

2. — VERS UN ENCADREMENT ACCRU DU CAPITALISME D'ÉTAT AU SEIN DE L'OMC?

Emanuel Castellarin

EMANUEL CASTELLARIN

est professeur à l'Université de Strasbourg depuis 2016 et référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne depuis 2022. Il a également enseigné dans d'autres universités, notamment l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), l'Université Paris-Panthéon-Assas et Sciences Po Paris. Il est l'auteur de plusieurs publications, dont une thèse sur la participation de l'Union européenne aux institutions économiques internationales (Pedone, 2017).

Introduction

En dépit des incertitudes sur l'avenir du multilatéralisme et des fortes tensions politiques internationales, les Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) partagent l'attachement à l'organisation capitaliste de l'économie internationale : contrairement à la période de la guerre froide, les visions anticapitalistes sont fortement minoritaires. Toutefois, le rôle de l'État dans l'économie est différent selon les pays et constitue un sujet chargé idéologiquement. Le concept de capitalisme d'État rend compte de certaines formes d'intervention publique dans l'économie. Il ne s'agit d'un oxymore qu'en apparence : historiquement, cette notion est associée à la pensée marxiste, où il désigne la propriété étatique des moyens de production¹. Aujourd'hui, le capitalisme d'État peut se manifester de plusieurs manières², que l'on peut résumer autour de deux dimensions.

D'une part, le capitalisme d'État comprend l'activité commerciale des entreprises privées auxquelles l'État accorde des privilèges spéciaux ou exclusifs, ainsi que l'activité commerciale des entreprises publiques³. Pour ces dernières, plusieurs dénominations (entreprises publiques, d'État, appartenant à l'État) et plusieurs critères de rattachement aux pouvoirs publics (propriété, contrôle, imputation, etc.) peuvent être utilisés. Par exemple, le capitalisme d'État peut se manifester par la participation publique au capital d'entreprise, y compris lorsque celle-ci est minoritaire ou détenue par des banques de développement, des fonds de pension publics, des fonds souverains, etc. D'autre part, le capitalisme d'État comprend l'activité (commerciale ou non) d'entités étatiques qui vise à soutenir l'activité commerciale des entreprises. Toutefois, le capitalisme d'État, tel qu'il est généralement conçu, ne comprend pas toute forme de soutien public à des entreprises privées. Bien qu'il soit difficile de définir avec précision un critère de définition à cet égard, la plupart des subventions directes ne sont pas associées à ce concept. En revanche, un soutien apporté à des entreprises privées par l'intermédiaire d'entreprises publiques ou d'autres mécanismes indirects peut relever du phénomène du capitalisme d'État. Bien que le soutien financier soit au cœur de ce volet du capitalisme d'État, il peut être renforcé par d'autres avantages ayant une valeur économique, comme des exemptions des règles nationales relatives aux faillites, un traitement préférentiel dans l'application d'une réglementation, un accès facilité à de l'information confidentielle, etc.⁴. En effet, ce qui caractérise le capitalisme d'État est sa nature diffuse, par-delà l'octroi formalisé et transparent de certains avantages à certaines entreprises. Prises isolément, ces deux dimensions correspondent à des cadres d'analyse classiques en droit de l'OMC, à savoir les entreprises commerciales d'État et les subventions. Toutefois, l'intérêt du concept de capitalisme d'État consiste à souligner une logique systémique qui met en jeu l'organisation d'une partie significative, voire de l'ensemble, d'un système économique.

L'étude est à jour au 31 mars 2022.

1. Par exemple Guy Dhoquois, « Socialisme ou capitalisme d'État » (1971) 21 L'Homme et la société 211.

2. Aldo Musacchio et Sergio G Lazzarini, « Leviathan in Business: Varieties of State Capitalism and Their Implications for Economic Performance » (2012) SSRN.

3. L'activité commerciale peut être définie comme la vente de biens ou la fourniture de services pour le marché, ce qui exclut notamment les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental.

4. Sur le concept et les manifestations variées du capitalisme d'État, voir Barbara Krug, dir, *State capitalism*, Cheltenham, Elgar, 2015; Miklós Szanyi, « Varieties of State Capitalism » (2018) 6:2 Global Econ Observer 140.

5. Marie-Claire Bergère, *Chine : le nouveau capitalisme d'État*, Paris, Fayard, 2014; Curtis J Milhaupt et Wentong Zheng, « Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm », (2015) 103:3 Geo LJ 665; Benjamin Liebman et Curtis Milhaupt, *Regulating the Visible Hand? The Institutional Implications of Chinese State Capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Le capitalisme d'État chinois⁵ est le capitalisme d'État le plus étudié à l'époque récente, non seulement en raison de son poids économique, mais aussi en raison de sa valeur géopolitique, puisqu'il peut constituer un modèle pour d'autres pays en développement. Selon les estimations disponibles, les entreprises publiques produisent environ un quart du produit intérieur brut chinois⁶. Par exemple, par rapport aux entreprises publiques européennes, elles sont actives dans plus de secteurs, y compris en l'absence d'externalités significatives ou en l'absence d'une potentielle défaillance, et sont en moyenne plus grandes et plus dominantes dans le marché national⁷. Comme constaté par le Secrétariat de l'OMC lors de l'examen de la politique commerciale chinoise en 2018, « [l]es capacités excédentaires dans certains secteurs manufacturiers et énergétiques ainsi que l'assistance implicite apportée aux entreprises d'État ont augmenté au fil des années »⁸. Le plan Made in China 2025, adopté par le Conseil d'État chinois en 2015, illustre le poids du capitalisme d'État dans l'économie chinoise. Il s'agit de faire progresser la Chine dans les chaînes de valeur, notamment par le contrôle des technologies de base dans les secteurs clés et par l'autosuffisance de 70 % des produits des industries de haute technologie. À l'horizon 2049, centenaire de la République populaire, l'objectif est l'obtention d'une position dominante sur les marchés mondiaux⁹.

Toutefois, en dépit de l'importance que revêt la Chine pour le commerce international contemporain, le capitalisme d'État n'est pas l'apanage de ce pays. Ce phénomène a également été étudié dans d'autres économies en développement ou « de transition », comme le Vietnam¹⁰ ou la Russie¹¹. En réalité, le capitalisme d'État est un système de production présent, à des degrés différents, dans tous les pays¹². Certes, dans les systèmes économiques résolument orientés vers l'économie de marché, le capitalisme d'État se manifeste de manière moins systématique. Toutefois, même dans ces pays, la « main visible » de l'État joue un rôle essentiel : l'économie de marché et le capitalisme d'État sont deux modèles théoriques qui, en pratique, sont souvent combinés dans des proportions variables selon les pays et le moment historique. À l'échelle mondiale, certains indices permettent de constater la tendance à l'expansion du capitalisme d'État. En particulier, le nombre et le poids économique des entreprises publiques tendent à augmenter depuis la fin des vagues de privatisations des années 1980-2000¹³. Même dans les pays du G7, le consensus de Washington centré sur la réduction de l'implication publique dans l'économie semble dépassé¹⁴. Comme pour d'autres formes d'intervention publique dans l'économie, la gestion des conséquences économiques de la pandémie de COVID-19 est de nature à renforcer

6. Chunlin Zhang, « How Much Do State-Owned Enterprises Contribute to China's GDP and Employment? », Banque mondiale, Washington, DC, 2019 à la p 6.

7. Alicia García-Herrero et Jianwei Xu, « How to Handle State-Owned Enterprises in EU-China Investment Talks » (2017) 18 Policy Contribution 1.

8. OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, *Rapport du Secrétariat*, OMC Doc WT/TPR/S/375 (2018), en ligne (pdf) : OMC <www.wto.org/french/tratop_f/tp_r_f/s375_sum_f.pdf>.

9. Henry Gao, « Economic Development and Trade: The Challenge of a Rising China » (4 mai 2020), en ligne : *Hinrich Foundation* <www.hinrichfoundation.com/research/article/wto/economic-development-and-trade-challenge-of-rising-china/> [Gao].

