

Politiques locales et droit du commerce international Partie 2¹ « Politiques locales et droit de l'OMC »

Journée d'étude publique, faculté de droit de Santa Fe, 27 mai 2014

« Droit, besoins fondamentaux et ressources naturelles »

Valérie Pironon

Professeur à l'université de Nantes (IRDP – EA 1166)

Membre du programme Lascaux

La question a été posée en ces termes par les organisateurs du colloque : « Peut-on orienter l'exploitation des ressources naturelles locales vers la satisfaction des besoins des populations du territoire sans verser dans le « protectionnisme » et sans enfreindre le droit du commerce international ? » Elle consiste à s'interroger sur l'articulation entre des politiques locales (dirigeant l'exploitation des ressources naturelles vers la satisfaction des besoins locaux) et un droit global (libéralisant les échanges mondiaux), singulièrement celui de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Pour en identifier les ressorts, deux explorations doivent être menées. D'une part, il faut déterminer *si* le droit de l'OMC est applicable aux politiques locales (I). Dans l'affirmative (ce qui n'est pas acquis), il importe de savoir d'autre part *comment* le droit de l'OMC doit, le cas échéant, être appliqué à ces politiques locales (II). La première question est d'ordre structurel ; la seconde est d'ordre substantiel.

I- Applicabilité du droit de l'OMC aux politiques locales

Les destinataires du droit de l'OMC sont les Etats qui seuls peuvent être attirés devant le mécanisme de règlement des différends lorsqu'ils adoptent des mesures nationales restrictives du commerce international des marchandises ou des services. A partir de là, quatre pistes au moins peuvent être explorées pour soustraire les politiques locales à la discipline de l'OMC : la première repose sur l'auteur de la mesure, la deuxième sur sa nature, la troisième sur son internationalité et enfin la quatrième, sur son objet.

1. L'auteur de la mesure. Les collectivités locales (provinces, régions, départements, communes ou municipalités) sont-elles contraintes par le droit de l'OMC alors que les accords de l'OMC ont été conclus par les Etats dont elles relèvent ? Plus précisément, dans le cas où le droit constitutionnel de l'Etat donne à ces collectivités locales une compétence dans la gestion des ressources naturelles, l'exercice de cette compétence peut-il se trouver amputé voire nié par les traités internationaux de commerce conclus par l'Etat ? Au regard de l'article XXVI du GATT, il apparaît que la seule exception à l'application du traité concerne les territoires douaniers distincts qui disposent d'une autonomie complète dans leurs relations commerciales avec l'extérieur et qui n'ont pas été présentés par la partie contractante responsable de ces territoires au moyen d'une déclaration. En dehors de ce cas particulier, l'Etat pourrait donc – du point de vue du droit de l'OMC – se voir imputer une mesure prise par une collectivité locale considérée comme une de ses émanations (par exemple le versement

¹ Cette intervention, présentée en mai 2014 à l'occasion d'une journée d'étude à l'Université Nationale du Littoral, a été conçue comme la seconde partie d'une contribution à deux voix sur le thème « Politiques locales et droit du commerce international » dont Fabrice Riem a présenté la première partie « Politiques locales et traités bilatéraux de libre-échange ». Le style oral a été conservé. S'agissant d'une intervention largement exploratoire, aucune référence particulière n'est citée.

d'une aide ou subvention régionale)². Cette analyse pourrait certes entrer en conflit avec le droit constitutionnel de l'Etat. Mais, si on est devant l'ORD, le texte suprême c'est le GATT...

2. La nature de la mesure. A notre sens, le droit de l'OMC devrait s'appliquer aux actes relevant de l'exercice de la souveraineté (*jure imperii*) à l'exclusion des actes relevant de l'exercice d'une activité économique (*jure gestionis*). On peut inclure dans ces derniers l'activité des fonds souverains d'investissement mais aussi, bien sûr, les contrats et marchés publics conclus par l'Etat et les collectivités locales. L'enjeu de cette classification ici est que pour tout litige relatif aux actes accomplis *jure gestionis* par l'Etat, les juridictions étatiques ou arbitrales sont compétentes pour trancher les litiges, à l'exclusion à notre avis du mécanisme de règlement des différends de l'ORD. Bien mieux, devant les juridictions étatiques et arbitrales, le droit de l'OMC ne peut être invoqué par les justiciables puisqu'il ne dispose d'aucun effet direct. Il en résulte que, sauf à importer dans le droit de l'OMC la théorie des obligations positives, le droit de l'OMC ne devrait pas permettre en lui-même de condamner une clause d'un marché public destinée à favoriser la réalisation d'un équilibre entre l'exploitation des ressources naturelles et la satisfaction des besoins des populations locales.

