

Document de travail

ETUDES – METHODES – SYNTHES



Service des affaires
internationales



**LES ACCORDS MULTILATERAUX SUR L'ENVIRONNEMENT COMPRENNENT-
ILS DES DISPOSITIONS QUI VIOLENT LES REGLES DE L'OMC ?**

QUELLES IMPLICATIONS JURIDIQUES EN DROIT INTERNATIONAL ?

**SERIE ETUDES
06 – E02**

ANAÏS BERTHIER

SITE INTERNET : [HTTP://WWW.ECOLOGIE.GOUV.FR](http://www.ecologie.gouv.fr)
20, AVENUE DE SEGUR – 75302 PARIS 07 SP



SOMMAIRE

CHAP I. Conflit de normes – Principe généraux applicables.....6

1. Typologie des mesures commerciales contenues dans les AME.....7

2. Incompatibilités potentielles avec les règles de l'OMC.....9

 2.1. Règles de droit public applicables aux conflits de normes.....9

 2.2. Les AME prévoyant les rapports entre AME et d'autres obligations internationales : vers une présomption de compatibilité ?.....10

3. Test de compatibilité avec l'article XX

 3.1. Le critère de nécessité face à l'assise multilatérale des AME.....35

 3.2. Se rapportant à la conversation des ressources naturelles épuisables.37

 3.3. Le « chapeau ».....38

CHAP II. Conflits de juridictions et de solutions.....41

1. Mécanismes de règlement des différends des AME.....41

2. Hypothèse de conflits de juridictions et de solutions.....43

 2.1. Hypothèse de conflits de juridiction

 2.2. Hypothèse de conflits d'interprétation et de solutions.....45

CHAP III. Propositions de solutions....57

1. Solutions en amont.....57

 1.1. Mise en place d'une coordination nationale.....57

 1.2. Déterminer des principes permettant de conduire au « soutien mutuel », à l'absence de hiérarchie et à la déférence.....57

 1.3. Une présomption de compatibilité

 1.4. Le statut d'observateur aux secrétariats des AME.....59

 1.5. Conclure des accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux avec les Etats non-parties.....59

2. Solutions dans le cadre du règlement des différends.....60

 2.1. L'élaboration d'une « clause interprétative ».....60

 2.2. Le recours à l'article 13 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC.....61

 2.3. Le recours obligatoire à la CIJ, à l'arbitrage ou à la conciliation obligatoire

RÉSUMÉ

La compatibilité entre les mesures commerciales prises dans le cadre des accords multilatéraux sur l'environnement (AME) et les règles de l'OMC est un sujet qui a été porté par l'UE à l'OMC dans le cadre du cycle de Doha. L'objectif recherché est d'obtenir que ces mesures commerciales soient reconnues comme légitimes au regard des règles de l'OMC.

En effet, des AME tels que la CITES, les conventions de Bâle, de Stockholm, les protocoles de Montréal et de Carthagène, ont recours à des mesures commerciales afin d'atteindre leurs objectifs environnementaux. Or, ces mesures sont susceptibles d'entrer en conflit avec certains principes de l'OMC du fait que certains AME se fondent notamment sur le principe de précaution et/ou imposent la prise en considération des procédés et méthodes de production.

L'application des mesures commerciales découlant des AME aux non-parties constitue le problème central car, presque tous les AME prévoient l'application de mesures commerciales aux Etats non-parties. Or, ces derniers pourraient contester une telle application devant l'organe de règlement des différends de l'OMC en se fondant sur la règle que les traités ne sont pas opposables aux Etats qui ne les ont pas ratifiés. La relation entre l'AME et les règles commerciales de l'OMC serait alors laissée à l'appréciation de l'organe juridictionnel et serait donc évaluée à l'aune des référents commerciaux. Toutefois, le mandat du cycle de Doha n'envisage la relation entre les AME et l'OMC que sous l'angle des rapports entre les parties aux AME. Le problème essentiel n'est donc pas traité.

En outre, les AME et l'OMC ayant des organes de règlement des différends distincts, des conflits de juridictions ainsi que des divergences de solutions ne peuvent être exclus.

L'article XX de l'OMC permet de prendre des mesures de sauvegarde de l'environnement. La jurisprudence de son organe de règlement des différends laisse à penser que des mesures de restriction au commerce prises en application d'un AME satisferaient aux critères de nécessité posé par l'article XX. Cependant, la conformité de ces mesures dépend également de la manière dont elles seraient appliquées : elles ne doivent constituer ni une discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce. Le risque de conflit demeure à ce niveau. A titre d'exemple, une discrimination basée sur des critères économiques (ex. capacité de traiter des déchets) non compensée par ailleurs, pourrait être condamnée par l'OMC.



Introduction

L'organisation mondiale du commerce (OMC) a été créée pour réguler les échanges commerciaux sur la scène internationale. Les accords multilatéraux sur l'environnement réglementent des problèmes environnementaux qui impliquent plusieurs, voire une majorité de pays. Les AME et l'OMC constituent deux espaces normatifs distincts dont le champ d'application, les caractéristiques et le contenu sont différents mais qui s'entrecroisent, dans la mesure où certains AME ont recours à des mesures commerciales afin d'atteindre leurs objectifs environnementaux. Ces mesures sont susceptibles d'entrer en conflit avec divers principes de l'OMC notamment en raison du fait que les AME se fondent sur un système d'avantages (et/ou de contraintes) applicables aux seules parties et donc potentiellement discriminatoires. Or, un des principes fondamentaux de l'OMC est celui de non-discrimination qui impose de traiter l'ensemble des Etats Membres de manière égale. Il est facile, dès lors, de cerner les risques d'incompatibilité entre les deux instruments. Dans l'hypothèse d'un tel conflit, un des Etats pourrait décider de porter le différend devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, organe qui ne jugera la légalité des mesures qu'à l'aune de ses propres règles.

Des conflits peuvent également exister entre les parties aux AME, même si ceux-ci sont moins probables. Il serait, en effet, difficile pour une partie à l'AME, ne serait-ce que d'un point de vue politique, de s'opposer à ce que d'autres parties se conforment à leurs obligations découlant d'un AME. Nous verrons, cependant, que cette situation peut se produire.

Toutefois, une mesure commerciale prise en application d'un AME et en contradiction avec un des articles du GATT peut encore être considérée comme conforme au droit de l'OMC. Une fois qu'une incompatibilité est décelée, il convient de vérifier si cette mesure répond aux conditions de l'article XX du GATT autorisant l'adoption de mesures commerciales visant à protéger l'environnement.

Les conflits envisageables ne concernent pas uniquement les conflits de normes mais également ceux de juridictions. Dans l'hypothèse d'un conflit opposant deux Etats à la fois membres d'un AME et de l'OMC, un des Etats pourrait décider de porter le différend devant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC alors que l'autre pourrait être tenté de le porter devant le mécanisme prévu par l'AME, comme le Tribunal International du Droit de la Mer ou devant la Cour Internationale de Justice. Ainsi, les deux juridictions pourraient parvenir à des interprétations différentes et à des solutions divergentes.

La relation entre les mesures commerciales prises dans le cadre des accords multilatéraux sur l'environnement et les règles de l'OMC est un sujet qui a été porté à l'OMC par l'Union Européenne dès la création du Comité sur le Commerce et l'Environnement (CCE), c'est-à-dire en 1995. Le Comité n'a pas encore fourni de réelles conclusions sur le sujet notamment en raison des désaccords régnant entre les Etats Membres.

L'objectif poursuivi par l'Union Européenne appuyée par la Norvège et la Suisse est d'obtenir que les mesures commerciales prises dans le cadre d'un AME soient reconnues comme légitimes au regard des règles de l'OMC et ne puissent pas être attaquées en tant que telles par un Etat non membre de l'AME. La question des « *non-parties* » est donc centrale.

L'UE a obtenu le lancement de négociations sur ce sujet dans le cadre du cycle de Doha, ouvert lors de la quatrième conférence ministérielle de l'OMC, le 9 novembre 2001. Toutefois, en vertu de ce mandat, les négociations sont cantonnées à l'applicabilité des règles de l'OMC aux parties aux AME. L'article 31 i) de la déclaration ministérielle dispose qu' :



« Afin de renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement, nous convenons de négociations, sans préjuger de leur résultat, concernant:

i) la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux (AEM). La portée des négociations sera limitée à l'applicabilité de ces règles de l'OMC existantes entre les parties à l'AEM en question. Les négociations seront sans préjudice des droits dans le cadre de l'OMC de tout Membre qui n'est pas partie à l'AEM en question ».

Le sort des mesures commerciales découlant des AME applicables aux non-parties n'est donc pas abordé. Cette restriction du mandat ministériel, introduite à la demande des Etats-Unis¹, implique que les principes de l'OMC ne seront pas questionnés à l'aune de la protection de l'environnement ou de la santé. Le mandat du cycle de Doha ne traite donc pas le problème essentiel et favorise le statu-quo.

Au-delà d'une question juridique, ce sujet se rattache au problème de la gouvernance mondiale, l'enjeu étant d'éviter la subordination des politiques environnementales aux enjeux commerciaux. Une clarification s'impose donc pour éviter de laisser la question à l'appréciation des organes juridictionnels de l'OMC.

L'Union Européenne estime d'ailleurs que « *la politique environnementale multilatérale devrait être élaborée dans les instances environnementales multilatérales, et non à l'OMC, selon les compétences et le mandat respectifs de chaque organisme* ». Il est permis de s'interroger alors sur les motivations de l'Union Européenne qui l'ont poussée à ouvrir des négociations sur la relation entre les AME et l'OMC précisément dans l'enceinte de l'OMC puisque celle-ci n'est pas une instance environnementale.

Le sujet est difficile à négocier du fait de désaccords entre les pays membres de l'OMC sur la manière de traiter ce sujet et du fait que les Etats-Unis n'ont pas ratifié de nombreux AME. Plusieurs positions sont en présence :

- les Etats-Unis, l'Australie, la Nouvelle Zélande et les PED estiment que dès lors qu'aucun contentieux n'existe en la matière, il n'est pas nécessaire de modifier les règles de l'OMC, ni de clarifier les relations entre les deux systèmes juridiques ;
- l'Union Européenne affirme que « *nulle part le mandat (du cycle de Doha) ne laissait entendre qu'il y a aurait un problème particulier à résoudre. Le mandat a été conçu pour clarifier une relation existante et il n'est pas nécessaire de commencer par mettre en évidence un problème* »².
- Certains Etats ont proposé d'amender l'article XX du GATT³ afin d'y inclure les mesures prises conformément aux AME. Toutefois, cette proposition a suscité la préoccupation de plusieurs PED qui ne voient pas la nécessité d'inclure les AME dans l'article XX. Selon eux, cette inclusion, accorderait à l'OMC une suprématie non justifiée par rapport aux AME ;

¹ U. Hoffman, "Specific trade obligations in multilateral environmental agreements and their relationship with the rules of the multilateral trading system – A developing country perspective", *Trade and Environment Review*, 2003, p.9.

² Comité sur le Commerce et l'Environnement, Résumé sur la 10^e réunion de la session extraordinaire du CCE, 12-13 octobre 2004, TN/TE/R/10, p.8.

³ Cet article fixe le cadre dérogatoire aux principes de l'OMC (cf.infra).



- la Suisse a proposé d'insérer au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, une clause interprétative fixant les conditions qui permettraient d'assurer dans de bonnes conditions la résolution d'un conflit.

Le secrétariat de **la CITES**, qui n'est pas membre de l'OMC puisque seuls les Etats le sont, mais qui est concerné par le sujet, estime que l'essentiel des efforts de coordination entre le commerce et l'environnement devrait porter sur l'application et le renforcement des capacités plutôt que sur la « *compatibilité théorique* » des dispositions des AME avec les règles de l'OMC et les éventuelles « *distorsions d'échanges* » résultant d'une large gamme de mesures commerciales prévues par les AME.⁴ Il rejoint ainsi la Suisse qui prône la détermination de principes permettant de conduire au « *soutien mutuel* », à la non-hiérarchie entre les mesures commerciales des AME et les règles de l'OMC ainsi qu'à la « *déférence* ».

Structure du document

Nous examinerons dans une première partie, les règles de droit international public régissant les conflits de normes puis les incompatibilités potentielles entre les mesures commerciales en application des AME et les principes de l'OMC.

Puis dans une deuxième partie, nous envisagerons l'hypothèse du conflit de juridictions et de solutions.

La troisième et dernière partie portera sur les propositions de solution émises en amont et en aval et visant à clarifier les relations entre les deux régimes juridiques.

⁴ Communication du secrétariat de la CITES, WT/CTE/W/165, 13 octobre 2000, p.1.



CHAPITRE I. CONFLIT DE NORMES – PRINCIPES GENERAUX APPLICABLES

Ce chapitre commence par identifier les mesures commerciales contenues dans les différents AME et en dresse une typologie (1).

La seconde partie analyse les mesures commerciales identifiées à l'aune des principes phares de l'OMC afin d'établir s'il y a un risque d'incompatibilité (2). Il s'agit d'abord d'étudier le droit international applicable à des conflits de normes potentiels. Les règles permettant de résoudre ces conflits ne sont pas les mêmes selon que les Etats parties de l'OMC sont aussi parties aux AME ou non. Un conflit entre Etats parties et Etats non-parties est celui qui risque de causer le plus de difficultés. En vertu du principe de la relativité des traités, les traités ne sont pas opposables aux Etats ne les ayant pas ratifiés (2.1). Nous verrons que certains auteurs suggèrent l'existence d'une présomption de compatibilité entre les deux corps de règles (2.2). Nous confrontons enfin les principes fondamentaux de l'OMC un par un aux mesures commerciales des AME pour souligner les incompatibilités potentielles le cas échéant(2.3) :

- le principe de la nation la plus favorisée (article I du GATT)
- le principe du traitement national (article III)
- le principe de l'élimination des restrictions quantitatives (article XI)
- l'interdiction de l'application des restrictions quantitatives de manière discriminatoire (article XIII)
- l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)
- l'accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC).

Une mesure qui est incompatible avec les règles de l'OMC, peut néanmoins être conforme à l'OMC si elle entre dans son régime d'exception. La dernière partie du chapitre (3) étudie la mesure dans laquelle les mesures commerciales des AME qui sont en théorie incompatibles avec les règles de l'OMC pourraient être considérées conformes au régime d'exception prévu par l'article XX du GATT.

1. TYPOLOGIE DES MESURES COMMERCIALES CONTENUES DANS LES AME

Conventions	Thématiques	Typologie des mesures commerciales
Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES)	Réglementation du commerce des espèces menacées d'extinction. Les mesures commerciales visent à assurer que le commerce n'est pas préjudiciable aux espèces. La convention vise également les espèces sur les marchés internationaux qui ne sont pas menacées d'extinction mais qui pourraient le devenir en l'absence d'une réglementation commerciale	Interdiction du commerce ; Permis d'importation et d'exportation ; Certificats de réexportation ; certificats d'origine ; Un mécanisme de contingents nationaux d'exportation ; Possibilité d'adopter des mesures internes plus strictes.
Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone	Limite le rejet dans l'atmosphère des substances appauvrissant la couche d'ozone.	Système de licences aux échanges avec les parties ; Interdiction des exportations de substances usagées et recyclées, applicable aux parties qui ne sont pas en conformité avec les calendriers de réduction ; Interdiction des échanges avec les non-parties.
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets	Contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux, surveillance et prévention du trafic illicite, aide permettant une gestion écologiquement rationnelle des déchets.	Mesures de notification de l'état d'exportation ; Consentement préalable de l'état d'importation ; Mesures d'interdiction des exportations.
Convention sur la diversité biologique	La conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques.	Ne prescrit pas expressément de mesures commerciales, mais certaines mesures peuvent avoir des conséquences sur le commerce.
Protocole de Kyoto	Protocole à la CCNUCC. Réduire les émissions des Parties visées à l'annexe 1.	Ne prescrit pas expressément de mesures commerciales, mais certaines mesures peuvent avoir des conséquences sur le commerce. Un marché international de quotas d'émission.
Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques	Assurer la protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des OVM qui peuvent avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et sur la santé.	Notification Consentement préalable ou refus concernant l'importation. Information. Etiquetage et emballage. Possibilités d'adopter mesures plus vigoureuses que le protocole.
Convention cadre des Nations Unies sur les changements	Stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute	Pas de mesures commerciales, mais les mesures prises peuvent avoir des impacts sur le commerce.



Conventions	Thématiques	Typologie des mesures commerciales
climatiques (CCNUCC)	perturbation anthropique dangereuse du système climatique.	
Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (POP)	Réduction et élimination des rejets de polluants organiques persistants dans l'environnement.	Interdiction des échanges ; Réduction des importations et des exportations ; Consentement préalable aux importations sous certaines conditions ; Notification.
Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international (PIC)	Encourager le partage des responsabilités et la coopération entre parties dans le domaine du commerce international de certains produits chimiques dangereux, afin de protéger la santé des personnes et l'environnement contre des dommages éventuels, et afin de contribuer à l'utilisation écologiquement rationnelle de ces produits en instituant un processus de prise de décision applicable à leur importation et à leur exportation.	Refuser l'importation Consentement préalable à l'importation que sous certaines conditions ; Mesures d'étiquetage.

2. INCOMPATIBILITES POTENTIELLES AVEC LES REGLES DE L'OMC

2.1. Règles de droit international public applicables aux conflits de normes

Il convient de distinguer deux hypothèses : celle de traités successifs avec identité de parties, et celle de traités successifs sans identité de parties.

Traités successifs avec identité de parties.

L'article 30 §3, de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qui est considérée comme reflétant le droit coutumier⁵, prévoit que :

« Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ».

Cependant, cette règle n'est applicable que lorsque les deux traités portent « sur la même matière », ce qui a été interprété comme « ayant le même degré de généralité ». Si l'un des deux traités a un caractère spécial par rapport à l'autre, il faut reconnaître la primauté de la *lex specialis*, c'est-à-dire que le traité le plus spécifique prime, à moins que le dernier traité ne prévoie explicitement l'inverse.

Ainsi, au sein du Comité sur le Commerce et l'Environnement, « nombreux sont ceux qui pensent que les mesures commerciales convenues entre les parties à un AME pourraient être considérées comme une « *lex specialis* » primant les dispositions de l'OMC et ne devraient donc pas soulever de problème juridique à l'OMC, même si les mesures convenues sont incompatibles avec les règles de l'OMC »⁶. La règle de la primauté de la loi particulière sur la loi plus générale ne s'applique cependant que lorsqu'il y a identité de parties entre les deux accords. Les cas de litiges entre parties à un AME et Etats membres de l'OMC n'étant pas partie à l'AME en cause demeure donc problématiques.

Traités successifs sans identité de parties

Une norme « particulière » peut déroger à une norme « générale » antérieure à condition que la modification soit compatible avec les droits et obligations de tous les Etats parties au traité initial et avec l'objet et le but de ce traité. La Convention de Vienne ne prévoit pas de critère de validité si la norme particulière est antérieure à la norme générale.

Si le traité postérieur est plus spécifique que le traité général mais qu'il n'est pas compatible avec le traité antérieur, alors il n'est pas licite. La solution est affirmée par la jurisprudence⁷.

Principe de la relativité des traités

⁵ La France n'en est pas partie, mais ne s'oppose pas aux principes énoncés ici qui reflète la coutume.

⁶ Travaux du CCE sur les règles commerciales, les accords environnementaux et les différends, CTE01. Il ne s'agit toutefois pas d'une interprétation définitive et un grand nombre d'incertitudes subsistent.

⁷ CIJ, avis du 28 mai 1951, Réserves à la convention sur le génocide.



La question se pose de savoir si un pays peut, au titre de ses obligations en vertu d'un AME se trouver en situation de refuser à un autre pays membre de l'OMC et non partie à l'AME, l'application des principes de l'OMC.

La question est gouvernée par le principe de la relativité des traités. Tout traité international ne vaut qu'*inter partes* et non *erga omnes*. En effet, la jurisprudence internationale et la pratique des Etats s'accordent pour reconnaître que les traités ne peuvent produire des effets à l'égard des Etats tiers. Ainsi, l'article 34 de la convention de Vienne prévoit qu' « *un traité ne crée ni obligations, ni droits pour un Etat tiers sans son consentement* ».