10. Leonardo Baccini, Giammario Impullitti et Edmund Malesky, « Globalisation and State Capitalism: Assessing the Effects of Vietnam's WTO Entry » (17 mai 2019), en ligne : *VoxEU* <www.cepr.org/voxeu/columns/globalisation-and-state-capitalism-assessing-effects-vietnam-wto-entry>.

11. Commission européenne, *Commission Staff Working Document on Significant Distortions in the Economy of the Russian Federation for the Purposes of Trade Defence Investigations*, SDW(2020) 242 final, 22 octobre 2020.

12. Niall Ferguson, « We're All State Capitalists Now » (9 février 2012), en ligne : *Foreign Policy* <www.foreignpolicy.com/2012/02/09/were-all-state-capitalists-now/>.

13. Thomas J Duesterberg, *The Importance of WTO Reform from a Transatlantic Perspective*, Washington, DC, Hudson Institute, 2019 à la p 3.

cette tendance, étant donné que le marché ne peut pas à lui seul assurer le soutien de l'économie et le renouvellement souhaité pour les politiques industrielles. Il en va de même pour les tensions politiques internationales, dans la mesure où elles encouragent l'administration publique de certains secteurs économiques, voire l'organisation d'une véritable « économie de guerre ».

En principe, le phénomène du capitalisme d'État ne présente un intérêt pour l'OMC que dans la mesure où il affecte le commerce international. Cependant, dans une économie mondialisée, où le soutien public à l'économie peut profiter à (voire être sciemment orienté vers) l'exportation, il est difficile de distinguer la dimension interne et la dimension internationale du phénomène. Le capitalisme d'État soulève des questions étroitement liées aux objectifs de base du système commercial multilatéral, à savoir l'accès aux marchés, la non-discrimination et la transparence. À un niveau plus abstrait, il peut remettre en cause l'équité des conditions de concurrence dans le commerce international. Certaines pratiques peuvent introduire des distorsions significatives par rapport à une économie de marché : des prêts incompatibles avec la solvabilité d'une entreprise, y compris en raison de garanties publiques implicites; des prises de participation ou des créances convertibles en capital (*debt-to-equity swaps*) à des conditions non commerciales; une tarification préférentielle des intrants, y compris la double tarification; des subventions à une entreprise en difficulté sans plan de restructuration crédible; des subventions qui favorisent ou maintiennent des surcapacités¹⁵. En résumé, les entreprises publiques et les entreprises privées bénéficiant d'un soutien public disposent d'avantages concurrentiels qui leur permettent potentiellement d'adopter des comportements économiquement irrationnels, non fondés sur des considérations purement commerciales, tout en maintenant un accès préférentiel au marché national, voire à d'autres marchés¹⁶. En outre, la complexité de certaines structures d'entreprises publiques limite la transparence, notamment en ce qui concerne les informations financières et la gouvernance d'entreprise. Par exemple, bien que la Chine conteste cette analyse, le Secrétariat de l'OMC confirme que l'action de l'État chinois par l'intermédiaire de nombreuses entreprises publiques rend difficile l'identification des mesures spécifiques de politique commerciale¹⁷. Ainsi, même en l'absence d'une évolution des règles matérielles du droit de l'OMC, plus de transparence permettrait au moins d'utiliser l'Organisation comme forum de discussion sur les distorsions de concurrence induites par les entreprises publiques¹⁸.

Ces difficultés sont aussi à apprécier dans une perspective historique : l'essor du capitalisme d'État risque de créer un décalage par rapport aux conditions dans lesquelles les normes en vigueur ont été conçues et négociées. En dépit de la neutralité par rapport au régime de propriété établi dans le droit de chaque Membre, les règles de l'OMC se fondent principalement sur le fonctionnement des économies de marché, et c'est dans cette logique qu'elles ont été négociées. L'adhésion de Membres dont l'économie repose fortement sur le capitalisme d'État ainsi

14. G7 Panel on Economic Resilience, « Global Economic Resilience. Building Forward Better » 2021, en ligne : [GovUK <www.gov.uk/government/topical-events/g7-uk-2021>](http://www.gov.uk/government/topical-events/g7-uk-2021); Mariana Mazzucato, « A New Global Economic Consensus » (13 octobre 2021), en ligne : [Project Syndicate <www.project-syndicate.org/commentary/cornwall-consensus-rebuilding-global-governance-by-mariana-mazzucato-2021-10>](http://project-syndicate.org/commentary/cornwall-consensus-rebuilding-global-governance-by-mariana-mazzucato-2021-10).

15. Sourabh Gupta, « The U.S. and WTO Reform. Grievances, Criticisms and Proposals for Improving the WTO's Dispute Settlement Function » (6 décembre 2019), en ligne : [Institute for China-America Studies <www.chinaus-icas.org/research/the-u-s-and-wto-reform/>](http://www.chinaus-icas.org/research/the-u-s-and-wto-reform/).

16. Antonio Capobianco et Hans Christiansen, « Competitive Neutrality and State-owned Enterprises: Challenges and Policy Options » (2011) OECD Corporate Governance, Document de travail n° 1.

17. OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, *Rapport du Secrétariat*, OMC Doc WT/TPR/S/415 (2021) au para 3.123.

18. Bernard Hoekman et Robert Wolfe, « Informing WTO Reform: Practitioner Perspectives from China, the EU, and the U.S. » (2021) 29:4 *China & World Economy* 1 aux pp 10-11.

que la réorientation de l'économie de certains Membres dans cette direction sont des changements importants du contexte dans lequel ces règles sont mises en œuvre. On peut donc se demander dans quelle mesure le système de l'OMC peut, sans mettre à mal son intégrité, régir à la fois des économies de marché et des systèmes essentiellement fondés sur le capitalisme d'État.

Toutefois, l'intérêt objectif du capitalisme d'État en termes analytiques ne signifie pas nécessairement que ce concept peut être porteur sur le plan politique. À l'échelle de l'OMC, ce concept peut être controversé, car il soulève la question, fondamentale, mais politiquement chargée, de la compatibilité du droit et des politiques de l'Organisation avec différents modes de production. Ainsi, l'OMC devient le terrain d'affrontement de modèles économiques concurrents : il est compréhensible que d'autres cadres conceptuels, plus consensuels, soient préférés pour les négociations au sein de l'Organisation. Par conséquent, le phénomène du capitalisme d'État est rarement abordé en tant que tel au sein de l'OMC. L'expression ne figure que dans neuf documents, dont six comptes rendus de réunions¹⁹. C'est sous les angles complémentaires des subventions et des entreprises publiques que la question est traitée, suivant une approche qui est commune à d'autres organisations internationales économiques. De manière similaire, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) aborde la question du capitalisme d'État sous l'angle des entreprises publiques, avec une insistance sur la recherche de conditions de concurrence équitables et de la neutralité concurrentielle entre entreprises publiques et entreprises privées²⁰.

Précisément parce qu'il est crucial, mais controversé, l'encadrement du capitalisme d'État est déterminant pour le succès d'une éventuelle évolution du droit matériel de l'OMC. Il s'agit d'un excellent exemple des divergences entre les Membres de l'OMC sur les priorités d'une réforme que tous appellent de leurs vœux, mais avec des contenus différents. Indépendamment du mot, la chose fait l'objet d'intenses débats, qui manifestent la demande d'un encadrement multilatéral accru du capitalisme d'État. À moyen terme, une réforme du droit de l'OMC en ce sens apparaît improbable, étant donné les divergences de vues sur l'appréciation du droit positif (I). Cependant, les accords commerciaux préférentiels illustrent l'existence d'une dynamique qui à long terme pourrait inspirer les négociations au sein de l'OMC (II).

