

D. Le traitement national

La disposition légale. Les taxes et les règlements

L'article III du GATT stipule que :

"1. Les Parties contractantes reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures, ainsi que les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur et les réglementations quantitatives intérieures prescrivant le mélange, la transformation ou l'utilisation en quantités ou en proportions déterminées de certains produits ne devront pas être appliqués aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale.

2. Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires....

4. Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, règlements ou toutes prescriptions

affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur... »¹.

L'article III autorise les Membres à imposer des lois, règlements ou prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation des produits importés² à l'intérieur du territoire³.

Contrairement à l'article I, l'article III règle le commerce à l'intérieur du territoire. Ce sont des produits qui ont déjà été admis à la frontière.

Cette disposition veille au fait que, dès que les produits importés sont dédouanés, ceux-ci doivent recevoir le même traitement que le produit national⁴. Voici la condition de base : les produits importés, une fois sur le territoire de l'Etat Partie, ne doivent pas être soumis à un *traitement moins favorable* que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale⁵. Dans le cas contraire, il pourrait s'agir d'une protection à la production nationale⁶. Toutefois l'objet de l'article III n'était pas d'harmoniser les impositions et réglementations intérieures qui différaient d'une Partie contractante à l'autre⁷.

¹ Non souligné dans le texte.

² *Italie- Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, Rapport du Comité de conciliation, L/833 du 23 octobre 1958, § 16.

³ En effet, les Membres du GATT/OMC ont le pouvoir souverain de déterminer les bases sur lesquelles ils entendent taxer les marchandises importées de même que la compétence nécessaire pour les classer, à condition bien sûr, de respecter les dispositions de l'article III. OA, *Chili- Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS87/AB/R, 13 décembre 1999, AB-1999-6, § 59-60.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Affaire cigarettes*, § 77 et *Affaire Tuna I*, § 5.11

⁶ *Affaire Tuna I*, § 11.

⁷ *Etats-Unis- Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, 19 juin 1992, DS23/R, IBDD, 39, 1994, § 5.71.

La finalité de la clause du traitement national

Sur un plan plus général, la finalité de l'article III est de préserver une concurrence entre les produits importés et les produits nationaux¹.

Ainsi, il cherche à éviter toute politique protectionniste lorsque des taxes et des réglementations internes s'appliquent aux produits importés², exigeant aux Membres du GATT/OMC de garantir l'égalité des conditions de concurrence³.

Plus particulièrement, les dispositions de l'article III obligent les Parties contractantes :

a. à appliquer le même traitement aux produits similaires étrangers en interdisant tous les Membres du GATT/OMC de frapper les produits importés avec des taxes, ou avec un autre type d'imposition, ou

b. à les soumettre à des réglementations intérieures, de manière à protéger la production nationale⁴.

C'est ainsi que les marchandises importées de l'étranger, qui se trouvent sur le marché intérieur, doivent avoir un traitement égalitaire par rapport aux produits nationaux en matière de taxes, réglementations intérieures, et autres types d'imposition⁵.

¹ *Etats-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, Rapport du Groupe spécial, IBDD, 1988 (L/6175), § 5.1.9.

² *Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, Rapport du Groupe spécial, L/6439, 7 novembre 1989, § 5.10.

³ OA, *Corée- Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS84/AB/R, AB-1998-7, § 105.

⁴ Dans l'affaire concernant l'article 337 de la loi douanière de 1930 (nbp 9), le Groupe spécial avait indiqué que la fonction 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". § 5. 10. De la même manière, un autre Groupe spécial avait constaté, en matière de traitement fiscal que " l'objectif fondamental de l'article III était d'assurer, comme il a été souligné au paragraphe 1 que les taxes et autres impositions intérieures, ainsi que les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur ...(ne soient) pas appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale". *Etats-Unis- Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, DS23/R, 19 juin 1992, IBDD, 1992-1994. § 5. 25. Egal. *Tuna I*, § 5.12.

Cf. également, Paye O. "L'OMC et la protection de l'environnement", *CRISP*, 1996, n° 1528, p. 27.

⁵ Jackson J. H., *Op. cit.*, 1969, p. 280-281.

A cet égard, la note interprétative de l'article III affirme que

*" toute taxe ou autre imposition intérieure ou toute loi, réglementation ou prescription visées au paragraphe premier de (l'article III), qui s'applique au produit importé comme au produit national similaire et qui est perçue ou imposée, sur le produit importé, au moment ou au lieu d'importation, ne sera pas moins considérée comme une taxe ou autre imposition intérieure ou comme une loi, une réglementation ou une prescription visée au paragraphe premier (de l'article III) et sera en conséquence soumise aux dispositions de l'article III "*¹.

