

L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994 DANS LA JURISPRUDENCE DE L'ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC : UNE ANALYSE SOUS LE PRISME ENVIRONNEMENTAL

*Jacques Joël Andela**

Le souci de protéger l'environnement a gagné tous les secteurs de la vie internationale, y compris le secteur du commerce. Or, en dépit de cette excoissance, la prise en compte des préoccupations d'ordre écologique reste faible à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), organe mis en place en vue de servir de cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses membres. Cela tient au fait que les conditions dans lesquelles l'exception environnementale peut être mobilisée avec succès devant cette organisation internationale sont très contraignantes et ont du mal à prospérer dans la jurisprudence de l'organe de règlement des différends. Toutefois, il y a lieu de rester optimiste dans la mesure où non seulement les juges de l'OMC n'ont pas définitivement fermé la porte aux préoccupations d'environnement, mais également du fait de l'émergence d'un principe du soutien mutuel dans l'ordre juridique international, et qui apparaît comme une opportunité de réconcilier deux branches du droit international aux apparences contradictoires, à savoir le droit international du commerce et le droit international de l'environnement.

The concern for protecting environment has penetrated all the sectors of the international life including the trade sector. In spite of this excoissance, the ecological preoccupations remain weak at the World Trade Organization (WTO) an organism that has been set up in order to serve as the common institutional framework for guiding the commercial relations of its members. This is because the conditions to argue successfully for an environmental exception in front of this international organization are very restricting and are not very well taken into consideration in the precedents of its disputes settlement organ. Nevertheless, it is possible to have hopes in so far as not only the judges of the WTO didn't close definitely the door to the environmental preoccupations but also because of the emergence of a principle of mutual support in the international law order, which appears as an opportunity of reconciling two apparently contradictory branches of international law. These are the international trade law and the international environmental law.

* Diplome (Ministère des relations extérieures, Cameroun).

Protéger l'environnement fait partie des préoccupations de premier plan de la communauté internationale aujourd'hui. Depuis la fin des années 1960, les réflexions relatives à la qualité de notre milieu de vie se sont émancipées de l'ombre tutélaire des biologistes, écologistes et autres experts des sciences de la vie et de la terre pour envahir l'arène politique où nombre d'hommes d'État et de la société civile s'en revendiquent comme les chantres dans les cénacles les plus divers. Ainsi la réalité nous contraint à l'admettre : l'environnement est « un nouveau paradigme qui s'impose, hors duquel le siècle commençant serait illisible »¹. Cela étant, les secteurs de l'économie et du commerce n'échappent pas à cette nouvelle grille de lecture des faits internationaux. Avec l'adoption de l'Accord de Marrakech² en 1994 et l'avènement de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les considérations environnementales font désormais partie intégrante du nouvel ordre juridique international du commerce. À la lecture du préambule de ce texte, on note :

Les Parties au présent Accord, reconnaiss[en]t 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 toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, 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.³

Si par ces dispositions il ne fait aucun doute que le système commercial multilatéral n'ignore pas l'enjeu essentiel que représente le développement durable dans les relations internationales contemporaines, une incertitude demeure au sujet de l'articulation des rapports entre les considérations commerciales et celles qui sont liées à la protection de l'environnement. À cet égard, l'OMC, organisation à vocation libérale, a fait le choix d'une variété d'approches aux fins d'introduire les préoccupations environnementales au sein de l'ordre commercial international. C'est le cas notamment de la technique de l'exception. En effet, lorsqu'on consulte l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*⁴, on note que son article XX consacre dix exceptions générales (paragraphe a-j) qui permettent de relativiser les principes du libre-échange, et dont deux se rapportent précisément aux considérations environnementales. Il s'agit des paragraphes b) et g) qui permettent de restreindre les échanges commerciaux, respectivement par des mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des

¹ Dominique Vidal, « Quelle grille de lecture? » dans *L'Atlas environnement du Monde Diplomatique*, 2007 à la p 10.

² *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [Accord de Marrakech].

³ *Ibid.*, préambule.

⁴ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [GATT de 1994].

végétaux » ou « 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 ».

Dans quelle mesure un tel régime exceptionnel peut-il prospérer dans une enceinte précisément dédiée à la promotion des échanges? L'Organe de règlement des différends (ORD), instance de résolution des litiges commerciaux à l'OMC, est-il à même de garantir l'intégrité des valeurs environnementales alors que sa raison d'être est de préserver la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral⁵?

Aux fins d'apporter quelque lumière à cette zone grise du droit de l'OMC, il est manifeste que

l'interprétation de l'article XX revêt une importance particulière car elle déterminera le cadre dans lequel chaque État membre pourra mettre en œuvre sa politique sanitaire ou environnementale qui aboutirait à des restrictions tenant aux échanges commerciaux.⁶

La présente contribution dès lors vise à lever un pan du voile qui continue de couvrir le statut des considérations environnementales à l'OMC, ceci à la lumière des dispositions pertinentes de l'article XX du GATT de 1994 et de l'application qui en est faite dans la jurisprudence de l'ORD. Notre hypothèse est simple : bien que le nouveau système commercial multilatéral accorde de l'importance aux considérations environnementales, celles-ci ont peu influencé les décisions de la formation de jugement de l'OMC. Cette hypothèse, qui résulte de l'examen des conditions d'application de l'article XX du GATT de 1994 en ses dispositions pertinentes (I) conduit, ce faisant, à interroger l'efficacité des paragraphes b) et g) au regard de leur finalité, à savoir la prise en compte des considérations de santé et d'environnement à l'OMC (II).

I. Les conditions d'application de l'article XX du GATT de 1994 au titre de la protection de l'environnement

L'adoption d'une mesure de restriction au commerce international n'est pas forcément contraire au droit de l'OMC. En effet,

⁵ Conformément à l'article 3.2 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 RTNU 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [Mémorandum d'accord], « le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ».

⁶ Badr Zerhdoud, « Le régime juridique international des biotechnologies : entre libre-échange et protection de l'environnement », en ligne : (2005) 2 *EcoLomic Policy & Law* à la p 22 <<http://www.ecolomics-international.org>> [Zerhdoud].

[p]ar la technique de l'exception, le droit de l'OMC permet aux Membres qui respectent certaines conditions d'appliquer des mesures environnementales ayant des effets contraires aux obligations de libéralisation des échanges, sans pour autant que le non-respect de ces obligations soit suivi des conséquences légales normalement applicables.⁷

Ces conditions exonératoires de responsabilité figurent à l'article XX du GATT de 1994 et les modalités d'appréciation de leur validité ont été mises en exergue par l'ORD de l'OMC :

premièrement, un groupe spécial doit examiner si la mesure relève d'au moins une des dix exceptions énumérées à l'article XX. Deuxièmement, il faut examiner la question de savoir si la mesure en cause satisfait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.⁸

En résumé, une mesure adoptée au titre de l'article XX du GATT de 1994, pour être admise, doit non seulement relever d'au moins une des exceptions générales énumérées (A), mais également être conforme au texte introductif de l'article XX, c'est-à-dire être appliquée de bonne foi⁹ (B).

⁷ Hugues Hellio, *L'Organisation mondiale du commerce et les normes relatives à l'environnement. Recherches sur la technique de l'exception*, thèse de doctorat en droit international, Université de Paris II, 2005 [non publiée] à la p 22 [Hellio, *L'OMC et les normes relatives à l'environnement*].

⁸ *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Plainte des Communautés européennes)* (1997), OMC Doc WT/DS332/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para 139 [*Brésil – Pneumatiques rechapés* (Rapport de l'Organe d'appel)]; *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontalière de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda)* (2005), OMC Doc WT/DS285/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) aux para 306-307 [*États-Unis – Jeux* (Rapport de l'Organe d'appel)]; *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuel (Plainte des États-Unis)* (2009), OMC Doc WT/DS363/R (Rapport du Groupe spécial) au para 7.746 [*Chine – Publications des produits audiovisuels* (Rapport du Groupe spécial)]; *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plaintes du Venezuela et du Brésil)* (1996), OMC Doc WT/DS2/R (Rapport du Groupe spécial) au para 6.20 [*États-Unis – Essence* (Rapport du Groupe spécial)]; Voir également Alexandre Kiss et Jean-Pierre Beurrier, *Droit international de l'environnement*, 3^e éd, Paris, Pedone, 2004 à la p 419 [Kiss et Beurrier, *Droit international de l'environnement*]; Habib Gherari, « La preuve devant le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce » dans Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel, dir, *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, 69 à la p 78.

⁹ Ces deux conditions sont cumulatives, comme l'a clairement souligné l'Organe d'appel : « pour que la protection conférée par l'article XX puisse s'appliquer à elle afin de la justifier, la mesure en cause ne doit pas seulement relever de l'une ou l'autre des exceptions particulières – paragraphes a) à j) – énumérées à l'article XX; elle doit aussi satisfaire aux prescriptions établies dans les clauses introductives de l'article XX. En d'autres termes, l'analyse est double : premièrement, justification provisoire de la mesure au motif qu'elle relève de [l'une des exceptions]; deuxièmement, nouvelle évaluation de la même mesure au regard des clauses introductives de l'article XX ». Voir *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plaintes du Venezuela et du Brésil)* (1996), OMC Doc WT/DS2/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) à la p 22 [*États-Unis – Essence* (Rapport de l'Organe d'appel)].