19. OMC, Conseil du commerce des services, *Session extraordinaire – Rapport de la réunion du 27 avril 2007*, OMC Doc TN/S/M/24 (2007); OMC, Conseil général, *Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 30 novembre 2011*, OMC Doc WT/GC/M/134 (2011); OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, *Chine – Compte rendu de la réunion tenue les 12 et 14 juin 2012*, OMC Doc WT/TPR/M/264 (2012); OMC, *Chine – Mesures concernant la production et l'exportation de vêtements et de produits textiles – Demande de consultations présentée par le Mexique*, OMC Doc WT/DS451/1 (2012); OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, *Viet Nam – Rapport du Secrétariat*, OMC Doc WT/TPR/S/287 (2013); OMC, Organe d'examen des politiques commerciales, *Chine – Compte rendu de la réunion tenue les 1^{er} et 3 juillet 2014*, OMC Doc WT/TPR/M/300 (2014); OMC, *Le modèle économique chinois et ses effets perturbateurs sur le commerce – Communication présentée par les États-Unis*, OMC Doc WT/GC/W/745 (2018); OMC, Conseil général,

Rapport de 2017 au Congrès sur le respect par la Chine des règles de l'OMC – Rapport du représentant des États-Unis, OMC Doc WT/GC/W/746 (2018); OMC, Conseil général, *Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 8 mai 2018*, OMC Doc WT/GC/M/172 (2018).

20. OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques*, Paris, Éditions OCDE, 2015; OCDE, *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*, Paris, Éditions OCDE, 2021.

I. – Une réforme improbable à moyen terme

Le droit de l'OMC n'encadre les manifestations du capitalisme d'État que de manière limitée (A). Cette situation est appréciée de manière variée par les Membres : l'avenir de l'encadrement du capitalisme d'État est un thème qui divise, si bien qu'il n'existe pas de consensus sur l'opportunité d'une réforme (B).

A. – Un encadrement limité

À l'heure actuelle, le droit de l'OMC appréhende le phénomène du capitalisme d'État par l'article XVII de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*²¹ et par l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ASMC)*²². Cependant, il s'agit d'une couverture seulement partielle et à l'effectivité limitée.

L'article XVII du *GATT* encadre en partie l'activité des entreprises commerciales d'État et des entreprises bénéficiant de privilèges exclusifs ou spéciaux, en exigeant que ces entreprises se conforment, dans leurs achats ou leurs ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination applicables aux commerçants privés²³. Cela signifie que ces entreprises ne peuvent agir qu'en s'inspirant de considérations d'ordre commercial²⁴. Toutefois, cette disposition a été utilisée seulement trois fois dans le cadre du règlement des différends sous l'empire du *GATT* de 1994²⁵, dont une seule fois par l'Organe d'appel²⁶. En tout état de cause, l'article XVII du *GATT* n'a jamais eu pour but d'encadrer de manière exhaustive les activités des entreprises commerciales d'État ni d'éliminer tous les obstacles potentiels au commerce international qu'elles pourraient causer²⁷.

Certaines autres pratiques pouvant être rattachées au capitalisme d'État sont couvertes par les règles relatives aux subventions. Il est bien connu que l'article premier de l'*ASMC* définit la subvention notamment comme une « contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les “pouvoirs publics”) »²⁸. L'Organe d'appel a considéré que le caractère public d'un organisme est à apprécier à l'aune du critère du « pouvoir gouvernemental », que l'entreprise doit possé-

21. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [*GATT*].

22. *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 57 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*ASMC*].

23. *GATT*, *supra* note 21, art XVII(1)(a).

24. *Ibid*, art XVII(1)(b). Voir aussi *Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XVII du GATT*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 204 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995); OMC, « Index analytique de l'OMC », en ligne : OMC <www.wto.org/french/res_f/publications_f/ai17_f/ai17_f.htm>, en particulier l'article XVII du *GATT* [OMC, « Index analytique de l'OMC »]; Andrea Mastromatteo, « WTO and SOEs: Article XVII and Related Provisions of the GATT 1994 » (2017) 16:4 *World Trade Rev* 601 [Mastromatteo].

25. *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc WT/DS90/AB/R (Rapport du Groupe spécial); *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés (Plainte des États-Unis)* (2004), OMC Doc WT/DS276/R (Rapport du Groupe spécial); *Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée (Plainte du Panama)* (2009), OMC Doc WT/DS366/R (Rapport du Groupe spécial).

26. *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés (Plainte des États-Unis)* (2004), OMC Doc WT/DS276/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

27. Mastromatteo, *supra* note 24 à la p 618.

28. *ASMC*, *supra* note 22, art 1(1.1)(a)1).

der ou exercer, ou dont elle doit être investie²⁹. Cela implique notamment que la propriété ou le contrôle d'une entreprise par un Membre de l'OMC ne suffit pas à rendre cette entreprise un organisme public. La jurisprudence de l'Organe d'appel a fait l'objet de nombreux commentaires³⁰. En particulier, les États-Unis ont constamment critiqué cette solution³¹ et en ont fait l'une des raisons du blocage de la nomination des membres de l'Organe d'appel³².

Des obligations supplémentaires sont parfois le résultat des négociations en vue de l'accession de nouveaux Membres à l'OMC. Par exemple, la question des entreprises publiques a fait l'objet de négociations et d'engagements à l'occasion de l'accession de la Chine³³. Ainsi, le protocole d'accession contient quelques normes spécifiques en la matière, à savoir l'interdiction pour l'État d'influencer l'activité des entreprises commerciales d'État de manière incompatible avec le droit de l'OMC³⁴, la qualification comme spécifique (et donc la licéité des mesures compensatoires) de toute subvention accordée aux entreprises publiques³⁵, l'obligation de notifier toute subvention aux entreprises publiques³⁶ et l'obligation d'éliminer les subventions aux entreprises publiques opérant à perte³⁷. La négociation d'obligations nouvelles et spécifiques pour certains nouveaux Membres semble indiquer la nécessité de compléter les règles générales pour les adapter à leur situation spécifique et, de manière globale, la perception de l'insuffisance des normes générales pour répondre à la variété des pratiques des Membres.

29. *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de la Chine* (Plainte de la Chine) (2011), OMC Doc WT/DS379/R aux para 317-18 (Rapport du Groupe spécial); *États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde* (Plainte de l'Inde) (2014), OMC Doc WT/DS436/AB/R au para 4.10 (Rapport du Groupe spécial); *États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits en provenance de Chine* (Plainte de la Chine) (2019), OMC Doc WT/DS437/AB/RW aux para 5.95-5.96 (Rapport de l'Organe d'appel); OMC, « Index analytique de l'OMC », art 1^{er} de l'ASMC aux para 13-27.

30. Par exemple, Dukgeun Ahn, « Why Reform Is Needed: WTO "Public Body" Jurisprudence » (2021) 12:3 Global Policy 61; Alex Yueh-Ping Yang et Pin-Hsein Lee, « State Capitalism, State-Owned Banks, and WTO's Subsidy Regime: Proposing an Institution Theory » (2018) 54:2 Stan J Intl L 117.

31. *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*: OMC, *U.S. Statement in the DSB Meeting of March 25 2011*, OMC Doc WT/DSB/M/294 (2011); *United States – Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India*: OMC, *U.S. Statement in the DSB Meeting of December 19, 2014*, OMC Doc WT/DSB/M/354 (2014); *United States – Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*: OMC, *U.S. Statement in the DSB Meeting of August 15, 2019*, OMC Doc WT/DSB/M/433 (2019).

32. United States Trade Representative, « Report on the Appellate Body of the World Trade Organization » 2020 aux pp 82-89, en ligne : *US Trade* <<https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/USTR.Appellate.Body.Rpt.Feb2020.pdf>>.

33. OMC, *Rapport du Groupe de travail de l'accession de la Chine*, OMC Doc WT/ACC/CHN/49 (2001) au para 46 :

« Le représentant de la Chine a confirmé ensuite que son gouvernement ferait en sorte que toutes les entreprises publiques et à capitaux publics puissent effectuer des achats et des ventes sur la base de critères uniquement commerciaux, par exemple le prix, la qualité, les possibilités de commercialisation et les quantités disponibles. Le gouvernement ferait aussi en sorte que les entreprises des autres Membres de l'OMC aient des possibilités adéquates d'être en concurrence pour les achats et les ventes auprès des entreprises publiques et à capitaux publics dans des conditions non discriminatoires. En outre, le gouvernement de la Chine n'influencerait ni directement ni indirectement les décisions d'ordre commercial prises par les entreprises publiques et à capitaux publics, y compris en ce qui concerne la quantité, la valeur ou le pays d'origine, pour toute marchandise achetée ou vendue, sauf d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC. Le Groupe de travail a pris note de ces engagements. »

34. OMC, *Protocole d'accession de la Chine*, OMC Doc WT/L/432 (2001) aux para 6.1 et 6.2.

35. *Ibid* au para 10.2.