En conséquence, les dispositions des AME ne sont pas opposables aux Etats non-parties. Il existe cependant des exceptions au principe. L'article 35 de la convention de Vienne stipule qu' : « *Une obligation naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité, si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'Etat tiers accepte expressément par écrit cette disposition* ».

Il ressort de cet article que l'obligation imposée à l'Etat tiers ne découle pas du traité initial mais de l'accord que ce dernier a conclu avec le groupe d'Etats parties au traité initial. Cet accord auquel l'Etat tiers est partie est qualifié d'accord collatéral.⁸

2.2. Les AME prévoyant les rapports entre AME et d'autres obligations internationales : vers une présomption de compatibilité ?

Un traité peut fixer à l'avance, par une clause expresse, sa place par rapport à d'autres traités et obligations internationales. Ces dispositions sont appelées des « *déclarations de compatibilité* » lorsqu'elles indiquent expressément que le traité en question est compatible avec tel autre traité ou recourent à une autre formule en précisant, soit qu'il n'est pas incompatible avec celui-ci, soit qu'il n'affecte pas, et ne sera pas interprété comme affectant, les dispositions de cet autre traité. La Convention de Vienne⁹ indique qu'un traité qui contient cette disposition, en tant que traité inférieur, doit toujours être interprété dans le sens de sa compatibilité avec le traité supérieur¹⁰. S'il est impossible de concilier l'un et l'autre, le traité supérieur prévaut.

Les traités qui se présentent comme subordonnés ne posent aucun problème particulier puisqu'ils préservent les droits des tiers. En revanche, un traité affirmant sa supériorité ou prévoyant l'absence de hiérarchie entre lui-même et tel autre traité peut créer des difficultés. Seule l'existence de mécanismes préventifs efficaces peut constituer une solution¹¹. Une note interprétative relative aux rapports entre les mesures commerciales découlant des AME et les règles de l'OMC insérée dans le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC pourrait faire office d'un tel mécanisme.

Plusieurs AME contiennent ce type de clauses :

- le **protocole de Carthagène** et la **convention de Rotterdam** stipulent dans leurs préambules que : « *le présent protocole (et la présente convention) ne*

⁸ A. Pellet et P. Daillier, Droit International Public, 7^e ed., Litec, p.244.

⁹ Article 30 paragraphe 2 : « *Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent* ».

¹⁰ A. Pellet et P. Daillier, Ibid., p.268.

¹¹ H. Ruiz-Fabri, Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement, sous la direction de S. Maljean-Dubois, éd. Bruylant et CERIC, 2003, p.269.



sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une partie en vertu d'accords internationaux » applicables à la même matière. Parmi ces accords, figurent notamment ceux de l'OMC. Cette précision pourrait apparaître en première analyse comme une déclaration de compatibilité instituant une hiérarchie. Les AME seraient donc soumis aux dispositions de l'OMC. Toutefois, le protocole de Carthagène ajoute aussitôt que son « préambule ne vise pas à (le) subordonner...à d'autres accords internationaux » et la convention de Rotterdam précise que « les considérants ci-dessus n'ont pas pour objet d'établir une hiérarchie entre la présente convention et d'autres accords internationaux », mentions qui semblent contredire les précédentes.

- La **convention cadre sur le changement climatique** a une approche légèrement différente et semble vouloir invoquer la compatibilité entre les deux corps de règles : « *Il convient d'éviter que les mesures prises pour lutter contre les changements climatiques, y compris les mesures unilatérales, constituent un moyen d'imposer des discriminations arbitraires ou injustifiables sur le plan du commerce international, ou des entraves déguisées à ce commerce* » (article 3§5). Le même principe est repris par le **Protocole de Kyoto** qui prévoit que les parties visées à l'annexe I s'efforcent d'appliquer les politiques et mesures de manière à réduire au minimum les effets néfastes pour les autres parties, y compris les répercussions sur le commerce international (article 2.3).
- La **convention internationale sur la protection des végétaux** contient le même type de disposition en faisant référence explicitement aux accords conclus à l'issue des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay de l'OMC et à l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) intégré au droit de l'OMC. Elle affirme à son article III que la convention s'appliquera sans préjudice des droits et obligations des parties contractantes découlant d'accords internationaux pertinents.
- La **convention sur les polluants organiques persistants (POP)** prévoit également qu'elle et « *d'autres accords internationaux dans le domaine du commerce et de l'environnement concourent au même objectif...* ».

Il ressort de ces AME une approche consistant à ne pas établir de hiérarchie entre les deux catégories de règles et à affirmer que « *le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement en vue de l'achèvement d'un développement durable* »¹². Ces dispositions démontrent clairement que les gouvernements ont refusé de soumettre les traités sur l'environnement aux règles commerciales. Néanmoins, ces déclarations au sein des AME ne peuvent pas produire d'effets à l'égard des non-parties aux AME.

Une partie de la doctrine déduit de ces dispositions l'existence d'une présomption de compatibilité des AME avec les règles de l'OMC. Ainsi, H. Ruiz-Fabri considère qu'« *en indiquant que ce principe de non contradiction n'est pas un principe de subordination ou n'induit pas une hiérarchie, les textes expriment qu'ils n'ont pas à être écartés quand un autre accord international est applicable. (...) réputés ne rien modifier, ces textes peuvent néanmoins ajouter et ne doivent pas être ignorés, ce qui ne peut viser cependant, que les relations entre les parties* »¹³.

¹² Préambules de la convention de Rotterdam et du protocole de Carthagène.

¹³ H. Ruiz-Fabri, Ibid, p.362.



Il est intéressant de noter que le préambule de la charte de l'OMC comporte lui aussi une disposition que l'on peut considérer comme exprimant une volonté de compatibilité et implique qu'il convient de s'orienter vers une application cumulative, selon laquelle : *« les parties au présent accord, reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi (...) et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ».*

2.3. Possibles incompatibilités avec les règles de l'OMC

Les mesures commerciales contenues dans certains AME sont susceptibles d'être en contradiction avec le droit de l'OMC notamment avec :

- le principe de la nation la plus favorisée ;
- le principe du traitement national ;
- l'interdiction des restrictions quantitatives ;
- l'interdiction des discriminations dans les restrictions quantitatives ;
- les dispositions de l'accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) ;
- les dispositions de l'accord SPS.

2.3.1. Le principe de la nation la plus favorisée (article I du GATT)

Le principe de la nation la plus favorisée prévoit que *« tous les avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante de l'OMC à un produit originaire ou à destination de tout autre pays sont, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes (...). Cette disposition concerne (...) l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations ainsi que toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III ».*

Cet article impose donc d'accorder le même traitement aux produits « similaires », quel que soit leur pays d'origine¹⁴. Si un pays accroît les avantages qu'il accorde à un partenaire commercial, il doit le faire avec tous les autres membres de l'OMC.

Un « avantage » peut être constitué par l'autorisation d'importer, d'exporter ou par le fait de ne pas se voir imposer une mesure contraignante, telle qu'une mesure d'étiquetage par exemple, alors que cette autorisation ou mesure ne serait pas accordée ou imposée à tous les Etats.

¹⁴ Site OMC, clause de la nation la plus favorisée.



Or certains AME seraient susceptibles de violer le principe de la nation la plus favorisée en prévoyant d'interdire des importations ou des exportations en provenance ou à destination d'Etats non-parties.

- en vertu de l'article 4.5 de la **convention de Bâle**, un pays A, partie à la convention et membre de l'OMC, est tenu d'interdire les mouvements de déchets dangereux et autres à destination et en provenance d'un pays B non partie à la convention mais membre de l'OMC. Le pays B pourrait faire valoir, en s'appuyant sur l'article I du GATT, que le pays A accorde au produit en provenance ou à destination des pays parties à la convention de Bâle, un avantage ou un privilège qu'il refuse à un produit analogue originaire ou à destination de son territoire. Le rapport de l'OCDE sur l'utilisation des mesures commerciales dans le contexte des AME indique qu'en l'espèce, « *cet « avantage » prendrait la forme du droit d'importer ou d'exporter les déchets dangereux ou autres, et il pourrait être considérable si les déchets en question constituent une source de matières secondaires nécessaire* »¹⁵.

En outre, la discrimination peut se faire de manière évidente si une partie n'accorde un avantage qu'à certains Etats parties ou de manière plus subtile en discriminant certains produits, considérés comme similaires, fabriqués et produits uniquement par des Etats spécifiques.

- **La CITES** prévoit un traitement différent pour les animaux et végétaux prélevés à l'état sauvage et ceux élevés en captivité, produits par l'élevage extensif ou reproduits artificiellement. Le même rapport de l'OCDE indique que « *la question de savoir si les animaux et végétaux prélevés à l'état sauvage sont « similaires » à leurs homologues élevés en captivité, produits par l'élevage extensif ou reproduits artificiellement, peut être pertinente dans toute situation où un pays applique des restrictions aux importations des premiers tout en autorisant celles des seconds en provenance d'autres fournisseurs* ».

Par ailleurs la CITES repose sur un système d'annexes auxquelles sont inscrites les espèces en fonction du niveau de la menace d'extinction des espèces. Cela signifie qu'il y a traitement commercial différent de populations d'une même espèce, donc qui pourraient être considérées comme « *similaires* » mais géographiquement distinctes¹⁶.

- La **convention de Bâle** prévoit l'interdiction d'exportation des pays inscrits à l'annexe VII (le Lichtenstein, les membres de l'OCDE et la CE) vers les autres pays. En revanche, elle n'interdit pas les mouvements entre pays non inscrits à l'annexe VII. Or cela peut donner un avantage économique à ces parties si des déchets sont source de matière secondaires nécessaires¹⁷.
- L'article 3 de la **convention POP** impose que certaines substances chimiques soient exportées uniquement vers une partie qui est autorisée à utiliser cette substance chimique en vertu des annexes A ou B. Si ces produits chimiques sont produits uniquement par certains Etats, ces interdictions pourraient être considérées comme une discrimination déguisée à l'égard de ces Etats.

¹⁵ OCDE, Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, Utilisation de mesures commerciales dans le contexte des accords multilatéraux sur l'environnement, 8 mars 1999, p.37.

¹⁶ OCDE, Ibid, p.37. voir également, G. Van Alster, International & EU Trade Law, p.137.

¹⁷ OCDE, Ibid, p.37.



2.3.2. Le principe du traitement national (article III)

Le principe du traitement national stipule qu'une fois entrés sur un marché, les produits doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qui est appliqué aux produits nationaux similaires. L'article III.4 permet aux parties d'imposer une réglementation interne sur les produits importés à condition de respecter le principe de la nation la plus favorisée, et qu'elle ne soit pas appliquée de manière à accorder une protection à la production nationale. Les dispositions de certains AME pourraient contredire ce principe :

- La différence de traitement accordée par **la CITES** aux animaux et aux végétaux prélevés à l'état sauvage et à ceux élevés en captivité appelle les mêmes commentaires que pour l'article I. Cette fois le problème se pose entre les produits importés et la production nationale. Ainsi, un pays qui appliquerait des restrictions aux importations des espèces prélevées à l'état sauvage tout en permettant la production nationale d'espèces élevées en captivité violerait l'article III en accordant un traitement plus favorable à sa production nationale.
- Dans le cadre du **protocole de Montréal**, si les réglementations et les mesures fiscales imposées sur des substances détruisant l'ozone s'appliquaient dans des conditions différentes aux produits importés et aux produits nationaux, il serait possible qu'il y ait violation de l'article III.

2.3.3. Le principe de l'élimination des restrictions quantitatives (articles XI du GATT)

En vertu de l'article XI, « aucune prohibition ou restriction autre que des droits de douane, taxes ou autres redevances ne peut s'appliquer aux produits importés ou exportés ». En d'autres termes, il est interdit d'interdire ou de restreindre les exportations et les importations. Or certains AME contiennent des dispositions prévoyant de telles mesures.

- **La CITES** interdit de façon générale, le commerce international des spécimens inscrits à son annexe I (article III). Le commerce de ces espèces n'est permis que dans des circonstances exceptionnelles par exemple dans le cas d'élevage en captivité, de reproduction artificielle ou pour la recherche scientifique sous réserve de la délivrance d'un permis d'exportation et d'un permis d'importation. D'après le rapport de l'OCDE¹⁸, il semble que l'article XI.1 du GATT puisse s'appliquer à ces permis d'exportation et d'importation ainsi qu'aux certificats de réexportation imposés par la CITES, utilisés pour réglementer le commerce des espèces inscrites aux Annexes I à III. Ces mesures tendent, en effet, à interdire et/ou à restreindre les échanges commerciaux des espèces visées aux annexes sans passer par le biais de taxes, de droits de douane ou de redevances. En outre, la convention n'exige pas de permis d'importation pour les espèces inscrites à l'annexe II. Si ces espèces étaient considérées comme similaires à celles de l'annexe I par l'ORD dans le cadre d'un différend, cette différence de traitement pourrait être considérée comme une discrimination et ainsi violer l'article XIII du GATT ou l'accord sur les licences d'importations.
- Le **protocole de Montréal** (article 4A) dispose que lorsque, après la date d'élimination d'une substance réglementée, « une partie se trouve dans

¹⁸ OCDE, Ibid, p.38.



l'incapacité (...) de mettre un terme à la production de ladite substance destinée à la consommation intérieure, (...), la partie interdit l'exportation de quantités utilisées, recyclées et régénérées de ladite substance lorsque ces quantités sont destinées à d'autres fins que la destruction ».

- Le **protocole de Carthagène** prévoit par exemple, que « *toute partie peut prendre dans le cadre de sa réglementation nationale, une décision concernant l'importation d'un OVM destiné à être utilisé directement pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformé, sous réserve que cette décision soit conforme à l'objectif du présent protocole* » (article 11). Cette décision est susceptible de constituer une restriction quantitative si elle limite ou interdit l'importation d'OVM.
- En vertu de la **convention de Bâle** (article 4 1.b), les parties interdisent l'exportation de déchets dangereux et d'autres déchets dans les parties qui ont interdit l'importation de tels déchets à condition toutefois que cette interdiction ait été notifiée. Les parties peuvent également interdire l'exportation de déchets si l'Etat d'importation ne donne pas son accord (article 4 1.a). Si une des parties a des raisons de croire que les déchets ne seront pas gérés selon des méthodes écologiquement rationnelle, elle peut également interdire l'exportation (article 4.2.f).
- La **convention de Rotterdam** est construite autour du concept de « *l'accord préalable en connaissance de cause* » en vertu duquel les parties peuvent soit consentir à l'importation ; soit ne pas consentir à l'importation ou ne consentir à l'importation que sous certaines conditions précises (article 10.4). Cette possibilité ne concerne que certains produits chimiques inscrits à l'annexe III de la convention. Le fait de ne pas consentir à l'importation revient à une prohibition. Le fait de ne pas consentir à l'importation qu'à certaines conditions peut constituer une restriction quantitative, cela dépendra des conditions imposées par l'Etat importateur.
- La **convention de Stockholm** (article 3) impose à ses parties d'interdire ou de limiter l'importation ou l'exportation des substances chimiques inscrites à son annexe A. Comme la convention de Rotterdam, elle permet l'exportation des substances bénéficiant d'une dérogation uniquement « *en vue d'une élimination écologiquement rationnelle (...) ou vers une partie autorisée à utiliser cette substance* » (article 3.2.b.i et ii).

2.3.4. Le principe de l'interdiction de l'application de restrictions quantitatives de manière discriminatoire (articles XIII du GATT)

L'article XIII du GATT dispose qu'« *Aucune prohibition ou restriction ne sera appliquée par une partie contractante à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante ou à l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, à moins que des prohibitions ou des restrictions semblables ne soient appliquées à l'importation du produit similaire originaire de tout pays tiers ou à l'exportation du produit similaire à destination de tout pays tiers* ». Cet article reprend le principe de la nation la plus favorisée en l'appliquant aux restrictions quantitatives. Le problème se pose de la même manière qu'avec l'article I à la différence qu'il n'est pas question d'« *avantage* » mais d'appliquer la restriction ou

la prohibition à l'ensemble des Etats de la même manière. Les mesures susceptibles d'être incompatibles avec l'article I du GATT sont également susceptibles de l'être avec l'article XIII.

- La **convention de Bâle** fait une distinction entre deux groupes de pays en interdisant à ceux inscrits à l'annexe VII, c'est-à-dire le Lichtenstein, les pays membres de l'OCDE et de l'UE, d'exporter des déchets dangereux ou autres vers les autres pays. Cette mesure constitue bien une prohibition appliquée à l'exportation de certains produits et n'est pas appliquée à l'exportation de produits similaires à destination de l'ensemble des pays. Les Etats inscrits à l'annexe VII peuvent exporter ces produits entre eux mais pas vers les autres.
- De même, la **convention de Stockholm** interdit les exportations de certains produits listés sauf « en vue d'une élimination écologiquement rationnelle » ou vers une partie autorisée à utiliser cette substance chimique (article 3.2.b). Elle opère donc une distinction entre les Etats : ceux qui sont en mesure de procéder à une élimination écologiquement rationnelle et les ceux qui ne le sont pas.
- Le **protocole de Carthagène** prévoit que « toute partie peut prendre dans le cadre de sa réglementation nationale, une décision concernant l'importation d'un OVM destiné à être utilisé directement pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformé, sous réserve que cette décision soit conforme à l'objectif du présent protocole » (article 11). Cette mesure, outre le fait de constituer une restriction quantitative, pourrait également être appliquée de façon discriminatoire si par exemple, la mesure nationale interdisait ou réduisait l'importation d'un OVM en provenance d'un pays et pas d'un autre. La conformité d'une telle mesure avec l'article XIII du GATT dépend de la manière dont elle serait appliquée.
- En revanche, si la **convention de Rotterdam** accorde la possibilité aux parties de refuser ou de conditionner les importations de certains produits, elle le fait en respectant le principe du traitement national et celui de la nation la plus favorisée regroupés dans l'article XIII. En effet, l'article 7 de la convention dispose que toute partie « *qui prend la décision de ne pas consentir à l'importation d'un produit chimique ou de n'y consentir que dans des conditions précises doit, (...) simultanément interdire ou soumettre aux mêmes conditions :*

a) *l'importation du produit chimique quelle qu'en soit la provenance ;*

b) *la production nationale du produit chimique aux fins de consommation intérieure ».*

Ainsi, la mesure d'interdiction ou de restriction n'est pas discriminatoire dans la mesure où la production nationale n'est pas avantagée et où l'ensemble des parties se voit appliquer la mesure de la même manière.

L'article XIII prévoit également les conditions applicables aux contingents. Les Etats ont notamment l'obligation de publier « *le volume total ou la valeur totale du ou des produits dont l'importation sera autorisée au cours d'une période ultérieure déterminée et tout changement survenu dans ce volume ou cette valeur* ».

- La **CITES** établi un système de quotas qui prévoit le nombre maximal de spécimens pouvant être exportés. Ces quotas peuvent être fixés par les Etats parties (ce sont les quotas nationaux volontaires) ou par la conférence des parties. L'application de ces quotas de la même manière à tous les Etats parties importateurs n'empêche pas de discrimination. Le problème se pose donc vis-à-vis des Etats non-parties aux AME qui ne vont pas bénéficier du contingent d'exportation.

Comme nous l'avons vu, les restrictions quantitatives peuvent prendre la forme de licences d'importation. Or, il existe un accord sur les licences d'importation ayant force obligatoire pour tous les membres de l'OMC qui s'appliquerait également en la matière.