A. La mesure en cause doit être adoptée au titre de l'une des exceptions générales de l'article XX du GATT de 1994

Les exceptions générales prévues à l'article XX du GATT de 1994 sont au nombre de dix et portent sur des domaines très variés. En matière d'environnement, pour qu'une mesure incriminée soit admise conformément à cet article, elle doit être nécessaire à la protection de la santé, la vie des personnes et des animaux, de même que la préservation des végétaux d'une part, ou se rapporter à la conservation des ressources naturelles épuisables d'autre part.

1. LA MESURE DOIT ÊTRE NÉCESSAIRE À LA PROTECTION DE LA SANTÉ ET LA VIE DES PERSONNES ET DES ANIMAUX, DE MÊME QUE LA PRÉSERVATION DES VÉGÉTAUX

Conformément à cette exigence, un État garde le droit souverain d'interdire l'accès sur son territoire à des produits étrangers lorsque ceux-ci constituent une menace avérée pour la santé et la vie des populations, de même que pour la préservation de son écosystème. Toutefois, afin d'éviter de laisser libre cours aux politiques protectionnistes contre lesquelles l'OMC a été précisément créée, il revient à l'État qui voudrait s'en prévaloir de démontrer non seulement que sa mesure poursuit effectivement un objectif légitime, mais également qu'elle est nécessaire.

a) *La mesure vise la protection des personnes et des écosystèmes*

Aux fins d'invoquer avec succès l'exception prévue à l'article XXb), un État doit pouvoir établir que les biens ou services en provenance de l'étranger dont il interdit ou restreint l'importation constituent une menace à la santé ou la vie de ses populations et des animaux, voire qu'ils risquent de dégrader de façon substantielle la flore qu'il abrite sur son territoire et que, par conséquent, sa mesure de restriction vise à empêcher la réalisation d'un dommage. À l'observation, il est important de souligner que les accords de l'OMC laissent aux États le pouvoir de déterminer par eux-mêmes le niveau de santé qu'ils souhaitent garantir à leurs populations. En effet, lorsqu'on se réfère à l'article 2.1 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*¹⁰, on peut lire que

[L]es Membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent accord.¹¹

¹⁰ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 508 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [Accord SPS].

¹¹ Dans le même sens, l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 RTNU 141 (entrée

Conformément à cette indication, les juges de l'OMC ont validé la politique de santé publique de certains États, même si celle-ci constituait une restriction à la liberté des échanges internationaux. Dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes* par exemple, le Groupe spécial a reconnu, en accord avec les parties au différend et l'expert de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), que

l'usage du tabac constituait un risque sérieux pour la santé des personnes et qu'en conséquence les mesures destinées à réduire la consommation de cigarettes entraient dans le champ d'application de l'article XXb). Il a relevé que cette disposition autorisait clairement les parties contractantes à donner à la santé des personnes priorité sur la libéralisation du commerce.¹²

Le même raisonnement a été repris dans l'affaire *CE – Amiante* où l'Organe d'appel confirme la décision du Groupe spécial validant le décret d'interdiction français, au motif que l'utilisation de produits en chrysotile-ciment présente un risque pour la santé des personnes suffisamment grand pour justifier une mesure d'interdiction au motif de la « protection de la santé et de la vie des personnes » prévue à l'article XXb) du GATT de 1994¹³.

En revanche, un autre domaine continue de faire planer l'incertitude, ceci depuis au moins l'adoption et l'entrée en vigueur du *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*¹⁴. C'est celui du commerce des organismes vivants modifiés (OVM), notamment les organismes génétiquement modifiés (OGM). La question qui se pose ici est celle de savoir si un État peut interdire l'entrée d'OGM sur son territoire au motif que ceux-ci constituent une menace pour la santé des personnes et des animaux, de même que la préservation des végétaux. En tout état de cause, une certaine frange de la doctrine considère que les OGM présentent des risques réels aussi bien pour l'environnement que pour la santé humaine et animale¹⁵. À l'OMC, cette préoccupation a été examinée dans une affaire qui opposait les Communautés européennes à une coalition d'États (États-Unis, Canada et Argentine)¹⁶. Bien qu'elle

en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [Accord OTC] prévoit la possibilité pour les États d'élaborer, d'adopter ou d'appliquer des règlements techniques nécessaires pour réaliser un objectif légitime, 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; *Ibid*, art 2.2.

¹² *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes (Plainte des États-Unis)* (1990), OMC Doc DS10/R - 37S/214 (Rapport du Groupe spécial) au para 73.

¹³ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc WT/DS135/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) aux paras 157-163 [*CE – Amiante* (Rapport de l'Organe d'appel)]. Voir dans le même sens *Brésil – Pneumatiques rechapés* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 8 au para 155.

¹⁴ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 2226 RTNU 208 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003) [*Protocole de Cartagena*].

¹⁵ Zerhdoud, *supra* note 6 aux pp 9-18.

¹⁶ Il s'agit de l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte des États-Unis)* (2006), OMC Doc WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Produits biotechnologiques (Rapport du Groupe spécial)*]. À noter qu'elle n'a pas fait l'objet d'un appel comme c'est très souvent le cas à l'OMC. L'on pourrait rappeler, à toutes fins utiles, qu'une première

n'ait pas fait l'objet d'un traitement satisfaisant du point de vue de l'analyse juridique¹⁷, les défenseurs de l'environnement peuvent au moins se satisfaire de la position du Groupe spécial, qui assimile les OGM à des « parasites » justifiant une mesure¹⁸. Cette prise de position de la formation de jugement, bien qu'entretenant un flou artistique sur la position de l'OMC sur la question, ouvre un boulevard pour les États préoccupés par la préservation de leur environnement et il serait intéressant pour les juristes de l'explorer de façon plus approfondie, sans toutefois perdre de vue l'exigence de la nécessité qui doit accompagner la mesure de restriction.

b) *La mesure est nécessaire*

« La nécessité telle qu'elle apparaît dans le droit de l'OMC n'y est jamais définie ni qualifiée. C'est donc au juge qu'il est revenu de préciser ce qu'elle recouvrait »¹⁹. À cet égard, le concept a fait l'objet d'un traitement abondant dans la jurisprudence de l'OMC²⁰. Au regard de celle-ci, il ressort qu'une mesure est nécessaire lorsqu'elle est proportionnelle à l'objectif poursuivi et qu'il n'existe pas d'autres mesures alternatives raisonnables.

i. La mesure est proportionnelle à l'objectif poursuivi

La proportionnalité renvoie à l'adéquation d'une mesure avec l'objectif poursuivi. Il s'agit de s'assurer que « le 'coût' imposé par la mesure est pesé par rapport aux avantages qui en résultent du point de vue de l'objectif poursuivi, l'idée directrice étant celle d'équilibre »²¹. Sur ce point, il convient de rappeler que l'Organe d'appel a précisé

réclamation avait été formulée en 2000 par les autorités thaïlandaises, qui dénonçaient une mesure de prohibition adoptée par l'Égypte à l'importation de thon en boîte en provenance de Thaïlande, soupçonné d'être emballé dans de l'huile de soja génétiquement modifiée. Cette affaire a été réglée par voie de consultations bilatérales entre les deux parties. À ce sujet, voir Organisation mondiale du commerce, « Égypte – Prohibition à l'importation de thon en boîte à l'huile de soja », en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds205_f.htm>.

¹⁷ Geneviève Dufour, « Les OGM à l'OMC : résumé critique du rapport du groupe spécial dans l'affaire CE – Produits biotechnologiques » (2007) RQDI (Hors-série) 281 à la p 286 [Dufour, *Les OGM à l'OMC*].

¹⁸ CE – *Produits biotechnologiques* (Rapport du groupe spécial), *supra* note 16 aux para 7.240 et s.

¹⁹ Hélène Ruiz Fabri, « La nécessité devant le juge de l'OMC » dans Société française de droit international, *La nécessité en droit international : Colloque de Grenoble*, Paris, Pedone, 2007, 189 à la p 201 [Ruiz Fabri, *La nécessité devant le juge de l'OMC*].

²⁰ Voir dans ce sens les affaires ci-après : CE – *Amiante* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 13 aux para 164-175; Corée – *Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Plaintes des États-Unis et de l'Australie)* (2000), OMC Doc WT/DS161/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) aux para 159-182 [Corée – *Viande de bœuf* (Rapport de l'Organe d'appel)]; Brésil – *Pneumatiques rechapés* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 8 aux para 133-212; Chine – *Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuel (Plainte des États-Unis)* (2009), OMC Doc WT/DS363/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) aux para 234-335 [Chine – *Publications de produits audiovisuels* (Rapport de l'Organe d'appel)].

²¹ Ruiz Fabri, *La nécessité devant le juge de l'OMC*, *supra* note 19 à la p 212.

qu'un Membre de l'OMC a le pouvoir de définir les objectifs en matière de santé publique ou d'environnement qu'il cherche à atteindre ainsi que le niveau de protection qu'il souhaite obtenir au moyen de la mesure ou de la politique qu'il choisit d'adopter.²²

En d'autres termes, l'État conserve le monopole de la définition du niveau de risque qu'il entend faire supporter à son environnement ou à ses populations en matière de santé. Dès lors, la proportionnalité d'une mesure par rapport à l'objectif poursuivi couvre un large éventail de possibilités qui vont de l'interdiction pure et simple d'importer à une admission sans restriction, en passant par l'admission sous conditions. Ainsi, par exemple, du moment où il est légitime pour un État de vouloir soumettre sa population et son environnement à un risque zéro face à certaines menaces²³, celui-ci est fondé à adopter une mesure d'interdiction totale s'il estime que seule celle-ci peut lui permettre d'atteindre l'objectif poursuivi. Dans un tel cas de figure, l'ORD ne condamne pas systématiquement un tel comportement, dès lors qu'il admet qu'une mesure ne saurait être répudiée du seul fait qu'elle a des effets trop restrictifs sur le commerce international²⁴. L'Organe d'appel a en effet estimé que

pour déterminer si une mesure qui n'est pas « indispensable » peut néanmoins être « nécessaire » [...], il faut dans chaque cas soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations.²⁵

En ce qui concerne l'administration de la preuve, si le défendeur de la mesure incriminée a la responsabilité d'établir qu'elle est nécessaire, et donc proportionnelle, au regard de l'objectif poursuivi²⁶, il ne lui appartient pas de démontrer en revanche qu'il n'existe pas d'autres mesures alternatives raisonnables²⁷.