36. *Ibid* au para 12.2.

37. *Ibid*, annexe 5B.

En tout état de cause, la situation du droit positif n'a pas vocation à évoluer rapidement. L'évolution de l'encadrement du capitalisme d'État n'est pas couverte expressément par le paragraphe 28 de la Déclaration ministérielle de Doha, qui ne fait référence qu'à des « négociations visant à clarifier et à améliorer les disciplines prévues par les Accords sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 et sur les subventions et les mesures compensatoires »³⁸ et à l'objectif de « clarifier et [d']améliorer les disciplines de l'OMC concernant les subventions aux pêcheries ». De même, les questions relatives au capitalisme d'État ne sont pas à l'ordre du jour de la douzième Conférence ministérielle⁴⁰. Cette situation a donné lieu à une perception grandissante d'insatisfaction auprès de plusieurs Membres, non partagée par d'autres.

B. – L'absence d'un consensus sur l'opportunité d'une réforme

L'avenir de l'encadrement du capitalisme d'État concerne tous les Membres de l'OMC. Toutefois, en pratique, les positions les plus visibles en la matière sont celles des pays membres du G7, d'une part, et celle de la Chine, d'autre part. Les premiers estiment que les règles en vigueur ne sont pas adaptées à la situation actuelle et demandent de manière insistante un encadrement accru (1), dont la Chine conteste les modalités, voire l'opportunité de principe, car elle considère les règles actuelles comme satisfaisantes (2).

1. – La promotion d'un encadrement accru par les pays membres du G7

La réflexion sur l'encadrement du capitalisme d'État en droit de l'OMC est principalement inspirée par la situation de la Chine⁴¹. La thèse de l'insuffisance des règles de l'OMC a d'abord été défendue par des études doctrinales⁴². Sous la présidence Trump, les États-Unis ont repris de nombreux éléments de cette analyse, parfois de manière véhémement, en appelant de leurs vœux un amendement des règles de l'OMC en vue du « nivellement du terrain de jeu » (level playing field). Dans une communication à l'OMC, les États-Unis ont stigmatisé certaines caractéristiques de l'économie chinoise, perçue comme une menace pour l'intégrité du système commercial international⁴³. La communication emploie 25 fois le terme « state-owned » et se réfère à deux travaux scientifiques utilisant expressément la notion de capitalisme d'État⁴⁴. En particulier, les États-Unis soutiennent que le modèle économique chinois entraîne des coûts pour les autres Membres de l'OMC, en raison de l'absence de réciprocité et de la protection du marché national, à laquelle le capitalisme d'État contribue⁴⁵. Le point de vue américain selon lequel les règles de l'OMC ne suffisent pas à couvrir des comportements préjudiciables n'est pas isolé. Lors de la onzième Conférence ministérielle, à Buenos Aires en 2017, le Japon, l'Union européenne et les États-Unis ont publié une déclaration commune condamnant « les graves surca-

38. OMC, *Conférence ministérielle de l'OMC, Doha, 2001 : Déclaration ministérielle*, OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1 (2001) au para 28.

39. *Ibid.*, voir aussi le para 31.

40. OMC, « Documents relatifs à la douzième Conférence ministérielle », en ligne : OMC <www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mc12_f/documents_f.htm>.

41. Ming Du, « China's State Capitalism and World Trade Law » (2014) 63:2 Intl & CLQ 409; Ru Ding,

« "Public Body" or Not: Chinese State-Owned Enterprise » (2014) 48:1 J World Trade 167.

42. Mark Wu, « The "China, Inc." Challenge to Global Trade Governance » (2016) 57:2 Harv Intl LJ 261.

43. OMC, *China's Trade-Disruptive Economic Model*, OMC Doc WT/GC/W/745 (2018).

44. *Ibid.*, notes 8 et 51.

45. *Ibid.* au para 3.2.

pacités dans des secteurs clés, exacerbées par l'expansion des capacités financée et soutenue par les pouvoirs publics, [ainsi que] les conditions de concurrence déloyale causées par d'importantes subventions faussant le marché et par les entreprises publiques »⁴⁶. Ces pratiques sont considérées comme une source de « graves préoccupations pour le bon fonctionnement du commerce international, la création de technologies innovantes et la croissance durable de l'économie mondiale »⁴⁷.

À ces préoccupations spécifiquement liées au capitalisme d'État en tant que tel, s'ajoutent aussi celles relatives au transfert forcé de technologie et aux pratiques discriminatoires d'accès aux marchés, notamment les exigences et les préférences en matière de contenu local. Pour répondre à ces préoccupations, les trois Membres se sont engagés à « renforcer la coopération trilatérale au sein de l'OMC et dans d'autres forums ». Par la suite, la trilatérale a identifié la nécessité de mieux définir les organismes publics et de mieux encadrer les distorsions de marché induites par les entreprises publiques, ainsi que la nécessité d'établir des obligations supplémentaires, notamment en matière de transparence⁴⁸. Cette orientation est liée à la recherche de règles et de mesures compensatoires effectives en matière de subventions⁴⁹. Ensuite, il a été préconisé de procéder à l'élaboration de règles efficaces afin de remédier aux comportements de distorsion du marché des entreprises publiques et de lutter contre des pratiques de subventions particulièrement préjudiciables⁵⁰. La trilatérale a adopté d'autres déclarations conjointes jusqu'en janvier 2020, qui ont posé les jalons de véritables propositions de réforme de l'OMC.

Ainsi, l'amendement des règles matérielles du droit de l'OMC constitue un axe fondamental des propositions de l'Union européenne⁵¹, des États-Unis⁵² et du Canada⁵³, tout comme le renforcement procédural de la transparence des fonctions de surveillance de l'OMC et les questions relatives au développement. En particulier, par-delà des propositions non directement liées au capitalisme d'État, comme le renforcement des règles relatives au transfert forcé de technologie et le démantèlement des obstacles au commerce numérique, ces Membres pro-

46. Union européenne, « Joint Statement on a Global Level Playing Field » (12 décembre 2017), en ligne : [EEAS <trade.ec.europa.eu>](http://EEAS-trade.ec.europa.eu) [Notre traduction].

47. *Ibid.*

48. Union européenne, « Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union » (31 mai 2018), annexe 1, en ligne : [trade.ec <trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/may/tradoc_156906.pdf>](http://trade.ec-trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/may/tradoc_156906.pdf).

49. *Ibid.*

50. États-Unis, « Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union » (25 septembre 2018), en ligne : [USTR <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/joint-statement-trilateral>](https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/joint-statement-trilateral).

51. Union européenne, « Modernisation de l'OMC : Introduction aux futures propositions de l'UE » (2018) Concept Paper à la p. 4, en ligne : trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf [UE, « Modernisation de l'OMC »]; Union européenne, *Réexamen de la politique commerciale – Une*

politique commerciale ouverte, durable et ferme, COM(2021) 66 final (2021), annexe 1 aux pp 11-12 [UE, *Une politique commerciale ouverte*].

52. Les États-Unis n'ont pas publié de proposition globale, mais ils ont utilisé des propositions autonomes pour aborder directement de nombreuses questions spécifiques.

53. OMC, *Renforcement et modernisation de l'OMC : document de travail – Communication présentée par le Canada*, OMC Doc JOB/GC/201 (2018) à la p. 5. En outre, le Canada a également organisé une série de réunions dans le cadre du Groupe d'Ottawa (Australie, Brésil, Canada, Chili, Corée du Sud, Japon, Kenya, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Singapour, Suisse, Union européenne), où ont été identifiées, parmi les questions cruciales pour la réforme de l'OMC, « les distorsions du marché qui sont attribuables aux subventions et autres instruments » (Gouvernement du Canada, *Déclaration commune sur la réunion ministérielle du groupe d'Ottawa sur la réforme de l'OMC*, Davos, déclaration, 24 janvier 2019). Sur la position du Canada, voir Bashar Abu Taleb et Offah Obale, « Organisation mondiale du commerce : défis choisis et priorités du Canada » (2020) Publication n° 2019-50-F Bibliothèque du Parlement aux pp 7-8.

posent de clarifier l'application aux entreprises publiques des règles relatives aux « organismes publics ».