- **La CITES** (cf. article XI) et le **protocole de Montréal** établissent un régime de licences d'importation. L'article 4B du protocole impose aux parties de mettre en place « *un système d'autorisation des importations et des exportations de substances réglementées nouvelles, utilisées, recyclées et régénérées des annexes A, B, C et E* ». De nombreuses parties disposent déjà de régimes de licences en vigueur qui permettent de satisfaire aux contrôles visant la consommation et la production de substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

Les licences d'importation sont des procédures administratives qui exigent, comme condition préalable à l'importation de marchandises, la présentation à l'organe administratif compétent, d'une demande ou de documents. Ces licences sont autorisées par l'OMC à condition que les procédures soient appliquées avec neutralité et administrées de manière juste et équitable (article 1.3 de l'accord). Les demandes ne doivent pas être refusées en raison d'erreurs mineures dans la documentation ou faire l'objet de fortes pénalités en cas d'omissions ou d'erreurs dans les documents ou dans les procédures qui sont manifestement dénuées de toute intention frauduleuse ou ne constituent pas une négligence grave (article 1.7). Les marchandises ne doivent pas non plus être refusées en raison d'écart mineurs en valeur, en quantité ou en poids par rapport aux chiffres indiqués sur la licence, attribuables à des raisons compatibles avec une pratique commerciale (article 1.8).

L'accord impose une obligation de publication des règles et des renseignements. Les règles et renseignements concernant les procédures de présentation des demandes, y compris les conditions à remplir par les requérants pour être admis à présenter de telles demandes, les organes administratifs auxquels il faut s'adresser et les listes de produits soumis à licence doivent être publiés, chaque fois que cela est possible, 21 jours avant la date où la prescription prendra effet et en aucun cas après cette date (article 1.4a).

L'accord fait une distinction entre les licences d'importation automatiques et non automatiques. Les licences d'importation automatiques sont celles accordées dans tous les cas sur présentation d'une demande (article 2.1). Les licences d'importation non automatiques sont celles qui ne répondent pas à cette définition (article 3.1). Ces dernières sont « *utilisées pour administrer certaines restrictions au commerce telles que les restrictions considérées comme justifiées dans le cadre juridique de l'OMC* »¹⁹.

Or les licences d'importation prévues par les AME correspondent davantage aux licences non automatiques. Ces licences ne doivent pas imposer des restrictions ou distorsions s'ajoutant à celles que causera l'introduction de la restriction, et doivent correspondre, quant à leur champ d'application et à leur durée, à la mesure qu'elles servent à mettre en œuvre (article 3.2). Cette obligation peut être mise en parallèle avec celle prévue à l'article VIII du GATT relatif aux redevances et formalités se rapportant à l'importation et à l'exportation, aux termes de laquelle les membres sont soumis à une obligation générale de « *réduire au minimum les effets*

¹⁹ OMC - Licences d'importation - Renseignements techniques.



et la complexité des formalités d'importation et d'exportation et de réduire et de simplifier les exigences en matière de documents requis à l'importation et l'exportation ».

L'exigence d'une licence ne doit donc ni constituer une distorsion au commerce ni demander l'accomplissement de formalités trop lourdes, mais plutôt exiger les informations strictement nécessaires à l'examen de la demande d'importation.

- L'article III §3 de la **CITES** dispose que le permis d'importation sera obtenu si :
 - « a) une autorité scientifique de l'Etat d'importation a émis l'avis que les objectifs de l'importation ne nuisent pas à la survie de ladite espèce ;
 - b) une autorité scientifique de l'Etat d'importation a la preuve que, dans le cas d'un spécimen vivant, le destinataire a les installations adéquates pour le conserver et le traiter avec soin ;
 - c) un organe de gestion de l'Etat a la preuve que le spécimen ne sera pas utilisé à des fins principalement commerciales ».

Il reviendra à l'ORD, en cas de litige, d'apprécier la nécessité et la proportionnalité de cette exigence.

Aucune discrimination ne doit être faite entre les requérants. C'est à ce titre que les licences d'importation imposées par la CITES aux seules espèces inscrites à l'annexe I et non aux autres, pourraient être considérées comme discriminatoires.

- La distinction faite par le **protocole de Montréal** entre différentes substances pourrait être considérées discriminatoires si ces substances n'étaient produites que par certains pays, qui seraient donc les seuls à devoir obtenir une licence pour importer. Par exemple, certains pays incorporent dans leurs produits comme des réfrigérateurs, des substances réglementées par le protocole et soumis à l'obtention d'une licence, alors que d'autres pays fabriquent leurs réfrigérateurs sans ces substances.
- Les procédures de « *consentement préalable donné en connaissance de cause* » prévues par les **conventions de Rotterdam, de Stockholm**, par la **convention de Bâle** et par le **protocole de Carthagène**, pourraient peut-être également être considérées comme des licences d'importation et d'exportation et donc être soumises à cet accord.

2.3.5. L'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et le principe de précaution

L'Accord SPS a un double objectif, à savoir :

- reconnaître le droit souverain des Membres d'assurer le niveau de protection sanitaire qu'ils considèrent approprié ;
- faire en sorte que les mesures SPS ne représentent pas des restrictions inutiles, arbitraires, scientifiquement injustifiables ou déguisées au commerce international.

L'Accord SPS permet aux pays d'établir leurs propres normes concernant l'innocuité des produits alimentaires, la santé des animaux et la préservation des végétaux. Cependant, il exige en même temps que ces règlements soient fondés sur des principes scientifiques, qu'ils ne soient appliqués que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et qu'ils n'établissent



pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où existent des conditions identiques ou similaires.

Pour réaliser son objectif, l'Accord SPS encourage ses Membres à utiliser les normes, directives ou recommandations internationales, dans les cas où il en existe. Ils peuvent adopter des mesures SPS qui entraînent un niveau de protection sanitaire plus élevé — ou des mesures concernant des questions de santé pour lesquelles il n'existe pas de norme internationale — à condition qu'elles soient scientifiquement justifiées:

« Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes ». (préambule et article 2.2).

Les membres peuvent établir des normes plus élevées sur la base d'une évaluation appropriée des risques sous réserve que l'approche suivie soit cohérente et non arbitraire.

Aux termes de l'accord, les pays peuvent appliquer des normes et des méthodes différentes d'inspection des produits. Le pays importateur doit accepter ces normes et méthodes du pays exportateur à condition que ce dernier puisse démontrer que les mesures qu'il applique pour ses exportations assurent le même niveau de protection sanitaire que dans le pays importateur.

L'accord impose aux Membres de notifier préalablement à l'adoption de toute mesure, les réglementations sanitaires et phytosanitaires nouvelles ou modifiées et d'établir un point d'information national.

L'application de cet accord risque de poser des difficultés dans la mesure où il s'articule mal avec le principe de précaution tel que prévu par certains AME, sur la base duquel ils justifient leurs mesures commerciales, comme le protocole de Carthagène.

Le cas du principe de précaution

Il n'existe pas de définition homogène du principe de précaution. Cependant, la définition la plus fréquemment retenue est celle donnée par le principe 15 de la déclaration de Rio : *« Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. »*

Ce principe n'est pas reconnu en tant que tel par l'OMC, il n'est mentionné nulle part dans l'accord général. Il existe une divergence d'approche entre le principe et l'accord SPS. En effet, d'un côté le principe de précaution permet de prendre des mesures de protection en cas d'incertitude scientifique, alors que de l'autre, l'accord SPS ne prévoit la possibilité pour les Etats d'adopter des mesures de protection, donc restrictives au commerce, que s'ils apportent suffisamment de preuves scientifiques à l'appui (cf. préambule et article 2.2).

L'accord SPS prévoit toutefois une possibilité, à son article 5§7, d'adopter des mesures sanitaires alors même que les *« preuves scientifiques sont insuffisantes »* mais à condition que la mesure soit provisoire et que les Etats obtiennent *« les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque »*. De plus, ils devront

« dans un délai raisonnable » réexaminer la mesure. L'accord prévoit donc la possibilité d'interdire l'importation ou l'exportation d'un produit qui pourrait causer un dommage sanitaire mais en imposant des conditions relatives aux preuves scientifiques ainsi qu'au délai pendant lequel la mesure pourra être maintenue. Au-delà de ce « *délai raisonnable* », des preuves scientifiques seront nécessaires. Or, le principe de précaution n'impose aucun délai.

Le critère de proportionnalité exigé par l'accord SPS pose également un problème de compatibilité avec le principe de précaution. En effet, la mesure adoptée afin de protéger la santé ou l'environnement ne doit pas être plus restrictive au commerce que nécessaire²⁰. Or le principe de précaution s'applique lorsque le risque est incertain, dès lors la proportionnalité de la mesure restrictive ne sera pas envisagée de la même manière sous l'angle de l'accord SPS que sous celui du principe. La proportionnalité de la mesure de précaution pourra être plus facilement contestée. L'accord SPS adopte donc une approche beaucoup plus restrictive que le principe de précaution.

Les groupes spéciaux et l'organe d'appel ont refusé de considérer le principe comme un principe d'interprétation de l'accord du GATT et lui ont refusé tout caractère coutumier ou autonome. Pour ce faire, l'organe d'appel estime que ce principe « *n'a pas fait l'objet d'une formulation faisant autorité* »²¹.

Trois affaires concernant l'accord SPS ont été portées devant l'OMC, celle des *Saumons australiens*, celle des *hormones* et celle des *produits agricoles japonais*. Dans les deux dernières était également invoqué le principe de précaution. Ces trois affaires posent un problème juridique commun : les Etats peuvent-ils en vertu de l'accord SPS prendre des mesures de protection sur le fondement d'un risque potentiel et à quelles conditions?²²

Dans l'affaire des *Hormones*, les communautés européennes (CE) avaient interdit l'importation des viandes et de produits carnés provenant d'animaux auxquels des substances ayant un effet hormonal ou thyroïdostatique avaient été administrées. Les CE ont invoqué le principe de précaution. L'organe d'appel conclut que le principe ne saurait prévaloir sur les articles 5.1 et 5.2 de l'accord SPS. Le groupe spécial ainsi que l'organe d'appel ont donc condamné les CE en considérant que les CE avaient manqué à l'obligation de procéder à une évaluation des risques au sens de l'article 5.1 et 5.2 de l'accord et qu'il n'existait pas de relation logique entre la mesure et les preuves scientifiques présentées.

Cependant, l'organe d'appel a adopté une interprétation plus souple de la notion de la preuve scientifique en affirmant que tous les risques devaient être pris en compte et pas seulement « *le risque vérifiable dans un laboratoire* » mais aussi « *les risques négatifs sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent* ». L'organe d'appel a de plus estimé que l'évaluation des risques ne devait pas se référer à une « *conclusion monolithique avec un point de vue scientifique prépondérant qui représente le courant principal de l'avis scientifique* » et qu'au contraire des « *gouvernements responsables et représentatifs peuvent agir en toute bonne foi à la lumière d'un point de vue scientifique divergent émanant d'experts scientifiques qualifiés et respectés* ».

Le rapport de l'organe d'appel dans l'affaire des *saumons australiens* confirme celui de l'affaire des hormones. L'organe d'appel réaffirme la nécessité de procéder à une évaluation des risques et confirme par ailleurs que « *le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des*

²⁰ Accord SPS, article 2.2 et 5.6.

²¹ Communautés Européennes – Mesures communautaires concernant la viande et les produits carnés, Rapport de l'organe d'appel adopté le 16 janvier 1998, §125.

²² Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement, Ibid, p.59.



risques doit être un risque vérifiable ; l'incertitude théorique n'est pas le genre de risque qui doit être évalué »²³.

Dans l'affaire des *produits agricoles japonais*, l'organe d'appel confirme que l'exigence de preuve suffisante (article 2.2.) doit être interprétée strictement et lue à la lumière de l'article 5.1. Selon l'organe d'appel, l'exigence d'une relation « *suffisante et adéquate* » entre la mesure SPS et les preuves scientifiques déjà mise en évidence dans l'affaire Hormones doit s'entendre comme « *un lien rationnel et objectif* » entre ces deux éléments.

Aucune mesure adoptée par un Etat au nom du principe de précaution n'a encore jamais été considérée comme justifiée au regard de l'accord SPS.

- La **CITES** ne prévoit pas expressément le principe de précaution. Cela dit, si le principe n'est pas mentionné en tant que tel, il est sous-entendu dans les dispositions de la convention, par exemple à l'article IV.3 : « *pour chaque Partie, une autorité scientifique surveillera de façon continue la délivrance par ladite Partie des permis d'exportation pour les spécimens d'espèces inscrites à l'Annexe II, ainsi que les exportations réelles de ces spécimens. Lorsqu'une autorité scientifique constate que l'exportation de spécimens d'une de ces espèces devrait être limitée pour la conserver dans toute son aire de distribution, à un niveau qui soit à la fois conforme à son rôle dans les écosystèmes où elle est présente, et nettement supérieur à celui qui entraînerait l'inscription de cette espèce à l'Annexe I, elle informe l'organe de gestion compétent des mesures appropriées qui doivent être prises pour limiter la délivrance de permis d'exportation pour le commerce des spécimens de ladite espèce* ».

Il figure également dans certaines résolutions CITES, notamment dans la résolution de la conférence des parties 9.24 relative aux critères d'inscription d'espèces aux annexes I et II de la convention, qui dispose dans son préambule que les parties reconnaissent « *l'importance de l'application du principe 15 de la Déclaration de Rio, Principe de précaution, en cas d'incertitude* ».

- Le **protocole de Carthagène** avance que « *l'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un OVM* », conformément au principe de précaution, peut suffire pour réglementer ou interdire une importation, s'il existe des craintes sur les effets de l'OVM dont l'importation est demandée (article 10). L'évaluation des risques est effectuée selon des méthodes éprouvées, conformément à l'annexe III. En outre, l'article 11 concernant les OVM destinés à être utilisés directement pour l'alimentation humaine ou animale, ou à être transformés prévoit à son alinéa 4 que toute partie peut prendre dans le cadre de sa réglementation nationale, une décision concernant l'importation d'un OVM sous réserve que cette décision soit conforme à l'objectif du protocole. Cette mesure est susceptible de constituer une interdiction ou une restriction au commerce.

²³ Australie – Mesures visant les importations de saumons, Rapport de l'organe d'appel du 20 octobre 1998 WT/DS18/AB/R, § 125.



L'accord S.P.S. qui requiert que les mesures commerciales liées à la santé ou à l'environnement ne soient « *pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis* » et qu'elles reposent sur des « *principes scientifiques solides* » restreint la capacité des Etats à avoir recours au principe de précaution. Les Etats ne peuvent ainsi pas réduire ou interdire les importations d'O.V.M. afin de protéger la santé ou la diversité biologique en l'absence de certitudes scientifiques quant à leurs effets négatifs potentiels²⁴.

- Le préambule de la **convention POP** indique également que la convention est basée sur le principe de précaution.
- L'article 4 (g) de la **convention de Bâle** prévoit que chaque partie peut empêcher les importations de déchets dangereux et autres si elle a des raisons de croire que les déchets en question ne seront pas gérés selon des méthodes écologiquement rationnelles. Ce principe donne le droit à une partie de mettre en œuvre des réglementations sans l'obligation d'une preuve scientifique. Cela renvoie aux principes du traitement national et de l'interdiction des restrictions quantitatives. Or, en vertu des règles de l'OMC, en ce qui concerne des « *déchets similaires* » le gouvernement d'un pays ne pourra pas adopter des positions différentes selon les pays avec lesquels il traite. En second lieu, si un déchet est produit et déjà traité dans le pays, le gouvernement pourra difficilement interdire l'entrée d'un produit similaire en invoquant le principe de précaution.

En outre, le critère de « *méthodes écologiquement rationnelles* » ouvre la voie à des conflits car nulle norme n'est actuellement reconnue à l'OMC concernant les produits dangereux.

Selon WWF, La solution pourrait se trouver à l'article 3.2 de l'accord SPS qui établit une présomption de validité des mesures prises conformément aux normes internationales²⁵. Cet article dispose que « *les mesures sanitaires ou phytosanitaires qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes du présent accord et du GATT de 1994* ». WWF affirme que puisque la CBD examine et étudie la manière de traiter les espèces invasives, le comité des mesures sanitaires et phytosanitaires de l'OMC pourrait s'y référer en tant qu'autorité la plus spécialisée pour connaître du problème. De la même manière, le comité devrait également reconnaître que le protocole de Carthagène contient les standards internationaux pertinents sur lesquelles les mesures pourraient se fonder concernant les mouvements transfrontières des OVM et ainsi bénéficier de la présomption de validité.²⁶

²⁴ M. Bentaja, « Les mesures commerciales des accords environnementaux et celles de l'OMC », *Passerelles*, p.13.

²⁵ WWF, *Towards Coherent Environmental and Economic Governance*, CIEL, p.23

²⁶ WWF, *Ibid*, p.23.



2.3.6. L'accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC.)

Présentation de l'accord OTC

L'accord OTC impose les critères à appliquer lors de l'adoption de règlements techniques et de normes techniques. La principale différence entre les deux tient au caractère obligatoire des règlements et volontaires des normes :

- Le règlement technique constitue un « *document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés* » (annexe 1§1 de l'accord).
- La norme constitue un "*document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire*" (annexe 1§2).

L'objectif de l'accord est d'éviter que « *l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international* » (article 2.2). Cependant, l'accord reconnaît qu'un pays a le droit d'adopter des « *mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement* » (article 2.2). Afin d'évaluer les risques encourus en l'absence de règlement technique, « *les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits* » (article 2.2).

En vertu de l'article 2.5 les mesures nationales seront présumées ne pas créer d'obstacles non-nécessaires au commerce lorsqu'elles seront conformes à des normes, recommandations ou directives internationales. Lorsque la matière est harmonisée au niveau international, les Etats devront donc se conformer à la norme internationale. Les Etats ne peuvent adopter des réglementations garantissant un niveau de protection plus élevé uniquement lorsque les standards internationaux s'avèrent "*inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison des facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux*" (article 2.4).

Les Etats ont l'obligation de notifier les mesures adoptées, lorsqu'il n'existe pas de normes internationales pertinentes « *ou que la teneur d'un règlement technique projeté ne sera pas conforme à celles des normes internationales pertinentes, et si le règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres membres* » (article 2.9).

L'accord OTC se fonde sur le principe de non-discrimination et le principe de la nation la plus favorisée (article 2.1). D'une part, tout règlement technique doit se pratiquer sans discrimination, les produits importés doivent être traités de la même manière que les produits

nationaux. D'autre part, les produits similaires doivent être traités de la même manière quelle que soit leur origine.

Les procédures d'évaluation de la conformité des produits avec les normes nationales doivent être justes et équitables. A cette fin, les membres acceptent de reconnaître que les règlements techniques différents des leurs comme équivalents « à condition d'avoir la certitude que ces règlements remplissent de manière adéquate les objectifs de leurs propres règlements » (article 2.7).

Comme dans l'accord SPS, l'article 2.5 de l'accord OTC prévoit que :

« Chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable - ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce internationale ».

Les objectifs du paragraphe 2 sont notamment la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement.

Il ressort de ces articles qu'une mesure prise sur le fondement d'un AME, si les AME étaient considérés comme des « normes internationales » pertinentes en la matière, serait présumée nécessaire dans le cadre de l'accord SPS ou comme ne constituant pas un obstacle non-nécessaire au commerce dans le cadre de l'accord OTC et serait donc présumée compatible avec les règles de l'OMC. Cela reviendrait à un renversement de la charge de la preuve. Il reviendrait donc à la partie contestant la mesure de prouver la non-conformité de la mesure à l'accord SPS ou à l'accord OTC.

Problématique relative aux Procédés et Moyens de Production (PMP)

L'accord OTC couvre les procédés et méthodes de production liés aux caractéristiques du produit lui-même. Cependant, la manière dont cet accord peut être appliqué aux mesures restrictives au commerce se fondant sur les procédés et méthodes de production d'un produit n'est pas encore fixée. Cette question engendre d'importants désaccords entre les Membres et représente donc une source de conflits importante. La réponse à cette question sera davantage de nature politique que juridique.

Les membres de l'OMC conviennent que les pays ont le droit, dans le cadre des règles de l'OMC, de définir des critères quant à la façon dont les produits sont fabriqués, si les processus de production laissent une trace dans le produit final (par exemple, l'utilisation de pesticides dans la culture du coton, lorsqu'il reste des traces de pesticides dans le coton lui-même). Cependant, ils sont en désaccord au sujet de la compatibilité avec l'OMC de mesures basées sur ce que l'on appelle les « PMP non incorporés », c'est-à-dire des PMP qui ne laissent pas de trace dans le produit final (par exemple, l'utilisation de pesticides dans la culture du coton, lorsqu'il ne reste aucune trace de pesticide dans le coton)²⁷ ou encore par exemple, des éco-labels qui prennent en compte les impacts de la production d'un produit sur l'environnement.

