires l'allocation des subventions et une procédure de consultation. Aucune mesure concrètement restrictive n'avait alors été envisagée. Plus grave, dans le cas où il serait établi que la subvention cause ou menace de causer un préjudice grave aux intérêts d'une autre Partie, la Partie qui l'accorde était simplement tenue d'« examiner la possibilité de limiter » la subvention[22].

Quelques années plus tard, en 1955, une révision de l'article XVI reconnaîtra la déloyauté des subventions à l'exportation par l'introduction d'une section B intitulée *Dispositions additionnelles relatives aux subventions à l'exportation*. On y admet qu'une subvention à l'exportation « peut avoir des conséquences préjudiciables [...] provoquer des perturbations injustifiées [...] et faire obstacle à la réalisation des objectifs du présent accord[23] ». Mais il faut constater que cette reconnaissance de la déloyauté des subventions à l'exportation est relativisée par le terme « peut » qui rend la déloyauté plausible, alors

19. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947)*, 58 RTNU 187, 30 octobre 1947, art. VI.
20. *Ibid.*, art. XVI, par. 1.
21. « Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, La Havane, 21 novembre 1947 au 24 mars 1948 », *Acte final et documents connexes*, Lake Success, NY, avril 1948, www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf, consulté le 5 juin 2008.
22. GATT de 1947, *op. cit.*, art. XVI.1 ; Sylvie JAVELOT, *La loyauté dans le commerce international*, *op. cit.*
23. GATT de 1947, *op. cit.,* art. XVI.2.

que le verbe « avoir » l'aurait rendue certaine. Au surplus, le champ d'application de la prohibition est limité aux subventions accordées aux produits autres que primaires[24]. Le GATT de 1947 incite les parties contractantes à « s'efforcer » d'éviter d'accorder des subventions à l'exportation des produits primaires[25]. Toutefois, dans le cas où elles y auraient recours, les parties contractantes du GATT devraient éviter de détenir « plus qu'une part équitable du commerce mondial d'exportation » de ces produits[26]. Dans l'affaire *France. Mesures d'encouragement appliquées à l'exportation de blé et de farine*[27], les membres du panel ont considéré que la détermination de la part équitable du commerce mondial devait tenir compte à la fois de la facilitation des échanges et de la satisfaction des besoins du produit en question dans le monde, mais aussi de tous les facteurs particuliers qui affectent le commerce de ces produits. En réalité, la notion devait être définie au cas par cas.

Ainsi, seules les subventions accordées à l'exportation des produits industriels étaient réellement prohibées, et donc étaient censées avoir un effet déloyal. Une déclaration établie par un groupe d'experts du GATT [28] permettra de consacrer la prohibition des subventions à l'exportation des produits autres que primaires et de donner effet au paragraphe 4 de l'article XVI du GATT de 1947. De cette manière, à partir du 1er janvier 1958, les parties contractantes du GATT devront cesser d'accorder des subventions à l'exportation des produits autres que primaires qui auraient pour « résultat de ramener le prix de vente à l'exportation de ce produit au-dessous du prix comparable demandé aux acheteurs du marché intérieur pour le produit similaire[29] ».

Non seulement cette disposition avait une portée limitée en raison du nombre réduit des signataires de la déclaration du groupe d'experts[30], mais elle

24. « Aux fins d'application de la section B, 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 », GATT de 1947 ; *ibid.*
25. GATT de 1947, *op. cit.,* art. XVI. 3 ; Sylvie JAVELOT, *op. cit.*
26. Dans le cadre du cycle de Tokyo, les parties contractantes du GATT de 1947 ont tenté de définir ce qu'il faut entendre par « plus qu'une part équitable du commerce mondial d'exportation ». En effet, l'article 10.2a de l'Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce précise que l'expression « plus qu'une part équitable du commerce mondial d'exportation » s'appliquera à tout cas où une subvention à l'exportation accordée par un signataire a pour effet de détourner les exportations d'un autre signataire, compte tenu de l'évolution des marchés mondiaux.
27. GATT, *Report for the Panel for Conciliation, French Assistance to Exports of Wheat and Wheat Flour*, Doc.L/924, 39e session, BISD, 20 novembre 1958.
28. GATT, *Declaration Giving Effect to the Provisions of Article XVI. 4 of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Genève, 19 novembre 1960, www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90100022.pdf, consulté le 25 mai 2008.
29. GATT de 1947, art. XVI.4 ; Sylvie JAVELOT, *op. cit.*
30. République fédérale d'Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, États-Unis d'Amérique, France, Italie, Luxembourg, Norvège, Royaume des Pays-Bas, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suède et Suisse.

était le signe annonciateur de l'inquiétude qu'exprimera le directeur général du GATT dans son rapport publié quelques années plus tard en 1979[31] selon lequel, dans certains secteurs comme celui de la construction navale, le commerce mondial s'effectuait moins selon le jeu normal des forces du marché qu'en fonction de subventions destinées à maintenir la compétitivité des chantiers.

C'est dire que la prise de conscience de 1955 avait du mal à prendre réellement corps. Elle a surtout créé le précédent de l'asymétrie de traitement entre les subventions à l'exportation des produits primaires et celles à l'exportation des produits autres que primaires. Mais le cycle de Tokyo tentera de tourner la page de la simple prise de conscience.

Le tournant du cycle de Tokyo

Le cycle de Tokyo fut difficile et particulièrement long dans le contexte du GATT de 1947[32]. Mais l'adoption de ce qui a été appelé les *codes de Tokyo sur les subventions*, matérialisés dans l'Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce[33], fut un réel succès. Cet accord a été présenté sous la forme de traités multilatéraux[34] séparés des autres accords du GATT de 1947 et soumis à ratification des parties contractantes intéressées. Le cycle de Tokyo tentait une clarification de la notion même de « subvention ». Cette tentative devait répondre à l'inquiétude exprimée plus tôt par le directeur général du GATT affirmant « qu'on s'est efforcé à grand-peine d'arriver, au plan multilatéral, à une communauté de vues sur les subventions et sur la façon de les traiter[35] ». En cela, les codes du cycle de Tokyo devaient ouvrir des perspectives nouvelles et tourner la page du flou entourant la notion de subvention en essayant de lui offrir un cadre conceptuel plus cohérent. Dans cet esprit, la définition de ce qu'est une subvention devait logiquement constituer le premier pas important dans le processus de réglementation en matière de concurrence à l'exportation. Mais les attentes ont été plus grandes que la réalité.