²² *Brésil – Pneumatiques rechapés (Rapport de l'Organe d'appel)*, supra note 8 au para 140; *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (Plainte du Canada)* (1998), OMC Doc WT/DS48/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para 172 [CE – Hormones (Rapport de l'Organe d'appel)]; *Australie – Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada)* (1998), OMC Doc WT/DS18/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para 199 [Australie – Saumons (Rapport de l'Organe d'appel)].

²³ *Australie – Saumons* (Rapport de l'Organe d'appel), *ibid* au para 125.

²⁴ Ruiz Fabri, *La nécessité devant le juge de l'OMC*, supra note 19 à la p 218.

²⁵ *Corée – Viande de bœuf* (Rapport de l'Organe d'appel), supra note 20 au para 164.

²⁶ *Chine – Publications des produits audiovisuels* (Rapport de l'Organe d'appel), supra note 20 au para 239.

²⁷ *Chine – Publications des produits audiovisuels* (Rapport du Groupe spécial), supra note 8 au para 7.785; *États-Unis – Jeux* (Rapport de l'Organe d'appel), supra note 8 au para 156. Voir aussi Philippe Maddalon, « Les rapports des groupes spéciaux et de l'organe d'appel de l'OMC » (2005) 51 AFDI 603 aux pp 631-632.

ii. Il n'existe pas d'autres mesures alternatives raisonnables

Une mesure est considérée comme une alternative raisonnable lorsqu'elle est moins restrictive pour le commerce que la mesure mise en cause, tout en permettant de préserver le droit du membre défendeur d'assurer le niveau de protection qu'il souhaite, ceci en fonction de l'objectif qu'il poursuit²⁸. En effet, le but ultime du système commercial international étant la promotion des échanges, un État doit toujours favoriser les mesures les moins restrictives pour le commerce lorsqu'il entend préserver d'autres valeurs. Toutefois, chaque situation doit être appréciée au cas par cas et l'on doit tenir compte du niveau de développement des États en cause afin d'évaluer leurs capacités techniques et financières à pouvoir adopter une mesure jugée moins restrictive. À ce sujet, l'Organe d'appel a cru devoir rappeler qu'

il peut être constaté qu'une mesure de rechange n'est pas « raisonnablement disponible » lorsqu'elle est de nature purement théorique, par exemple, lorsque le Membre défendeur n'est pas capable de l'adopter ou lorsque la mesure impose une charge indue à ce Membre, par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles.²⁹

Il poursuit :

Ainsi, la capacité d'un pays de mettre en œuvre des mesures correctives qui seraient particulièrement onéreuses ou qui exigeraient des technologies avancées, peut être pertinente pour l'évaluation du point de savoir si ces mesures ou pratiques sont des solutions de rechange raisonnablement disponibles pour remplacer une mesure préventive, telle que l'interdiction d'importer, qui ne comporte pas « des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles ».³⁰

De ce qui précède, l'on déduit aisément que l'étiquetage, l'emballage et le marquage, qui peuvent être des alternatives à l'interdiction d'importer des produits considérés comme dangereux pour les personnes, les animaux ou les végétaux, peuvent nécessiter des capacités financières et techniques particulières. En ce sens, ces mesures ne sauraient systématiquement être considérées comme des alternatives raisonnables, notamment en ce qui concerne les pays en développement.

²⁸ *Brésil – Pneumatiques rechapés* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 7 au para 156; *États-Unis – Jeux* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 7 au para 308. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel estime que la mesure alternative proposée par le Canada, à savoir « l'utilisation contrôlée », ne permet pas d'atteindre « le niveau voulu de protection de la santé »; elle ne peut donc être considérée comme une mesure alternative raisonnable. Voir *CE – Amiante* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 13 au para 174.

²⁹ *États-Unis – Jeux* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 8 au para 308.

³⁰ *Brésil – Pneumatiques rechapés* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 8 au para 171.

2. LA MESURE DOIT SE RAPPORTER À LA CONSERVATION DES RESSOURCES NATURELLES ÉPUISSABLES

Le second argument d'ordre environnemental pour lequel l'article XX du GATT de 1994 peut être mobilisé est la conservation des ressources naturelles épuisables. L'enjeu pour l'État mis en cause tourne autour de trois exigences fondamentales : tout d'abord, il doit montrer que ce sont bien des ressources naturelles épuisables qui sont menacées (a); ensuite que la mesure qu'il a adoptée se rapporte effectivement à leur conservation (b); enfin que sa mesure est adoptée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales (c).

a) *Ce sont bien des ressources naturelles épuisables qui sont menacées*

Le concept de ressources naturelles n'a pas encore fait l'objet de définition dans une convention internationale à vocation universelle, y compris dans le droit de l'OMC. Encore moins ne peut-on relever aujourd'hui l'existence d'une coutume internationale suffisamment claire sur le contenu de la notion. En se référant à l'article III § 1 de la *Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles* du 15 septembre 1968, on note qu'il s'agit des « ressources naturelles renouvelables, c'est-à-dire les sols, les eaux, la flore et la faune »³¹. Toutefois, afin d'éviter tout amalgame, les rédacteurs de l'article XXg) du GATT de 1994 ont pris la peine de préciser que les ressources naturelles au titre desquelles une mesure de restriction commerciale peut être adoptée doivent être des ressources naturelles épuisables. À quoi renvoie cette catégorie de ressources naturelles « épuisables »? A priori on serait tenté de croire que celles-ci désignent les ressources naturelles non renouvelables, c'est-à-dire celles qui ne peuvent se reconstituer avec le temps. Pour Jean Salmon, en effet, les ressources naturelles épuisables désignent la

catégorie de ressources tirées de la nature qui, ne pouvant être reconstituées, doivent pouvoir bénéficier de mesures de protection de la part des États ou de la communauté internationale, y compris sous la forme de mesures restrictives du commerce.³²

Cette appréhension du concept n'a pas reçu un écho favorable auprès des instances de règlement des différends de l'OMC, qui lui préfèrent une approche plus large. En effet, pour l'Organe d'appel, la notion de ressources naturelles épuisables doit être interprétée de façon évolutive, afin de prendre en compte également les ressources biologiques qui, pourtant, semblent perpétuellement renouvelables. À cet

³¹ *Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles*, CAB/LEG/24.1/37, 15 septembre 1968, en ligne : Union africaine <<http://www.au.int>> (entrée en vigueur : 16 juin 1969) a été révisée le 11 juillet 2003. Bien que la nouvelle version ne soit pas encore entrée en vigueur, elle propose à son article V une définition améliorée du concept de ressources naturelles. Il s'agit des « ressources naturelles renouvelables, tangibles et non tangibles, notamment les sols, les eaux, la flore et la faune, ainsi que les ressources non renouvelables ».

³² Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, *sub verbo* « ressources naturelles épuisables » [Salmon, *Dictionnaire de droit international public*].

effet, dans un énoncé qui mérite de retenir l'attention, les membres de l'Organe d'appel ont affirmé :

Nous ne croyons pas que les ressources naturelles « épuisables » et « renouvelables » s'excluent mutuellement. La biologie moderne nous enseigne que les espèces vivantes, bien qu'elles soient en principe capables de se reproduire et soient donc « renouvelables », peuvent dans certaines circonstances se raréfier, s'épuiser ou disparaître, bien souvent à cause des activités humaines. Les ressources biologiques sont toutes aussi « limitées » que le pétrole, le minerai de fer et les autres ressources non biologiques.

L'expression « ressources naturelles épuisables » figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement [...]. Nous considérons que, conformément à la règle de l'effet utile dans l'interprétation des traités, les mesures visant à conserver les ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques peuvent relever de l'article XX g).³³

Plus intéressant encore, l'ORD établit qu'un Groupe spécial, autant que l'Organe d'appel, sont légitimés à se référer à des accords internationaux que tous les Membres de l'OMC n'ont pas ratifiés afin de parvenir à l'interprétation qui permet d'atteindre l'objectif de conservation des ressources naturelles épuisables³⁴. Une telle déduction est d'autant plus compréhensible, du fait même des concepts utilisés. Alors que s'agissant de la santé, la vie des personnes et celle des animaux, de même que la préservation des végétaux, l'article XX renvoie à la « protection », lorsqu'il s'agit des

³³ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde et al)* (1998), OMC Doc WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) aux para 128, 129 et 131 [*États-Unis – Crevettes* (Rapport de l'Organe d'appel)]. Pour plus de développements sur l'interprétation évolutive dans le contentieux international, lire *l'Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, [1997] CIJ rec 7 au para 140 [*Gabčíkovo-Nagymaros*]. Voir aussi *Affaire des conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] CIJ rec 16 à la p 31, où la Cour précise que « tout instrument doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu ». Cette position est partagée par une certaine frange de la doctrine. Voir dans ce sens Virginie Barral, « La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale » (2006) 110:3 RGDIP 647 à la p 663; Eric Canal-Forgues, « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC » (2001) 105:1 RGDIP 5 à la p 15 [Canal-Forgues, *Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC*].