²⁷ OMC, Le commerce et l'environnement, Prescriptions en matière d'étiquetage à des fins environnementales.



Ainsi, les règlements qui imposent l'utilisation des matériaux recyclés dans la fabrication d'un produit ou de son emballage régulent un impact environnemental qui se produit lors de la production du bien. Dans ce cas, si la règle est imposée par un Etat à des producteurs étrangers, elle peut être considérée comme ayant un effet extra-territorial²⁸. En d'autres termes, si les impacts environnementaux ont lieu au moment de la consommation et de l'élimination du produit, les mesures sont considérées comme « *relatives au produit* » et susceptibles d'être compatibles avec l'accord OTC. Si elles interviennent exclusivement pendant l'étape de production, elles ne sont pas relatives au produit, mais aux procédés et méthodes de production de ce produit, et ne sont donc pas permises. Or, certains AME imposent de prendre en considération les PMP « *non incorporés* ».

- Les parties au **protocole de Montréal** envisagent d'examiner la faisabilité d'interdire ou de restreindre l'importation en provenance de non-parties de produits fabriqués avec des substances interdites par le protocole mais n'en contenant pas²⁹. Cette prescription PMP interdirait l'utilisation des hydrocarbures chlorofluorés (CFC) dans les processus de fabrication de produits.
- La **convention de Bâle** interdit les exportations de certains déchets à moins que ces déchets soient traités dans le pays d'importation de manière écologiquement rationnelle.
- La **CITES** distingue les espèces élevées à l'état sauvage de celles reproduites artificiellement.

Ainsi, A. Chetaille souligne qu'en vertu de ces règles, un pays ne peut pas, dans le cadre du Protocole de Kyoto, faire de différences entre des produits transformés avec des énergies renouvelables et ceux ayant été fabriqués avec des énergies fossiles³⁰.

Cependant, la jurisprudence de l'ORD sur les PMP et les produits similaires semble évoluer. Dans les affaires Thon I et II³¹, le panel a considéré que l'article III du GATT n'autorisait pas à comparer « *les politiques ou les pratiques* » du pays d'origine avec celles du pays importateur. Un Etat ne peut pas soumettre le produit importé qu'il considère avoir été produit à partir de procédés non écologiques, à une réglementation intérieure relative aux procédés et méthodes de production et cela même si cette réglementation est appliquée aux produits nationaux. Ainsi, lorsque deux produits sont similaires, le fait de comparer leurs méthodes de production est considéré comme discriminatoire selon les règles du GATT.

La position de l'organe d'appel dans l'affaire de la crevette semble avoir évolué vers une possibilité de prise en compte des PMP dans les mesures visant les importations et ayant un but environnemental. Il a considéré que les techniques et méthodes utilisées dans la pêche des crevettes étaient préjudiciables aux tortues marines et de ce fait habilitait les Etats-Unis à prendre des mesures de sauvegarde au titre de l'article XX (g) du GATT. Les PMP concernés

²⁸ M-L. Lambert-Habib, Droit de l'OMC (...), Ibid., p.271.

²⁹ G. Wiser and M. Orellana, "Specific trade obligations in the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants", www.ictsd.org, juillet-août 2004, n°7, p.9-10.

³⁰ A. Chetaille, « AME et OMC : Peut-on sortir de l'impasse ? », *Passerelles*, p.4.

³¹ Etats-Unis -Restrictions à l'importation de Thon, rapport (non adopté) du 3 septembre 1991 ; Etats-Unis - Restrictions à l'importation de Thon, rapport (non adopté) du 16 juin 1994. Voir également : Etats-Unis -Interdiction des importations de thon et de produits en provenance du Canada, rapport du groupe spécial adopté le 22 février 1982 ; Etats-Unis - Taxes sur les automobiles, rapport (non adopté) du 11 octobre 1994; Etats-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt, rapport du groupe spécial adopté le 19 juin 1992 ; Etats-Unis - Essence formule nouvelle, rapport de l'organe d'appel adopté le 30 juin 1997 ; Indonésie-Certaines mesures affectant l'industrie automobile, rapport adopté le 2 juillet 1998.



étaient « *non incorporés* » puisqu'il s'agissait de la méthode de pêche utilisée par les Etats. Des mesures basées sur les PMP à condition qu'elles remplissent les conditions de l'article XX pourraient dès lors être permises³². La mesure américaine a cependant été condamnée non en raison de la prise en compte des procédés de pêche mais en raison de son caractère discriminatoire.

De la même manière, dans l'affaire de l'amiante, l'organe d'appel a fourni des informations sur les conditions d'application de l'article III.4 et a également élargi la notion de « *produits similaires* ».

a) Possibilité d'adopter des prescriptions PMP liées aux caractéristiques finales du produit

L'accord OTC reprend le principe du traitement national. Une discrimination de facto peut exister dès lors que les producteurs étrangers n'ont pas les capacités financières ou matérielles de remplir les critères posés par les règlements ou normes techniques. Par exemple, l'interdiction de l'utilisation de telle substance toxique ou dangereuse, lorsque des produits de substitution ne sont pas disponibles sur le territoire de certains Etats exportateurs peut constituer une discrimination. Le fait d'imposer l'utilisation d'un pourcentage minimum de produits recyclés dans la fabrication d'un produit alors qu'il n'existe pas dans un pays exportateur de déchets de cette catégorie, rendra impossible pour ce pays le respect de cette mesure.³³

La question de la non-discrimination renvoie à la controverse sur la définition des « *produits similaires* ». L'ORD a dégagé quatre critères permettant de déterminer la similarité entre différents produits³⁴. Dans l'affaire de l'amiante l'organe d'appel a étendu la définition de la notion de « *similarité* » en prenant en compte la notion de « *dangerosité* » pour la santé du produit et les caractéristiques physiques de l'amiante. Selon le rapport de l'organe d'appel, la notion de "*réglementation technique*" a pour objet de prescrire ou d'interdire une ou plusieurs caractéristiques pour un produit. Or, les caractéristiques physiques du produit peuvent être rapprochées des PMP.

En outre, l'organe d'appel estime que l'examen de la similarité des produits peut se fonder sur « *tous les éléments de preuve pertinents* ». L'organe d'appel a certes étendu la définition précédente de la similarité. Certains commentateurs en ont conclu que les mesures prenant en compte les PMP étaient permises. Néanmoins, dans cette affaire l'organe d'appel prend en compte les caractéristiques du produit mais n'a pas eu à se prononcer sur des PMP « *non incorporés* », laissant ainsi le doute sur le sort réservé aux mesures se basant sur de tels PMP.

³² M. Joshi, "Are eco-labels consistent with WTO agreements?", *Journal of World Trade*, vol.38, n°1, février 2004, p.79 ; WWF, *Ibid*, note 11, p.23.

³³ Droit de l'OMC (...), *Ibid.*, p.270.

³⁴ Critères tirés du rapport du groupe spécial sur les ajustements fiscaux à la frontière :

- 1) propriétés, nature et qualité des produits ;
- 2) utilisations finales des produits ;
- 3) goûts et habitudes des consommateurs ;
- 4) classement tarifaire des produits.

- La **CITES** prévoit un traitement différent pour les animaux et les végétaux prélevés à l'état sauvage et ceux élevés en captivité, produits par l'élevage extensif ou reproduits artificiellement³⁵. En effet, les produits reproduits artificiellement ne sont pas soumis aux exigences de la convention à condition de satisfaire certains critères. La question de savoir si ces animaux et végétaux sont « *similaires* », peut être pertinente dans toute situation où un pays applique des restrictions aux importations aux premiers tout en autorisant celles des seconds en provenance d'autres fournisseurs. Cette mesure serait susceptible d'être contraire au principe du traitement national dans la mesure où il traiterait différemment des animaux ou végétaux nationaux et importés en se basant sur leur moyen de production à savoir leur mode d'élevage.

L'autre principe de l'accord OTC est l'interdiction de créer des obstacles non nécessaires au commerce. Ce principe s'applique aux procédures d'évaluation de la conformité des produits. Par exemple, les procédures ne doivent pas être plus strictes ou plus longues qu'il n'est nécessaire pour vérifier qu'un produit satisfait aux règlements intérieurs du pays importateur. Les demandes de renseignements ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire, l'accès aux installations utilisées pour les procédures d'évaluation de la conformité doit être facilité (articles 5.2.3 et 5.2.6). La mesure constituant un règlement technique au sens de l'accord sera considéré comme non conforme avec l'accord si un Etat la contestant démontre qu'une autre mesure moins restrictive au commerce et réalisant le même objectif aurait pu être adoptée.

- Le **protocole de Carthagène** (article 11) prévoit par exemple, la possibilité pour les PED partie au protocole de déclarer que leur décision préalable à la première importation d'un OVM destiné à être utilisé directement pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformé « *sera prise à l'issue d'une évaluation des risques (...) et dans un délai prévisible ne dépassant pas deux cent soixante-dix jours* ». Le protocole de Carthagène impose également à chaque partie de veiller à ce que tout OVM importé ait été soumis à une période d'observation appropriée correspondant à son cycle de vie ou à son temps de formation avant d'être utilisé comme prévu (article 16).

Il existe également une divergence d'approche entre l'accord et le principe de précaution qui pourrait être à la base de conflits puisque l'article 2.2 de l'accord prévoit que les éléments pertinents à prendre en considération lors de l'adoption de règlements techniques sont « *les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues par les produits* ». Les mesures doivent donc reposer sur des preuves scientifiques et être conformes aux standards internationaux en la matière.

b) Le cas particulier des mesures d'étiquetage

Les mesures d'étiquetage sont également visées par l'accord OTC.

³⁵ Voir les annexes I, II et III de la convention, note de bas de page n°8.

En dépit du fait que l'éco-étiquetage n'a jamais été l'objet d'un conflit à l'OMC³⁶, il peut être perçu par certains Etats comme créant des barrières au commerce. Les éco-labels sont des labels ou cachets placés sur des produits et indiquant qu'ils ont été fabriqués selon une norme environnementale PMP particulière ; pour les producteurs étrangers, ils jouent le rôle d'une restriction commerciale. Les éco-labels volontaires peuvent aussi indiquer la conformité avec certaines normes PMP, mais les importations de produits non conformes ne sont pas expressément limitées. C'est le fabricant qui choisit de demander la certification de son produit dans le cadre d'un programme d'éco-labels volontaires.³⁷

Le CCE de l'OMC adopte une position favorable à l'éco-labelling, la majorité des membres sont convenus que :

« Les programmes d'étiquetage facultatifs, participatifs, conformes aux lois du marché et transparents pouvaient être des instruments économiques efficaces pour renseigner les consommateurs sur les produits respectueux de l'environnement. En tant que tels, ils pouvaient inciter à adopter des modes de consommation plus durables. D'ailleurs, ils tendaient, de manière générale, à être moins restrictifs pour le commerce que d'autres instruments. Il a toutefois été noté que les prescriptions en matière d'étiquetage pouvaient ouvrir la porte à des abus protectionnistes. Aussi fallait-il s'assurer qu'elles ne soient pas discriminatoires et qu'elles ne finissent pas par constituer des obstacles inutiles ou des restrictions déguisées au commerce international »³⁸.

Toutefois, il existe un désaccord entre certains Etats. En effet, les Etats-Unis, le Canada, le Brésil, la Suisse et le Nigeria estiment que les règles de l'accord sur la transparence et la notification devraient s'appliquer aux normes obligatoires ainsi qu'aux volontaires. En revanche, l'UE et l'ASEAN estiment que les normes volontaires n'entrent pas dans le champ de l'accord et qu'il faudrait mettre en place un code de bonne conduite concernant ces mesures³⁹. Selon la définition donnée à l'annexe I §2, la norme est un document devant être « approuvé par un organisme reconnu ». Cette question demeure controversée dans la mesure où l'on s'interroge sur la portée des termes "organismes reconnu"⁴⁰, qui pourraient couvrir tant les organismes étatiques (labels de droit CE) que des personnes privées (par exemple, les labels WWF-Unileer sur les poissons)⁴¹.

Le panel dans le cadre de l'affaire du thon a établi que la mesure adoptée par les Etats-Unis permettant l'apposition du label « *dolphin safe* » (inoffensif pour les dauphins) sur des produits à base de thon, ne violait pas les dispositions du GATT. Le panel s'est basé sur le fait que la mesure d'étiquetage était volontaire dans la mesure où les produits du thon pouvaient être librement vendus avec et sans le label « *dolphin safe* » et ne restreignait pas la vente des produits du thon et ne constituait donc pas une restriction à l'importation. Ainsi, le rapport établit que la labellisation basée sur des PMP non connexes est autorisée par le GATT, tant que la labellisation est volontaire, parce qu'elle ne restreint pas le commerce. Le droit d'utiliser le label n'était pas considéré comme un avantage accordé par le gouvernement, l'avantage serait uniquement la conséquence du libre choix des consommateurs. Cependant, les critères pour la

³⁶ Le seul différend portant sur l'éco-labelling date de la période pré-OMC. Etats-Unis - Restrictions of imports of Tuna, DS29/R, 16 juin 1994. Le panel considéra que l'étiquetage volontaire « *dolphin-safe* » ne violait pas les dispositions du GATT.

³⁷ OCDE, Procédés et méthodes de production : cadre conceptuel et étude de l'utilisation des mesures commerciales fondées sur les PMP, OCDE/GD(97)137.

³⁸ CCE, Rapport à la 5^e session de la conférence ministérielle de l'OMC, WT/CTE/8, 11 juillet 2003, §30.

³⁹ Doc. WT/CTE/W/10.

⁴⁰ Selon la définition donnée à l'annexe I §2, la norme est un document devant être « *approuvé par un organisme reconnu* ».

⁴¹ N. de Sadeleer et C-H Born, Droit International et Communautaire de la Biodiversité, éd. Dalloz, p.383.



certification et la labellisation doivent être appliqués de manière non discriminatoire à tous les demandeurs.

Il est possible de déduire de cette décision qu'une mesure imposant un étiquetage, telle que prévu par le protocole de Carthagène pour les produits contenant des OVM, pourrait être considérée comme une restriction au commerce puisque le produit ne pourrait être vendu qu'à condition de respecter l'étiquetage.

En effet, certains auteurs argumentent qu'une mesure d'étiquetage obligatoire est susceptible de constituer une restriction quantitative au sens de l'article XI du GATT et cela même si la mesure impose un étiquetage d'information et n'impose pas au produit qu'il soit conforme à certaines particularités techniques.⁴² Le terme « *restrictions* » utilisé dans l'article XI peut être interprété comme étant suffisamment large pour englober un éventail de mesures qui résultent dans l'établissement d'obstacles au libre échange comme les mesures d'étiquetage.

- La résolution 12.7 de la conférence des parties de la **CITES**, relative à la conservation et au commerce des esturgeons et des polyodons, recommande que les parties « *qui sont des pays d'importation n'acceptent que des chargements de caviar qui respectent* » certaines mesures d'étiquetage précisées à l'annexe II de la convention.

Le **protocole de Carthagène** prévoit des mesures d'étiquetage à son article 18 : chaque partie prend des mesures pour exiger que la documentation accompagnant les OVM destinés à être directement utilisés pour l'alimentation humaine ou animale, indique clairement qu'ils peuvent contenir des OVM. Pour les OVM destinés à être utilisés en milieu confiné, la documentation indique qu'il s'agit d'OVM, spécifie les règles de sécurité à observer lors de leur manipulation, de l'entreposage, du transport et lors de l'utilisation de ces organismes. Concernant les OVM destinés à être intentionnellement introduits dans l'environnement, leur identité, leurs traits et leurs caractéristiques pertinentes doivent être indiqués. Ces mesures étant obligatoires, relèvent donc de l'accord OTC à condition de considérer que la mesure prenant en considération la présence d'OVM dans l'alimentation par exemple, se base sur des PMP connexes et pas « *non incorporés* ». C'est-à-dire à condition de considérer que la présence d'OVM dans l'alimentation a un impact sur le produit final.

Ces mesures d'étiquetage seraient susceptibles de violer le principe de la nation la plus favorisée et le principe de non-discrimination si les produits à base d'OVM étaient considérés comme « *similaires* » à ceux n'en contenant pas. Dès lors que l'on considère que les produits contenant des OVM sont similaires à ceux n'en contenant pas, le principe de non-discrimination interdit d'imposer des mesures d'étiquetage uniquement aux produits à base d'OVM. L'étiquetage des produits contenant des OVM imposé par le protocole de Carthagène serait donc incompatible avec cette règle.

Une mesure d'étiquetage serait contraire à l'article I du GATT de manière directe, si elle n'était pas applicable de la même façon à tous les Etats. Mais la discrimination serait également possible de facto ou de manière déguisée, sans viser un pays directement mais plutôt une catégorie de produits spécifique. Par exemple, en n'imposant un étiquetage qu'aux produits contenant des OGM sachant qu'uniquement certains pays en produisent.

⁴² "Eco-Labeling standards, green procurement and the WTO : Significance for world bank borrowers", *CIEL*, mars 2005, p.6; R. J. Zedalis, "Labeling of genetically modified foods, the limits of GATT rules", *Journal of world trade*, vol. 35, n°2, avril 2001, p.326.



Ces mesures pour être incompatibles avec le principe de non-discrimination devraient affecter « *la vente, la mise en vente, l'achat (...) l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur* » en favorisant les produits nationaux⁴³. Cela serait le cas dans l'hypothèse où les producteurs nationaux ne produiraient pas d'OGM. Ainsi, l'étiquetage pourrait avoir des conséquences disproportionnées sur les ventes de produits importés. Cela serait également le cas dans la mesure où il existerait une réticence de la part des consommateurs à l'égard des OGM. L'étiquetage révélant la présence d'OGM pourrait inciter les consommateurs à acheter des produits n'en contenant pas⁴⁴.

Ainsi, cette mesure en apparence neutre quant à l'origine des produits pourrait en réalité viser indirectement certains pays plus que d'autres. L'organe d'appel a déjà eu à traiter de ce genre de différend. Dans l'affaire Corée - Taxes sur les boissons alcooliques,⁴⁵ une taxe interne était imposée sur les boissons alcoolisées, neutre quant à l'origine des produits mais résultant dans la taxation plus importante des produits importés. Le taux de la taxe dépendait de la composition des alcools et favorisait l'alcool coréen. Le panel ainsi que l'organe d'appel ont considéré que la mesure violait l'article III du GATT.

Les mesures d'étiquetage sont également au centre du désaccord opposant les Etats Membres de l'OMC sur la position à avoir concernant les PMP. Les programmes d'étiquetage suivent différentes approches. Certains se fondent sur un critère unique comme la teneur du produit. D'autres reposent sur l'analyse du cycle de vie, c'est-à-dire qu'ils tiennent compte des effets du produit sur l'environnement tout au long du processus de production jusqu'à son élimination finale (de l'acquisition de la matière première jusqu'à la production, l'utilisation et l'élimination). Autrement dit, une mesure d'étiquetage peut exiger de révéler des informations sur les PMP « *non incorporés* ». Or, certains pays, largement les PED mais aussi le Comité sur le Commerce et l'Environnement affirment que « *l'analyse du cycle de vie n'est pas facile à réaliser. Les labels qui relèvent de cette approche se fondent souvent sur des critères qui ne se rapportent qu'à quelques aspects d'un processus de production ou d'un produit. Cela risque d'entraîner des restrictions injustifiées au commerce et en particulier d'aboutir à un protectionnisme déguisé* »⁴⁶. Ces pays avancent également, que l'éco-étiquetage permet aux pays importateurs d'imposer leurs préoccupations environnementales et d'influer sur les méthodes de production de leurs partenaires commerciaux et ainsi introduisent des discriminations à l'encontre des pays importateurs.