Depuis l'entrée en vigueur en avril 2014 de la dernière version de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics, cette affirmation doit toutefois être nuancée. L'accord révisé aurait en effet vocation à s'appliquer directement aux marchés publics. Il appartient toutefois à chaque Etat de faire la liste des entités publiques visées, des marchandises concernées et du montant du marché au-delà duquel l'accord a vocation à s'appliquer. A notre avis cet accord ne condamne pas pour autant toute clause du type de celle mentionnée plus haut. D'abord, la plupart des pays non occidentaux membres de l'OMC n'ont pas ratifié cet Accord. Ensuite, même parmi les Etats signataires, les précisions données peuvent restreindre considérablement le champ de l'Accord et par exemple exclure les marchés locaux, les marchés portant sur l'exploitation de certaines ressources stratégiques et bien sûr les « petits » marchés.

3. L'internationalité de la mesure. La question est ici de savoir si et dans quelle mesure le droit du commerce international a vocation à s'appliquer à une mesure locale appliquée localement. Pour tenter d'y répondre, il faut s'interroger sur le critère de l'internationalité, qui n'est pas défini de la même façon en droit international privé et en droit du commerce international. En droit international privé, prévaut un critère juridique fondé sur la présence – dans les *faits* – d'un élément d'extranéité. Ainsi, lorsque tous les faits pertinents de la situation sont localisés dans le même Etat, le droit international privé est inapplicable. En droit du commerce international en revanche, prévaut un critère exorbitant de nature économique qui consiste à prendre en compte les *effets* actuels ou potentiels de la situation. Ainsi, un arbitrage est international s'il met en cause les intérêts du commerce international. Quant au droit de l'OMC, il vise les mesures de nature à restreindre le commerce entre Etats parties.

Peut-on admettre pour autant le caractère international d'une mesure dont l'impact – actuel ou potentiel – sur le commerce international est négligeable ? Dans l'affirmative, cela reviendrait à consacrer un critère de l'effet ... « papillon ». L'effet papillon désigne la théorie suivant laquelle un battement d'aile de papillon peut produire une tornade à l'autre bout du monde. A notre connaissance, cette théorie n'est pas scientifiquement prouvée ! Et bien l'on pourrait raisonner de la même façon à propos des mesures prises par les collectivités locales : on ne peut présumer que ces mesures affectent le commerce international, singulièrement lorsqu'elles sont prises par des communes ou des municipalités, sauf à les soumettre abusivement et inutilement au droit du commerce multilatéral. L'effet transfrontalier de la mesure devrait donc être mesuré à l'aune d'un critère *de minimis* permettant, lorsque l'effet transfrontalier est négligeable, de garder la mesure hors du champ du droit international comme c'est le cas pour certaines aides d'Etat qui n'affectent pas suffisamment les échanges internationaux.

² V. en ce sens Mémoire d'accord sur l'interprétation de l'article XXVI du GATT (Art. XXVI.12).

4. L'objet de la mesure. Il y a une dernière piste qui peut être mentionnée brièvement. Elle repose sur l'objet de la mesure. Il s'agit simplement ici de rappeler que le droit de l'OMC ne s'applique qu'aux mesures qui affectent le commerce international des marchandises ou des services marchands. Par conséquent, si une ressource naturelle n'est pas qualifiée de marchandise ou que son exploitation n'est pas qualifiée de service marchand, elle n'est pas soumise à la discipline de l'OMC. La question se pose aujourd'hui pour le commerce ou la distribution de l'eau douce par exemple³. Mais ce sont les Etats qui sont très largement maîtres de cette qualification et à partir du moment où ils acceptent de « marchandiser » la ressource, le droit de l'OMC s'applique bel et bien.

Lorsqu'aucune de ces quatre voies ne permet à une mesure prise par une collectivité locale d'échapper à la discipline de l'OMC, le droit de l'Organisation a ainsi vocation à s'appliquer. Il reste alors à savoir si une mesure locale destinée à orienter l'exploitation des ressources naturelles locales vers la satisfaction des besoins des populations du territoire est compatible avec le droit de l'OMC.