³⁴ En l'espèce, il s'agissait de la *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 RTNU 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993) [*Convention sur la diversité biologique*] que les États-Unis et la Thaïlande avaient signée mais n'avaient pas ratifiée. Une position qui ne semble pas démentie par la jurisprudence ultérieure de l'ORD notamment dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles (Plainte du Brésil)* (1998), OMC Doc WT/DS69/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), où celui-ci s'est également référé à des conventions auxquelles tous les requérants n'étaient pas parties. Dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 16 au para 7.94, le Groupe spécial précise par ailleurs que « le fait qu'une ou plusieurs parties au différend ne sont pas parties à une convention ne signifie pas nécessairement qu'une convention ne peut pas éclairer le sens et la portée du terme d'un traité à interpréter ».

ressources naturelles, il se réfère au terme de « conservation ». Cette variation sémantique n'est pas anodine. En effet,

[b]ien que les termes de protection et de conservation soient, dans le langage courant, employés indistinctement, le langage juridique les distingue. Protection désigne alors un acte, un moyen, tandis que conservation fait davantage référence à un résultat. Ainsi, le droit, par la protection, vise la conservation. Un devoir de protection est une obligation de moyen; un devoir de conservation est une obligation de résultat.³⁵

C'est cette obligation de résultat (et non de moyen) à laquelle sont astreints les États en matière de conservation des ressources naturelles qui permet également d'expliquer le mode d'interprétation relativement extensif retenu par les juges de l'OMC.

b) *La mesure doit se rapporter à la conservation desdites ressources naturelles épuisables*

Sur ce point, il s'agit pour la partie qui a pris la mesure incriminée de démontrer qu'elle vise à se prémunir contre des pratiques commerciales susceptibles de causer des dommages irréversibles à certaines ressources naturelles épuisables qu'elle abrite sur son territoire. En ce sens, la mesure en question peut par exemple s'inscrire dans le cadre d'une politique publique de mise en œuvre des conventions internationales adoptées à l'effet d'assurer la protection et la conservation de certaines espèces de faunes ou de flores³⁶, notamment par l'adoption d'une réglementation nationale interdisant le commerce de celles de ces espèces qui sont menacées de disparition³⁷.

c) *La mesure doit être adoptée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales*

Ce dernier aspect exige de la partie mise en cause d'établir que la mesure incriminée est appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales. Cette formule établit une obligation d'impartialité à la charge de l'État qui adopte la mesure de restriction commerciale au nom de la

³⁵ Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *supra* note 32 à la p 241.

³⁶ C'est le cas de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et flore sauvages menacées d'extinction, 3 mars 1973, en ligne : CITES <www.cites.org> (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 1975), de la *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 34 ou du *Protocole de Cartagena*, *supra* note 14.

³⁷ Toutefois, le fait que l'article XX g) parle de « se rapportant » au lieu de « nécessaire », formule figurant plutôt à l'article XX b), semble impliquer, selon certains auteurs, un lien apparemment moins rigoureux entre la mesure et sa finalité. Voir Helliö, *L'OMC et les normes relatives à l'environnement*, *supra* note 7 aux pp 295 et s. Pour l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 33 au para 136, il s'agit d'« une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens ».

conservation des ressources naturelles épuisables³⁸. Autrement dit, la mesure d'interdiction d'importer doit s'accompagner de restrictions à l'endroit des acteurs nationaux qui doivent, également, s'abstenir de produire ou de commercialiser des ressources similaires, dont l'importation a été interdite sur le territoire.

Toutefois, le simple fait qu'une mesure poursuive un objectif de protection de l'environnement n'est pas une condition suffisante de sa conformité au droit de l'OMC, encore faut-il qu'elle ait été adoptée de bonne foi.

B. La mesure doit être appliquée de bonne foi

Le respect des exigences du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 est une preuve de bonne foi³⁹. Cela étant, l'analyse de la bonne foi suppose que l'on transcende l'objectif de la mesure (nécessité de protéger ou de conserver l'environnement) pour s'interroger sur la manière dont elle a été appliquée⁴⁰. Ainsi, lorsque l'on se réfère à l'exigence de bonne foi, « l'élément fondamental se trouve dans le but et l'objet, qui sont d'éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions aux règles de fond prévues à l'article XX »⁴¹. À ce titre, pour qu'une mesure passe avec succès le test de la bonne foi dans la pratique de l'ORD, elle ne doit pas établir une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, de même qu'elle ne doit pas être appliquée de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international⁴².

1. LA MESURE INCRIMINÉE NE DOIT PAS ÉTABLIR UNE DISCRIMINATION ARBITRAIRE OU INJUSTIFIABLE

Le fait pour le GATT de 1994 de parler de discrimination « arbitraire ou injustifiable » suppose qu'il existe des discriminations légitimes⁴³. En ce sens, la

³⁸ *États-Unis – Essence* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 8 à la p 23.

³⁹ Cette équivalence est clairement indiquée par les juges de l'OMC qui affirment que « le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi ». Voir *États-Unis – Crevettes* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 33 à la p 158.

⁴⁰ En effet, la bonne foi se définit en droit international comme une « disposition d'esprit de loyauté et d'honnêteté consistant en ce qu'un sujet de droit ne tente pas de minorer ses obligations juridiques, quels qu'en soient l'origine et le fondement, ni d'accroître indûment, en faisant valoir ses droits, les obligations d'un autre sujet de droit à son égard ». Voir pour cela Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, *supra* note 30 à la p 134. Voir également *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] CIJ rec 253 au para 46; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (compétence et recevabilité) (Nicaragua c. États-Unis)* [1984] CIJ rec 392 au para 60; *Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 32 à la p 79. Pour une étude plus approfondie de la bonne foi en droit international, voir Elisabeth Zoller, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977; Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.

⁴¹ *États-Unis – Essence* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 8 à la p 29.

⁴² De l'avis même de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 9 à la p 23, « c'est là nécessairement une tâche plus lourde que celle qui consistait à montrer qu'une exception [...] est applicable à la mesure en cause ».

⁴³ Dans ce sens, un Groupe spécial précise que « ce qui est interdit par le paragraphe introductif de l'article XX est une forme particulière de discrimination (celles qui sont arbitraires ou injustifiées entre

discrimination n'est pas une simple différenciation entre deux ou plusieurs produits, encore faut-il qu'elle soit « ressentie, dans une société donnée, comme illégitime, c'est-à-dire lorsque l'on estime qu'il convient d'accorder un traitement identique (droits ou obligations) à tous les éléments d'un ensemble ou d'une classe déterminée [...] »⁴⁴. Dans cette perspective, le Groupe spécial, dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, poursuit que

lues dans le contexte du texte introductif de l'article XX, les définitions [des termes « arbitraire » et « injustifiable »] indiquent, dans l'ensemble, la nécessité de pouvoir 'défendre' ou expliquer de façon convaincante la raison d'être de toute discrimination dans l'application de la mesure.⁴⁵

Pendant longtemps, l'ORD a procédé à un examen séparé d'une part de la discrimination arbitraire et, d'autre part, de la discrimination injustifiable. Bien que l'Organe d'appel ait renoncé à cette démarche dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*⁴⁶, il ne nous semble pas correct de conclure que celui-ci a entendu assimiler les concepts « arbitraire » et « injustifiable », ce qui explique leur traitement séparé dans les lignes qui suivent.

a) *La prohibition de la discrimination arbitraire*

Le Groupe spécial commence par préciser le sens ordinaire du mot « arbitraire » dans le contexte du texte introductif de l'article XX. Celui-ci renvoie à ce qui est « fantaisiste, imprévisible, incohérent »⁴⁷. Si cette définition peut sembler simpliste, elle présente tout au moins l'avantage de ne pas restreindre le critère de la discrimination arbitraire dans « le carcan d'une interprétation rigide »⁴⁸. En tout état de cause, à la lumière de l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'application d'une mesure constitue une discrimination arbitraire lorsqu'elle impose aux pays qui veulent obtenir la certification « une prescription unique, rigide et stricte », sans tenir compte des conditions existant dans les pays exportateurs, de même que lorsque son application manque de transparence et de prévisibilité⁴⁹.

pays où les mêmes conditions existent) et non pas toutes les formes de discrimination ». Voir *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2000), OMC Doc. WT/DS135/R (Rapport du Groupe spécial), au para. 8.242, n 191 [*CE – Amiante* (Rapport du Groupe spécial)].

⁴⁴ Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, supra note 32 à la p 344.

⁴⁵ *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Plainte des Communautés européennes)* (2007), OMC Doc. WT/DS332/R (Rapport du Groupe spécial) au para 7.260.

⁴⁶ *Brésil – Pneumatiques rechapés* (Rapport de l'Organe d'appel), supra note 7 aux para 217-234.

⁴⁷ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde et al)* (1998), OMC Doc. WT/DS58/R (Rapport du Groupe spécial) au para 5.124.

⁴⁸ Hellio, *L'OMC et les normes relatives à l'environnement*, supra note 7 à la p 324.