Au lieu d'une définition précise, le code de Tokyo sur les subventions fournit une liste exemplative de ce qui peut constituer une subvention[36]. Le

31. GATT, *Rapport du directeur général*, *Négociations commerciales multilatérales de Tokyo Round*, Genève, avril 1979, p. 65.
32. Avant l'institutionnalisation de l'OMC en 1994 qui fut le fruit de longues négociations (1986-1994), le cycle de Tokyo aura été le plus long cycle de négociations commerciales multilatérales menées sous l'égide du GATT de 1947. Le cycle de Tokyo a duré de 1973 à 1979.
33. *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, op. cit.*
34. Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, *op. cit.,* p. 112.
35. Rapport du directeur général du GATT, p. 65.
36. Voir l'annexe portant sur la liste exemplative de subventions à l'exportation ; *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Genève, 1979, p. 34.

code ne définit pas clairement ce qu'est une subvention à l'exportation non plus, mais offre une liste illustrative et non exhaustive[37]. Et les parties contractantes devraient s'efforcer d'éviter que le recours à de telles pratiques ait pour effet de causer un préjudice[38] à une branche de production nationale[39] ou à un autre signataire, d'annuler ou de compromettre les avantages résultant de l'accord général ou de causer un préjudice sérieux aux intérêts d'un autre signataire.

Pour de nombreux observateurs, cette technique manque de rigueur et introduit un flou sur le plan pratique. Nyahoho[40] cite l'exemple du crédit à l'exportation qui passe pour une subvention interdite par le code de Tokyo et peut devenir acceptable dès lors qu'il s'inscrit dans le cadre d'un arrangement entre plusieurs signataires.

En dépit de cette timide avancée, les codes du cycle de Tokyo marquent tout de même une nouvelle ère, celle d'une réelle affirmation du principe de prohibition des subventions à l'exportation des produits autres que primaires. Tout en reconnaissant que « les subventions peuvent exercer des effets défavorables sur les intérêts d'autres signataires[41] », ces codes affirment très clairement que les « signataires n'accorderont pas de subventions à l'exportation de produits autres que primaires[42] ». Toutefois, les signataires des codes du cycle de Tokyo n'entendent pas restreindre leur droit à recourir à des subventions autres que les subventions à l'exportation pour atteindre leurs objectifs en

37. De la liste illustrative proposée, on peut noter par exemple que peuvent être assimilés à une subvention, l'octroi par les autorités publiques de subventions directes, la mise en place de système de non-rétrocession de devises ou d'exonération de tout genre, la mise en place d'institutions de programmes de garanties ou d'assurance de crédits à l'exportation ; *ibid.*

38. La détermination de l'existence d'un préjudice comportera un examen objectif du volume des importations subventionnées et de leurs effets sur les prix des produits similaires sur le marché et de l'incidence de ces importations sur les producteurs nationaux de ces produits ; GATT, *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, op. cit.,* art. 6.1.

39. « L'expression "branche de production nationale" s'entendra […] de l'ensemble des producteurs nationaux de produits similaires ou de ceux d'entre eux dont les productions additionnées constituent une proportion majeure de la production nationale totale de ces produits. Toutefois, lorsque les producteurs sont liés aux exportateurs ou aux importateurs, ou sont eux-mêmes importateurs du produit qui fait prétendument l'objet d'une subvention, l'expression "branche de production" pourra être interprétée comme désignant le reste des producteurs » ; *ibid.,* art. 6.5 et 6.7.

40. Emmanuel NYAHOHO, *L'arsenal des subventions à l'exportation et l'OMC*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1995, p. 6.

41. *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, op. cit.*, art. 8.1.

42. *Ibid.,* art. 9.1.

matière de politique économique et sociale ou d'autres objectifs qu'ils jugent importants[43].

S'agissant des produits primaires, il n'y a pas eu d'avancées substantielles. Hormis la tentative d'expliciter le sens de l'expression « détenir plus qu'une part équitable du commercial mondial[44] », les parties contractantes se sont conformées aux dispositions de l'article XVI.3 de l'accord général[45].

Au demeurant, le cycle de Tokyo n'a pas été très productif pour les pays en développement. Le traitement de faveur qui leur est réservé se résume au « traitement spécial et différencié[46] ». Même s'ils sont dispensés des obligations de l'article 9 du code de Tokyo sur les subventions, les pays en développement n'étaient autorisés à octroyer des subventions à l'exportation que dans les cas où cet octroi répondait à leurs besoins en matière de développement et de compétitivité[47]. Aujourd'hui encore, ces doléances restent d'actualité en dépit de l'évolution du processus de démantèlement des subventions à l'exportation.

B — Fondements juridiques de la nouvelle réglementation instituée par les accords du cycle d'Uruguay

L'accord d'Uruguay sur les subventions et mesures compensatoires (SMC)[48] a définitivement tourné la page de la prise de conscience pour offrir d'autres perspectives à l'encadrement juridique des subventions à l'exportation. Toutefois, malgré la rigueur des règles qu'il prescrit et l'étendue de son champ d'application, la question reste prégnante[49].

---

43. L'article 11 du code de Tokyo sur les subventions énumère toute une liste de pratiques que les parties contractantes seront autorisées à mener pour poursuivre leurs objectifs en matière de politiques économiques et sociales. Il s'agit entre autres des subventions octroyées dans le but d'éliminer les handicaps industriels de certaines régions, de soutenir des emplois, d'encourager des programmes de recherche et développement ou de promouvoir le développement économique dans les pays en développement. Ces dérogations rappellent les classifications faites dans le cadre de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires concernant les subventions des « boîtes rouge, orange, verte et bleue » en fonction de leur degré d'effets défavorables sur les échanges.
44. GATT de 1947, art. XVI.3 ; Sylvie JAVELOT, *op. cit.*
45. L'article XVI, par. 3, indique que les subventions octroyées aux produits primaires ne devraient pas être accordées de façon que la partie contractante détienne plus qu'une part équitable du commerce mondial d'exportation.
46. *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, op. cit.*, art. 14.
47. *Ibid.*, art. 14.5.
48. « Négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay (1986-1994) », *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, Marrakech, avril 1994.
49. L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires s'applique, en vertu de « l'engagement unique », à l'ensemble des membres de l'OMC.

Du flou à la clarté, une définition de la notion de « subvention »

Le cycle d'Uruguay s'est concentré sur la question fondamentale de la définition de la notion de subvention dès l'article premier de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires[50]. Trois critères ont été établis : une contribution financière, des pouvoirs publics et des avantages conférés[51].

Au moment des négociations sur l'élaboration de l'Accord SMC, la notion de « contribution financière » avait fait l'objet de longues controverses[52]. Les débats ont notamment porté sur l'imputation des dépenses engagées par les pouvoirs publics dans leur programme de subventionnement. D'aucuns considéraient qu'il ne peut y avoir de subventions sans que la dépense ait été imputée sur le budget, alors que d'autres membres faisaient valoir que certaines interventions de l'État, n'impliquant pas de dépenses publiques, n'en faussaient pas moins les échanges et devaient donc être prises pour des subventions. L'Accord SMC retient que la contribution financière doit se traduire par un transfert direct de fonds (dons, prêts, participation au capital), des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (des garanties de prêt, par exemple), des recettes publiques exigibles non perçues ou abandonnées, des fournitures de biens ou de services, l'achat de biens et le soutien des revenus ou des prix. C'est donc une conception large de la « contribution financière » que retient l'Accord SMC. Dans l'affaire *États-Unis. Bois de construction résineux IV*[53], l'Organe d'appel a considéré qu'« une évaluation de l'existence d'une contribution financière suppose un examen de la nature de la transaction au moyen de laquelle quelque chose ayant une valeur économique est transféré par les pouvoirs publics ». En d'autres termes, il y a contribution financière chaque fois que les pouvoirs publics apportent une contribution ayant une valeur monétaire, économique ou financière.