En particulier, sans critiquer la jurisprudence de l'Organe d'appel sur la notion d'« organisme public », la Commission européenne a proposé une clarification de cette notion sur la base d'une analyse au cas par cas, afin de déterminer si une entreprise publique ou contrôlée par l'État remplit une fonction publique ou contribue à la réalisation d'une politique publique. Elle a également proposé de clarifier la manière d'évaluer si un Membre exerce un contrôle significatif sur l'entreprise. Cela devrait aller de pair avec la transparence en ce qui concerne le niveau et le degré de contrôle de l'État sur les entreprises publiques. La Commission considère aussi qu'il faudrait mieux appréhender les subventions fournies par les entreprises publiques et ayant un effet de distorsion sur le marché lorsqu'elles sont utilisées comme véhicule pour poursuivre des politiques économiques publiques plutôt que de se concentrer sur leur propre performance économique⁵⁴.

En 2021, la Commission a réitéré son constat sur la nécessité de nouvelles règles pour éviter les distorsions de concurrence dues à l'intervention publique dans l'économie (neutralité concurrentielle). Pour elle, les règles de l'OMC ne sont pas suffisantes pour contrer les retombées négatives de l'intervention publique dans l'économie, aussi en raison du défaut fréquent de transparence⁵⁵. La Commission s'efforce de préciser que ce n'est pas le rôle de l'État à proprement parler qui est en cause, au point qu'elle suggère le rétablissement au sein de l'ASMC d'une « boîte verte » comprenant les subventions qui concourent à la réalisation d'objectifs publics légitimes tout en ayant un effet de distorsion minimal sur les échanges (environnement, recherche et développement)⁵⁶. En revanche, il est nécessaire d'interdire les interventions qui ont un effet discriminatoire, qui limitent l'accès aux marchés ou qui ont une incidence sur les marchés mondiaux. L'objectif des nouvelles règles devrait consister à orienter le comportement des entreprises publiques sur des activités purement commerciales⁵⁷, suivant une logique d'élargissement du champ d'application de l'article XVII du GATT. La neutralité concurrentielle devrait également être garantie par de nouvelles règles interdisant les transferts de technologie forcés et encourageant la transparence des réglementations internes⁵⁸. En effet, la pratique chinoise est vue comme un défi de moyen terme pour le système commercial multilatéral. À l'heure actuelle, les autres Membres ne disposent pas de ressources publiques suffisantes pour soutenir leur économie de manière équivalente à la Chine. Dans ce cadre, la recherche d'une autonomie stratégique peut encourager d'autres Membres à s'éloigner de l'économie de marché au profit du capitalisme d'État⁵⁹. Or la Chine ne partage pas l'analyse selon laquelle les règles de l'OMC seraient inadaptées aux défis actuels.

2. – La défense par la Chine des règles en vigueur

Une communication chinoise de juillet 2018 a pris le contre-pied de la position américaine quant aux effets du modèle économique chinois sur le commerce international. La Chine y a souligné son respect des engagements pris lors de son adhésion à l'OMC, son ferme soutien au

⁵⁴. UE, « Modernisation de l'OMC », *supra* note 51 à la p 4.

⁵⁵. UE, *Une politique commerciale ouverte*, *supra* note 51 aux pp 11-12.

⁵⁶. Cette boîte verte a existé, aux articles 8 et 9 de l'ASMC, pendant les cinq premières années d'application de l'Accord.

⁵⁷. UE, *Une politique commerciale ouverte*, *supra* note 51 aux pp 11-12.

⁵⁸. *Ibid* à la p 12.

⁵⁹. Elvire Fabry, « Les subventions au cœur de la guerre commerciale. Un accord clé pour le multilatéralisme » (27 janvier 2020), en ligne : *Institut Jacques Delors* <<https://institutdelors.eu/publications/les-subventions-au-coeur-de-la-guerre-commerciale/>>.

système commercial multilatéral, ainsi que sa contribution au commerce international et sa promotion d'une ouverture supplémentaire⁶⁰. En particulier, le commerce extérieur des entreprises publiques serait passé de 42,5 % en 2001 à 16,3 % en 2017⁶¹. En novembre 2018, la Chine a mis en avant trois principes et cinq suggestions pour la réforme de l'OMC⁶², suivis en mai 2019 par une proposition formelle⁶³. Ces documents ne portent pas uniquement sur le capitalisme d'État : par exemple, ils soulignent l'exigence de dépasser des problèmes considérés comme existentiels pour l'Organisation, à savoir la paralysie de l'Organe d'appel, l'utilisation débridée de l'exception de sécurité nationale et le recours aux mesures unilatérales⁶⁴. Toutefois, l'opposition à une évolution des normes touchant au capitalisme d'État y est exprimée de manière ferme. L'une des cinq suggestions pour la réforme de l'OMC est la nécessité de respecter les modèles de développement des Membres. Par conséquent, la Chine s'oppose aux disciplines spéciales et discriminatoires à l'encontre des entreprises d'État au nom de la réforme de l'OMC⁶⁵.

Cette position a été développée dans la proposition en vue de la réforme de l'Organisation. Selon la Chine, les entreprises publiques ayant une activité commerciale jouent à armes égales avec les entreprises privées, si bien qu'un traitement différent sur la base de la structure du capital des entreprises est discriminatoire⁶⁶. Au contraire, il est nécessaire de « respecter la diversité des modèles de développement parmi les Membres et de promouvoir une concurrence loyale »⁶⁷. Pour permettre à des entreprises relevant de régimes de propriété différents d'opérer dans des conditions de concurrence loyale, la Chine propose de ne pas inclure de « discipline spéciale ou discriminatoire » pour les entreprises publiques, de soumettre aux principes d'impartialité, de transparence et de régularité les examens de l'investissement étranger aux fins de la sécurité, et plus généralement d'accorder un traitement non discriminatoire aux investissements similaires des entreprises présentant des structures du capital différentes⁶⁸.

Certains auteurs considèrent également que les règles de l'OMC suffisent à encadrer le capitalisme d'État chinois, aussi au vu des obligations spécifiques découlant du protocole d'accession. Les évolutions du droit chinois, comme les initiatives visant à créer des cellules du Parti communiste dans les entreprises chinoises, auraient aussi facilité l'identification d'organismes publics telle qu'exigée par l'Organe d'appel pour l'applicabilité du régime des subventions⁶⁹. Selon cette approche, il serait préférable d'utiliser le règlement des différends pour encourager la Chine à entreprendre des réformes orientées vers l'économie de marché, sur la base des règles existantes et non de la négociation de nouvelles règles⁷⁰. Cela suppose une pleine réactivation du mécanisme de règlement des différends établi à Marrakech, ce qui n'a rien d'évident et pourrait aboutir à une situation de blocage permanent.

60. OMC, *La Chine et l'Organisation mondiale du commerce – Communication présentée par la Chine*, OMC Doc WT/GC/W/749 (2018) [OMC, *La Chine et l'OMC*].

61. *Ibid* au para 1.6.

62. Chine, « China's Position Paper on WTO Reform » (27 novembre 2018), en ligne : [MFA <www.mfa.gov.cn/ce/celt/eng/xwdt/t1616985.htm>](http://www.mfa.gov.cn/ce/celt/eng/xwdt/t1616985.htm) [Chine, « China's Position Paper on WTO Reform »].

63. OMC, *Proposition de la Chine concernant la réforme de l'OMC*, OMC Doc WT/GC/W/773 (2019) [OMC, *Proposition de la Chine concernant la réforme*].

64. OMC, *La Chine et l'OMC*, *supra* note 60 aux para 2.2–2.10; Chine, « China's Position Paper on WTO Reform », *supra* note 62, proposition n° 2.

65. Chine, « China's Position Paper on WTO Reform », *supra* note 62, proposition n° 5.

66. OMC, *Proposition de la Chine concernant la réforme*, *supra* note 63 au para 2.35.

67. *Ibid* au para 2.36.

68. *Ibid* au para 2.37.

69. Gao, *supra* note 9.

70. Weihuan Zhou, Henry Gao et Xue Bai, « Building a Market Economy Through WTO-Inspired Reform of State-Owned Enterprises in China » (2019) 68:4 Intl & Comp LQ 977.