Il existe donc une véritable opposition entre la logique de l'OMC et celle des AME. Les AME se fondent véritablement sur la prise en compte des PMP et favorisent davantage la protection de l'environnement à tous les stades de la production. En revanche, l'OMC limite la possibilité des Etats d'encourager les procédés de production écologiques.

2.3.7. L'accord sur les droits de propriété intellectuels et commerciaux (ADPIC)

Les risques de conflits entre la **CBD** et l'OMC ne se situent pas sur le terrain des échanges commerciaux mais sur celui des droits de propriété intellectuelle couverts par l'Accord sur les Droits de Propriété Intellectuelle et Commerciaux (ADPIC), accord intégré dans

⁴³ Article III.4 du GATT.

⁴⁴ R. J. Zedalis, *Ibid*, *Journal of World Trade*, vol.35, avril 2001, n°2, p. 326.

⁴⁵ Corée – Taxes sur les boissons alcooliques WT/DS75/AB/R, 18 janvier 1999.

⁴⁶ Travaux du CCE sur la question des taxes et autres prescriptions environnementales, Programme de travail du CCE partie 3, p.2.



le droit de l'OMC. L'ADPIC et la CBD peuvent entrer en conflit au regard de trois principes : le principe de souveraineté, celui des responsabilités communes mais différenciées et celui du partage équitable.

Il existe trois positions au sein des Etats Membres de l'OMC. Le groupe d'Etats africain considère qu'il existe un conflit inhérent entre les deux instruments et que l'ADPIC doit être modifié. Leur principal argument est que la CBD établit la souveraineté d'un pays sur ses ressources biologiques tandis que l'ADPIC autorise la brevetabilité de ces ressources (article 27.3.3b). Ces pays ont proposé la modification de l'article 27 en interdisant la brevetabilité du vivant et qu'à défaut d'une telle modification devraient être exclues de la brevetabilité, les inventions fondées sur les connaissances traditionnelles ou autochtones et les produits et procédés essentiellement dérivés de telles connaissances⁴⁷.

Le groupe des Communautés Européennes, des Etats-Unis, du Japon et de la Norvège considère qu'il n'existe pas de conflit entre l'ADPIC et la CDB. Ils estiment que les deux accords ont des objets et des buts différents. L'octroi de brevets pour des inventions faisant appel à du matériel génétique n'empêche pas la conformité avec les dispositions de la CDB concernant le droit souverain des pays sur leurs ressources génétiques, le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages⁴⁸. En outre, la délégation américaine note qu'aucun exemple précis de conflit n'a été donné.

Le troisième groupe composé notamment du Brésil de la Chine et de l'Australie, adopte une position médiane selon laquelle il n'y a pas de conflit inhérent mais il y a un risque de conflit selon la façon dont les accords sont mis en œuvre et il faut une action internationale afin de mettre en œuvre les deux accords de manière complémentaire. Selon la Chine, plutôt que d'examiner s'il y a avait un risque de conflit, il était préférable d'examiner comment l'accord sur les ADPIC pouvait être mis en œuvre d'une manière qui appuie la CDB⁴⁹.

2.3.8. Les risques engendrés par la possibilité pour les parties d'adopter des « mesures plus strictes » que les dispositions des AME

De nombreux AME prévoient la possibilité que leurs parties adoptent, afin de poursuivre l'objectif visé par l'AME, "*des mesures plus sévères*" ou "*plus strictes*" que celles prévues par les accords. La possibilité pour les parties d'adopter des mesures non imposées par l'accord et plus sévères que celles permises par l'AME peut poser des difficultés. Cette faculté laisse une marge de manœuvre et d'appréciation importante aux parties. Or, plus les parties ont de discrétion dans le choix de la mesure plus le risque d'incompatibilité avec les règles de l'OMC est grand. La possibilité d'adopter des « *mesures plus strictes* » que celles prévues par les AME est donc un facteur de risque d'incompatibilité important.

L'appréciation laissée aux parties est lourde de conséquences puisque certains AME comme la CITES permettent d'adopter des mesures qui peuvent aller jusqu'à l'interdiction du commerce. Les Membres devraient avoir recours à cette possibilité de manière très prudente et de manière à ne pas créer de discrimination injustifiable, arbitraire ou de restrictions déguisées au commerce. Ces mesures qu'elles s'appliquent aux parties ou aux non-parties risquent d'entrer en conflit avec l'article I, III et XI du GATT.

⁴⁷ Note du secrétariat de l'OMC, Relation entre l'accord sur les ADPIC et la convention sur la diversité biologique, IP/C/W/368, 8 août 2002 ; Position de l'Inde, IP/C/M/25, §70.

⁴⁸ CE, IP/C/W/254, IP/C/M/30, §143.

⁴⁹ IP/C/M/35, §248.



Les parties peuvent en effet être en désaccord sur la question de savoir si une « *mesure nationale plus stricte* » qui restreint les échanges est justifiée. Dans cette hypothèse, un Etat partie qui se voit appliquer une de ces mesures pourrait être tenté de porter le différend devant l'OMC.

2.3.9. Les mesures adoptées à titre de sanction

Les mesures prise à titre de sanction par les organes conventionnels des AME dans le cadre d'une procédure de contrôle, voire de non-respect ont les mêmes implications que la possibilité pour les Etats parties de prendre des mesures plus strictes. En outre, de telles décisions risquent de susciter des conflits car leur portée juridique est généralement mal établie. Cependant, la différence entre les deux procédures réside dans l'origine multilatérale d'une mesure recommandée par un organe conventionnel. Il est pourtant possible d'imaginer un Etat partie à l'AME et objet de la sanction, porter plainte devant l'OMC en invoquant l'incompatibilité entre la sanction et les règles de l'OMC, la mesure pourrait constituer une discrimination injustifiable ou arbitraire ou une restriction déguisée au commerce. La décision de porter plainte devant l'OMC est non négligeable en raison du caractère obligatoire et contraignant de la procédure de règlement des différends et du poids économique des sanctions pouvant y être adoptées.

En outre, l'article 23 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC interdit les restrictions commerciales ou toute compensation accordée en dehors du cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. L'adoption de sanctions commerciales en application d'un AME pourraient donc être incompatibles avec le Mémoire.

- Les mesures visant à assurer le respect prévues à l'article VIII.1 de la **CITES** permettent aux parties d'adopter « *les mesures appropriées en vue de la mise en application des dispositions de la convention ainsi que pour interdire le commerce de spécimens en violation de ses dispositions. Ces mesures comprennent : a) des sanctions pénales frappant soit le commerce, soit la détention de tels spécimens, ou les deux ; b) la confiscation ou le renvoi à l'Etat d'exportation de tels spécimens* ».

Les dispositions des AME sont donc susceptibles d'être incompatibles avec un certain nombre de principes du GATT et ainsi d'engendrer des conflits. Ces conflits sont beaucoup plus probables entre les parties et les non parties.

2.3.10. Restrictions aux échanges avec les non parties

Certains AME afin d'inciter les Etats non-parties à le devenir, contiennent des dispositions restreignant les échanges avec ces derniers. Les échanges avec les non-parties sont purement et simplement interdits ou subordonnés à la mise en conformité des non-parties à l'AME concerné. Or, en vertu du principe de la relativité des traités, il est interdit d'appliquer un accord à un Etat ne l'ayant pas ratifié (cf. partie 2.1)

Un différend aura lieu lorsque l'Etat membre de l'AME applique une mesure en conformité avec l'AME mais violant une des dispositions du droit de l'OMC. Ainsi, l'Etat non-partie pourra porter le conflit devant l'OMC. Le risque de conflit est d'autant plus important que

la procédure de règlement des différends de l'OMC peut être activée unilatéralement par tout Etat membre de l'OMC, l'accord de l'autre Etat partie à l'AME n'est pas requis.

Un accord qui permet aux parties d'utiliser des mesures restrictives commerciales contre certains pays, non-parties, mais non contre d'autres, parties, peut enfreindre les trois principes phares du droit de l'OMC à la fois : l'article I relatif au traitement de la nation la plus favorisée, l'article III relatif au traitement national et l'article XI relatif à l'élimination des restrictions quantitatives ainsi que l'article XIII énonçant le principe de l'application non discriminatoire des restrictions quantitatives. Un tel accord établi, en effet, une discrimination fondée sur le pays d'origine entre des produits par ailleurs, similaires, impose des restrictions quantitatives et est susceptible d'entraîner un traitement différent pour les produits importés et les produits similaires d'origine nationale⁵⁰.

- La **CITES** autorise le commerce avec une non-partie à condition que celle-ci présente des documents comparables aux permis et certificats de la CITES.
- Le **protocole de Montréal** interdit les importations et les exportations des substances réglementées entre parties et non-parties, sauf lorsque les non-parties sont considérées comme étant en conformité et ont communiqué les informations l'attestant.
- La **convention de Bâle** interdit également les échanges à moins que les parties et les non-parties n'aient conclu au titre de l'article 11 un accord bilatéral ou régional dont les dispositions ne sont pas moins écologiquement rationnelles que celles de la convention. La **convention POP** prévoit la même mesure.
- On peut penser encore au marché de quotas d'émission mis en place par le **protocole de Kyoto** : si les unités d'émission étaient considérées comme des biens, leur commerce serait soumis au respect des règles de l'OMC. Mais alors que la logique de l'OMC est de promouvoir l'ouverture des marchés des biens et des services sans discriminations ni restrictions, le marché des unités d'émission tel que prévu par le protocole de Kyoto n'est ouvert qu'aux pays listés à l'annexe B du protocole.

Ainsi, les interdictions et les limitations des importations et des exportations en provenance ou à destination d'Etats non-parties prévues notamment par le protocole de Carthagène, la CITES, la convention de Bâle, les conventions de Rotterdam et de Stockholm pourraient être contestées devant l'OMC comme étant incompatibles avec les quatre articles sus-énoncés du GATT.

Le fait que l'adhésion aux AME soit devenue presque universelle amoindrit le risque de conflit : 145 membres de l'OMC sont membres du protocole de Montréal ; 144 de la convention sur le changement climatique ; 143 de la CBD ; 136 de la CITES ; 130 de la convention de Bâle ; 108 du protocole de Kyoto ; 90 du protocole de Carthagène ; 68 de la convention de Rotterdam et 78 de la convention de Stockholm.

Cependant, un bon nombre de membres de l'OMC ne sont pas parties à certains AME, par exemple, plus de 20 membres de l'OMC ne sont pas membres de la convention de Bâle. En outre, le fait que les Etats-Unis ne soient pas membre de nombreux AME représente une source de conflits potentiels.

Dans le cas où deux pays sont à la fois parties à un AME et membres de l'OMC, il est fort improbable dans la pratique qu'ils contestent dans le cadre de l'OMC une mesure autorisée

⁵⁰ PNUE et IIDD, Guide de l'environnement et du commerce, p.72.



au titre de l'AME. En tant que partie à l'AME, il leur serait difficile, ne serait-ce que pour une raison de crédibilité politique, de s'opposer à ce que d'autres parties se conforment à leurs obligations découlant d'un AME. Nous verrons, cependant, que cette situation peut se produire.

En revanche, l'hypothèse dans laquelle deux pays sont membres de l'OMC et parties à l'AME, mais où un seul est partie à un amendement ultérieur à l'AME, pourrait donner lieu à une situation d'incompatibilité. En vertu des principes du droit international public, un Etat n'est lié par un amendement à un traité que s'il accepte cet amendement. Une partie qui a accepté l'amendement peut se trouver dans l'incapacité d'à la fois appliquer les restrictions commerciales prévues par l'amendement et de respecter ses obligations au titre de l'OMC envers un autre membre de l'OMC qui n'a pas accepté l'amendement. Cependant, d'un point de vue politique, il serait sans doute plus difficile pour une partie à un AME que pour un pays qui ne l'est pas, de se prévaloir d'une incompatibilité au regard de l'OMC, nonobstant la non acceptation de l'amendement.

- De nouvelles substances détruisant l'ozone ont été introduites par amendement dans le **protocole de Montréal** ainsi que l'interdiction des exportations des pays inscrits à l'annexe VII vers ceux qui n'y sont pas inscrits dans la **convention de Bâle**. Ces amendements n'ont pas été ratifiés par l'ensemble des parties aux traités originaux⁵¹. (50 parties seulement ont ratifié l'amendement à la convention de Bâle).

Le mandat du cycle de Doha prévoit à l'article 31 i) de la déclaration ministérielle qu'«*afin de renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement, nous convenons de négociations, sans préjuger de leur résultat, concernant:*

la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux (AEM). La portée des négociations sera limitée à l'applicabilité de ces règles de l'OMC existantes entre les parties à l'AEM en question. Les négociations seront sans préjudice des droits dans le cadre de l'OMC de tout Membre qui n'est pas partie à l'AEM en question ».

Ainsi, le problème central n'est pas traité dans le cadre de ce cycle puisque le rapport entre les mesures commerciales comprises dans les AME et le droit de l'OMC n'est envisagé que dans le cadre des relations entre les parties aux AME. L'application des mesures commerciales découlant des AME aux Etats non-parties n'est donc pas discutée alors que ces Etats peuvent participer à la négociation dans le cadre du cycle. Ils peuvent ainsi influencer les négociations sans pour autant être concernés par le sujet ni par l'issue de la négociation.

⁵¹ OCDE, Ibid, p.35.

3. TEST DE COMPATIBILITE AVEC L'ARTICLE XX

Si une mesure prise dans le cadre d'un AME était jugée incompatible avec un des principes énoncés, il conviendrait néanmoins de déterminer si elle pourrait être considérée comme constituant une exception au regard de l'article XX du GATT.

L'article XX constitue le régime d'exception de l'OMC et permet aux Membres d'adopter notamment des mesures protectrices de l'environnement aux paragraphes b et g :

« *Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures* » :

○ §b « *nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux* ».

○ §g « *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* ».

L'organe d'appel a fixé la méthode d'interprétation de l'article XX. Il a décidé qu'il fallait dans un premier temps rechercher la justification provisoire de la mesure prise au regard des exceptions énoncées aux paragraphes (a) à (j). Si la mesure litigieuse ne relève d'aucune des exceptions prévues aux différents paragraphes, elle est considérée comme illégale. Il a en outre, énoncé très clairement que l' « analyse est double » et doit se faire dans cet ordre : afin d'être justifiée, la mesure doit non seulement relever d'une des exceptions des paragraphes (a) à (j), mais elle doit aussi répondre aux conditions énoncées dans le texte introductif, le « chapeau ». L'intérêt du chapeau « *étant d'éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions aux règles de fond prévues à l'article XX* ».

Les mesures commerciales destinées à protéger l'environnement seront appréciées différemment selon qu'elles correspondent au paragraphe b ou au paragraphe g de l'article XX. Le choix entre les deux régimes d'exception revêt une importance considérable car le lien entre les mesures commerciales restrictives et l'objectif qui les justifie n'est pas envisagé de la même manière par les deux. En vertu du paragraphe b), les mesures doivent être « *nécessaires* » à la protection. En revanche, le paragraphe g) utilise les termes « *se rapportant à* », condition qui semble être moins contraignante que le test de nécessité requis par le paragraphe b puisqu'il suffit qu'il existe « *une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens* ». ⁵²

3.1. Paragraphe (b) : Le critère de nécessité face à l'assise multilatérale des AME

Les groupes spéciaux ont considéré que des mesures commerciales n'étaient pas nécessaires si « *d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles avec l'accord général*

⁵² Etats-Unis – Essence, Rapport de l'organe d'appel du 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, p.21.



étaient raisonnablement accessibles pour atteindre son objectif de protection de la vie humaine, animale ou végétale ».

Cependant, on doit noter un certain assouplissement de la jurisprudence. L'organe d'appel a reconnu dans son rapport sur l'amiante que « plus l'intérêt poursuivi est important ou vital, plus il sera facile d'admettre la nécessité de mesures conçues pour l'atteindre »⁵³. De même, dans l'affaire des mesures relatives au bœuf, il a estimé que la mesure apparaît d'autant plus nécessaire lorsqu'elle est au service d'une politique considérée comme vitale ou importante⁵⁴.

Les mesures commerciales des AME poursuivent des intérêts dont le caractère vital et important ne fait pas de doute : que ce soit la protection des espèces menacées d'extinction par la CITES, l'interdiction et la réduction des substances appauvrissant la couche d'ozone par le protocole de Montréal ou le contrôle des mouvements transfrontières des déchets par la convention de Bâle pour n'en citer que trois, toutes ces conventions poursuivent des intérêts vitaux et d'une grande importance et devraient donc être considérées comme « nécessaires » par l'ORD.

Le fait qu'un problème environnemental soit pris en compte, réglementé et protégé par la communauté internationale à travers un AME donne du poids à l'argument selon lequel une mesure adoptée en vertu d'un tel AME se base sur de réelles motivations environnementales et peut ainsi être considérée comme se rapportant à la conservation de ressources naturelles ou être nécessaire à la protection de la santé ou de l'environnement⁵⁵. L'existence même d'un AME peut être considérée comme une preuve que l'objectif de la mesure prise sur son fondement est vital, important et donc « nécessaire ». Plus l'objectif de la mesure est important plus il sera facile de démontrer le caractère nécessaire de la mesure. G. Marceau et A. Gonzalez se demandent même si l'assise multilatérale d'une mesure protectrice ne devrait pas conduire à un allègement du test de nécessité du paragraphe b de l'article XX.

Dans le cadre du Comité du Commerce et de l'Environnement, les Communautés Européennes ont proposé d'opérer un renversement de la charge de la preuve dans l'hypothèse où une mesure aurait été adoptée en vertu d'un AME. A l'heure actuelle c'est à l'Etat qui défend la mesure litigieuse en invoquant l'article XX qu'il incombe de prouver que ladite mesure remplit les conditions de l'article XX. Le renversement de la charge de la preuve imposerait à l'Etat contestant la mesure de prouver que la mesure de l'autre partie ne satisfait pas aux prescriptions de l'article XX, c'est-à-dire qu'elle n'est pas « nécessaire » et qu'elle constitue une discrimination arbitraire ou injustifiable ou arbitraire. La Suisse a fait une proposition comparable⁵⁶. Il est à noter que les accords SPS et OTC ont déjà opéré un renversement de la charge de la preuve lorsque la mesure est conforme à des standards internationaux comme nous l'avons vu au paragraphe 5.2.

La référence à l'objectif de développement durable contenue dans le préambule de l'accord de Marrakech⁵⁷ et les récents assouplissements dans l'interprétation du critère de

⁵³ CE – Amiante, Rapport de l'organe d'appel, §172.

⁵⁴ Corée – diverses mesures affectant la viande de boeuf, Rapport de l'organe d'appel du 11 décembre 2000, WT/DS169/AB/R, §162.

⁵⁵ G. Marceau et A. Gonzalez-Calatayud, "The relationship between the dispute-settlement mechanisms of MEAs and those of the WTO", *RECIEL*, vol.11 2002, p.275.

⁵⁶ Communication du 19 octobre 2000, WT/CTE/W/168.

⁵⁷ Préambule de l'accord de Marrakech : « les parties au présent accord, reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé (...) et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de



nécessité de l'article XX nous laisse penser qu'une mesure prise dans le cadre d'un AME connaissant une participation large et diversifiée serait considérée comme « *nécessaire* » par l'ORD.

3.2. Paragraphe (g) : Se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables

L'organe d'appel a affirmé qu'il ne croyait « *pas que les ressources naturelles « épuisables » et « renouvelables » s'excluaient mutuellement* »⁵⁸ parce que des ressources naturelles renouvelables peuvent justement cesser de l'être de par les activités de l'homme, et donc devenir épuisables. Par conséquent, il ne faudrait pas, selon lui, considérer une ressource comme épuisable en soi, mais comme étant susceptible de le devenir.⁵⁹ Le terme épuisable devient donc presque inutile, et l'organe d'appel vise toutes les ressources naturelles, ouvrant par-là une porte importante et laissant entendre l'existence d'une certaine flexibilité quant à l'interprétation de ce terme.