Quid de l'impact de cette contribution sur le budget de l'État ? Selon l'article 1.1 de l'Accord SMC, la contribution financière suppose que des recettes « normalement exigibles » soient abandonnées ou ne soient pas perçues. D'une part, ce critère implique que les pouvoirs publics ont recueilli moins de recettes qu'ils auraient pu en percevoir *normalement*. D'autre part, l'abandon de recettes signifie que les pouvoirs publics ont renoncé à un droit de se procurer des recettes qu'ils auraient dû ou pu percevoir[54].

50. *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC)*, *op. cit.*, art. 1.1.
51. OMC, Organe d'appel, *Canada. Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, 13 octobre 1999, Doc. WT/DS103/AB/R, WT/D113/AB/R, par. 87.
52. OMC, *Les subventions et les mesures compensatoires. Présentation*, www.wt.org/french/tratop_f/scm_f/subs_f.htm, consulté le 19 mai 2008.
53. OMC, Organe d'appel, *États-Unis. Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, 9 janvier 2004, Doc. WT/DS257/AB/R, par. 52.
54. OMC, Organe d'appel, *États-Unis. Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »*, 24 février 2000, Doc. WT/DS108/AB/R, par. 90.

Plus largement encore, la notion de « contribution » inclut toute forme quelconque de soutien des revenus ou des prix[55]. Concrètement, l'ajout de l'alinéa a) 2 à l'article 1.1 de l'Accord SMC semble indiquer que les soutiens des revenus ou des prix deviennent des éléments d'appréciation lorsqu'il s'avère qu'il n'y a pas eu de contribution financière. Et comme l'article XVI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce auquel fait référence cet alinéa ne donne pas plus de précision, on s'en tiendra à l'idée que sera considéré comme subvention le soutien de prix ou de revenu qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations ou de réduire les importations.

En ce qui concerne l'auteur de la contribution, l'accord précise que la contribution financière doit provenir des « pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre ». La notion de « pouvoirs publics » doit aussi être prise au sens le plus large possible. Les « pouvoirs publics » englobent ainsi tous les échelons du pouvoir et même les sociétés d'État[56].

Mais, pour qu'il y ait réellement « subvention », encore faut-il qu'un avantage ait été conféré au destinataire de la contribution financière. Autrement dit, pour qu'une action des pouvoirs publics soit qualifiée de « subvention », il faut que la contribution financière confère un avantage. On peut imaginer que la vérification d'un « avantage conféré » est facile lorsque cet avantage est tangible, manifeste ou qu'il améliore la situation du bénéficiaire, notamment lorsque la situation de ce dernier est meilleure que celle qui prévalait avant que l'avantage lui ait été conféré. Dans le cas contraire, il sera plus difficile de vérifier si un avantage a pu être conféré.

Dans l'affaire *Canada. Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*[57], le Canada avançait une série d'arguments pertinents dont le rappel de certains éléments permet d'appréhender les interprétations qui peuvent être faites du terme « avantage ».

D'abord, le Canada rappelait que la Convention de Vienne sur le droit des traités[58] exige qu'un traité soit interprété suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. À cette préoccupation, le Groupe spécial répond que le sens ordinaire du terme *benefit*[59] englobe une forme d'avantage. Et, afin de déterminer si une contribution financière confère un avantage, il faut établir si la contribution

55. Au sens de l'article XVI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, il s'agit de « toute forme de soutien des revenus ou des prix qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations d'un produit du territoire de ladite partie contractante ou de réduire les importations de ce produit sur son territoire… ».
56. OMC, Organe d'appel, *Canada. Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, *op. cit.*, par. 93-103.
57. OMC, Organe d'appel, *Canada. Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, 2 août 1999, Doc. WT/DS70/AB/R, par. 149-162.
58. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, RTNU, vol. 1155, p. 331.
59. Le Canada et le Groupe spécial s'entendent pour dire que dans son sens ordinaire le terme anglais *benefit* signifie *advantage*, qui veut dire « avantage ».

financière place le bénéficiaire dans une position plus avantageuse qu'*en l'absence* de contribution financière. C'est ce que confirme l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis. Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »* lorsqu'il déclare que l'expression « normalement exigibles » renvoie à la situation qui existerait *en l'absence* des mesures en question. En conséquence, il s'agit de déterminer si, sans cette contribution financière, les pouvoirs publics imposeraient des obligations fiscales plus élevées[60]. Toutefois, l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis. Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »,* même s'il reconnaît le caractère original du critère « en l'absence de » dégagé par le Groupe spécial, met un bémol quant à son utilisation systématique. Ainsi, l'Organe d'appel estime que « le critère "en l'absence de" serait facile à contourner si son application était limitée à des situations où il existerait effectivement une autre mesure, en vertu de laquelle les recettes en question seraient imposées, en l'absence de la mesure contestée[61] ». On ne saurait donc à l'avenir tenter d'ériger en règle générale le critère fondé sur l'« absence de » contribution financière. Cela n'enlève rien toutefois à l'importance et à la détermination impérative de l'existence d'une contribution financière dans l'établissement de l'existence d'une subvention.

Ensuite, dans l'affaire *Canada. Mesures visant l'exportation des aéronefs civils,* le Canada expliquait que la détermination de l'avantage doit incorporer les « coûts pour les pouvoirs publics » et que le Groupe spécial a commis une erreur en écartant l'argument du Canada selon lequel l'annexe IV[62] de l'Accord SMC est aussi un contexte pertinent pour déterminer l'existence d'un « avantage[63] ». Pour le Groupe spécial, l'incorporation des coûts pour les pouvoirs publics dans l'article premier exclurait de la définition du terme « subvention » des cas expressément mentionnés à l'article 1.1a) (1). Ainsi, pour le Groupe spécial, la notion de « coûts pour les pouvoirs publics » n'entrait pas en ligne de compte dans l'interprétation et l'application du terme « avantage » au sens de l'article 1.1b) de l'Accord SMC.