⁴⁹ *Ibid* aux pp 323 et s.

b) *La prohibition de la discrimination injustifiable*

Suivant la jurisprudence de l'OMC, deux critères permettent d'établir l'absence de discrimination injustifiable : d'une part, un sérieux effort de négociation dans le but de conclure des accords bilatéraux et multilatéraux en vue de la réalisation d'un certain objectif politique et, d'autre part, la flexibilité de la mesure en cause.

i. Un sérieux effort de négociation

L'exigence de la négociation formulée par les organes de règlement des différends de l'OMC est un hymne au consensualisme et un appel à la concertation dans la prise de décision sur les questions qui peuvent avoir un impact préjudiciable sur la liberté du commerce international. Ainsi, dans le cadre du processus visant à déterminer si la mesure a été appliquée d'une manière qui constitue un moyen « de discrimination injustifiable », l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, a examiné la question des négociations internationales. Il en ressort qu'

[il] y a un autre aspect de l'application de l'article 609 qui a beaucoup de poids lorsqu'il s'agit de déterminer si la discrimination est justifiable ou non : c'est le fait que les États-Unis n'ont pas engagé avec les intimés, ni avec les autres Membres qui expédient des crevettes vers leur marché, des négociations générales sérieuses dans le but de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux pour la protection et la conservation des tortues marines, avant d'appliquer la prohibition à l'importation visant les exportations de crevettes de ces autres Membres.⁵⁰

De la sorte, il n'est pas excessif de conclure que

[p]lus que jamais le multilatéralisme apparaît comme une condition pour que l'application discriminatoire d'une mesure soit justifiable. En effet, l'unilatéralisme rend difficile la prise en compte des conditions existant dans les autres Membres et peut conduire à un usage abusif et dépourvu de bonne foi des exceptions générales. Toutefois, l'obligation faite à l'auteur d'une mesure n'est pas une obligation de résultat mais seulement de moyen.⁵¹

ii. Une évidente flexibilité de la mesure

Le second critère qui caractérise l'absence de discrimination injustifiable est celui de la flexibilité :

Une discrimination entre les pays où les mêmes conditions existent est injustifiable, si elle impose à des Membres exportateurs d'adopter « essentiellement le même » programme de réglementation que celui qui a été adopté par le Membre importateur. Le caractère injustifiable de la

⁵⁰ *États-Unis – Crevettes* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 33 au para 166.

⁵¹ Hellio, *L'OMC et les normes relatives à l'environnement*, *supra* note 7 à la p 327.

discrimination résulte du fait que celle-ci ne tient pas dûment compte des situations des Membres exportateurs.⁵²

Cette interprétation découle logiquement de la jurisprudence de l'ORD, qui a reconnu que la mesure en cause devait ménager une souplesse suffisante. En effet,

[l]a démarche de l'Organe d'appel nous amène à conclure que ce n'est pas seulement le fait que les États-Unis ont négocié sérieusement avec certains Membres et moins sérieusement avec d'autres qui est à l'origine de sa constatation de l'existence d'une discrimination injustifiable en ce qui concerne les négociations, quand bien même cela aurait suffi en soi pour justifier pareille conclusion. Nous croyons qu'un autre motif de cette constatation de l'Organe d'appel est que les États-Unis, en définissant et mettant en œuvre unilatéralement les critères d'application de l'article 609, n'ont pas tenu compte des différentes situations qui peuvent exister dans les pays exportateurs. En d'autres termes, les États-Unis n'ont pas satisfait au critère de la « discrimination injustifiée » parce qu'ils appliquaient le même régime aux crevettes d'origine nationale et aux crevettes d'origine étrangère.⁵³

2. LA MESURE EN CAUSE NE DOIT PAS CONSTITUER UNE RESTRICTION DÉGUISÉE AU COMMERCE INTERNATIONAL

Une mesure constitue une restriction déguisée au commerce international lorsqu'elle n'a pas été publiée ou notifiée, lorsqu'elle est arbitrairement discriminatoire, de même que lorsque sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice ne sont pas conformes aux exigences du droit international⁵⁴. Il sera question de s'appesantir uniquement sur la première et la troisième condition, dans la mesure où la question de la discrimination arbitraire a déjà été appréciée plus haut.

a) *La notification et/ou publication de la mesure*

La notification et/ou publication des réglementations relatives à l'importation de certains produits qui peuvent porter atteinte à certaines valeurs de l'État constituent l'une des traductions de sa bonne foi. Par ces actes en effet, l'État importateur, dans un souci de transparence, fait connaître aux exportateurs les conditions dans lesquelles leurs produits peuvent être admis ou non sur son territoire, et surtout il indique les fondements de telles mesures qui, dès lors peuvent être contestées devant

⁵² *Ibid* aux pp 328-329.

⁵³ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde et al). Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (2001), OMC Doc WT/DS58/AB/RW (Rapport du Groupe spécial) au para 5.46.

⁵⁴ *CE – Amiante* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 42 aux para 8.249-8.252.

un juge international. Ainsi, une mesure qui n'a pas été notifiée ou publiée⁵⁵ sera d'ores et déjà considérée comme contraire au droit de l'OMC et donc incompatible avec l'article XX du GATT de 1994, au motif qu'elle constitue une restriction déguisée au commerce international.

b) *La prise en compte de la conception, des principes de base et de la structure révélatrice de la mesure*

S'agissant de la conception, des principes de base et de la structure révélatrice de la mesure, ils apparaissent également comme des moyens d'identifier l'intention protectionniste ou non de l'État dont la mesure est en cause. « Bien qu'il soit exact que l'objectif d'une mesure puisse ne pas être facile à identifier »⁵⁶, l'Organe d'appel, dans l'affaire *CE – Amiante*, retient pour l'essentiel que le fait que le décret français incriminé ait été adopté dans l'urgence, au regard des inquiétudes exprimées par les populations locales, il ne saurait renfermer une intention protectionniste⁵⁷. Toutefois, « lorsqu'ils procèdent à ce type d'examen, les groupes spéciaux devraient étudier de manière approfondie tous les faits et toutes les circonstances pertinents dans chaque cas d'espèce »⁵⁸.

Tel qu'il ressort des développements antérieurs, l'application efficiente de l'article XX du GATT de 1994 est assortie du respect de conditions rigoureuses. Ce qui logiquement nous conduit à nous interroger sur son efficacité dans un contexte international de plus en plus sensible aux questions environnementales.

II. L'efficacité de l'article XX du GATT de 1994 en matière de protection de l'environnement

L'article XX du GATT de 1994 ne pose pas uniquement un problème de droit international du commerce. En effet, dans la mesure où il met en rapport des préoccupations portées par des branches différentes du droit international, notamment le droit international de l'environnement et le droit international du commerce, c'est

⁵⁵ L'exigence de notification figure, en ce qui concerne l'*Accord OTC*, *supra* note 11 aux articles 2.9.2, 2.10.1, 3.2, 3.3, 5.6.2, 5.7.1, 10.9, 10.10 et 10.11. La publication des mesures adoptées par un État figure, dans l'*Accord OTC*, aux articles 2.9.1, 2.11, 5.6.1 et 10.8.

⁵⁶ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Plaintes des Communautés européennes, du Canada et des États-Unis)* (1996), OMC Doc WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) à la p 33 [*Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Rapport de l'Organe d'appel)*].

⁵⁷ Dans son rapport, le Groupe spécial affirmait en effet que « le Canada l'admet implicitement quand il affirme que le Décret est une réaction du gouvernement français à la panique de l'opinion publique et à d'autres affaires de santé où la responsabilité de fonctionnaires et de membres du gouvernement avait été mise en cause. Si tel était le cas, il semble difficile de concilier le fait que le Décret ait été adopté dans l'urgence avec l'idée qu'il ait résulté de l'intention préméditée de protéger l'industrie française ». Voir *CE – Amiante* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 43 au para 8.254.

⁵⁸ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 56 à la p 33.

tout le système juridique international qui est mis en cause du point de vue de son harmonie et de sa cohérence. Ce qui conduit par exemple à problématiser le choix de la technique de l'exception comme moyen de protéger l'environnement dans de telles circonstances. Toutes proportions gardées, il nous semble que l'article XX du GATT de 1994 est d'une efficacité limitée en matière de protection de l'environnement à l'OMC (A). Toutefois, les évolutions récentes du droit et de la jurisprudence internationale permettent d'augurer des lendemains prometteurs (B).

A. L'article XX du GATT de 1994 : une timide application des principes environnementaux à l'OMC

La technique de l'exception retenue par le GATT de 1994 vise à concilier des intérêts apparemment contradictoires. Ainsi, même si l'OMC est d'abord un cadre de promotion des échanges internationaux, elle ne saurait rester insensible aux préoccupations environnementales dans le contexte international actuel.

1. CERTES, L'OMC EST D'ABORD UN CADRE DE PROMOTION DES ÉCHANGES INTERNATIONAUX...

L'OMC n'a pas été créée pour protéger l'environnement⁵⁹. Tels ne sont ni sa vocation fondatrice encore moins son souci premier au plan fonctionnel. Elle se présente plutôt comme une organisation internationale qui sert « de cadre institutionnel commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres »⁶⁰. En ce sens, elle vise la promotion de la libéralisation des biens et services à travers la consécration de la non-discrimination. En effet, plus que tout autre objectif, la non-discrimination constitue la pierre angulaire du système commercial multilatéral bâti autour de l'OMC. Celle-ci se traduit par la consécration du principe du traitement de la nation la plus favorisée et l'affirmation du principe du traitement national.

a) La consécration du principe du traitement de la nation la plus favorisée à l'OMC

Le principe du traitement de la nation la plus favorisée constitue l'un des principes de base du système commercial bâti autour de l'OMC. Il figure à l'article premier du GATT de 1994. Conformément à cet article premier, précisément à son

⁵⁹ Sur le plan international, le Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) peut être considéré comme l'organe spécifiquement dédié à cette fin. S'agissant des perspectives relatives à l'avènement d'une organisation mondiale de l'environnement, on pourrait bien lire Sylvestre-José Tidiane-Manga, « L'Organisation mondiale de l'environnement : comment renaître des cendres de la conférence de Copenhague sur les changements climatiques de décembre 2009? » (2009) 22.2 RQDI 123.