Dans l'affaire de la crevette, l'organe d'appel s'est fondé sur deux AME, la CITES et la Convention sur le Droit de la Mer, afin d'interpréter l'article XX du GATT. Dans cette affaire, les Etats-Unis interdisaient l'importation des crevettes et des produits à base de crevettes s'ils avaient été pêchés selon des procédés susceptibles d'entraîner la mort de tortues marines. Les importations n'étaient permises qu'à condition que les Etats tiers certifient qu'ils utilisaient des dispositifs d'exclusion des tortues marines imposés par les Etats-Unis. L'organe d'appel s'est ainsi reporté à la CITES afin de définir le terme de « *ressource biologique* » qui ne figure pas dans les accords de l'OMC et, a utilisé la CITES pour qualifier les tortues en cause d' « *espèces naturelles épuisables* ». Auparavant, cette disposition était limitée aux minéraux rares et n'était pas applicable aux ressources naturelles vivantes.

La compétence de l'ORD est cependant limitée à une compétence d'interprétation des accords externes à l'OMC. Cette interprétation a néanmoins une portée non négligeable puisqu'elle sert à préciser les contours d'une obligation souscrite en matière environnementale. Dans cette affaire, la compatibilité de la mesure avec le paragraphe g de l'article XX dépendait de la qualification des tortues marines de « *ressource naturelle épuisable* ».

L'organe d'appel va aussi justifier le fait que les tortues marines constituent des ressources naturelles épuisables, en décidant que le traité doit faire l'objet d'une interprétation « *évolutive* » s'opposant à une interprétation « *statique* »⁶⁰, c'est-à-dire qu'il devra être interprété à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des Etats au moment de l'interprétation. C'est peut-être le signe que l'organe d'appel a pris conscience que des enjeux non commerciaux devaient être pris en compte.

Les mesures commerciales restrictives doivent cependant être appliquées « *conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales* ». L'organe d'appel a affirmé que « *cette clause établit une obligation d'impartialité dans l'imposition de restrictions, au nom de la conservation, à la production ou à la consommation de ressources naturelles épuisables* »⁶¹.

services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable (...) ».

⁵⁸ Etats-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, Rapport de l'organe d'appel du 12 octobre 1998, §128.

⁵⁹ Ibid., § 128.

⁶⁰ Ibid., §129 et §134.

⁶¹ Etats-Unis – Essence, Rapport de l'organe d'appel Ibid.



Il est possible de déduire de l'interprétation de la notion de ressource naturelle épuisable de l'organe d'appel que les espèces de faune et de flore visées par la CITES seront considérées, dans le cadre d'un différend, comme des ressources naturelles épuisables. A fortiori, les ressources couvertes par les autres AME, telles que la couche d'ozone, l'air, les végétaux, les bois tropicaux ou encore les poissons seront elles aussi assimilées à des ressources naturelles épuisables. L'air a déjà été considéré comme telle dans l'affaire de l'essence.

La conformité des mesures commerciales prises en application des AME au « *chapeau* » est moins certaine.

3.3. Le « chapeau »

L'organe d'appel insiste sur le fait que le texte introductif ne s'applique pas directement à la mesure elle-même, mais porte sur la manière dont celle-ci est appliquée. Il se livre à une interprétation minutieuse des termes des sous-paragraphes, tandis qu'il considère que les trois expressions du chapeau : « *discrimination arbitraire* », « *discrimination injustifiable* » et « *restriction déguisée au commerce international* » « *peuvent se lire parallèlement, chacune influe sur le sens de l'autre* ».

À la différence de l'interdiction de discrimination prévue à l'article III du GATT, la discrimination doit être soit « *arbitraire* » soit « *injustifiable* » ou la mesure doit masquer une « *restriction déguisée au commerce* ». Assez proches ces deux notions sont cependant différentes dans la mesure où une mesure contraire à l'article III parce que discriminatoire peut être validée au titre du chapeau si cette discrimination n'est ni injustifiable, ni arbitraire ou si elle n'entraîne pas une restriction déguisée⁶². Les mesures prises sur le fondement des AME entre parties à cet AME, si elles sont prises de bonne foi par les Etats et poursuivent véritablement l'objectif de l'AME, ont donc toutes les chances d'être considérées comme justifiables et non arbitraires.

Dans l'affaire de la crevette, le groupe spécial a apporté la précision selon laquelle la mesure ne doit pas être arbitraire. Le caractère arbitraire de la manière dont la mesure était appliquée résultait notamment du manque de concertation et de coopération de la part des Etats-Unis avec les autres Etats en cause. L'organe d'appel a jugé que la mesure américaine destinée à protéger les tortues marines présentait une discrimination injustifiable car elle « *visait davantage à inciter concrètement les gouvernements étrangers à adopter essentiellement le même régime réglementaire global que celui que les Etats-Unis appliquent à leurs crevettes, alors que bon nombre de ces membres sont sans doute dans une situation différente* »⁶³. En outre, les délais accordés aux Etats exportateurs pour mettre en place le dispositif de pêche n'étaient pas les mêmes pour tous. Quatorze pays de la région des Caraïbes et de l'Atlantique de l'Ouest disposaient d'une période de trois ans pour se mettre en conformité avec la directive américaine alors que tous les autres pays disposaient de quatre mois seulement.

Le fait de ne pas être entré en négociation en temps utile avec les Etats exportateurs de crevettes vers le marché américain a également contribué à la qualification de la mesure de

⁶² N. de Sadeleer et C-H. Born, Ibid., p.376.

⁶³ Affaire de la crevette, Ibid., §165.



discriminatoire⁶⁴. L'accent est mis, aussi bien dans l'affaire de la crevette que dans celle de l'essence, sur l'obligation de l'Etat adoptant la mesure, de coopérer avec ceux à qui il l'impose. La Malaisie, dans l'affaire de la crevette II, a invoqué le fait qu'en maintenant leurs mesures de prohibition, les Etats-Unis ne s'étaient pas conformés aux décisions que l'organe d'appel avait rendues dans la première affaire. Tant le groupe spécial que l'organe d'appel ont rejeté ce recours en estimant que les Etats-Unis étaient en droit de se prévaloir de l'article XX §g) dans la mesure où ils menaient des « *négociations générales sérieuses dans le but de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux pour la protection des tortues marines* »⁶⁵. La conduite de négociations paraît donc éviter la qualification d'une mesure protectrice de discriminatoire, d'arbitraire ou encore de restriction déguisée au commerce.

Concernant l'extraterritorialité des mesures commerciales, le groupe spécial avait jugé dans l'affaire du thon que la mesure américaine destinée à protéger les dauphins était incompatible avec l'article XX g) car elle revenait à forcer des Etats tiers à modifier leur politique de pêche. L'organe d'appel n'a pas adopté la même position dans l'affaire de la crevette puisqu'il semble que l'extraterritorialité des mesures américaines ait été admise.

Dans les affaires de la crevette et de l'essence, l'organe d'appel a clairement condamné l'unilatéralisme, l'absence de concertation des Etats-Unis avec les autres Etats avant d'adopter leur mesure. Dans les deux affaires, l'organe d'appel a considéré que les mesures entraient bien dans le paragraphe g) de l'article XX mais étaient appliquées de manière à constituer des discriminations. A contrario on peut donc en déduire que si les Etats-Unis avaient prévenu les Etats suffisamment à l'avance de manière à rendre leur mesure prévisible et plus transparente, et l'avaient appliquée de la même manière à l'ensemble des pays exportateurs, les mesures environnementales auraient été considérées conformes aux règles de l'OMC.

Ainsi, une mesure commerciale imposée à titre de sanction à un Etat partie à un AME par un autre Etat partie ou par les organes décisionnels de l'AME, est susceptible d'être conforme à l'article XX. Par exemple, l'une des recommandations visant à améliorer l'efficacité de la CITES est une suspension provisoire du commerce préconisée par la COP ou par le comité permanent. En pratique, il s'agit d'un délai pendant lequel la partie concernée peut passer du non-respect au respect de ses obligations, notamment en adoptant une législation appropriée, en luttant contre le commerce illicite et en le réduisant. En outre, les recommandations visant à suspendre le commerce sont utilisées en dernier recours, et il est très important pour la CITES, d'inciter les parties à respecter la convention grâce à des consultations, des conseils ou une assistance.⁶⁶ On peut donc estimer que ces mesures bien que restrictives au commerce entrent bien dans la sous-catégorie g) de l'article XX et qu'en outre, elles ne sont pas appliquées a priori de manière à constituer une discrimination ou une restriction dans la mesure où elles sont appliquées en dernier ressort, après concertation et après que d'autres mesures ont été prises afin d'inciter l'Etat partie à la convention à se conformer à la convention.

L'assise multilatérale d'une mesure prise en vertu d'un AME peut représenter un élément important à prendre en considération dans l'examen de la mesure par rapport au « *chapeau* » de l'article XX et être utile afin d'examiner la bonne foi de l'Etat ayant pris la mesure en question. Là encore, plus le nombre d'Etats parties à l'AME sera grand, moins les mesures commerciales adoptées sur son fondement pourront être considérées comme des restrictions déguisées au commerce ou comme des discriminations non justifiables ou arbitraires. Les AME

⁶⁴ Ibid., § 166.

⁶⁵ N. de Sadeleer et C-H. Born, Ibid., p.377.

⁶⁶ Matrice OMC, p.127.



constituent des réponses collectives aux enjeux environnementaux. Ce caractère collectif devrait apporter une certaine légitimité aux mesures.

Une large adhésion protège les mesures commerciales prises sur le fondement des AME et ceci à deux niveaux. A un premier niveau, plus le nombre d'Etats parties augmente plus diminue celui d'Etats non-parties susceptibles de contester l'accord. A un second niveau, la protection est aussi plus « *politique* » : plus le traité est ratifié, moins il risque d'être contesté par des Etats tiers. En effet, ce sont principalement des raisons politiques qui expliquent qu'aucun conflit relatif à un AME n'a été soumis aux procédures de règlement des différends de l'OMC.

L'article XX permet l'adoption de certaines actions unilatérales poursuivant des buts environnementaux. Il serait illogique de traiter de manière moins favorable un membre agissant sur le fondement d'un AME qu'un membre agissant sur un fondement unilatéral.

La distinction faite par la convention de Bâle entre les pays inscrits à l'annexe VII et les autres, en interdisant les exportations des pays inscrits à l'annexe VII vers les pays n'y figurant pas, pourrait en revanche être jugée « *arbitraire et injustifiable* », car elle n'est pas fondée sur des critères environnementaux. La distinction est basée sur des critères plus économiques qu'écologiques puisque les pays vers lesquels sont interdites les exportations sont ceux qui n'ont pas les moyens financiers et techniques garantissant une gestion écologique rationnelle des déchets. L'application d'une mesure commerciale restreignant les échanges avec les seules non-parties risque également d'être jugée arbitraire ou constituant une restriction déguisée au commerce. Là encore, les AME opèrent une distinction entre deux groupes d'Etats qui ne se base pas sur des critères environnementaux. Les mesures restrictives ne sont appliquées aux Etats non-parties qu'en raison de leur qualité de « *non-partie* ».

Par ailleurs, deux parties à un AME peuvent ne pas être d'accord sur la manière d'interpréter une disposition de l'AME. Par exemple, une partie peut considérer qu'une mesure prévoyant le consentement préalable de l'Etat d'importation ou l'imposition d'un quota d'exportation imposée par l'AME est appliquée par une autre partie de manière à constituer une restriction déguisée. Alors que les deux parties ont accepté l'obligation en question, elles peuvent être en désaccord sur la manière de l'interpréter et de l'appliquer et en conséquence saisir l'ORD.

Alors que les mesures prises sur le fondement d'un AME devraient donc être considérées comme satisfaisant aux conditions posées par les paragraphes b) et g) de l'article XX, le risque demeure au niveau de l'application des mesures.

CHAPITRE 2. CONFLITS DE JURIDICTIONS ET DE SOLUTIONS

1. MECANISMES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS DES AME

Les AME ont des mécanismes de règlement des différends assez semblables (cf. Tableau p.9) : ils prévoient le recours aux moyens pacifiques comme la négociation, les bons offices, la médiation et la possibilité d'accepter à l'avance que les différends soient soumis soit à la Cour Internationale de Justice (CIJ) ou à l'arbitrage, ce qui est intéressant puisque les décisions de la CIJ et des arbitres sont contraignantes, alors que l'issue des autres moyens n'est qu'une proposition de solution que les parties ont simplement l'obligation de considérer de bonne foi.

L'acceptation préalable d'un mode juridictionnel dans le cadre de l'accord est intéressante dans la mesure où une fois que le recours à un mode juridictionnel a été accepté préalablement au conflit, il est possible de l'activer unilatéralement. De plus la défaillance d'une des parties de participer à la procédure ne peut généralement pas empêcher celle-ci d'aller à son terme. Le tribunal arbitral et la CIJ peuvent rendre une décision par défaut⁶⁷. La difficulté concernant la CIJ est que les Etats doivent avoir reconnu sa compétence juridictionnelle comme obligatoire pour porter un différend devant cette cour. Or certains Etats ne l'ont toujours pas fait. Il existe une réticence des Etats à accepter par avance un règlement de type juridictionnel tel que prévu par certains AME,⁶⁸ alors que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est obligatoire pour tous les Etats membres.

- Le mécanisme prévu par la **convention sur les stocks chevauchants** et la convention sur le droit de la mer est particulièrement intéressant. Les parties peuvent émettre une déclaration par laquelle elles acceptent par avance que les différends les concernant soient soumis à un ou plusieurs moyens que sont le tribunal international du droit de la mer, la CIJ ou un arbitrage. Si les parties au différend n'ont pas pris un tel engagement et si elles ne s'accordent pas sur une procédure, elles sont réputées avoir accepté la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII⁶⁹. Un mode obligatoire de règlement et un mode à issue contraignante, est donc bien mis à disposition des parties.
- C'est également le cas de la **convention européenne sur le transport des animaux** dont l'article 47 garantit un arbitrage.
- **L'accord international sur les bois tropicaux** garantit également une issue contraignante, mais dans une procédure qui reste de nature politique, puisqu'il dispose que « *toute plainte contre un membre pour manquement aux obligations que le présent accord lui impose et tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent accord sont déferés au conseil pour décision* », puis ajoute que « *les décisions du conseil en la matière sont définitives et ont force obligatoire* ».

Dans l'hypothèse où un AME ne contient pas de mécanisme de règlement de différends, les parties disposent néanmoins des voies de droit existantes. Il est en effet, possible de saisir la CIJ, lorsque les parties au différend ont souscrit à la juridiction obligatoire de celle-ci, dans le

⁶⁷ H. Ruiz-Fabri, p.354.

⁶⁸ Seuls quatre Etats ont souscrit une déclaration au titre de l'article 27§3 de la convention sur la biodiversité.

⁶⁹ Article 287 de la convention sur le droit de la mer.



cadre prévu par l'article 36§2 de son statut, soit parce qu'elles s'accordent par compromis de saisir la cour.

En comparaison, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est susceptible de paraître attractif à certains Etats souhaitant contester une mesure commerciale découlant de l'application d'un AME pour plusieurs raisons :

- ✓ La procédure de règlement des différends peut être activée unilatéralement par tout Etat membre de l'OMC ;
- ✓ La décision rendue par l'ORD est obligatoire pour les parties (article 3 et 21 du Mémoire) ;
- ✓ Il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un quelconque intérêt à agir, ce qui ressort notamment de la position prise par l'organe d'appel dans l'affaire de la Banane⁷⁰ ;
- ✓ La définition des différends susceptibles d'y être soumis est extensive : l'article 23 du Mémoire vise toutes les hypothèses « *de violation d'obligation ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords.* ». Cela peut inclure pratiquement toute mesure produisant des effets commerciaux ;
- ✓ Il est possible de recourir au mécanisme de règlement des différends y compris lorsqu'il n'y a pas de violation des dispositions du droit de l'OMC, il peut y avoir préjudice économique sans qu'il y ait illégalité. En pratique les Etats ne l'ont jusqu'ici pas fait fonctionner⁷¹.

Il existe une réelle différence de logique entre les deux systèmes. D'une part, la plupart des AME comme nous l'avons vu ne mettent pas en place un système de règlement des différends contraignant ou obligatoire mais plutôt des moyens pacifiques tels que la négociation, la conciliation ainsi qu'un système de coopération n'adoptant des sanctions qu'en dernier recours et qu'après concertation. Par exemple, la CITES n'a jamais eu à faire appel à son mécanisme de règlement des différends au cours de ses 25 années d'existence.

D'autre part, les pays en développement (PED) bénéficient de « *mesures positives* » leur accordant les moyens techniques et financiers afin de les aider à respecter leurs obligations découlant de l'AME, alors que l'OMC ne prévoit que des sanctions économiques sévères et contraignantes. L'absence d'utilisation de mécanisme de règlement des différends « *n'est pas vue comme le signe de leur inefficacité ou de leur faiblesse mais comme celui d'une logique orientée vers la prévention du non-respect et la facilitation du respect, notamment grâce à l'assistance* »⁷². Le non-respect des dispositions des AME a généralement pour cause une absence de moyens techniques et financiers plutôt qu'une absence de volonté. Plusieurs auteurs soutiennent que le recours à la procédure de règlement des différends comme celle de l'OMC serait alors contre-productive⁷³.

⁷⁰ Communauté européenne – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes (WT/DS27/AB/R), rapport adopté le 25 septembre 1997. En l'occurrence, l'organe d'appel s'est référé à « un intérêt potentiel à l'exportation » des Etats-Unis pour admettre leur droit d'introduire une plainte (§136).

⁷¹ G. Marceau, "Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions, the relationship between the WTO agreement and MEAs and other treaties", *Journal of World Trade*, n°35(6), p.1120.

⁷² H. Ruiz-Fabri, *Ibid.*, p.375.

⁷³ Ruiz-Fabri, p.375; Communication du secrétariat de la CITES, p.4.



Certains PED ont fait part des difficultés qu'ils rencontraient que se soit dans la mise en œuvre d'une coordination au niveau national ou dans l'application des AME et de leur besoin d'assistance technique et financière (Le Pérou, Cuba, l'Equateur, le Zimbabwe, le Burundi ont par exemple fait part de leurs difficultés à contrôler les importations d'OGM).⁷⁴

Jusqu'à aujourd'hui aucune des recommandations prises par les organes décisionnels des AME n'a été contestée devant l'OMC. Or, des sanctions ont été adoptées : par exemple, la conférence des parties du protocole de Montréal a décidé d'imposer une combinaison de mesures à la Russie, consistant, inter alia, en des restrictions du commerce de certains produits contrôlés afin de faciliter la mise en conformité de la Russie avec ses obligations découlant du protocole⁷⁵. Dans le cadre de la CITES, des suspensions de commerce ont été adoptées à l'encontre d'une quinzaine de parties et n'ont jamais été contestées devant l'OMC.

Dans son rapport de 1996, le CCE reconnaît que « *les membres de l'OMC n'ont pas recouru au règlement des différends de l'OMC en vue d'amoindrir les obligations qu'ils ont acceptées en devenant partie à un AEM (...) les membres de l'OMC ont le droit de porter des différends devant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, mais, si un différend surgit entre des membres de l'OMC qui sont parties à un AEM au sujet de l'utilisation de mesures commerciales qu'ils appliquent entre eux au titre de l'AEM, ils devraient essayer de le régler au moyen des mécanismes de règlement des différends prévus dans l'AEM* »⁷⁶.

Il semble donc que le mécanisme de règlement des différends des AME fonctionne car il correspond à une logique de concertation choisie par les AME, toute différente de celle de l'OMC. Pour cette raison, les parties devraient y avoir recours plutôt qu'à celui de l'OMC.

2. HYPOTHESE DE CONFLITS DE JURIDICTIONS ET DE SOLUTIONS

2.1. Hypothèse de conflit de juridictions

Il peut exister deux catégories de conflits : les conflits directs, lorsque deux mécanismes de règlement sont activés à propos du même différend et le conflit indirect, lorsque deux mécanismes sont activés à propos de litiges différents mais connexes car se rapportant à la même affaire ou posant un problème identique. Il n'existe aucun obstacle à l'activation simultanée ou successive du mécanisme de règlement des différends d'un AME et de celui de l'OMC. L'hypothèse d'un conflit est d'autant plus vraisemblable lorsqu'il existe une possibilité d'actionner unilatéralement une procédure juridictionnelle. Au contraire, lorsque l'AME prévoit qu'il faut l'accord des deux parties comme c'est le cas dans la plupart des AME par le biais de l'acceptation préalable de soumettre le différend à la CIJ, le risque de conflit de juridiction est moins probable.