Enfin, en ce qui concerne le sens à donner au terme « avantage », il faut s'en tenir à l'interprétation de l'Organe d'appel reprenant l'analyse du groupe spécial[64]. D'abord, l'« avantage » n'est pas une chose abstraite : il faut qu'un bénéficiaire le reçoive et en bénéficie. Ainsi, il y a avantage lorsqu'une personne juridique ou morale ou un groupe de personnes a reçu quelque chose. De cette manière, l'Accord SMC devrait être axé sur le bénéficiaire et non sur l'autorité qui accorde la subvention. Ensuite, l'Organe d'appel indique que l'argument selon lequel les « coûts pour les pouvoirs publics » sont à prendre

60. OMC, Organe d'appel, *États-Unis. Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger », op. cit.,* par. 77 et 91.
61. *Ibid.*, par. 91.
62. « Calcul du subventionnement *ad valorem* total », *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, annexe IV, art. 6.1a.
63. *Canada. Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, *op. cit.*, par. 12 et 13.
64. *Ibid.*, par. 154 et 155.

en compte pour déterminer s'il y a avantage pour le bénéficiaire au sens de l'article 1.1b) ne tient pas compte de la structure générale du texte et s'en tient à l'interprétation du Groupe spécial. Sur cette question, l'Organe d'appel indique tout simplement qu'il faut se référer à l'article 14[65] de l'Accord SMC relatif aux principes directeurs pour retrouver le contexte pertinent permettant d'interpréter le terme « avantage » figurant à l'article 1.1b). Ainsi, sera considéré comme conférant un avantage, « un prêt des pouvoirs publics » qui entraîne « une différence entre le montant que l'entreprise bénéficiaire paie sur le prêt des pouvoirs publics et celui qu'elle paierait sur un prêt commercial comparable sur le marché[66] ». En d'autres termes, dans le cas de prêts accordés par les pouvoirs publics, il y a subvention lorsque l'avantage conféré correspond à la différence entre le taux du marché et le taux pratiqué par les pouvoirs publics et que cette différence est favorable à l'entreprise qui bénéficie du prêt étatique.

Enfin, l'Accord SMC indique que « la fourniture de biens ou de services ou l'achat de biens par les pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins que cette fourniture ne s'effectue moyennant une rémunération moins adéquate ou que l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus adéquate[67] ». La fourniture de biens et services ou l'achat de biens sont donc considérés comme une contribution financière au sens de l'Accord SMC. Toutefois, on ne parlera de contribution financière conférant un avantage que lorsqu'il y a inadéquation entre la fourniture de biens et services ou l'achat de biens et la rémunération. Dans l'affaire *États-Unis. Bois de construction résineux IV*[68], l'Organe d'appel indique que, dans le cas de fourniture de biens et services ou d'achat de biens par les pouvoirs publics, « un avantage est conféré lorsque les pouvoirs publics fournissent des biens à un bénéficiaire et, en échange, reçoivent une rétribution ou une compensation insuffisante pour les biens ».

Il découle de ce qui précède que, si l'Accord SMC a le mérite d'offrir une définition de ce qu'est une subvention, il n'est pas toujours aisé de déchiffrer les termes utilisés par les négociateurs pour définir la subvention[69]. Ce dont on peut être certain en revanche, c'est que la notion de subvention prend en compte non seulement une contribution financière des pouvoirs publics, mais en plus l'avantage y afférent. Les trois éléments sont liés par un lien de causalité et ils sont cumulatifs. Mais, une fois qu'il a été établi que la contribution financière est assimilable à une subvention, celle-ci « ne sera assujettie aux

65. « Calcul du montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire », *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 14.
66. *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 14b.
67. *Ibid.*, art. 14d.
68. OMC, Organe d'appel, *États-Unis. Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, *op. cit.*, par. 84.
69. Richard DIAMOND, « Privatization and The Definition of Subsidy. A Critical Study of Appellate Body Texturalism », *Journal of International Economic Law*, vol. 11, nº 3, 13 août 2008, p. 649-678.

dispositions de la Partie II[70] ou à celles des Parties III[71] ou V[72] que s'il s'agit d'une subvention spécifique au regard des dispositions de l'article 2[73] ».

La notion de « spécificité » comme principal critère de déloyauté

La perpétuation des politiques de subventionnement par les États membres de l'OMC pourrait ôter à cette institution la logique libérale qui sous-tend ses actions en ce sens que la continuation des aides d'État par ses membres porte atteinte à ses principes fondamentaux fondés sur le libre-échange. C'est en cela que les règles sur le subventionnement à l'exportation constituent un progrès dans le processus d'endiguement des mesures protectionnistes. En le déclarant déloyal, l'Accord SMC a fondé la prohibition du subventionnement à l'exportation sur des critères mieux définis dont celui de la « spécificité » constitue l'élément fondamental[74].

Le critère de « spécificité » de la subvention est essentiel pour faire jouer les règles de prohibition, car, si toutes les subventions spécifiques ne sont pas prohibées, toutes les subventions prohibées sont spécifiques. C'est dire que, pour faire jouer la prohibition, il faut que la subvention puisse *expressément* bénéficier à certaines entreprises plutôt qu'à d'autres[75]. À l'inverse, si le bénéfice de la subvention est subordonné à des critères objectifs, il n'y a pas « spécificité ». Les critères objectifs[76] doivent être entendus comme des critères neutres qui sont de caractère économique et d'application horizontale. Mais d'autres facteurs, tels que l'utilisation de subventionnement par un nombre limité à certaines entreprises ou l'octroi à certaines entreprises de montants de subventions disproportionnés[77], peuvent être pris en compte.

Quant au bénéficiaire de la subvention, la question de son identification et celle de sa soumission à l'applicabilité du critère de spécificité peuvent se

70. La partie II de l'Accord SMC est relative aux subventions prohibées.
71. La partie III de l'Accord SMC est relative aux subventions pouvant donner lieu à une action.
72. La partie V est relative aux mesures compensatoires.
73. *Accord SMC, op. cit.*, art. 1.2.
74. L'article 1.2 de l'Accord SMC dispose qu'« une subvention telle qu'elle a été définie au paragraphe 1 ne sera assujettie aux dispositions de la partie II ou à celles des parties III ou V que s'il s'agit d'une subvention spécifique au regard des dispositions de l'article 2 ».
75. L'article 2.1a de l'Accord SMC énonce que, pour déterminer si une subvention est spécifique, il faut que « l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, limite expressément à certaines entreprises la possibilité de bénéficier de la subvention… ». L'Accord SMC n'établit ni ne définit la notion de bénéficiaire de la subvention. Ce qui est important ici, c'est d'établir que le soutien de l'État privilégie certaines entreprises par rapport à d'autres ; OMC, Organe d'appel, *États-Unis. Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des communautés européennes*, 12 décembre 2002, Doc. WT/DS212/AB/R, par. 112-113.
76. *Accord SMC, op. cit.*, note interprétative n° 2.
77. *Ibid.,* art. 2.1c.

révéler complexes. Une complexité qui est en partie éclairée par cette position jurisprudentielle[78] :

> Lorsqu'une subvention est conférée pour des produits de matière première, et que le droit compensateur est imposé sur les produits transformés, le bénéficiaire initial de la subvention et le producteur du produit pouvant faire l'objet de droits compensateurs peuvent ne pas être les mêmes. En pareil cas, il y a un bénéficiaire direct de l'avantage – le producteur du produit servant de matière première. Lorsque la matière première est ultérieurement transformée, le producteur du produit transformé est un bénéficiaire indirect de l'avantage, à condition qu'il puisse être établi que l'avantage qui découle de la subvention pour la matière première est transmis, au moins en partie, au produit transformé[79].