Quant à la portée de l'obligation du paragraphe 1, le Groupe spécial, qui a traité l'affaire *Japon-Taxes sur les boissons alcooliques*², a considéré ledit paragraphe en relation avec le paragraphe 2 de l'article III dont il éclaircit le sens. Cette considération est basée sur le fait que la formulation du paragraphe 1 de l'article III, n'établissait pas d'obligations juridiques, mais plutôt des *principes généraux*³. La finalité du paragraphe 1 de l'article III, est donc d'établir le principe général qui servirait de guide pour l'interprétation des obligations particulières disposées au paragraphe 2 du même article⁴.

Enfin, la note interprétative concernant le paragraphe 2 de l'article III se lit comme suit:

"...les taxes qui frappent les produits importés peuvent être augmentées si la taxe sur les produits nationaux l'est également; il faut que

¹ Cité dans *Affaire Tuna I*, §. 5.9. Non souligné dans le document.

² WT/DS8/11/R, 11 juillet 1996, confirmé par l'Organe d'appel dans *Japon-Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, AB-1996-2, p. 29-30.

³ *Taxes sur les boissons alcooliques*, § 6.11.

⁴ OA, *Japon- Taxes sur les boissons alcooliques*, *Op. cit.*, p. 22.

*la taxe soit la même pour les produits importés et pour les produits d'origine nationale"*¹.

En conséquence, dans la régulation et dans l'application de taxes, il faut respecter les règles suivantes :

a. toutes les normes qui sont appliquées aux produits importés doivent respecter le principe d'un traitement non moins favorable² ;

b. elles ne doivent pas être appliquées avec la finalité de protéger la production nationale³ ;

c. toutes les taxes et autres impositions sur les produits importés ne doivent pas être appliquées pour protéger la production domestique⁴.

Le paragraphe 4 de l'article III se réfère, de sa part, à toutes les lois, réglementations ou prescriptions qui s'appliquent au produit tant importé que national. L'article III.4 a, en conséquence, une portée plus large que le paragraphe 2 du même article, qui se réfère aux taxes et impositions intérieures⁵.

¹ E/CONF.2/C.3/SR.42, p. 6, cité in : Index analytique. Troisième révision- Mars 1970. *Notes sur la rédaction, l'interprétation et l'application des articles de l'Accord général*. Genève. 1970, p. 21.

² *Etats-Unis- Mesures affectant l'importation , la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, DS44/R., adopté le 4 octobre 1994, § 99-100.

³ Cf. *Affaire Tuna I* § 5.12.

⁴ Schoenbaun Th. J., "International Trade and Protection of the Environment : the Continuing Search for Reconciliation", *AJIL*, vol. 91, 1997, p. 272.

⁵ Flory Th., *Op. cit.*, p. 37.

La garantie du traitement égalitaire (contenu des règlements) et les effets sur le commerce

L'interprétation de la clause du traitement national a été abordée suivant deux critères. La première approche s'intéresse avant tout au contenu de la réglementation. Ainsi, « ... *un règlement non discriminatoire, appliqué sur la base du traitement national conformément à l'article III.4, qui exigerait la divulgation complète des ingrédients..., doublé d'une interdiction des substances nocives, offrirait une solution de rechange compatible avec l'Accord général* »¹.

L'analyse de la seconde approche est focalisée surtout sur les effets des mesures réglementaires internes et des taxes.

Le Groupe spécial, dans *l'Affaire Etats-Unis, Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, avait interprété l'article III suivant les effets inexistants ou presque inexistants des mesures appliquées sur les produits importés.

Cette interprétation ne se limite pas à analyser si la réglementation interne a un contenu discriminatoire ou non discriminatoire. Un autre Groupe spécial avait considéré qu'accepter,

" ...l'argument selon lequel les mesures qui n'ont qu'un effet négligeable sur le volume des exportations n'annulent ni ne compromettent les avantages résultant de la première phrase du paragraphe 2 de l'article III implique que la raison fondamentale de cette disposition- l'avantage qu'il confère aux parties contractantes- est de protéger le volume d'exportation escompté. Or il n'est pas ainsi. Selon la première phrase du paragraphe 2 de l'article III, les parties contractantes sont tenues d'instaurer certaines conditions

¹ *Thaïlande- Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, Rapport du Groupe spécial, DS 10/R, 5 octobre 1990, § 77.

compétitives pour les produits importés par rapport aux produits nationaux. A la différence de certaines autres dispositions de l'Accord général, il n'y est pas fait mention des effets sur le commerce. La majorité des membres du Groupe de travail chargés d'examiner la question des " Taxes intérieures brésiliennes " a donc correctement conclu que les dispositions de la première phrase de paragraphe 2 de l'article III étaient applicables, que les importations provenant d'autres parties contractantes, soient importantes, faibles ou inexistantes. Le fait d'établir qu'une mesure incompatible avec la première phrase du paragraphe 2 de l'article III n'a pas d'effets ou n'a que des effets négligeables ne suffirait pas, de l'avis du Groupe spécial, à prouver que les avantages conférés par cette disposition n'ont pas été annulés ou compromis, même si une réfutation dans ce sens était en principe permise"¹.