Cependant, un Etat membre d'un AME peut très bien recourir au mécanisme de règlement des différends de l'OMC après avoir accepté celui de l'AME, lorsque la décision rendue ne lui convient pas. Aucun des principes ou règles qui permettrait de l'éviter n'a été mis en place. Il n'y a pas de res judicata (autorité de la chose jugée). Le fait d'avoir utilisé un mécanisme, qu'il soit allé à son terme et ait débouché sur une décision, éventuellement obligatoire, n'empêche pas d'en utiliser un autre.

⁷⁴ Doc. OMC, 13-14 octobre 2004, p.6-7.

⁷⁵ Rapport de la septième conférence des parties du protocole de Montréal, 27 décembre 1995.

⁷⁶ CCE, rapport du 12 novembre 1996, WT/CTE/1, § 178.



Les décisions issues du mécanisme de règlement des différends des AME n'étant pas obligatoires dans la plupart des cas et n'ayant pas la force de chose jugée, il est d'autant plus facile pour une partie d'avoir recours au mécanisme de l'OMC après avoir eu recours à celui de l'AME.

En outre, H. Ruiz-Fabri considère que *"les organes de règlement des différends ne sont en réalité pas saisis du même différend. Les parties et la cause peuvent être les mêmes, la même affaire peut être globalement concernée mais le droit dont il s'agit d'obtenir l'application n'est pas le même et la manière dont la cause est formulée varie en conséquence. Dès lors les règles d'évitement des conflits de juridiction sont rendues inopérantes puisqu'il ne se produit pas à proprement parler, de conflit de juridiction."*⁷⁷. Ainsi, il n'existe pas d'exception de recours parallèle ou de principe reprenant en substance le principe *non bis in idem*, selon lequel on ne peut faire juger deux fois la même cause. Une telle disposition n'est ni prévue dans le cadre de l'OMC ni dans le cadre des AME. L'Accord SPS (article 11.3) dispose qu'aucune de ses dispositions « ne portera atteinte aux droits que les membres tiennent d'autres accords internationaux, y compris le droit de recourir aux bons offices ou aux mécanismes de règlement des différends d'autres organisations internationales ou établis dans le cadre de tout autre accord international ». Cependant, il est fort improbable que l'organe de règlement des différends de l'OMC suspende une procédure en raison de l'existence d'une procédure au titre d'un AME. Ce serait porter atteinte au droit qu'a une partie en vertu du Mémoire d'obtenir une procédure de règlement des différends conformément à ses dispositions⁷⁸. Une suspension de la procédure ne peut intervenir qu'à la demande du ou des plaignants.

Il n'existe pas non plus d'obligation d'épuiser un mécanisme avant de recourir à l'autre. Certes, le Comité Commerce et Environnement de l'OMC a indiqué qu'il serait opportun de donner la priorité aux mécanismes des AME. Il a ainsi affirmé que « *si les membres de l'OMC sont fondés à porter leurs différends devant un organe de règlement des différends de l'OMC, en cas de différend entre des membres de l'OMC parties à un accord multilatéral relatif à l'environnement sur le recours aux mesures commerciales qu'ils s'appliquent mutuellement, en vertu de l'AME, ceux-ci doivent envisager de le régler par l'intermédiaire du mécanisme de règlement des différends prévu par l'AME* »⁷⁹. Mais il ne s'agit là que d'une affirmation qui n'a juridiquement aucune portée. Il n'est pas apte à remettre en cause le droit que les membres de l'OMC tiennent de l'article 23 du Mémoire de déclencher une procédure OMC⁸⁰.

Les AME pourraient imposer à leurs parties l'usage préalable de leur mécanisme de règlement des différends, toutefois, cette obligation ne pourrait être ni opposée, ni invoquée en tant que telle dans l'ordre de l'OMC, faute d'y avoir été incorporée. Sa transgression, si elle pourrait engager la responsabilité de l'Etat concerné dans l'ordre de l'AME concerné, ne pourrait en revanche pas produire de conséquences directes, en particulier procédurales, dans l'ordre de l'OMC. Cependant, cela pourrait être analysé comme un indice de mauvaise foi dans la mesure où l'Etat aurait eu l'intention d'éviter une procédure de règlement des différends au titre de l'AME. Or, l'article 3.10 du Mémoire de l'OMC requiert la bonne foi de l'Etat auteur d'une plainte⁸¹. Cette attitude pourrait également être interprétée comme un refus de

⁷⁷ H. Ruiz-Fabri, *Ibid*, p.365.

⁷⁸ L'organe d'appel a rappelé à plusieurs reprises le caractère fondamental du droit au règlement des différends dans le cadre du Mémoire ; v. notamment Canada – mesures affectant l'exportation d'aéronefs civils (WT/DS70/ABR), rapport du 2 août 1999, §187 et s.

⁷⁹ WT/CTE/1, 12 novembre 1996, §178.

⁸⁰ G. Marceau, *Ibid.*, p.1122.

⁸¹ G. Marceau, *Ibid.*, p.1125.



coopération de la part de l'Etat désirant éviter le mécanisme de l'AME avec l'Etat adverse. Or le manque de coopération et de concertation a été considéré dans l'affaire de la crevette et dans celle de l'essence par l'organe d'appel comme une indication du caractère injustifié des mesures incriminées au regard du chapeau de l'article XX du GATT⁸². Cependant, comme l'affirme H. Ruiz-Fabri, « *il faudrait dans tous les cas un raisonnement contourné et on ne saurait donc envisager aucune incidence procédurale. Puisqu'en effet presque par définition, celui qui préfère le mécanisme OMC à celui de l'AME chercherait plutôt à justifier une décision ou une demande d'ouverture d'un marché* ».

La solution serait d'incorporer dans le Mémoire l'obligation pour les parties aux AME de saisir le mécanisme de règlement des différends prévu par l'AME préalablement à tout autre mécanisme.

2.2. Hypothèse de conflit d'interprétation et de solutions

Des conflits d'interprétation peuvent également exister engendrant des conflits de solutions. Les AME invoqués devant l'OMC dans le cadre d'un conflit peuvent faire l'objet d'interprétation par les groupes spéciaux et l'organe d'appel. Un accord externe au droit de l'OMC peut être interprété dans la mesure où il constitue une question intéressant le droit de l'OMC. Dans l'affaire de la Banane, l'organe d'appel avait interprété la convention de Lomé afin de déterminer la portée de la dérogation dont cette convention bénéficiait au titre du droit de l'OMC⁸³. Tant les groupes spéciaux que l'organe d'appel pourraient donc développer leur propre interprétation des AME.

Certains AME, en particulier ceux dont les préambules envisagent les rapports entre les AME avec d'autres accords internationaux, comme le protocole de Carthagène et la convention de Rotterdam, pourraient également développer leur propre interprétation du droit de l'OMC. Cette interprétation serait nécessaire, dans le cadre de différends, afin de faire respecter le principe de non-hiérarchie entre les deux instruments et de ne pas altérer les droits et obligations des Etats parties à l'OMC tel qu'il est prévu dans ces préambules. Dès lors un risque de divergence d'interprétations ne peut être exclu.

La perspective d'un conflit de juridiction et de solutions peut faire partie de la stratégie des Etats afin de parvenir à la conclusion d'un accord amiable favorable à leurs intérêts. La menace de recourir à l'ORD et à ses sanctions économiques drastiques, peut être utilisée afin d'imposer ses vues et d'installer un rapport de force avec des Etats adversaires. Cependant, le fait qu'un très petit nombre d'Etats ait souscrit des déclarations de juridiction obligatoire tels que prévus par les AME et que les autres voies de règlement prévues comme la conciliation ne débouchent pas sur une solution imposée mais sur une décision proposée peut conduire à penser que la probabilité d'un conflit entre deux décisions contradictoires est faible. Cependant, cela peut se produire et cela s'est déjà produit. La **convention sur les stocks chevauchants** a engendré un conflit que les parties ont porté parallèlement devant le Tribunal International du

⁸² Dans ces deux affaires, les Etats-Unis se sont vu reprocher d'avoir mis en œuvre leurs mesures de protection de l'environnement de manière totalement unilatérale, sans rechercher préalablement et sérieusement des solutions négociées et coopératives. Cette attitude a fait soupçonner des arrière-pensées protectionnistes, alors que la légitimité de l'objectif de protection de l'environnement mise en avant n'était pas en tant que tel discuté. V. Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (WT/DS2/AB/R), p.32 et Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (WT/DS58/AB/R), §166 et s.

⁸³ H. Ruiz-Fabri, Ibis, p.368; Communauté européenne - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes, WT/DS27/AB/R, Rapport adopté le 25 septembre 1997, §162.



Droit de la Mer et devant un groupe spécial de l'OMC⁸⁴. Cette affaire, "*l'affaire de l'espadon*" opposait le Chili et les Communautés Européennes et portait à la fois sur l'application de la convention de Montego Bay, de la convention sur les stocks chevauchants et du droit de l'OMC. Le tableau ci-dessous reprend l'épisode de manière chronologique.

⁸⁴ Site de l'OMC, Aperçu général sur l'environnement : La relation entre les AEM et l'OMC, Débat général.



	Procédure devant le tribunal de la mer	Procédure devant l'OMC
19.04.00		Les Communautés européennes (CE) ont demandé l'ouverture de consultations avec le Chili concernant l'interdiction de débarquer des espadons dans les ports chiliens institués en vertu de l'article 165 de la loi générale du Chili sur la pêche et l'aquaculture. Les CE affirmaient que leurs navires de pêche naviguant dans le Pacifique du Sud-est n'étaient pas autorisés, d'après la loi chilienne, à débarquer des espadons dans les ports chiliens. Les CE estimaient que le Chili empêchait ainsi le transport en transit des espadons dans ses ports. Elles alléguaient que les mesures susmentionnées étaient incompatibles avec les articles V et XI du GATT.
12.12.00		L'ORD a établi un groupe spécial à la demande des CE.
19.12.00	Le Chili a engagé une procédure le 19 décembre 2000. Le Chili a demandé au tribunal de se prononcer sur le point de savoir si les Communautés Européennes avaient rempli les obligations leur incombant en vertu des articles 64 (demandant la coopération pour assurer la conservation des espèces de poissons grands migrants), 116 à 119 (concernant la conservation des ressources biologiques de la haute mer), 297 (concernant le règlement des différends) et 300 (concernant la bonne foi et l'exercice non-abusif d'un droit). Les CE ont demandé au tribunal de se prononcer sur le point de savoir si le Chili avait violé les articles 64, 116 à 119 et 300 de la convention sur le droit de la mer, mentionnées plus haut ainsi que l'article 87 (sur la liberté	



	Procédure devant le tribunal de la mer	Procédure devant l'OMC
	d'activité dans la haute mer notamment la liberté de pêcher, sous réserve des obligations relatives à la conservation) et 89 (interdisant à tout état de soumettre une partie quelconque de la haute mer à sa souveraineté).	
09.03.01	Les parties ont informé le tribunal international du droit de la mer qu'elles étaient parvenues à un arrangement provisoire concernant ce différend et ont demandé que la procédure devant le tribunal soit suspendue.	
23.12.01		Les CE ont convenu de suspendre la procédure de constitution du groupe spécial.
28.03.02		Le Chili convient de suspendre la procédure de constitution du groupe spécial.
12.11.03		Confirmation de la suspension de la procédure des deux parties
Janvier 04	Confirmation de la suspension de l'affaire, reconduite pour une nouvelle période de deux ans. L'affaire reste par conséquent, inscrite au rôle des causes du tribunal.	



Il est probable que les deux organes de règlement des différends auraient examiné la question de savoir si les mesures prises par le Chili étaient conformes à leurs règles respectives. En outre, le groupe spécial de l'OMC aurait pu interpréter les conventions puisqu'elles constituaient un point de droit intéressant le droit de l'OMC. Le groupe spécial et le tribunal auraient pu parvenir à des conclusions différentes sur les éléments de fait et/ou sur l'interprétation des différentes règles en jeu. D'où l'existence d'un risque de jugements contradictoires.

Ainsi, une mesure pourrait être jugée compatible et imposée dans un système alors qu'elle serait non conforme et son retrait ou sa modification serait exigée dans l'autre. Ce genre de conflit d'interprétation et de décisions peut survenir dans des affaires différentes et n'ayant pas le même objet puisque les mêmes règles peuvent être invoquées dans différentes affaires et faire l'objet d'une interprétation dans le cadre de chaque mécanisme. On a à priori aucune assurance quant à la convergence des interprétations puisque rien ne l'impose et qu'il n'existe aucun mécanisme d'harmonisation ou d'unification. De cette concurrence pourraient résulter des conflits inextricables⁸⁵.

⁸⁵ G. Marceau, Ibid., p. 1129.



Typologie des mesures commerciales et dispositifs contenus dans les AME (tableau récapitulatif)

Conventions	Thématique	Typologie des mesures commerciales	Incompatibilités potentielles avec règles de l'OMC	Mesures de sanctions en cas de non-respect	Mécanismes de règlement des différents	Possibilité pour les parties d'adopter des mesures plus strictes que la convention
Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES)	Réglementation du commerce des espèces menacées d'extinction. Les mesures commerciales visent à assurer que le commerce n'est pas préjudiciable aux espèces. La convention vise également les espèces sur les marchés internationaux qui ne sont pas menacées d'extinction mais qui pourraient le devenir en l'absence d'une réglementation commerciale.	Interdiction du commerce; Permis d'importation et d'exportation ; Certificats de réexportation ; certificats d'origine. Un mécanisme de contingents nationaux d'exportation. Possibilité d'adopter mesures internes plus strictes.	Articles : I, III, XI, XIII Accord OTC Accord SPS	<u>Article 13 :</u> La CDP peut prendre des recommandations ; suspension provisoire du commerce de spécimens d'espèces, délai pendant lequel la partie peut se mettre en conformité. La suspension du commerce est utilisée en dernier recours, les mesures d'incitation sont privilégiées.	<u>Article 18 :</u> Négociation ; En cas d'échec possibilité de recours à l'arbitrage.	<u>Article 14</u> OUI
Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone	Limite le rejet dans l'atmosphère des substances appauvrissant la couche d'ozone.	Système de licences aux échanges avec les parties; Interdiction des exportations de substances usagées et recyclées, applicable aux parties qui ne sont pas en conformité avec les calendriers de réduction et interdiction des échanges avec les non-parties.	Articles III et XI	Pas de sanctions, plus des mesures de soutien.	<u>Article 11 de la Convention de Vienne :</u> Négociation ; Si échec : recours aux bons offices ou à la médiation d'une troisième personne. Si échec : conciliation ou déclaration facultative de reconnaissance d'un mécanisme obligatoire : arbitrage ou la C.I.J.	<u>Article 2</u> OUI



ACCORDS MULTILATERAUX SUR L'ENVIRONNEMENT ET OMC

Conventions	Thématique	Typologie des mesures commerciales	Incompatibilités potentielles avec règles de l'OMC	Mesures de sanctions en cas de non-respect	Mécanismes de règlement des différends	Possibilité pour les parties d'adopter des mesures plus strictes que la convention
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets	Contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux, surveillance et prévention du trafic illicite, aide permettant une gestion écologiquement rationnelle des déchets.	Mesures de notification de l'état d'exportation. Consentement préalable de l'état d'importation. Mesures d'interdiction des exportations.	Article I, XI et XIII	Mécanisme contraignant. Mécanisme de prévention.	<u>Article 20 :</u> Négociation ou tout autre moyen pacifique ; Possibilité de recourir à la CIJ ou arbitrage ; Déclaration facultative de reconnaissance d'un mécanisme obligatoire : CIJ ou/et arbitrage.	<u>Article 4 :</u> Oui, si compatibles avec la convention et conformes aux règles de droit international.
Convention sur la diversité biologique	La conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques.	Ne prescrit pas expressément de mesures commerciales, mais certaines mesures peuvent avoir des conséquences sur le commerce.	Accord ADPIC	Pas de mécanisme de sanction. <u>Article 26 :</u> Soumission d'un rapport à la CDP sur les dispositions que les parties ont adopté pour appliquer la convention et la mesure dans laquelle elles ont permis d'assurer la réalisation des objectifs de celle-ci.	<u>Article 27 :</u> Négociation ; Si échec, possibilité bons offices ou médiation d'un tiers ; Déclaration facultative d'acceptation d'un règlement obligatoire : l'arbitrage ou la CIJ qui rendent une décision contraignante ; Si échec : conciliation.	



Conventions	Thématique	Typologie des mesures commerciales	Incompatibilités potentielles avec règles de l'OMC	Mesures de sanctions en cas de non-respect	Mécanismes de règlement des différends	Possibilité pour les parties d'adopter des mesures plus strictes que la convention
Protocole de Kyoto	Protocole à la CCNUCC. Réduire les émissions de gaz à effet de serre des Parties visées à l'annexe I.	Ne prescrit pas expressément de mesures commerciales, mais certaines mesures peuvent avoir des conséquences sur le commerce. Un marché international de quotas d'émission.		Article 18 : Possibilité de restrictions commerciales.	Article 14 de la CCNUCC : Négociation ou tout autre moyen pacifique ; Si échec conciliation : recommandation non obligatoire. Déclaration facultative de reconnaissance d'un mécanisme obligatoire : CIJ ou arbitrage.	Le protocole de Kyoto impose aux parties d'appliquer et d'élaborer des politiques et des mesures afin de s'acquitter de leurs engagements chiffrés en matière de limitation et de réduction de façon à promouvoir le développement durable sans pour autant imposer des mesures précises ce qui laisse une marge de manœuvre importante aux Etats parties et risque dès lors d'entraîner des incompatibilités avec l'OMC.



Conventions	Thématique	Typologie des mesures commerciales	Incompatibilités potentielles avec règles de l'OMC	Mesures de sanctions en cas de non-respect	Mécanismes de règlement des différends	Possibilité pour les parties d'adopter des mesures plus strictes que la convention
Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques	Assurer la protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des OVM qui peuvent avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et sur la santé.	Notification ; Consentement préalable ou refus concernant l'importation ; Information ; Etiquetage et emballage ; Possibilité d'adopter des mesures plus vigoureuses que le protocole.	Articles I, III, XI et XIII Accord OTC Accord SPS	<u>Article 33 :</u> Etablissement de rapports sur les mesures adoptées. <u>Article 34 :</u> Mécanisme de coopération propre à encourager le respect. La CDP peut prendre plusieurs mesures : assistance financière et technique ; mettre en garde la partie concernée ; prier le secrétaire exécutif de publier le cas de non-respect dans le BCH ; dans les cas répétés de non-respect, prendre des mesures telles que pourra en décider la CDP.	<u>Article 27 de la CDB :</u> Mécanisme identique à celle du protocole de Montréal.	<u>Article 2 :4 :</u> « A condition qu'elles soient compatibles avec l'objectif du protocole et en accord avec les autres obligations imposées à cette partie par le droit international ».



Conventions	Thématique	Typologie des mesures commerciales	Incompatibilités potentielles avec règles de l'OMC	Mesures de sanctions en cas de non-respect	Mécanismes de règlement des différends	Possibilité pour les parties d'adopter des mesures plus strictes que la convention
Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC)	Stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique.	Pas de mesures commerciales, mais les mesures prises par les parties peuvent avoir impacts sur le commerce		<u>Article 13 :</u> Création d'un comité consultatif multilatéral qui doit fournir avis aux parties et prévenir différends. Pourrait prendre recommandations et toute mesure.	<u>Article 14 :</u> Négociation; Si échec conciliation ; Déclaration facultative de reconnaissance d'un mécanisme obligatoire : CIJ ou/et arbitrage.	
Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (POP)	Réduction et élimination des rejets de polluants organiques persistants dans l'environnement	Interdiction des échanges ; Réduction des importations et exportations ; Consentement préalable aux importations sous certaines conditions ; Notification des mesures	Articles I, XI et XIII	Pas de mécanisme. <u>Article 17 :</u> la CDP doit élaborer un mécanisme.	<u>Article 18 :</u> Négociation; Si échec: conciliation ; Déclaration facultative de reconnaissance d'un mécanisme obligatoire : CIJ ou/et arbitrage.	