Hormis des dispositions particulières qui prévalent sur celles de l'Accord SMC[80] confirmées par la jurisprudence de l'OMC[81], le champ d'application de la notion de « spécificité » s'étend principalement à deux types de subventions : les subventions subordonnées, en droit ou en fait, aux résultats à l'exportation et les subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés[82].

II – Traitement juridique des subventions à l'exportation

Ce traitement passe par l'établissement d'une typologie des subventions à l'exportation et par leur soumission à un régime juridique strict.

A — Les subventions à l'exportation jugées déloyales par le droit de l'OMC

L'Accord SMC a établi une classification des subventions prohibées tout en déterminant un traitement différencié en fonction de la situation économique des États membres de l'OMC.

---

78. OMC, Organe d'appel, *États-Unis. Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada* ; OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006, Analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, Genève, Publications de l'OMC, 2007, p. 224.
79. *Ibid.* ; OMC, *Recours du Canada à l'article 2.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, 5 décembre 2005, Doc. WT/DS257/AB/R, par. 143.
80. OMC, Organe d'appel, *Canada. Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, *op. cit.* ; OMC, Organe d'appel, *Recours des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord*, 3 décembre 2001, Doc. WT/DS103/AB/RW et WT/DS113/AB/RW, par. 123-124.
81. OMC, Organe d'appel, *Communautés européennes. Subvention à l'exportation du sucre*, Doc. WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R et WT/DS283/AB/R, 28 avril 2005, par. 339, 337-341 ; *idem*, Organe d'appel, *États-Unis. Subventions concernant le coton Upland*, Doc. WT/DS267/AB/R, 3 mars 2005, par. 532-533.
82. *Accord SMC*, art. 3.1.

Typologie des subventions prohibées par l'Accord SMC

En apportant des précisions au cadre conceptuel des subventions, l'Accord SMC fait un travail de clarification dont l'objectif est de renforcer la lisibilité des dispositions relatives aux subventions à l'exportation. Même si l'approche utilisée reste assez large[83], l'objectif fixé par les États membres de l'OMC est d'accroître la certitude et la prévisibilité des règles et de contribuer à restreindre le recours aux subventions ayant des effets de distorsion des échanges[84]. Deux types de subventions spécifiques classées en boîtes « rouge » et « orange » sont ainsi visés par la règle de prohibition établie par l'Accord SMC.

La prohibition des subventions de la première catégorie concerne celles qui, *en droit ou en fait*[85], sont *subordonnées*[86] aux résultats des exportations. Le lien de subordination entre la subvention et les exportations peut relever des éléments de droit, c'est-à-dire qu'il est fondé sur un lien juridique, une disposition légale ou réglementaire par exemple[87], mais aussi des éléments de fait[88]. Les éléments de fait expressément dégagés par la jurisprudence de l'OMC[89] reposent sur les preuves qu'une subvention a été octroyée, qu'elle est *liée aux résultats* et qu'il y a eu effectivement des « exportations ou recettes d'exportation effectives ou prévues ». La conjugaison de ces trois éléments est nécessaire pour conclure à l'existence d'une « subordination *de facto* ».

Quant au lien de subordination proprement dit entre l'octroi de la subvention et les résultats effectifs ou attendus de l'exportation, le rapport du

83. Andrew GREEN, Michael TREBILCOCK et Vivien MILAT, « The Enduring Problem of WTO Export Subsidies Rules », *American Law and Economics Association Annual Meetings*, 27 avril 2007, law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=2162&context=alea, consulté le 14 juin 2008.
84. OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006…*, *op. cit.*, p. 216.
85. La note de bas de page 4 de l'Accord SMC indique que les subventions sont *subordonnées en fait* « lorsque les faits démontrent que l'octroi d'une subvention, sans avoir été juridiquement subordonné aux résultats à l'exportation, est en fait lié aux exportations ou recettes d'exportation effectives ou prévues ». De plus, la note indique que « le simple fait qu'une subvention est accordée à des entreprises qui exportent ne sera pas pour cette seule raison considéré comme une subvention à l'exportation au sens de cette disposition ». Voir également OMC, Organe d'appel, *Canada. Mesures visant à l'exportation des aéronefs civils, Recours du Brésil à l'article 21.5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, 21 juillet 2000, Doc. WT/DS70/AB/RW, par. 47.
86. Le terme « subordonner » doit être entendu comme « conditionnel » ou « dépendant, pour exister, des résultats à l'exportation » ; OMC, *Canada. Mesures visant l'exportation des aéronefs civils, op. cit.*, par. 166.
87. La jurisprudence de l'OMC réitère dans l'affaire *Canada. Mesures affectant l'industrie automobile* ce qu'elle avait énoncé s'agissant de la subordination en droit, dans l'affaire *Canada. Aéronefs*. Elle considère que la « subordination en droit » est démontrée sur la base du libellé de la législation, de la réglementation ou d'un instrument juridique pertinent ; OMC, Organe d'appel, *Canada. Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, 31 mai 2000, Doc. WT/DS139/AB/R et WT/DS142/AB/R, par. 123.
88. *Accord SMC*, *op. cit.*, note 4.
89. OMC, *Canada. Mesures visant l'exportation des aéronefs civils,* par. 169.

Groupe spécial dans l'affaire *Canada. Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*[90] estime qu'il ne suffit pas qu'il y ait un rapport entre la subvention et les exportations en cause. Encore faut-il que cette subvention soit accordée dans le but précis de faciliter les exportations ou de les favoriser par rapport aux ventes sur le marché domestique. Cette argumentation a été confirmée dans l'affaire *Canada. Mesures affectant l'industrie automobile*[91] qui précise qu'une « subvention est prohibée au titre de l'article 3.1a) si elle est "conditionnée" par les résultats à l'exportation, c'est-à-dire si elle dépend, pour exister, des résultats à l'exportation ». Il en découle qu'il ne sera pas nécessaire d'établir que les exportations ont effectivement lieu. La prohibition est requise pour peu que les importations soient attendues. Il suffira d'établir qu'en l'absence d'exportation la subvention ne serait pas accordée. Mais la subvention peut être subordonnée soit de manière exclusive, soit parmi d'autres conditions aux résultats à l'exportation. Ce qui implique que la subvention pourra être considérée comme subordonnée aux résultats à l'exportation même si elle résulte d'une législation plus large qui avantage à la fois les produits exportés et d'autres produits.