II- Application du droit de l'OMC aux politiques locales

L'application du droit de l'OMC aux politiques désireuses d'affecter les ressources naturelles locales à la satisfaction des besoins fondamentaux des populations renvoie ici à la question désormais classique de la prise en compte des valeurs non marchandes en droit du commerce multilatéral. Jusqu'à une époque récente, cette question ne se posait guère à propos des ressources naturelles. Mais avec la prise de conscience de leur épuisement inéluctable, les politiques publiques destinées à (p)réserver les ressources naturelles ont vocation à se développer ... On ne s'étonnera donc pas que le rapport annuel de l'OMC de 2010 sur le commerce international ait été consacré aux ressources naturelles.

En ce domaine, l'adoption d'une politique publique relative à l'exploitation des ressources naturelles qui soit soucieuse des besoins des populations locales (actuelles et futures) va plutôt se traduire par l'adoption de mesures limitant les exportations. Deux types de mesures, dont le régime est distinct, sont au demeurant concevables : des mesures tarifaires et des mesures non tarifaires.

1. Les mesures tarifaires. Si l'OMC tend à la réduction des droits de douane à l'importation – au moyen d'un système bilatéral de concessions réciproques qui se multilatéralisent grâce au jeu de la clause de la nation la plus favorisée – les accords n'interdisent pas les mesures tarifaires affectant les produits exportés, sauf s'ils s'analysent comme des aides ou subventions de nature à procurer aux produits nationaux un avantage compétitif immérité et déloyal sur les marchés étrangers. En clair, les obstacles tarifaires aux exportations (qui s'analysent en quelque sorte comme des discriminations à rebours dans le langage européen) ne sont pas prohibées. On peut donc imaginer quelques exemples de mesures tarifaires qui pourraient être prises dans le but d'orienter l'exploitation des ressources naturelles vers la satisfaction des besoins des populations locales sans enfreindre le droit de l'OMC.

Le premier est celui d'une taxe imposée « à la sortie » des ressources du territoire pour ralentir leur épuisement au bénéfice des générations futures. Si une collectivité locale est compétente pour prendre ce type de mesure, le droit de l'OMC ne devrait pas s'y opposer. Comme il a été vu à propos des transferts massifs d'eau douce⁴, le droit de l'OMC n'interdit pas les taxes à l'exportation. Il en va de même *a fortiori*, des impôts intérieurs qui affecteraient les produits sortant de la province ou de la région. Certes, un discours prononcé par Pascal Lamy le 26 octobre 2010 lors du 3^e congrès sur les

³ Voir Pironon V., Riem F. « L'eau dans le commerce international des marchandises ». Communication à l'occasion du séminaire de recherche « Les différentes approches juridiques pour la recherche sur les ressources naturelles » organisé par la faculté de sciences juridiques et sociales de l'Université Nationale du Littoral à Santa Fe, Argentine, le 28 mai 2014.

⁴ Ibid.

matières premières de la fédération des industries allemandes suggère qu'il y a là une entrave à la liberté des échanges internationaux⁵. Soit ; mais c'est une forme d'entrave qui n'est pas interdite par les accords. Donc si l'on suit la logique de l'OMC (et de l'ORD) qui est de ne pas aller au-delà des textes (par souci de respecter la sécurité juridique), les taxes à l'exportation doivent être considérées comme valables.

Le second exemple que l'on peut imaginer – dans une visée prospective et sans souci d'exhaustivité – pourrait être celui d'une taxe telle que la contribution économique territoriale qui a remplacé en France la taxe professionnelle. Cette contribution économique territoriale comporte une taxe sur la valeur ajoutée (à partir de 500.000 euros de chiffre d'affaires) qui pourrait assortir d'un avantage fiscal l'affectation prioritaire des ressources naturelles à la satisfaction des besoins des populations locales. Cet avantage fiscal pourrait se traduire de différentes façons. Le droit de l'OMC pourrait-il s'y opposer ? On ne voit pas bien comment. Cette contribution ne s'applique en effet qu'aux entreprises implantées localement, à l'exclusion des entreprises étrangères qui vendent leur production localement.