ACCORDS MULTILATERAUX SUR L'ENVIRONNEMENT ET OMC

Conventions	Thématique	Typologie des mesures commerciales	Incompatibilités potentielles avec règles de l'OMC	Mesures de sanctions en cas de non-respect	Mécanismes de règlement des différends	Possibilité pour les parties d'adopter des mesures plus strictes que la convention
Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international (PIC)	Encourager le partage des responsabilités et la coopération entre parties dans le domaine du commerce international de certains produits chimiques dangereux, afin de protéger la santé des personnes et l'environnement contre des dommages éventuels, et afin de contribuer à l'utilisation écologiquement rationnelle de ces produits en instituant un processus de prise de décision applicable à leur importation et à leur exportation.	Refuser l'importation Consentement préalable à l'importation que sous certaines conditions Mesures d'étiquetage	Article XI Accord OTC	<u>Article 17 :</u> Réunion devant avoir lieu à Rome du 26 au 30 septembre 2005 pour créer mécanisme.	<u>Article 20 :</u> Négociation ou tout autre moyen pacifique ; si échec : commission de conciliation : émet recommandations non obligatoires ; Déclaration facultative de reconnaissance d'un mécanisme obligatoire : CIJ ou/et arbitrage.	<u>Article 15 :</u> Si conformes à la convention et aux règles du droit international.



CHAPITRE 3. PROPOSITIONS DE SOLUTIONS

S'il est vrai que l'organe d'appel a adopté une position plus favorable à la protection de l'environnement dans l'affaire de la crevette et de l'amiante, les décisions des groupes spéciaux et de l'organe d'appel ne clarifient pas pour autant les relations entre l'OMC et les AME. En outre, les conflits portés devant ces derniers n'ont porté que sur des mesures nationales et unilatérales des Etats et jamais sur une mesure multilatérale prise sur le fondement d'un AME. La clarification des rapports entre l'OMC et les AME est donc nécessaire et ne devrait pas être laissée à l'appréciation d'un organe juridictionnel mais devrait plutôt être négociée par les Etats concernés. Cette clarification permettrait une plus grande prévisibilité et sécurité juridique et permettrait ainsi d'éviter des conflits.

1. SOLUTIONS EN AMONT

1.1. Mise en place d'une coordination nationale

Le CCE a affirmé que le mandat de Doha pourrait être l'occasion de recommander aux pays de mettre en place une coordination nationale interministérielle. Cette coordination serait une coordination nationale entre les responsables du commerce et de l'environnement sur les questions relatives aux AME pour chacun des AME. Elle permettrait d'éviter les divergences et ainsi, de prévenir les conflits en amont. À titre d'exemple, un représentant du département de l'environnement et du patrimoine faisait partie de la délégation australienne à la réunion du CCE en cours⁸⁶.

En outre, un des facteurs contribuant à éviter les conflits est l'adoption des décisions par consensus. Ainsi, les décisions des conférences de parties, par exemple de la CDB, sont prises par consensus ainsi que les procédures d'inscription et de désinscription des produits aux annexes prévues dans les conventions PIC et POP. L'avantage du consensus, qui est certes plus long et plus onéreux, est d'éviter les conflits au stade la mise en œuvre de l'AME. La concertation de tous les partenaires publics et nationaux ajouté au consensus exigé selon les procédures décisionnelles prévues dans les AME atténue les risques de conflit.

1.2. Déterminer des principes permettant de conduire au « soutien mutuel », à l'absence de hiérarchie et à la « déférence »

La Suisse considère qu'il est « *important de déterminer les principes qui pouvaient conduire au soutien mutuel, à l'absence de hiérarchie et à la déférence entre les AME et l'OMC. La notion d'absence de hiérarchie est ardue à appliquer car chaque organisme chargé de la propriété intellectuelle, de l'environnement, du commerce etc. tendait à penser que son domaine était le plus important* »⁸⁷.

Le principe de déférence a pour but de veiller à la coexistence pacifique entre le système de l'OMC et des AME. Il consiste à penser que tant l'OMC que les AME devraient demeurer

⁸⁶ Note du secrétariat, Résumé sur la 10^e réunion (...), Ibid., TN/TE/R/10, 12-13 octobre 2004, p.7.

⁸⁷ Ibid., p.5.



responsables et compétents pour les questions relevant de leurs principaux domaines de compétence respectifs. Les AME sont responsables de l'élaboration de la politique environnementale, tandis que l'OMC a compétence pour veiller à ce que les mesures de mise en œuvre prises au niveau national ne soient pas protectionnistes, c'est-à-dire qu'elles ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou des restrictions déguisées au commerce international. Ni un AME ni l'OMC ne peut élaborer des politiques et se livrer à des interprétations juridiques isolément l'une de l'autre. Même si les règles de ces deux entités ont été élaborées dans des enceintes différentes, elles reflètent néanmoins, la volonté et les besoins de la communauté internationale.

La Suisse affirme qu'on est tenté de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'OMC pour régler toute sorte de litiges. Or, il conviendrait d'éviter que les différents régimes juridiques n'interfèrent entre eux.

L'association WWF la rejoint et insiste sur le fait qu'il faut réduire le besoin de recourir au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. La possibilité que l'application d'une mesure commerciale prise sur le fondement d'un AME résulte en un conflit porté devant l'OMC produit un « *chilling effect* » sur le développement et l'application des AME. Ce « *chilling effect* » se fait ressentir dans le cadre des négociations des AME⁸⁸.

Les CE estiment qu'il faudrait s'entendre sur le principe de bonne gouvernance. Elles ont fait valoir que « *la politique environnementale multilatérale doit être élaborée dans les instances environnementales multilatérales et non à l'OMC, selon les compétences et le mandat respectif de chaque organisme* »⁸⁹. Elles ajoutent que contrairement à ce qu'affirment les Etats-Unis ainsi que l'Australie, le fait qu'il n'y avait jamais eu de problème (ce qui n'est pas exact, l'affaire de l'espadon le démontre) ne voulait pas dire qu'il n'y en aurait pas et que la coordination nationale était efficace mais peut être pas suffisante.

1.3. Une présomption de compatibilité

Certains auteurs comprennent ce principe de non hiérarchie entre l'OMC et les AME comme l'existence d'une présomption de compatibilité entre les deux. Ils avancent que les mesures prises en vertu d'un AME devraient jouir d'une présomption de compatibilité avec le droit de l'OMC c'est-à-dire qu'elles seraient présumées nécessaires à la protection de l'environnement, ne pas être un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable et ne pas être une restriction déguisée au commerce international.

D'après H-R. Fabri, « *il s'agit de la traduction juridique de l'idée que les Etats négocient et concluent leurs accords en connaissance de cause, c'est-à-dire en ayant en tête leurs engagements antérieurs, et qu'ils doivent donc être présumés avoir conclu des accords successifs compatibles* ». Certes, cette présomption ne serait pas irrefragable ce qui laisse ouverte la possibilité de contrôler sa compatibilité avec le droit de l'OMC⁹⁰.

Cela implique un renversement de la charge de la preuve. Il reviendrait à la partie qui conteste la légalité de la mesure d'apporter la preuve que cette mesure constitue une atteinte injustifiée au regard des accords de l'OMC. La Commission européenne soutient cette position

⁸⁸ WWF, Ibid, p.10.

⁸⁹ Note du secrétariat, Ibid., p.4.

⁹⁰ H. Ruiz-Fabri, ibid., p.377.



et considère que ce renversement de la charge de la preuve devrait n'être limité qu'à certaines mesures commerciales, telles que celles qui sont expressément spécifiées dans l'accord⁹¹.

1.4. Le statut d'observateur aux secrétariats des AME

Plusieurs organisations internationales se sont vues accorder le statut d'observateur auprès du CCE. Parmi elles figurent le PNUE et certains AME : la CDB, la CITES, l'ICCAT et la CCNUCC.

Le statut d'observateur permet aux organisations qui l'ont, de recevoir des documents de l'OMC. En vertu du Règlement Intérieur du Conseil général, « *les organisations ayant le statut d'observateur recevront des exemplaires des principales séries de documents de l'OMC et d'autres séries de documents se rapportant aux travaux des organes subsidiaires aux réunions desquelles elles assisteront en tant qu'observateurs. Elles pourront recevoir les documents additionnels qui auront pu être spécifiés dans les clauses des éventuels arrangements formels de coopération entre elles et l'OMC* »⁹². L'obtention de ce statut par les AME auprès des organes compétents de l'OMC permettrait un échange d'informations et un travail en collaboration ainsi qu'un renforcement des capacités pour contribuer à la création de synergies.

Le CCE a décidé de reporter le débat sur les demandes de statut d'observateur auprès du CCE présentées par les AME tant que le conseil général n'aurait pas examiné la question du statut d'observateur⁹³. A l'heure actuelle, deux demandes de statut sont en instance, celle de l'OIBT et celle du protocole de Montréal⁹⁴. Les demandes du statut auprès du conseil des ADPIC, du Comité de l'Agriculture, du Comité des Mesures Sanitaires et Phytosanitaires et du Comité des Obstacles Techniques au Commerce, présentées par la CDB sont, elles aussi, en attente.

Lors de la réunion des 12 et 13 février 2003 de la session extraordinaire du CCE, il a été convenu d'inviter un certain nombre d'organisations sur une base ad hoc, réunion par réunion. Ces organisations sont le PNUE et les sept AME suivants : la convention de Bâle, la CDB, la CITES, le protocole de Montréal, la convention de Rotterdam, la convention de Stockholm, et la CCNUCC. On observe que le statut d'observateur est accordé beaucoup plus facilement à l'OMC. L'OMC assiste régulièrement aux principales réunions des AME qui prévoient des mesures liées au commerce⁹⁵. La plupart des AME accordent, en effet, la possibilité aux organisations internationales qui en ont exprimé le souhait d'assister aux réunions en tant qu'observateurs. (cf. article 15.6 de la convention de Bâle, article 23.5 de la CDB, article 193.8 de la convention de Stockholm).

1.5 Conclure des accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux avec les Etats non-parties

Afin de prévenir des conflits entre les Etats parties et les Etats non-parties aux AME, certains AME prévoient la possibilité de conclure des accords bilatéraux, régionaux voire multilatéraux avec les non-parties. L'intérêt pour les non-parties d'adhérer à ce type d'accords

⁹¹ Communication au Comité du Commerce et de l'Environnement, « *Resolving the relationship between WTO rules and MEAs* », 25 juillet 2000.

⁹² Règle 9 de l'annexe 3 sur le statut d'observateur des organisations internationales intergouvernementales auprès de l'OMC, WT/L/161, 25 juillet 1996.

⁹³ WT/CTE/M/28.

⁹⁴ Note du secrétariat, Modes de coopération et d'échange de renseignements existants entre le PNUE/les AEM et l'OMC, TN/TE/S/2, 17 février 2005.

⁹⁵ Ibid, p.11.



réside dans la possibilité qui leur est ouverte d'exporter ou d'importer vers ou en provenance des Etats parties sans pour autant se soumettre à l'ensemble des obligations des conventions.

- Le **protocole de Carthagène** évoque la possibilité de conclure des « *accords et arrangements bilatéraux, régionaux ou multilatéraux avec des non-parties au sujet des mouvements transfrontières intentionnels d'OVM, s'ils sont conformes à l'objectif du protocole et à condition que ces accords et arrangements n'aboutissent pas à un degré de protection moindre que celui prévu par le protocole* » (article 24 §1). Le paragraphe 3 de l'article 24 stipule que le protocole n'a aucun effet « *sur les mouvements transfrontières qui ont lieu en vertu d'un de ces accords entre les parties à cet accord* ». Il invite également les non-parties à adhérer et à coopérer avec le centre d'échange qu'il établit.
- La **convention de Bâle** impose aux parties « *d'interdire les exportations de déchets dangereux ou d'autres déchets vers les non-parties ou les importations depuis ces non-parties* » (article 4.5), à moins qu'elles n'aient conclu entre elles, au titre de l'article 11, un accord bilatéral ou régional « *dont les dispositions ne sont pas moins écologiquement rationnelles que celles prévues par la convention* » de Bâle.
- D'autres conventions offrent cette possibilité : la **convention de Bamako** de 1991 sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique ; l'**accord régional de 1992 relatif aux mouvements transfrontières de déchets dangereux**, le **protocole d'Izmir** de 1996 sur la prévention de la pollution de la Méditerranée par les mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination ; la **convention de Waigani** de 1995 interdisant l'importation de déchets dangereux radioactifs dans les pays insulaires membres du forum et contrôlant leurs mouvements transfrontières et leur gestion dans la région du Pacifique sud.⁹⁶

2. SOLUTIONS DANS LE CADRE DU REGLEMENT DES DIFFERENDS

2.1. L'élaboration d'une "clause interprétative"

Le Japon a proposé l'adoption d'une clause interprétative contraignante sur la relation entre les règles de l'OMC et les mesures commerciales spécifiques des AME entre les parties à un AME⁹⁷. Il est vrai qu'il y a eu peu de différends au sujet de mesures commerciales entre des parties à un AME qui sont également Membres de l'OMC. Toutefois, une clause interprétative de ce type assurerait la stabilité juridique et permettrait de meilleures prévisions en ce qui concerne la compatibilité entre les deux espaces normatifs. Cette clause interprétative pourrait être insérée dans le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC.

⁹⁶ H. Ruiz-Fabri, Ibid., p. 350.

⁹⁷ La relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les AEM, TN/TE/W/10, 3 octobre 2002, p.5.



Afin d'éviter au maximum les conflits entre les parties aux AME, il serait également possible d'insérer dans le Mémorandum d'accord de l'OMC une clause prévoyant le recours par les parties aux AME à leur mécanisme de règlement des différends préalablement à un autre mécanisme tel que celui de l'OMC. Ainsi, les moyens de règlement des différends prévus par les AME comme la négociation, l'arbitrage ou le recours à la Cour internationale de Justice seraient privilégiés par rapport au mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

2.2. Le recours à l'article 13 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC

L'article 13 du Mémorandum autorise les groupes spéciaux à « *demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques* ». Avant de demander de tels renseignements ou avis il doit informer les autorités de ce Membre. L'article 13.2 reconnaît en outre aux groupes spéciaux la possibilité de « *demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. A propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts.* » Dans l'hypothèse d'un différend portant sur l'application de mesures commerciales prises en application d'un AME, le groupe spécial saisi pourrait se fonder sur l'article 13 pour demander l'avis du secrétariat de l'AME applicable afin de connaître sa position sur l'application et l'interprétation de la clause commerciale litigieuse. Cette consultation pourrait être rendue obligatoire. Les groupes spéciaux ne sont cependant pas liés par les avis des experts. Une proposition consisterait à rendre les avis des secrétariats des AME obligatoires, néanmoins cela nécessiterait une modification du Mémorandum d'accord.

2.3. Le recours obligatoire à la CIJ, à l'arbitrage ou à la conciliation obligatoire

Afin de garantir un mécanisme de règlement des différends plus efficace au sein des AME et ainsi de réduire les risques que les différends soient portés devant l'OMC, il serait possible de prévoir qu'en cas d'échec des moyens pacifiques de règlement des différends comme la négociation ou la conciliation, les parties devraient obligatoirement avoir recours à la Cour Internationale de Justice, à un tribunal arbitral ou à une conciliation obligatoire.

De cette manière, une décision obligatoire et contraignante serait appliquée aux parties au différend.

CONCLUSION

Le nombre croissant d'accords multilatéraux sur l'environnement (AME) mettant en œuvre des mesures commerciales afin d'atteindre leurs objectifs, a posé la question de leur compatibilité avec les règles établies par l'organisation mondiale du commerce (OMC). C'est le cas notamment de la CITES réglementant le commerce international des espèces en voie d'extinction, du protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone, de la convention de Bâle sur les déchets dangereux, de la Convention de Stockholm sur les produits chimiques ou du protocole de Carthagène sur les organismes génétiquement modifiés...

Les mesures commerciales contenues dans les AME sont utilisées à des fins multiples : décourager la surexploitation des ressources naturelles – CITES -, empêcher l'exportation des externalités négatives – Convention de Bâle -, contrôler l'importation de produits dangereux (Convention de Stockholm), par exemple. Il existe un risque que des mesures indispensables à la mise en œuvre et au respect des obligations d'un AME soient invalidées par l'organe de règlement des différends de l'OMC sur la base du non respect de principes tels que le principe du traitement national, et celui de l'élimination des restrictions quantitatives. Par ailleurs, le principe de précaution n'étant pas reconnu par l'OMC, la question de son articulation avec les AME fondés sur ce principe demeure problématique.

L'application des mesures commerciales découlant des AME aux non-parties constitue le problème central : les traités ne sont pas opposables aux Etats ne les ayant pas ratifiés. Or, presque tous les AME prévoient l'application de mesures commerciales aux Etats non-parties. Ainsi, ces derniers pourraient contester une telle application devant l'organe de règlement des différends de l'OMC. La relation entre l'AME et les règles commerciales de l'OMC serait alors laissée à l'appréciation de l'organe juridictionnel de l'OMC.

Ainsi, le mandat de la conférence ministérielle de Doha de l'OMC ne traite pas du problème essentiel puisque le rapport entre les mesures commerciales comprises dans les AME et le droit de l'OMC n'est envisagé que dans le cadre des relations entre les parties aux AME. Non seulement, l'application des mesures commerciales découlant des AME aux Etats non-parties n'est pas discutée, mais en outre ces Etats ont la possibilité de participer à la négociation dans le cadre du cycle. Ils peuvent ainsi influencer les négociations sans pour autant se voir appliquer les décisions prises à l'issue de la négociation. Ce cycle ne peut donc en aucun cas, déboucher sur une solution satisfaisante.

L'article XX de l'OMC permet de prendre des mesures de protection de l'environnement. La jurisprudence de l'organe de règlement des différends laisse à penser que des mesures de restriction au commerce prises en application d'un AME satisferaient aux critères de nécessité posé par l'article XX. Cependant, la conformité de ces mesures dépend également de la manière dont elles seraient appliquées, elles ne doivent constituer ni une discrimination arbitraire ou injustifiable ni une restriction déguisée au commerce. Le risque demeure à ce niveau. La transparence des mesures ainsi que leur négociation préalable avec l'ensemble des parties concernées contribueraient à éviter leur incompatibilité.

Il existe en outre des clauses difficiles à faire reconnaître dans l'ordre juridique commercial : ce sont les restrictions basées sur des éléments non directement écologiques

mais économiques, comme la capacité économique d'un pays à traiter correctement un certain type de produits comme les déchets.

Enfin les AME et l'OMC ayant des organes de règlement des différends distincts, il pourrait y avoir conflit de solutions si deux pays saisissaient chacun un des deux organes pour statuer sur le même litige. Cette situation serait sans solution dans l'ordre juridique international.

Pour l'ensemble de ces raisons, il semble que l'OMC ne soit pas l'enceinte adéquate pour analyser les questions environnementales en tant que telles. L'OMC, en tant qu'organisation internationale répondant au principe de spécialité, n'a en effet pas vocation à appréhender directement les questions environnementales. L'OMC est compétente uniquement pour les questions relevant du commerce international et l'extension de sa compétence ne semble pas opportune. Néanmoins, le commerce et l'environnement sont des domaines qui se croisent à une intersection qui nécessite d'être étudiée afin d'éviter les conflits entre les deux matières et de permettre le développement du commerce dans des conditions respectueuses de l'environnement. À ce titre, la création d'une Organisation des Nations Unies pour l'Environnement (ONUE) semble être une piste intéressante à explorer. Les enjeux ne sont pas uniquement de nature juridique mais sont également de nature politique. La création d'une telle organisation permettrait de rétablir un équilibre entre les préoccupations environnementales et commerciales.