Au fond, c'est la méthode de l'illustration qu'ont choisie les auteurs de l'Accord SMC pour expliquer ce qu'il faut entendre par subvention à l'exportation grâce à la liste indicative[92] de l'accord qui comprend une série de subventions interdites *per se*[93].

Toutefois, la formulation de l'article 3.1b) peut prêter à des confusions. S'il n'y a pas de doute que l'alinéa b) requiert la nécessité d'un lien de subordination entre la subvention et la préférence donnée aux produits nationaux[94], on peut se demander si les subventions de cette catégorie doivent être subordonnées « en droit » ou « en fait » pour être prohibées. Car, contrairement à l'article 3.1a) qui précise ces éléments, à l'alinéa b) les rédacteurs n'ont pas jugé utile de faire cette précision. D'ailleurs, le Groupe spécial dans l'affaire *Canada. Automobile*[95] a pu considérer qu'en l'absence de précision l'article 3.1b) ne pouvait s'appliquer aux subventions subordonnées « en fait » à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Mais cette position a été infirmée par l'Organe d'appel, qui précise que le fait que les mots « en droit ou en fait » soient employés à l'article 3.1a) sans l'être à l'article 3.1b) ne signifie pas pour autant que l'article 3.1b) ne vise pas la subordination *de jure*. Les juges de l'Organe d'appel considèrent même que nier cette « subordination en fait », et ne retenir que « la subordination en droit », serait contraire à l'objet et au but de l'Accord SMC parce qu'il serait « trop facile pour

90. OMC, Rapport du groupe spécial, *Canada. Mesures visant l'exportation des aéronefs civils,* 14 avril 1999, Doc. WT/DS70/R, par. 9.230.
91. OMC, *Canada. Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, *op. cit.*, par. 123.
92. *Accord SMC*, annexe I relative à la *Liste exemplative des subventions à l'exportation*.
93. Expression latine pour dire que les subventions sont interdites en tant que telles.
94. OMC, *États-Unis. Subventions concernant le coton upland*, *op. cit.*, par. 544.
95. OMC, *Canada. Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, *op. cit.*, par. 139-143.

les membres de se soustraire à leurs obligations ». Autrement dit, même s'il n'est pas expressément écrit que les subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés doivent l'être « en droit et en fait », la prohibition s'impose tout de même dans les deux cas.

La deuxième catégorie de subventions visées par l'Accord SMC est celle des subventions donnant lieu à une action. Contrairement aux subventions prohibées, les subventions donnant lieu à une action ne sont pas prohibées d'office. Il s'agit de subventions qui, en raison des effets défavorables qu'elles peuvent entraîner, sont susceptibles d'être contestées par les États membres de l'OMC. Les effets défavorables découleront d'un dommage[96] causé à une branche de production nationale d'un membre, de l'annulation ou de la compromission des avantages[97] résultant directement ou indirectement du GATT de 1994 ou d'un préjudice grave causé aux intérêts d'un autre membre.

Les subventions pouvant donner lieu à une action sont encadrées par les dispositions de la partie III de l'Accord SMC. Pour que cette catégorie de subventions soit contestée dans le cadre d'une procédure multilatérale de règlement des différends ou par le mécanisme des mesures compensatoires, il faut qu'elle entraîne des « effets défavorables pour les intérêts d'autres membres[98] ». Trois conditions sont requises. La subvention doit « causer un dommage à une branche de production nationale d'un autre membre[99] ». Elle doit « annuler ou compromettre des avantages résultant du GATT de 1994 pour d'autres membres[100] » ou causer « un préjudice grave aux intérêts d'un autre membre[101] ». Une fois qu'il a été établi que les subventions causent des effets défavorables aux intérêts d'autres, des possibilités de recours ont été aménagées et renforcées par le régime de l'OMC. La difficulté reste cependant la nécessité, dans la plupart des cas, pour le membre qui porte plainte, de démontrer les effets défavorables. Ce qui exige une analyse axée sur des faits que les groupes spéciaux peuvent parfois avoir du mal à établir.

Une troisième catégorie de subventions ne donnant pas lieu à une action avait été établie dans la partie IV de l'Accord SMC et qualifiée par certains auteurs de « subventions validées[102] ». Ce sont des subventions qui ne sont pas

96. Le terme « dommage » implique à la fois un dommage important causé à une branche de production nationale, une menace de dommage ou le retard de la création d'une branche de production nationale ; *Accord SMC*, note 45.
97. Les avantages sont compromis chaque fois que le comportement d'un membre met en péril le rapport d'équilibre et de libre accès sur le marché ; GATT, Rapport du groupe spécial, *États-Unis. L'article 337 de la loi douanière de 1930*, 1989, Doc. L/6439, IBDD S36/386, par. 5011.
98. *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 5 ; OMC, *États-Unis. Subventions concernant le coton upland, op. cit.*
99. *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 5a.
100. *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 5b.
101. *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 5c ; *États-Unis. Subventions concernant le coton upland*, *op. cit.,* par. 431-433.
102. Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, *op. cit.*

« spécifiques[103] » ou, bien qu'elles soient spécifiques, qui ne peuvent donner lieu à une action sauf exception[104]. Mais cette dernière catégorie ainsi qu'une disposition établissant la présomption de l'existence d'un préjudice grave causé par certaines subventions ne devaient rester en vigueur qu'à titre provisoire jusqu'au 31 décembre 1999. À cette date, le Comité SMC pouvait décider par consensus de les prolonger. Ce consensus n'est pas intervenu. Ce qui rend les subventions actionnables et susceptibles de donner lieu à l'imposition de droits compensateurs aussi longtemps que le plaignant peut démontrer que des effets défavorables ont été portés à ses intérêts. Mais ce nouveau dispositif épargne, d'une certaine manière, les pays en développement.

Un traitement « spécial et différencié » pour le subventionnement des pays en développement

Le cycle d'Uruguay, en renforçant les règles sur les subventions à l'exportation, a tenté de redéfinir le cadre des exportations en provenance des pays en développement. Il faut rappeler qu'aucun pays en développement n'avait accepté la Déclaration consacrant la prohibition des subventions à l'exportation des produits autres que les produits primaires[105]. Dans le cadre de l'Accord SMC, l'article 27 énonce clairement les règles qui s'appliqueront désormais aux pays en développement et qui, bien évidemment, prennent en compte leur niveau et leur souci de développement économique.

Ainsi, en affirmant très clairement « que les subventions peuvent jouer un rôle important dans les programmes de développement économique des pays en développement membres », les membres de l'OMC reconnaissent un statut particulier aux subventions en provenance de ces pays. Ils affirment aussi que « la prohibition énoncée au paragraphe 1a) de l'article 3[106] ne s'appliquera pas : a) aux pays en développement membres visés à l'annexe VII[107] ; b) aux autres pays en développement membres pendant une période de huit ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'accord sur l'OMC, sous réserve que les dispositions du paragraphe 4 soient respectées ».