En l'état, une réforme du droit de l'OMC en vue d'un plus fort encadrement du capitalisme d'État apparaît très difficile à moyen terme. Cependant, certains accords préférentiels contiennent des normes en la matière, qui peuvent inspirer d'éventuelles évolutions à l'échelle multilatérale.

II. – Les accords préférentiels, laboratoires d'une éventuelle réforme des règles multilatérales à long terme

Les accords préférentiels peuvent servir de laboratoires pour une éventuelle réforme de l'OMC. Par la négociation de dispositions originales ou imitées dans d'autres accords, ils permettent de tester et de consolider progressivement l'émergence d'une volonté politique commune à certains Membres de l'OMC, qui pourrait donner lieu à un consensus à l'échelle multilatérale. Les accords récents permettent aussi d'imaginer un encadrement du capitalisme d'État non seulement dans les limites très étroites de l'annexe 1A de l'*Accord de Marrakech* (commerce des marchandises), mais aussi en ce qui concerne le commerce des services et l'investissement. L'évolution des normes existantes peut théoriquement suivre deux axes complémentaires : l'encadrement des subventions peut évoluer par un amendement de l'*ASMC*, évolution qui est toutefois peu probable (A) ; et l'encadrement de l'activité des entreprises publiques peut évoluer par un amendement de l'article XVII du *GATT*, dont certains accords préférentiels constituent peut-être les prémices (B).

A. – L'improbable évolution de la notion de « subvention »

La première approche consiste à imaginer une évolution de la notion d'« organisme public » dans l'encadrement des subventions, selon l'inspiration de notions autonomes contenues dans les accords préférentiels. Le cas limite du droit de l'Union européenne est intéressant, bien que l'intensité de l'intégration au sein du marché intérieur soit sans commune mesure avec celle des (autres) accords préférentiels, aussi en raison de l'interaction avec la politique de concurrence et la politique commerciale commune. En droit de l'Union, l'imputabilité à l'État est un élément constitutif de la notion d'aide d'État (articles 107 à 109 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*) : elle peut être déterminée à l'aune d'une liste longue et ouverte d'indices, comme l'improbabilité d'une absence d'implication des autorités publiques dans l'adoption d'une mesure, eu égard à l'ampleur de celle-ci, à son contenu ou aux conditions qu'elle comporte⁷¹.

Au niveau multilatéral, suivant l'approche mise en avant par les États-Unis⁷², l'article premier de l'*ASMC* pourrait être amendé pour définir les « organismes publics » non pas selon le critère du pouvoir public, mais selon le critère de la propriété ou du contrôle. Il est aussi envisageable de faire de la propriété non pas un critère de la notion d'« organisme public », mais un indice du contrôle, qui serait le critère déterminant⁷³. Cette approche semble compatible avec le point de vue de l'Union européenne. La Commission européenne a proposé un encadrement des subventions étrangères dans le marché intérieur, celles-ci étant définies notamment comme les contributions financières octroyées par :

⁷¹ Commission européenne, *Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* [2016] JOUE C 262/01 au para 43.

⁷² *Supra*, note 31.

⁷³ Yingying Wu, « Reforming WTO Rules on State-Owned Enterprises: SOEs and Financial Advantages » (2019) 39:3 *Nw J Intl L & Bus* 275 à la p 295.

- i) le gouvernement central et les autorités gouvernementales à tous les autres échelons;
- ii) des entités publiques étrangères, dont les actes peuvent être attribués au pays tiers, *compte tenu d'éléments tels que les caractéristiques de l'entité et le cadre juridique et économique existant dans l'État dans lequel l'entité opère, notamment le rôle joué par les pouvoirs publics dans l'économie; ou*
- iii) toute entité privée dont les actes peuvent être attribués au pays tiers, *compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes* [nos italiques] ⁷⁴.

Ce qui est déterminant n'est donc pas la propriété (pas plus que, par exemple, la nationalité des entreprises concernées), mais la capacité factuelle de l'État d'intervenir dans le commerce international par le contrôle de ces entreprises. Cette approche est adaptée à la recherche d'une neutralité concurrentielle et présente l'avantage de correspondre à la logique du droit international général, dans laquelle sont attribuables à l'État non seulement les actions des organes et des personnes exerçant la puissance publique, mais également l'action des personnes dont l'État a la direction et le contrôle ⁷⁵.

Toutefois, bien que la quasi-totalité des accords préférentiels contiennent des normes relatives aux subventions ⁷⁶, il n'y a pas de tendance à l'adoption de définitions des subventions différentes de celle de l'ASMC. Les chapitres relatifs aux recours commerciaux des accords préférentiels récents ne définissent pas le terme « subvention », et il ne semble y avoir aucun effort visant à remettre en cause au niveau préférentiel la définition d'« organisme public » de l'Organe d'appel dans le cadre de l'ASMC ⁷⁷. De manière globale, les accords préférentiels se caractérisent par un niveau élevé d'alignement sur l'ASMC, se bornant souvent à y faire référence, à introduire des obligations procédurales ou à encadrer certaines questions matérielles qui supposent la définition de l'ASMC (subventions à l'exportation, subventions agricoles, mesures compensatoires) ⁷⁸. L'hypothèse d'une évolution de la notion de subvention dans le cadre de l'ASMC sous l'impulsion des accords préférentiels apparaît donc improbable. Une autre approche plus prometteuse pour un encadrement accru du capitalisme d'État consiste à développer les normes relatives aux entreprises publiques, au-delà de l'actuel article XVII du GATT ⁷⁹.

B. – La possible gestation des normes multilatérales sur les entreprises publiques

De manière relativement limitée, pour interdire l'octroi d'avantages financiers par des entreprises publiques à d'autres entités, il est envisageable d'autonomiser l'article XVII:1(b) du GATT par rapport à l'article XVII:1(a). Ainsi, les entreprises publiques disposant de monopoles ou de droits exclusifs seraient obligées de ne pas accorder d'avantages financiers aux autres entre-

⁷⁴. Commission européenne, *Proposition de règlement sur les subventions étrangères génératrices de distorsions dans le marché intérieur*, COM(2021) 223 final (2021), art 2(2)(b).

⁷⁵. Voir l'article 8 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite (2001).

⁷⁶. Il s'agit de 269 accords sur 283 recensés dans une étude organisée dans le cadre de la Banque mondiale (Loris Rubini, « Subsidies » dans Aaditya Mattoo, Nadia Rocha et Michele Ruta, dir, *Handbook of Deep Trade Agreements*, Washington, DC, Banque mondiale, 2020, 427 à la p 440).

⁷⁷. *Accord de partenariat économique UE-Japon, Union européenne et Japon*, 17 juillet 2018, art 12.4 (entrée en vigueur : 1^{er} février 2019). Selon cet article, le chapitre 12 de l'Accord est sans préjudice de l'ASMC.

⁷⁸. Rubini, *supra* note 76 à la p 458.

⁷⁹. Sur cette approche, Ernst-Ulrich Petersmann, « GATT Law on State Trading Enterprises: Critical Evaluation of Article XVII and Proposals for Reform » dans Thomas Cottier et Petros C Mavroidis, dir, *State Trading in the Twenty-First Century*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1998, 71.

prises publiques, et toutes les entreprises commerciales d'État devraient agir selon des considérations commerciales⁸⁰. Conçu de manière plus large, l'amendement de l'article XVII du GATT peut aboutir à l'établissement d'un régime applicable à l'ensemble des entreprises publiques. L'adoption de règles spécifiques destinées aux entreprises publiques suppose de définir clairement les entreprises publiques, d'établir sans ambiguïté les obligations les concernant, d'établir des règles spécifiques sur les pratiques des entreprises publiques qui faussent la concurrence, d'améliorer la transparence et de prévoir l'applicabilité des mécanismes de règlement des différends⁸¹. Cette hypothèse correspond déjà en partie aux dispositions de certains accords préférentiels. Sur 283 accords préférentiels conclus entre 1957 et début 2016, 218 contiennent des règles relatives aux entreprises publiques, soit par des dispositions expresses sur les entreprises publiques (193), soit par des dispositions sur la concurrence (25), avec une nette augmentation de la couverture de ces questions à partir des années 1990 et en dépit d'une certaine variabilité géographique⁸². Les obligations les plus fréquentes sont l'interdiction des comportements anticoncurrentiels (190 accords), la réglementation des subventions aux entreprises publiques (156 accords) et l'interdiction de la discrimination (140 accords). Les dispositions qui réglementent la propriété, les régimes de propriété ou les processus de libéralisation apparaissent dans 109 accords, avec une insistance sur l'objectif de neutralité par rapport au régime de propriété ou au contraire sur l'objectif d'égalité des conditions de concurrence par rapport aux entreprises privées, selon les cas. Parmi les dispositions plus rares, 64 accords de partenariat économique contiennent l'obligation de mener leurs activités commerciales en fonction de considérations purement commerciales⁸³. Il est à noter que seulement 143 accords prévoient l'applicabilité à ces questions des procédures de règlement des différends⁸⁴.