⁶⁰ Accord de Marrakech, *supra* note 2, art II.1.

premier paragraphe,

[T]ous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes [...].

Ce principe établit ainsi le primat de l'extension sans condition des avantages commerciaux réciproques. En effet, tout avantage qu'une partie décide d'accorder aux produits d'une autre partie, doit être automatiquement étendu aux produits similaires de toute autre partie contractante⁶¹. En d'autres termes,

cette disposition exige de tout État qui consent une concession [...] à l'un de ses partenaires du GATT d'en étendre le bénéfice à toutes les autres parties, c'est-à-dire en pratique à l'ensemble des États à l'exception des pays communistes non membres du GATT.⁶²

Même si a priori cette disposition semble conserver une absolue neutralité sur les considérations environnementales, certains observateurs ont soutenu qu'une totale libération des échanges a plutôt un effet positif sur la protection de l'environnement⁶³. Ce qui, de notre point de vue, ne va pas de soi. En effet, au-delà de pures spéculations, il y a lieu de craindre qu'une libéralisation sans frontière et sans limite se fasse au détriment des préoccupations d'environnement, très souvent perçues comme instruments au service des mesures protectionnistes de certains États. D'où la nécessité d'une attention accrue, au risque d'ériger l'environnement en parent pauvre de la libéralisation.

Toutefois, malgré cet appel à la nécessaire vigilance, il n'en demeure pas moins que ce principe libéral reste le pilier du système commercial multilatéral, à côté du principe du traitement national.

b) *L'affirmation du principe du traitement national à l'OMC*

Le traitement national figure à l'article III du GATT de 1994. Le cœur de ce principe figure à son paragraphe 4. Ainsi, pour le Groupe spécial,

[p]our que l'article III § 4 s'applique, deux choses sont tout d'abord requises. Premièrement les produits nationaux et les produits importés

⁶¹ Historiquement, si ce principe a été consacré pour faire barrage à la montée en puissance du protectionnisme qui a prévalu durant la période de l'entre-deux-guerres, force est de reconnaître que le principe de la nation la plus favorisée s'apparente aujourd'hui de plus en plus à l'exception plutôt qu'à la règle dans le commerce international. En effet, la multiplication des accords préférentiels (zones de libre échange, unions douanières, marchés communs, etc.), de même que la consécration d'un traitement spécial et différencié en faveur des pays dits en développement font du traitement de la nation la plus favorisée « un traitement exceptionnel ».

⁶² Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dallier et Allain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 à la p 1114.

⁶³ Kiss et Beurier, *Droit international de l'environnement*, supra note 8 à la p 417.

doivent être « similaires ». Deuxièmement, la loi, le règlement ou la prescription doivent « affecter » la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation des produits similaires sur le marché intérieur. Ce n'est que lorsque l'existence de ces deux éléments est établie que l'obligation d'accorder un traitement moins favorable s'applique.⁶⁴

L'analyse de la jurisprudence de l'OMC montre que ces conditions reçoivent une application plutôt aisée de la part du mécanisme de règlement des différends. C'est que

[l]'objectif fondamental de l'article III est d'éviter le protectionnisme lorsque des taxes et des mesures de réglementation intérieures sont appliquées. Plus précisément, l'objet de l'article III « est de veiller à ce que les mesures intérieures ne soient pas appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale ». Pour ce faire, il oblige les Membres de l'OMC à garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux.⁶⁵

Ainsi donc, le but de l'article III est de promouvoir les échanges, et non pas de les restreindre. Pour ce faire, un terme se trouve au centre de l'analyse de cet article, celui de « similarité », et son interprétation a des répercussions profondes sur l'ouverture ou la restriction des échanges. En effet, selon que les juges de l'OMC auront tendance à établir la similarité entre produits nationaux et produits importés, les échanges seront promus tandis que dans le cas de leur distinction, la conséquence sera la restriction. Or, à l'observation, bien que les organes de règlement des différends estiment que le concept de « similarité » a un caractère relatif⁶⁶ et doit être apprécié au cas par cas⁶⁷, soit ceux-ci ont tout simplement éludé la question à des moments où ils étaient particulièrement attendus, soit alors ils ont globalement procédé à une interprétation favorable à la reconnaissance de la similarité et donc propices aux échanges plutôt qu'aux autres considérations en jeu, notamment la protection de l'environnement. Il est ainsi regrettable de constater que dans un cas concret soumis à l'ORD, « le Groupe spécial ne s'est pas prononcé sur la très importante question de savoir si les OGM devaient être considérés comme des produits équivalents aux produits issus de cultures traditionnelles »⁶⁸. En effet, dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*, alors que l'Argentine soutenait la thèse de la similarité entre OGM et cultures traditionnelles par opposition aux Communautés

⁶⁴ *Chine – Publications de produits audiovisuels* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 8 au para 7.1441.

⁶⁵ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 56 à la p 18.

⁶⁶ *Ibid* aux pp 23-24.

⁶⁷ *Chine – Publications de produits audiovisuels* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 8 au para 7.144. Le Groupe spécial précise que « l'approche adoptée pour déterminer la "similarité" a été pour l'essentiel d'utiliser quatre critères généraux : i) propriétés, nature et qualité des produits; ii) utilisation finale des produits; iii) goûts et habitudes des consommateurs – critère plus complètement appelé perceptions et comportement des consommateurs – en ce qui concerne les produits; iv) classement tarifaire des produits ».

⁶⁸ Dufour, *Les OGM à l'OMC*, *supra* note 17 à la p 307.

européennes⁶⁹, le Groupe spécial a contourné la difficulté qui lui était posée, passant outre, dans son raisonnement, la phase visant à statuer sur la similarité entre les produits en cause. Certes, la doctrine, de même que les experts, ne sont pas unanimes sur le sujet. Mais nous pensons humblement avec certains auteurs qu'

au-delà des positions respectives adoptées par chacun des groupes d'États, force est de constater que les modifications profondes subies par un organisme qui voit son matériel génétique initial altéré, peut difficilement être considéré comme un produit similaire par rapport à un produit conventionnel.⁷⁰

Or devant la fuite en avant des membres du Groupe spécial et l'abstention des différentes parties de porter l'affaire en appel, « il semble que [le problème de] la commercialisation des OGM [...] soit loin d'être réglé »⁷¹ et il n'est pas exclu qu'un cas similaire soit porté devant les instances de l'OMC dans un futur proche.

2. ...MAIS L'OMC ADMET QUAND MÊME DES PRATIQUES RESTRICTIVES À DES FINS ENVIRONNEMENTALES

La première partie de cette réflexion a consisté à mettre en évidence les conditions dans lesquelles les préoccupations environnementales peuvent être invoquées devant les mécanismes de règlement des différends de l'OMC. Il s'agit à présent d'apprécier la perception de l'OMC elle-même vis-à-vis des préoccupations environnementales. Sur ce point, il convient de dire que l'Organisation instituée par l'Accord de Marrakech n'est pas restée indifférente à la question environnementale. En effet, à l'OMC, « il faut donc combiner les règles du commerce international, traditionnellement fondées sur le dogme d'un libre-échange bon en soi, et des exigences nouvelles, relevant du concept de développement durable »⁷².

⁶⁹ À l'époque de cette affaire, qui opposait les Communautés européennes à l'Argentine, aux États-Unis et au Canada, ces trois pays représentent à eux seuls la majorité de la surface mondiale de cultures transgéniques; *Ibid*, note de bas de page 3 à la p 282.

⁷⁰ Zerhdoud *supra* note 5 à la p 26. Voir dans le même sens Geneviève Dufour, *Les OGM et l'OMC : analyse des Accords SPS, OTC et du GATT*, Bruxelles, Bruylant, 2010; Anne Petitpierre et al, « Commerce, environnement et régulation internationale des biotechnologies », en ligne : (2012) 7 *EcoLomic Policy & Law* aux pp 22-24 <<http://www.ecolomics-international.org>>. En revanche, Didier Nsasa Makamona, pense que « les normes fondées sur les processus et les méthodes de production dont l'objectif est de traiter d'une façon différente les produits selon leur mode de production, sont donc le plus souvent incompatibles avec les articles I ou III du GATT, selon le type de discrimination qu'elles engendrent ». Didier Nsasa Makamona, « Les procédés et méthodes de production (PMP) dans le commerce international », en ligne : (2005) 2 *EcoLomic Policy & Law* à la p 11 <<http://www.ecolomics-international.org>>.

⁷¹ Dufour, *Les OGM à l'OMC*, *supra* note 17 à la p 311.

⁷² Daniel Jouanneau, *L'Organisation mondiale du commerce*, 4^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2003 à la p 93. Dans le même sens, voir Caroline London, *Commerce et environnement*, Paris, Presses universitaires de France, 2001 aux pp 4, 26-36; Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, « La Déclaration de Doha de la Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce et sa portée dans les relations commerce/environnement » (2002) 106:4 *RGDIP* 855 à la p 855.