De fait, même si les subventions qui exigent de leurs bénéficiaires qu'ils exportent sont prohibées, certains pays en développement devraient pouvoir continuer à les accorder. Ces pays sont inscrits sur la liste de l'annexe 7 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

---

103. Jean-Marie WARÊGNE, *L'Organisation mondiale du commerce, Règles de fonctionnement et enjeux économiques*, Bruxelles, CRISP, 2000, p. 74.
104. *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 9.
105. GATT, *Declaration Giving Effect to the Provisions of Article XVI…, op. cit.*
106. L'article 3.1a se réfère aux subventions prohibées, c'est-à-dire aux subventions à l'exportation subordonnées aux résultats de l'exportation ainsi qu'aux subventions subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.
107. L'Annexe VII de l'Accord SMC est relative aux *Pays en développement Membres visés au paragraphe 2a) de l'article 27* et décrit en détail ce que recouvre le terme de pays en développement ; *Accord SMC*.

Cet accord reconnaît trois catégories de pays en développement (PED) : les pays les moins avancés (PMA) qui jouissent de cette exemption tant que leur PNB par habitant reste inférieur à mille dollars américains ; les autres pays en développement qui bénéficient d'un délai de huit ans sans possibilité de relever le niveau des subventions pendant cette période. S'agissant des subventions au remplacement des importations, le délai imparti pour leur élimination est de huit ans pour les PMA et de cinq ans pour les autres pays en développement membres. Un traitement plus favorable est aussi prévu pour les subventions donnant lieu à une action. Les membres dont l'économie est en voie de transformation vers une économie de marché disposent également d'un délai de sept ans pour éliminer progressivement leurs subventions. Mais ces subventions devraient être notifiées avant le 31 décembre 1996 pour bénéficier du traitement spécial.

Si l'article 27 de l'Accord général accorde aux pays en développement un traitement spécial et différencié en matière d'octroi de subventions à l'exportation, il ne s'agit pas pour autant d'un chèque en blanc, le but étant de laisser à ces pays le temps de procéder de manière progressive à la mise en conformité de leur programme d'aide avec les principes de droit commun de l'OMC. D'ailleurs, les avis sont très partagés quant à l'efficacité de telles mesures. Les positions opposent ceux qui estiment que ces mesures sont trop indulgentes en ce qui concerne les subventions ayant des effets de distorsion des échanges et ceux qui estiment plutôt que ces mesures sont trop strictes et restreignent la capacité des pays en développement à réaliser leurs objectifs de développement, en particulier du fait que certaines périodes de transition ont expiré[108].

Le cycle de Doha qui s'est ouvert en 2001 est allé plutôt dans le sens de la flexibilité à la demande même des pays en développement. En effet, la Conférence ministérielle a accordé un délai plus long à certains pays en développement pour retirer progressivement les subventions subordonnées aux résultats d'exportation[109]. Il est également précisé que le délai de huit ans fixé à l'article 27.4 de l'Accord SMC se fera en réponse à des demandes spécifiques des membres en développement. Le Comité devra prendre en compte la compétitivité relative par rapport aux autres membres en développement qui ont demandé la prorogation.

Mais le renforcement des règles en matière de subventionnement à l'exportation déborde le cadre de l'Accord SMC. De nombreux autres secteurs sont concernés par le phénomène des subventions à l'exportation. Et le cycle d'Uruguay s'est attaché à les encadrer, notamment par des accords portant sur l'agriculture ou sur le commerce des services.

---

108. OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006, Analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, *op. cit.*

109. COMITÉ DES SUBVENTIONS ET DES MESURES COMPENSATOIRES, *Procédures pour les dérogations au titre de l'article 27.4 pour certains pays en développement Membres*, 20 novembre 2001, OMC, Doc. G/SCM/39.

Dans le domaine agricole, contrairement à l'approche adoptée pour les produits industriels, l'Accord sur l'agriculture envisage des engagements de réduction tant pour les mesures de soutien interne que pour les mesures de soutien à l'exportation des produits agricoles écartées des engagements d'élimination. Cette possibilité est désormais envisagée à la dernière Conférence ministérielle de Hongkong[110]. Les engagements en matière de subventions à l'exportation des produits agricoles sont des obligations ou des engagements relatifs aux subventions à l'exportation souscrits par les membres au titre des dispositions de l'Accord sur l'agriculture et en particulier au titre des articles 3, 8 et 9 de cet accord[111]. Les membres ont pris l'engagement d'éliminer les subventions à l'exportation accordées au secteur agricole d'ici à 2013.

En ce qui concerne l'Accord sur le commerce des services, l'approche est aussi différente de celle relative au commerce des marchandises. Les dispositions qui touchent aux subventions accordées aux services[112] se contentent d'énoncer un mandat de négociation en vue de reconnaître que les subventions peuvent avoir des effets de distorsion sur les échanges et qu'elles peuvent avoir un rôle à jouer en matière de développement. Il ne s'agit donc pas ici d'édicter des règles précises à la manière des autres accords.

Globalement, l'évolution des règles entourant les subventions à l'exportation n'a pas, de manière substantielle, modifié le climat de tension qui entoure ce sujet à l'OMC nonobstant le dispositif de règlement des contentieux.

B — Le règlement des différends liés aux subventions à l'exportation

L'Accord SMC offre principalement deux moyens d'action pour compenser le préjudice subi : des actions unilatérales, d'une part, et multilatérales de l'autre.

La possibilité de recourir à des actions unilatérales

L'Accord SMC (art. 10) tout comme l'accord général permettent aux membres de recourir unilatéralement à l'imposition de mesures compensatoires. Selon l'article VI du GATT de 1994, le droit compensateur est « un droit spécial perçu en vue de neutraliser toute prime ou subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation[113] ».

110. OMC, *Programme de travail de Doha. Déclaration ministérielle, Conférence ministérielle*, 22 novembre 2005, Doc. WT (MIN(05)/DEC.
111. OMC, *États-Unis. Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger », op. cit.*
112. *Accord général sur le commerce des services, Négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay*, (1986-1994), Marrakech, avril 1994, art. XV.
113. *GATT de 1994*, art. VI, par. 3 ; Sylvie Javelot, *op. cit.*

Les membres de l'OMC sont ainsi autorisés à imposer un droit compensateur « à l'égard de tout produit du territoire d'un membre qui serait importé sur le territoire d'un autre membre[114] ». Mais l'imposition des droits compensateurs est strictement encadrée par l'Accord SMC. Ainsi, les règles *de minimis* permettent d'éviter l'ouverture d'enquêtes inutiles qui seraient précocement refermées[115], tout comme elles protègent les pays en développement de l'imposition de droits compensateurs[116] même si la portée de ces règles peut paraître limitée[117]. Toutefois, aux termes de l'article 10 de l'Accord SMC, l'imposition de droits compensateurs ne peut se faire sans enquête préalable. Le but de cette enquête sera de déterminer l'existence, le degré ainsi que l'effet de la subvention[118]. Fondée sur des éléments de preuve suffisante[119], la procédure devra établir l'existence de la subvention en démontrant un lien de causalité entre la subvention et le dommage subi. Car éviter que les membres recourent à des mesures unilatérales autres que celles prévues dans le cadre du GATT de 1994[120] est un autre objectif des membres de l'OMC.