Cependant, même parmi les accords récents, tous ne contiennent pas de normes relatives aux entreprises publiques. Par exemple, tel n'est pas le cas du *Partenariat régional économique global (Regional Comprehensive Economic Partnership)* ou de l'« accord de phase 1 » entre les États-Unis et la Chine⁸⁵. En revanche, l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)* a pu être considéré comme une référence⁸⁶. Cela s'explique par son originalité au moment de sa négociation et des efforts employés par les États-Unis pour promouvoir l'encadrement des entreprises appartenant à l'État⁸⁷. L'*Accord* incorpore, par renvoi, la plupart des dispositions du *Partenariat transpacifique (PTP)*. Les États-Unis ont retiré leur signature du *PTP* en 2017, empêchant ainsi son entrée en vigueur, mais le *PTPGP* a été conclu en 2018 entre la plupart des autres signataires du *PTP*⁸⁸. Néanmoins, l'*Accord Canada-États-Unis-*

80. Wu, *supra* note 73 à la p 300.

81. Ines Willemyns, « Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction? » (2016) 19:3 J Intl Econ L 657.

82. Luca Rubini et Tiffany Wang, « State-Owned Enterprises » dans Aaditya Mattoo, Nadia Rocha et Michele Ruta, dir, *Handbook of Deep Trade Agreements*, Washington, DC, Banque mondiale, 2020, 463 à la p 475.

83. *Ibid* à la p 481 et aux pp 486-500 pour une analyse plus détaillée.

84. *Ibid* à la p 499.

85. Voir respectivement <<https://asean.org/our-communities/economic-community/integra->

[tion-with-global-economy/the-regional-comprehensive-economic-partnership-rcep/> et <<https://ustr.gov/phase-one>>.](https://ustr.gov/phase-one)

86. Taku Nemeto, « Could the SOE Rules of the CPTPP Effectively Regulate China's SOEs? » (2019) 5 Transnational Dispute Settlement; Kang Sungjin, « The CPTPP's Competition and SOE Chapters: Possible Impacts for Potential New Members » (2019) 5 Transnational Dispute Settlement; Sean Miner, « Commitments on State-Owned Enterprises » dans Cathleen Cimino-Isaacs et Jeffrey J Schott, dir, *Assessing the Trans-Pacific Partnership: Innovations in Trading Rules* (2016) 16-4 PIIE Briefing 91.

87. Julien Sylvestre Fleury et Jean-Michel Marcoux, « The US Shaping of State-Owned Enterprise Disciplines in the Trans-Pacific Partnership » (2016) 19:2 J Intl Econ L 445.

Mexique (ACEUM), en vigueur depuis 2020, est formulé de manière similaire. Les deux accords contiennent des chapitres consacrés aux « entreprises appartenant à l'État et monopoles désignés ». Les entreprises appartenant à l'État sont définies selon les critères alternatifs de la propriété et du contrôle⁸⁹. Il reste entendu que les deux accords ne s'appliquent qu'aux activités commerciales des entreprises appartenant à l'État, à l'exclusion des services publics⁹⁰. Les accords établissent notamment une obligation de traitement non discriminatoire et d'action selon des considérations commerciales⁹¹ et une obligation de transparence⁹². Des obligations analogues sont applicables aux monopoles désignés⁹³. En outre, des obligations sont établies quant à l'aide non commerciale dont bénéficient les entreprises appartenant à l'État : « [u]ne Partie s'abstient de causer des effets défavorables à l'égard des intérêts d'une autre Partie par l'utilisation de l'aide non commerciale qu'elle fournit, directement ou indirectement, à l'une ou l'autre de ses entreprises appartenant à l'État » dès lors que le commerce international est en jeu⁹⁴. De manière plus spécifique, l'*ACEUM* interdit la fourniture de certaines formes d'aides non commerciales, par exemple des prêts en l'absence d'une capacité de remboursement suffisante, à une entreprise appartenant à l'État ayant pour activité principale la production ou la vente de produits autres que l'électricité⁹⁵.

Cependant, plusieurs situations sont exclues du champ d'application de ces règles, pour chaque partie en particulier (par exemple pour les entreprises appartenant à des collectivités infra-étatiques), pour les entreprises appartenant à l'État ayant un revenu inférieur à un certain seuil, etc. Des périodes de transition et des exceptions spécifiques sont également prévues⁹⁶. Les chapitres 28 du *PTPGP* et 31 de l'*ACEUM*, relatifs aux procédures de règlement des différends, sont applicables, avec une procédure spéciale d'information⁹⁷. Bien que ces obligations ne soient applicables qu'aux activités qui ont une incidence sur le commerce ou l'investissement entre les parties à l'accord⁹⁸, elles peuvent avoir un impact significatif sur l'ensemble du modèle économique des États de la zone de libre-échange.

Dans une certaine mesure, ces deux accords correspondent aux évolutions des accords préférentiels conclus par l'Union européenne. Le chapitre 18 de l'*Accord économique et commercial global* (appliqué à titre provisoire depuis 2017) et, de manière encore plus marquée, le chapitre 11 de l'accord avec Singapour (en vigueur depuis 2020)⁹⁹ comprennent un nombre limité

88. L'accord a été signé et ratifié par l'Australie, le Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam, à l'égard desquels il est en vigueur.

89. *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, 8 mars 2018, art 17.1 (entrée en vigueur : 30 décembre 2018) [*PTPGP*]; *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 30 novembre 2018, art 22.4 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [*ACEUM*]. Sur la définition des entreprises couvertes, voir Cheon-Kee Lee, « WTO Reform on State-Owned Enterprise Disciplines and Implications for Korea » (2021) KIEP Opinions n°176.

90. *PTPGP*, *supra* note 89, arts 7.1, 7.2 notamment 7.2.8; *ACEUM*, *supra* note 89, arts 22.1, 22.2 notamment 22.2.6.

91. *PTPGP*, *supra* note 89, art 17.4; *ACEUM*, *supra* note 89, art 22.4.

92. *PTPGP*, *supra* note 89, art 17.10; *ACEUM*, *supra* note 89, art 22.10.

93. *PTPGP*, *supra* note 89, art 17.4(2); *ACEUM*, *supra* note 89, art 22.4(2).

94. *PTPGP*, *supra* note 89, art 17.6(1); *ACEUM*, *supra* note 89, art 22.6(4).

95. *ACEUM*, *supra* note 89, art 22.6(1).

96. *PTPGP*, *supra* note 89, art 17.13; *ACEUM*, *supra* note 89, art 22.13.

97. *PTPGP*, *supra* note 89, annexe 17-B; *ACEUM*, *supra* note 89, art 22.15.

98. *PTPGP*, *supra* note 89, art 17.2(1); *ACEUM*, *supra* note 89, art 22.2(1).