Il est ainsi loisible de relever dans les accords de l'OMC issus des négociations du cycle d'Uruguay, différentes dispositions qui admettent bien la prise en compte de l'environnement en matière commerciale. En plus du préambule de l'Accord instituant l'OMC et de l'article XXb) et g) du GATT de 1994, on peut également mentionner les articles 2 et 5 de l'Accord OTC; les articles 2, 3 et 5 de l'Accord SPS; l'Annexe 2 paragraphe 12 de l'*Accord sur l'agriculture*⁷³; l'article XIV de l'*Accord général sur le commerce des services*⁷⁴; de même que les articles 8 et 27 § 2 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*⁷⁵, pour ne citer que ces exemples. Ces dispositions à elles seules attestent du souci qui a habité les négociateurs de ne pas marginaliser l'environnement dans le nouveau système commercial multilatéral. Au demeurant, l'OMC admet, dans le principe, la possibilité de mettre en échec des dispositions libérales, notamment les articles premier (traitement de la nation la plus favorisée) et III (traitement national), de même que l'article XI (élimination générale des restrictions quantitatives aux échanges), au nom de valeurs perçues comme « supérieures »⁷⁶. Ce qui permet de déduire que la liberté des échanges ne jouit pas d'une applicabilité absolue à l'OMC et la « frustration d'une attente n'équivaut pas à une violation [systématique] de l'engagement »⁷⁷ auquel les États ont souscrit en adhérant à l'OMC.

Dans le même sens, il est heureux de relever que les membres de l'organe de règlement des différends de l'OMC, dans leurs énoncés, n'ont pas manqué de se faire les porte-paroles des préoccupations écologiques. Ainsi, dans un *dictum* fort intéressant, ont-ils tenu à rappeler ce qui suit :

En formulant ces conclusions, nous tenons à insister sur ce que nous n'avons pas décidé dans cet appel. Nous n'avons pas décidé que la protection et la préservation de l'environnement n'ont pas d'importance pour les Membres de l'OMC. Il est évident qu'elles en ont. Nous n'avons pas décidé que les nations souveraines qui sont Membres de l'OMC ne peuvent pas adopter de mesures efficaces pour protéger les espèces menacées telles que les tortues marines. Il est évident qu'elles le peuvent et qu'elles le doivent [...].⁷⁸ [Nos italiques]

Cette prise de position forte n'a malheureusement pas été suivie des effets

⁷³ *Accord sur l'agriculture, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).

⁷⁴ *Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 141 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).

⁷⁵ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).

⁷⁶ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2000), OMC Doc WT/DS135/R, WT/DS135/R/Add. 1 (Rapport du groupe spécial) au para 8.281. Voir aussi Catherine Colard-Fabregoule, *L'essentiel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)*, Paris, Gualino, 2002 à la p 130; Théodore Christakis, « L'État avant le droit? L'exception de 'sécurité nationale' en droit international » (2008) 112:1 RGDIP 5 à la p 7.

⁷⁷ Yves Nouvel, « Les attentes dans le droit de l'OMC » (2001) 47:1 AFDI 461 à la p 470.

⁷⁸ *États-Unis – Crevettes* (Rapport de l'Organe d'appel, *supra* note 33 au para 185.

escomptés dans les rapports subséquents des organes juridictionnels de l'OMC. Toutefois, avec les développements récents du droit international et de la conscience de l'humanité au sujet des questions d'environnement, il y a lieu de nourrir une lueur d'espoir en ce qui concerne la prise en compte de l'environnement au sein du nouveau système commercial multilatéral.

B. Une lueur d'espoir : vers la fin de « l'isolation clinique »?

L'environnement, pendant longtemps, a été victime d'une relative marginalisation au sein de l'OMC, notamment devant le mécanisme de règlement des différends, alors perçu comme le cadre par excellence de la garantie des principes libre-échangistes. Dans un réel souci de développement durable, il y a lieu aujourd'hui de nourrir l'espoir d'un soutien mutuel entre ces deux préoccupations.

1. DE LA MARGINALISATION...

La marginalisation des préoccupations écologiques dans la pratique courante de l'OMC est due, pour une grande part, au fait que l'ORD ne prend pas suffisamment en compte le droit international de l'environnement dans l'analyse des faits qui lui sont soumis, quand bien même les questions environnementales sont en cause.

Cela tient pour une part au fait que le *Mémoire d'accord* cantonne le système de règlement des différends de l'OMC aux accords issus du cycle d'Uruguay⁷⁹. Bien que dans son rapport inaugural, l'Organe d'appel a souligné que l'Accord de l'OMC ne doit pas être lu en l'isolant cliniquement du droit international⁸⁰, il y a lieu de relever, à l'épreuve des faits, que les juges de l'OMC n'exploitent pas suffisamment les accords qui ne font pas partie du système commercial multilatéral. Certains auteurs, au demeurant, ont soutenu que cela pouvait s'expliquer par le fait qu'« il y a un double conflit d'objectif et de norme entre les AME [accords multilatéraux d'environnement] et les accords de l'OMC »⁸¹. Or, une meilleure prise en compte des aspects environnementaux aux fins de l'application de l'article XX du GATT de 1994 suppose tout aussi bien d'intégrer les autres normes de droit international de l'environnement, aux fins d'interprétation et d'application des paragraphes b) et g) de l'article XX. Ce qui, de toute évidence, rendrait la tâche des juges de l'OMC beaucoup plus complexe ou présenterait le risque de les écarter du

⁷⁹ Dans ce sens, « même si l'article 3.2 du *Mémoire d'accord* fait une concession aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, le seul droit applicable par les organes de règlement est celui des accords commerciaux et non celui résultant de toutes autres sources du droit international », pense ainsi Hellio, *supra* note 7 à la p 490.

⁸⁰ *États-Unis – Essence* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 8 à la p 20.

⁸¹ Mehdi Abbas, « L'Organisation mondiale du commerce et l'environnement. Aspects institutionnels et réglementaires » en ligne : Laboratoire d'économie de la production et de l'intégration internationale <http://webu2.upmf-grenoble.fr/LEPII/spip/IMG/pdf/MA_cahierEPIID2.pdf>.

mandat qui est le leur⁸². Lorsqu'on se réfère par exemple à la règle d'interprétation formulée par le Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*, « on se questionne quant à la capacité de l'OMC d'intégrer le reste du droit international public et plus globalement quant à la cohérence et à l'unité du droit international »⁸³. En effet, dans leurs motifs, les juges de l'OMC posent que la prise en compte d'autres normes de droit international en vue de l'interprétation des accords de l'OMC n'est possible que pour autant que celles-ci lient l'ensemble, non pas seulement des parties au litige, mais l'ensemble des membres de l'OMC. Ils déclarent en effet :

Compte tenu du fait que l'article 31 3) c) [de la Convention de Vienne sur le droit des traités] prescrit l'examen des autres règles de droit international applicables, et qu'un tel examen peut amener celui qui interprète un traité à adopter une interprétation plutôt qu'une autre, nous pensons qu'il est judicieux d'interpréter l'article 31 3) c) comme exigeant l'examen des règles de droit international qui sont applicables dans les relations entre toutes les parties au traité qui est interprété.⁸⁴ [Nos italiques]

Ce qui, à l'évidence, circonscrirait la prise en compte des autres normes de droit international devant l'OMC dans le registre de l'utopie. Ainsi en est-il par exemple de la précaution, principe fondamental des instruments de protection de l'environnement, qui a du mal à prospérer devant les juges de l'OMC⁸⁵.

D'autre part, la technique de l'exception retenue pour consacrer le droit des membres de l'OMC de restreindre les échanges pour des besoins d'ordre environnemental peut être mise en cause pour justifier la timide application qui en est faite dans la jurisprudence de l'ORD. Pour un auteur qui s'est longuement penché sur la question, cette approche « peut apparaître timorée eu égard à l'importance qu'acquiert aujourd'hui la protection de l'environnement. En effet, la technique de l'exception et les conditions posées pour son exercice n'en permet pas forcément un usage aisé »⁸⁶.

⁸² Lorsqu'on parcourt le *Mémoire d'accord*, on relève en effet à l'article 3.2 que « les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés ». Des dispositions de portée similaire peuvent également être mises en évidence dans le même texte à son article 19.2; *Mémoire d'accord*, *supra* note 5.

⁸³ Dufour, *Les OGM à l'OMC*, *supra* note 17 à la p 309.

⁸⁴ *CE – Produits biotechnologiques* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 16 aux para 7.49 et s.

⁸⁵ Dans l'affaire *CE – Hormones* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 22 au para 123, les juges de l'OMC estiment que « le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité ». Voir également *CE – Produits biotechnologiques* (Rapport du Groupe spécial), *supra* note 16 au para 7.88. En réalité, il faut dire que l'ORD se défile devant la question dans la mesure où il affirme : « étant donné que le statut juridique du principe de précaution reste incertain [...] nous considérons que la prudence nous suggère de ne pas essayer de régler cette question complexe, en particulier s'il n'est pas nécessaire de le faire [...]. Par conséquent, nous nous abstenons d'exprimer un point de vue sur cette question »; *Ibid* au para 7.89. Sur la thématique du principe de précaution à l'OMC, on peut lire Gabrielle Marceau, « La jurisprudence sur le principe de précaution dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) » en ligne : (2005) 2 *EcoLomic Policy & Law* <<http://www.ecolomics-international.org>>.

⁸⁶ Hellio, *L'OMC et les normes relatives à l'environnement*, *supra* note 7 à la p 341.