Le recours aux actions multilatérales

On sait depuis longtemps que la caractéristique essentielle du commerce est la célérité. C'est peut-être cette considération qui a été prise en compte dans le cadre multilatéral en ce qui concerne la procédure relative aux subventions spécifiques.

En effet, l'article 4 de l'Accord SMC prévoit, pour les actions contre les subventions prohibées, une procédure accélérée qui s'ouvre par une demande de consultation par le membre qui a des raisons de croire qu'une subvention prohibée est accordée. L'objet de la consultation sera d'arriver à une solution mutuellement convenue à défaut de laquelle tout membre engagé dans la contestation pourra saisir l'organe de règlement des différends (ORD) en vue de l'établissement d'un groupe spécial à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas établir de groupe spécial. Les délais de cette procédure sont largement plus courts que les délais habituels des procédures de règlement des différends à l'OMC[121]. De même, l'accord prévoit la possibilité d'un arbitrage[122]

114. *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 10.
115. *Ibid.*, art. 11.9.
116. *Ibid.*, art. 27.11 et 27.12.
117. Mohamed LOFTI M'RINI, *Les pays en développement et le système commercial multilatéral. Bilan d'un processus d'intégration semi-séculaire*, thèse de doctorat, Québec, Université Laval, avril 2002, p. 317.
118. *Accord SMC*, *op. cit.*, art. 11.1 ; Sylvie Javelot, *op. cit.*
119. *Ibid.*, art. 12.
120. *Ibid.*, art. 32.1.
121. *Ibid.*, art. 4.12.
122. *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, Négociations commerciales multilatérales (1986-1994), Marrakech, avril 1994, art. 22.6.

afin de déterminer le caractère proportionnel[123] des éventuelles contre-mesures que l'ORD autoriserait la partie lésée à prendre en cas de non-respect des délais par la partie jugée responsable.

La célérité qui caractérise la procédure en matière de subventions prohibées pourrait aussi s'expliquer par le fait que, s'agissant de cette catégorie de subventions, aucun effet dommageable n'a à être prouvé. Tout ce qu'il faut prouver, c'est que la mesure relève de la définition d'une subvention prohibée. La procédure conduira alors au retrait pur et simple de la mesure.

Cette logique diffère de celle qui sous-tend la procédure en matière de subventions actionnables. Ici, il sera nécessaire de prouver l'existence d'effets dommageables sur le marché où le produit subventionné est en concurrence. Le but d'une action multilatérale sera non pas de supprimer la subvention, mais d'en éliminer les effets dommageables. Le membre responsable de ces subventions devra prendre des mesures correctives pour enrayer ces effets.

Les pays en développement bénéficient pour cette dernière catégorie de subventions actionnables d'un traitement spécial et différencié. Ce traitement spécial contient deux volets essentiels. Le premier volet concerne l'exception accordée aux subventions à la privatisation pour permettre aux pays en développement d'améliorer les finances de leurs entreprises privatisées sans crainte de poursuite de la part des partenaires commerciaux. Dans la pratique, il semble que seul le Brésil ait eu recours à cette forme de subvention[124]. La deuxième dérogation concerne les aménagements dans les possibilités de recours[125]. Ces dérogations sont mineures eu égard aux contrecoups qu'ils subissent du fait des subventions à l'exportation octroyées dans les pays industrialisés. N'en déplaise au Comité des subventions et des mesures compensatoires qui veille au bon fonctionnement de l'Accord SMC à travers ses fonctions de consultation et de surveillance.

Conclusion

Du GATT de 1947 à l'OMC, les subventions à l'exportation sont passées d'un régime d'impunité à un régime de prohibition. Ce régime de prohibition est le résultat d'un processus qui est passé successivement par l'appel à un recours limité aux subventions à l'exportation, à une timide condamnation de ces pratiques du fait des conséquences préjudiciables qu'elles peuvent avoir sur les économies d'autres membres, puis à la reconnaissance explicite par l'Accord SMC de leur caractère déloyal. Ainsi, en misant sur la déloyauté

123. *Accord SMC*, *op. cit.*
124. OMC, Comité des subventions et mesures compensatoires, *Rapport (1996) du Comité des subventions et des mesures compensatoires*, 26 octobre 1996, Doc. G/L/126, par. VIII.
125. COMITÉ DES SUBVENTIONS ET DES MESURES COMPENSATOIRES, *Procédures pour les dérogations au titre de l'article 27.4*, *op. cit.*

des subventions à l'exportation pour établir la prohibition de cette pratique, le droit international économique prend acte de son caractère injuste et en consacre l'illégalité conformément aux règles de l'OMC. Toutefois, lorsque l'article VI du GATT institue les droits compensateurs pour neutraliser les effets défavorables des subventions à l'exportation, il ne règle pas la question fondamentale de la déloyauté de cette pratique. Et si le régime juridique établi par les négociateurs d'Uruguay, notamment par l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, a le mérite de préciser à nouveau le contenu de la notion de subvention et de définir un critère de prohibition clair, le droit de l'OMC ne permet pas encore d'enrayer le phénomène de subventionnement à l'exportation. Les subventions à l'exportation constituent encore des pratiques étatiques courantes et les condamnations que prononce l'organe de règlement des différends ne suffisent pas à dissuader les États. Dès lors, la question n'est plus de savoir si les subventions à l'exportation sont prohibées, mais plutôt de déterminer si les mécanismes de démantèlement de ces mesures de distorsion sont efficaces. Ajoutons à cela le péché originel du GATT de 1947 qui consiste à établir une différence de traitement juridique entre les subventions à l'exportation des produits primaires et autres que primaires et qui continue de compliquer les engagements des États membres en vue de l'élimination des subventions à l'exportation des produits agricoles. Les difficultés à clôturer le cycle de Doha trouvent ainsi quelques-unes de leurs origines dans ce précédent. Quoi qu'il en soit, l'affirmation du principe de prohibition sur la base d'un critère clair et précis constitue déjà une réelle avancée ; l'établissement d'un régime juridique fondé sur les effets de distorsion par l'Accord SMC en est une autre. Les prochains défis du droit international économique tournent autour de sa capacité à trouver des mécanismes novateurs qui assurent à la fois l'effectivité du cadre normatif des subventions à l'exportation et l'efficacité des mécanismes de leur démantèlement. Les modalités concernant un système de réparation et de sanction efficace restent encore à être affinées. Toutefois, force est de constater que le processus avance, lentement certes, mais de façon désormais irréversible.

.