On voit ainsi que des mesures tarifaires peuvent sans doute être prises sans trop de difficultés. Tel n'est pas le cas de mesures non tarifaires qui paraissent davantage exposées « aux foudres » du droit de l'OMC.

2. Les mesures non tarifaires. Les mesures non tarifaires, qui constituent le dernier point de notre bref tour d'horizon exploratoire, sont actuellement la cible privilégiée du droit de l'OMC. Ainsi et à titre d'exemple, l'interdiction de vendre en dehors de la région (à la fois sur le marché national et sur les marchés internationaux) les poissons des rivières pourrait-elle bénéficier des exceptions admises par les traités au jeu du libre-échange ? On peut en douter car si des dérogations sont admises au jeu du libre-échange, elles le sont dans des termes assez stricts qui ignorent assez largement l'impératif de l'ajustement des ressources naturelles et des besoins fondamentaux des populations identifiées dans le programme Lascaux. Quelles sont les dérogations admises ?

Dans l'Accord sur les marchés publics (celui entré en vigueur en 2014), l'article X §6 énonce que : « Il est entendu qu'une Partie, y compris ses entités contractantes, pourra, en conformité avec le présent article, établir, adopter ou appliquer des spécifications techniques pour encourager la préservation des ressources naturelles ou protéger l'environnement » dès lors que ces spécifications n'ont ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international.

Quant à l'Accord général, il admet plusieurs exceptions au libre-échange qui paraissent mobilisables pour préserver les ressources naturelles ou les besoins des populations locales, singulièrement :

- l'article XI-2 a) qui reconnaît une dérogation au bénéfice des « prohibitions ou restrictions à l'exportation appliquées temporairement 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 » et,

⁵ « Supposons qu'un gouvernement décide de recourir à une taxe à l'exportation afin de réduire les taux d'extraction, pour des raisons environnementales, ou de préserver les ressources pour les générations futures. D'autres gouvernements estiment que cette approche est inappropriée. Ils soutiennent que la taxe à l'exportation crée un écart entre le prix intérieur de la matière première et son prix sur les marchés internationaux. À leur avis, cette dispersion des prix engendre deux conséquences négatives. Premièrement, ils font valoir que le prix intérieur moins élevé peut favoriser une consommation intérieure excessive. Le résultat, selon eux, est une mesure commerciale qui se répercute sur une politique de conservation inefficace. Deuxièmement, les opposants à la taxe soutiennent que la hausse du prix international de la ressource entraîne une perte de bien-être dans les pays étrangers qui doivent acquérir les matières premières sur les marchés mondiaux ».

- l'article XX b) bénéficiant aux mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux et XX g), qui permet pour sa part à une partie 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 » et, dans les deux cas, qu'elles ne constituent pas « soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ».

Bien qu'ils soient interprétés strictement, ces textes constituent des points d'entrée pour la prise en compte de valeurs non marchandes en droit du commerce multilatéral. Plus précisément, ils permettent théoriquement que les besoins des populations *ou* la préservation des ressources naturelles justifient des restrictions aux échanges internationaux. Mais cela n'assure pas pour autant qu'une mesure destinée à *réserver* une partie des ressources naturelles locales pour satisfaire les besoins de populations locales entrerait dans l'une de ces exceptions. Peut-être est-ce d'ailleurs un argument pour tenir certaines ressources naturelles indispensables à la satisfaction des besoins des populations en dehors du droit de l'OMC.

En conclusion, il est permis de relever que la forte imprégnation idéologique du droit de l'OMC (qui ressort fort bien du rapport sur le commerce et les ressources naturelles) permet de douter de la possibilité d'inviter dans le droit du commerce multilatéral une exception au libre-échange qui reposerait sur la loi d'ajustement des ressources et des besoins que Lascaux appelle de ses vœux. Traduisant un autre paradigme, la loi d'ajustement des ressources et des besoins appelle un autre droit. De *lege lata*, c'est un argument pour ne pas conférer au droit de l'OMC un champ d'application exorbitant comme on a pu le voir. De *lege ferenda*, c'est également un argument pour promouvoir un autre modèle quand sont en cause des ressources naturelles essentielles (dont l'exploitation ne devrait pas dépendre de la seule rentabilité à court terme) et les besoins fondamentaux (dont la satisfaction ne devrait pas dépendre de la solvabilité de la demande).