Un dernier aspect qui, enfin, peut justifier la relative exclusion des considérations environnementales à l'OMC tient à la formation des juges de l'ORD. « Il s'agit essentiellement de spécialistes de questions commerciales »⁸⁷. En effet, aux termes de l'article 8.1 du Mémorandum d'accord,

[I]es groupes spéciaux seront composés de personnes très qualifiées [...] qui ont enseigné le droit ou la politique commerciale internationale ou publié des ouvrages dans ces domaines, ou qui ont été responsables de la politique commerciale d'un Membre.

Il est de ce fait logique de penser que des spécialistes des questions commerciales ne seront pas très enclins, au moins sur le plan de leurs raisonnements juridiques, à faire prévaloir des considérations environnementales en matière contentieuse, considérations qui en fait, dans un souci de soutien mutuel, ne devraient pourtant pas être lues en contradiction avec l'objectif de la promotion des échanges.

2. ...AU SOUTIEN MUTUEL

La juxtaposition des préoccupations commerciales et environnementales à l'OMC, si elle peut apparaître comme un réel souci pour les membres de l'ORD, ne devrait pas être perçue comme une menace pour la stabilité et la prévisibilité du système commercial multilatéral donnant lieu à des fuites en avant comme cela a pu être observé à l'occasion de l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*⁸⁸. Des pistes peuvent en effet être explorées avec optimisme, notamment depuis l'émergence et la consécration en droit international d'un principe du soutien mutuel. En effet,

[I]e principe du soutien mutuel est un principe de cohérence et de coexistence entre les instruments juridiques internationaux. [...] [II] commande une lecture harmonieuse [et] intégrative des divers instruments juridiques internationaux dans l'optique de la préservation de leur intégrité et de la non-modification des droits et obligations y afférents et négociés au sein de fora internationaux distincts.⁸⁹ [Italiques dans l'original]

Le soutien mutuel suppose par définition qu'il n'existe pas de conflits entre les accords internationaux, ce qui implique qu'il soit possible d'appliquer simultanément des accords régissant des espaces normatifs distincts, en l'occurrence les AME et les accords de l'OMC, devant les instances de l'ORD. Ce principe milite ainsi en faveur de l'unité de l'ordre juridique international et devrait pouvoir permettre aux juges d'avoir une autre vision des AME en matière de contentieux à

⁸⁷ *Ibid* à la p 491.

⁸⁸ *CE – Produits biotechnologiques* (Rapport du groupe spécial), supra note 16.

⁸⁹ Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, « A propos du principe du soutien mutuel. Les relations entre le Protocole de Cartagena et les accords de l'OMC » (2007) 111:4 RGDIP 829 à la p 830 [Boisson de Chazournes et Mbengue, *A propos du principe du soutien mutuel*]. Dans le même sens, « éviter tout conflit et favoriser l'unité d'interprétation de l'ordre juridique international sont deux objectifs qui relèvent là encore du principe de sécurité juridique et que l'organe de règlement des différends devrait favoriser dans toute la mesure du possible ». Voir en ce sens Eric Canal-Forgues, *Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC*, supra note 33 à la p 15.

l'OMC; une vision qui est celle de la complémentarité et non de la confrontation ou de la compétition, en vue de parvenir à l'objectif ultime du système commercial multilatéral, qui est celui du développement durable, c'est-à-dire de la conciliation entre croissance économique (et donc liberté du commerce) et protection de l'environnement. En ce sens, le soutien mutuel est non seulement un principe directeur, mais aussi un principe d'interprétation. Dans sa fonction interprétative, il vise à inciter les organes juridictionnels à prendre simultanément en compte les AME et les accords de l'OMC en matière contentieuse⁹⁰.

Il faudrait d'ailleurs relever que l'idée d'un soutien mutuel entre les différentes branches du droit international, du point de vue de sa finalité, n'est pas un projet tout à fait nouveau dans l'ordre juridique international. Sa nécessité et sa raison d'être sont tout simplement amplifiées aujourd'hui du fait de l'accroissement de la production des normes juridiques à l'échelle internationale, dans des enceintes diplomatiques différentes, et de la multiplication des possibilités de chevauchements et donc de conflits entre celles-ci. En effet, lorsque l'on se réfère aux règles d'interprétation établies par la *Convention de Vienne*, convention à laquelle les organes de règlement des différends de l'OMC se réfèrent régulièrement dans leurs motivations, il ressort que pour les besoins d'interprétation, « il sera tenu compte, en même temps que du contexte [...] de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »⁹¹. Cette disposition traduit le souci qu'avaient les négociateurs dès les années 1960 d'établir des passerelles entre les diverses branches du droit international, ceci dans le souci constant de préserver l'harmonie de l'ordre juridique international. Il est regrettable de relever que l'application faite par les juges de l'OMC de cette disposition contribue davantage à fragmenter le droit international plutôt qu'à militer pour son unité et son harmonie. Ce qui, en fin de compte, conduit à questionner la volonté des juges de l'OMC d'accorder véritablement de l'intérêt aux autres valeurs portées par le droit international, celles notamment qui sont relatives à la protection de l'environnement. En exigeant, pour l'application d'un accord autre que ceux adoptés dans le cadre de l'OMC, son entrée en vigueur à l'égard de tous les membres de l'OMC, y compris ceux qui ne sont pas partie à un différend, le raisonnement de l'OMC va fondamentalement en contradiction avec les exigences du soutien mutuel. Un tel raisonnement aboutira en toute certitude à la prévalence du libre-échange lorsque le souci de protéger l'environnement invoqué par une partie est justifié par un AME

⁹⁰ En tant que principe directeur, le soutien mutuel sert à anticiper les conflits entre espaces normatifs distincts. Pris sous cette forme, il peut être mise en œuvre de façon appropriée dans le cadre des forums de négociation des conventions internationales.

⁹¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, art 31 § 3c (entrée en vigueur : 27 janvier 1980). En ce qui concerne plus précisément les rapports entre l'environnement et le commerce, on peut lire le neuvième considérant du *Protocole de Cartagena*, *supra* note 14, selon lequel « les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable », de même que le chapitre 2.3 du *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement*, Doc off AG NU, 47^e sess, Doc NU A/CONF.151/26 (Vol II) (1992) aux termes duquel « l'économie internationale doit créer un climat international propice à la réalisation des objectifs en matière d'environnement et de développement : [...] b) En faisant en sorte que le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement ».

adopté en dehors de l'OMC.

En revanche, la mise en œuvre du soutien mutuel à l'OMC dicte une conduite autre aux juges de l'OMC. Ce principe en effet

requière que lorsque deux ou plusieurs États sont parties à un instrument invoqué dans un différend ou bien lorsqu'un seul État est partie audit instrument, ce dernier soit pris en compte dans l'interprétation des droits et obligations qui font l'objet de litige afin de garantir une lecture harmonieuse des divers régimes conventionnels. [...] Il est dès lors important dans une perspective de soutien mutuel de transcender le « test » *ratione personae* de l'article 31 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en l'occurrence le fait de savoir si oui ou non tous les États parties à un différend sont parties aux instruments juridiques invoqués dans une affaire donnée⁹².

Il n'est d'ailleurs pas exagéré d'affirmer qu'il est dans l'intérêt même de l'OMC et de ses membres d'intégrer davantage l'environnement dans ses motivations et décisions. « Cette intégration peut en effet lui conférer une légitimité plus évidente, et, partant, lui permettre une plus grande influence »⁹³ dans un contexte où la contestation des règles du libre-échange se fait de plus en plus forte, notamment de la part des mouvements altermondialistes.

La protection de l'environnement a pris une nouvelle envergure dans le monde de l'après Guerre froide. Le système commercial multilatéral n'est pas resté en marge de cette évolution, avec la mise en place de l'OMC, qui a donné une nouvelle impulsion aux préoccupations environnementales dans le droit international du commerce. En effet, les textes issus du cycle d'Uruguay n'ont pas manqué d'exprimer leur forte sensibilité aux préoccupations environnementales, notamment à travers l'affirmation de l'objectif de développement durable. Toutefois, en dépit d'une redondance, il semble que les valeurs environnementales ne reçoivent pas encore une pleine prise en compte dans la vie de l'OMC et, en particulier, dans la jurisprudence de son organe de règlement des différends. En effet, l'article XX, précisément dans ses paragraphes b) et g) qui constituent le socle matriciel des préoccupations environnementales à l'OMC, continue d'être victime d'une application a minima. Ses conditions de mise en œuvre font l'objet d'une interprétation très rigoureuse par l'ORD, ce qui a pour conséquence d'en conférer une efficacité limitée. C'est que ce mécanisme s'est contenté d'opérer une interprétation stricte de l'article XX, une interprétation détachée de la finalité assignée au système commercial multilatéral, à savoir le développement durable et qui ne prend pas suffisamment en compte les

⁹² Boisson de Chazournes et Mbengue, *A propos du principe du soutien mutuel*, *supra* note 89 à la p 852.

⁹³ Gaëlle Bossis, « La notion de sécurité alimentaire selon l'OMC : entre minoration et tolérance timide » (2001) 106:2 RGDIP 331 à la p 332.

exigences du soutien mutuel. Or, le développement durable passe inmanquablement par la protection de l'environnement et l'ORD doit pouvoir s'affranchir de la dictature du libre-échange pour intégrer dans ses raisonnements, ses motivations et, in fine, dans ses décisions les préoccupations d'ordre écologique. Il s'agit, de notre point de vue, d'une option réaliste au regard du contexte international qui prévaut.