99. Le chapitre 11, section B de l'*Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour*, notamment art 11.3, est la seule disposition spécifiquement applicable aux entreprises publiques et aux entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.

de dispositions à la formulation peu novatrice¹⁰⁰. En revanche, le contenu des chapitres relatifs aux entreprises d'État et aux monopoles a tendance à s'étoffer dans les accords plus récents, y compris pour s'adapter à la situation des partenaires commerciaux. Cela est particulièrement visible dans l'accord avec le Vietnam, similaire au *PTPGP*¹⁰¹. Le chapitre relatif aux entreprises d'État reste une composante importante des négociations en cours, comme celles avec l'Australie, la Nouvelle-Zélande ou l'Indonésie¹⁰². Malgré la convergence globale des dispositions de ces accords, chacun présente des spécificités, ne serait-ce que concernant l'étendue des situations non couvertes par rapport à une partie en particulier. Les spécificités peuvent aussi être liées au contenu des obligations générales. Par exemple, l'*Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam* ne contient pas de dispositions spécifiques quant aux avantages non commerciaux et prévoit plus d'exceptions. En revanche, il comporte des obligations relatives au cadre réglementaire en vertu desquelles les parties veillent notamment à ce que les entreprises publiques, les entreprises jouissant de droits ou privilèges spéciaux et les monopoles désignés observent les normes internationalement reconnues en matière de gouvernance d'entreprise¹⁰³. En définitive, ces dispositions montrent que même des pays en développement dont l'économie s'appuie fortement sur le capitalisme d'État, comme le Vietnam, peuvent accepter des obligations spécifiquement applicables aux entreprises publiques.

Une approche similaire peut consister à inclure dans les accords préférentiels des obligations applicables aux entreprises publiques, non pas en tant qu'obligations spécifiques à celles-ci, mais au titre de règles plus générales. Contrairement à ce que pourrait suggérer sa position au sein de l'OMC, la Chine ne semble pas complètement hostile à l'adoption de règles plus étendues que celles de l'OMC applicables aux entreprises publiques, pourvu que ces règles ne remettent pas en cause la neutralité du régime de propriété. Le projet d'accord global sur les investissements négocié par l'Union européenne et la Chine est important à cet égard. Bien que la conclusion de l'accord soit improbable¹⁰⁴, ce projet est significatif à plusieurs titres, notamment parce que, pour la première fois, la Chine accepte expressément l'interdiction du transfert forcé de technologie et consent à des efforts en vue de la ratification des conventions de l'Organisation internationale du Travail sur le travail forcé, même si toutes les divergences de vues en matière de subventions à l'exportation ne sont pas réglées dans l'accord. Ce projet d'accord montre surtout qu'un accord avec la Chine n'est pas impossible en matière d'entreprises publiques. Il s'agit du premier accord préférentiel contenant des obligations liées aux entreprises publiques négocié par la Chine, avec un niveau d'engagement comparable, malgré quelques différences, à celui du *PTPGP*¹⁰⁵.

Le projet d'accord ne couvre pas spécifiquement les entreprises publiques en tant que telles, mais les inclut parmi les entités couvertes par le chapitre relatif à la libéralisation des investissements. La définition des entités couvertes est originale et se fonde sur plusieurs critères alternatifs, qui comprennent la propriété, mais aussi d'autres liens avec l'État, qui se résument au

100. En particulier, l'article 18.4 (non-discrimination) et 18.5 (considération commerciale) de l'*Accord économique et commercial global*.

101. *Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon*, 17 juillet 2018, ch 13 (entrée en vigueur : 1^{er} février 2019); *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Viêt Nam*, 1^{er} juin 2019, art 11 (entrée en vigueur : 1^{er} août 2020).

102. Voir le site de la Commission européenne (<trade.ec.europa.eu>).

103. *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Viêt Nam*, art 11.5(1); *Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon*, art 13.6 qui mentionne les lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques.

104. Un accord de principe a été atteint le 30 décembre 2020, mais la procédure de signature et de conclusion a été suspendue.

105. Uri Dadush et André Sapir, « Is the European Union's Investment Agreement with China Under-rated? » (2021) 09/21 Policy Contribution 1, aux pp 7-8.

contrôle ou au bénéfice d'un monopole¹⁰⁶. Cette définition est applicable tant à des entreprises publiques qu'à des entreprises privées. Cela semble crucial pour la rendre politiquement acceptable pour la Chine, dans une logique de neutralité par rapport au régime de propriété. En même temps, cette définition reflète les préoccupations essentielles de l'Union européenne, qui sont centrées sur la limitation de l'accès au marché chinois¹⁰⁷. Même s'il est remarquable que tous les niveaux géographiques de pouvoir public soient couverts, comme dans d'autres accords les exclusions sont assez nombreuses, comme celle des entreprises ayant des revenus commerciaux inférieurs à 200 millions de droits de tirage spéciaux¹⁰⁸. En tout état de cause, il est précisé que les obligations de l'accord ne sont pas applicables aux activités publiques non commerciales¹⁰⁹. En effet, l'absence d'obligations relatives à l'assistance non commerciale est une différence significative par rapport au *PTPGP* et à l'*ACEUM*. En revanche, les autres dispositions caractéristiques des chapitres pertinents sont similaires. Les entreprises publiques couvertes doivent agir conformément à des considérations commerciales et en évitant toute discrimination dans leurs achats et ventes de biens ou de services¹¹⁰. En plus d'obligations générales relatives à la transparence¹¹¹, un mécanisme est prévu pour l'obtention d'informations spécifiques sur une entreprise donnée, et les procédures de règlement des différends entre parties à l'accord sont applicables.

Conclusion

L'origine historique des débats sur le capitalisme d'État au sein de l'OMC ne semble pas de nature à favoriser un accord politique. La focalisation sur la Chine est compréhensible, mais ne devrait pas occulter la diffusion du capitalisme d'État, et notamment des entreprises publiques, auprès d'autres Membres de l'OMC. La nécessité d'un consensus déconseille des formulations qui divisent, et encore davantage une présentation de l'encadrement du capitalisme d'État qui serait propre à un Membre¹¹². En même temps, des techniques alternatives, en particulier la conclusion d'accords plurilatéraux ouverts¹¹³, buteraient sur l'inopposabilité de ces accords à la Chine, qui est effectivement le principal Membre concerné. La recherche d'une approche acceptable par la Chine est d'autant plus nécessaire que sur le plan économique des règles plus strictes concernant les entreprises publiques dans les accords préférentiels auxquels la Chine n'est pas partie tendent à augmenter les exportations des entreprises publiques chinoises vers ces marchés par

106. Art 3bis(1) de la section II (*Liberalisation of Investment*) du projet d'accord global sur les investissements.

107. Garcia-Herrero et Jianwei Xu, *supra* note 7 aux pp 11-12.

108. Art 3bis(2)(d) du projet d'accord global sur les investissements. Le droit de tirage spécial est un actif de réserve international créé en 1969 par le Fonds monétaire international et utilisé comme unité de compte au sein de plusieurs organisations internationales universelles.

109. *Ibid.*, art 3bis(2)(b) et (f).

110. *Ibid.*, art 3bis(3).

111. *Ibid.*, art 3bis(4).

112. Petros C Mavroidis et André Sapir, *China and the WTO: Why Multilateralism Still Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2021, au ch 6.

113. Chad P Bown et Jennifer A Hillman, « WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem » (2019) Peterson Institute for International Economics, Document de travail n° 19-17.

114. Kevin Lefebvre, Nadia Rocha et Michele Ruta, « Containing Chinese State-Owned Enterprises? The Role of Deep Trade Agreements » (2021) World Bank Group Policy Research, Document de travail no 9637.

rapport aux exportations du reste du monde¹¹⁴. À long terme, des règles multilatérales sont donc incontournables pour traduire la volonté politique d'encadrer le capitalisme d'État.

Le maintien de la neutralité des normes de l'OMC en ce qui concerne le régime de propriété semble une condition politique nécessaire au succès de toute évolution des normes actuelles, ce qui est d'ailleurs cohérent avec la jurisprudence de l'Organe d'appel en matière de subventions. Plus exactement, la recherche d'une double neutralité (neutralité concurrentielle et neutralité des normes par rapport au régime de propriété) pourrait être viable, en présence d'une volonté politique suffisante. Bien qu'ils ne soient pas tous en vigueur, les accords préférentiels récents montrent qu'il peut théoriquement y avoir une marge pour des négociations pouvant avoir des chances de succès aussi à l'échelle multilatérale. Il reste à voir si le contexte international après la pandémie de COVID-19 et l'agression de l'Ukraine permettra de telles négociations en pratique.