Peu importe qu'une taxe établisse une marge de discrimination presque inexistante pour le produit importé ou qu'elle n'ait aucun ou peu d'effet sur le commerce. Dans tous les cas, l'article III n'admet pas que les produits importés soient frappés de taxes intérieures plus élevées que celles qui frappent les *produits similaires* d'origine nationale, suivant les paragraphes 2 et 4 de l'article III, même si l'écart est minime ou s'il n'entraîne pas de conséquence sur le commerce². Le principe de non-discrimination s'applique toujours de manière stricte quels que soient la nature et les effets des taxes et de règlements sur le commerce. Cette interprétation renforce considérablement le contenu de l'obligation du traitement non moins favorable.

¹ *Etats-Unis- Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, L/ 6175, adopté le 17 juin 1987, § 5.1.9 – Non souligné dans le document.

² *Etats-Unis- Mesures affectant l'importation , la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, DS44/R. Adopté le 4 octobre 1994, § 99-100, *Taxes intérieures brésiliennes*, Rapport du Groupe spécial, IBBD, vol. II, mai 1992, Doc (GATT/CP. 3/42).

En effet, tout l'article III repose sur la notion de non-discrimination. *Prima facie*, un traitement différencié entre produits, même si l'écart entre les taxes est minimal ou presque inexistant, doit toujours respecter la clause du traitement national.

L'article III et le droit du Membre d'appliquer sa propre politique environnementale

L'article III ne contient explicitement aucune référence à la protection de l'environnement. Il ne contient pas non plus de clause spécifique concernant l'objectif environnemental poursuivi.

En ce qui concerne les taxes et les règlements qui visent la protection de l'environnement, les dispositions de l'article III autorisent à recourir à de nombreuses mesures afin de protéger l'environnement. En conséquence, la clause du traitement non moins favorable n'empêche donc pas l'adoption et l'application des réglementations internes ou l'imposition de taxes à des fins environnementales¹.

Bien que le principe de non-discrimination énoncé à l'article III décourage les mesures qui comportent une discrimination, il ne limite pas *prima facie*, les politiques commerciales internes d'intervention, laissant ainsi aux gouvernements le marge de manœuvre nécessaire afin d'appliquer des taxes et des réglementations à des fins de protection de l'environnement².

¹ Voir OMC- CCE, Cargas e impuestos aplicados con fiens ambientales- Ajustes fiscales en la frontera, WT.CTE.W47, 2 mai 1997.

² Rapport 1996, *Op. cit.*, § 182. Egalemeht OMC-CEE, *El Comité de comercio y medio ambiente examina los estudios de los efectos ambientales, los ajustes fiscales en frontera, el etiquetado y el envase y embalages ecológicos* » Press/TE 018, 13 août 1997.

La limitation essentielle

Toutefois, la notion de produit similaire contenue à l'article III

"... pouvait avoir des conséquences significatives sur le champ des obligations découlant de l'Accord général et l'autonomie des Parties contractantes en matière de réglementation pour ce qui est des législations et réglementations fiscales intérieures : dès lors que des produits sont considérés comme similaires, toute différenciation établie entre ces produits par la réglementation, par exemple à des fins de normalisation ou de protection de l'environnement, devenait incompatible avec l'article III, même si la réglementation n'était pas appliquée " de manière à protéger la production nationale". De l'avis du Groupe spécial, il était donc impératif que la détermination concernant les produits similaires dans le contexte de l'article III se fasse d'une façon qui n'entrave pas indûment le pouvoir réglementaire et les choix de politique intérieure des parties contractantes" ¹..

Toutes les politiques commerciales internes en vue de la protection de l'environnement se trouvent ainsi strictement limitées par la notion de non-discrimination entre *produits similaires*². Que la réglementation ou la taxe soit appliquée à des fins environnementales n'entre pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit du traitement entre produits similaires. L'article III est en réalité indifférent à l'objectif de la mesure interne. Si cet article autorise l'application des réglementations et des taxes environnementales, celles-ci ne jouissent d'aucun régime spécial : elles restent des réglementations et des taxes au

¹ *Etats-Unis- Mesures affectant les boissons à base de malt*, Rapport du Groupe spécial, DS23/R, 19 juin 1992, § 72. Non souligné dans le document.

² Rappelons que la notion de non-discrimination de l'article III englobe celle énoncée à l'article I concernant les produits similaires importés en provenance du territoire des autres Membres.

sens de l'article III et soumises à l'obligation du respect du principe de non-discrimination.

En résumé, nous pouvons affirmer que l'article III interdit de manière formelle, toute discrimination de quelque nature que ce soit, à l'égard du produit importé. Il s'agit là d'une véritable clause limitative du pouvoir régulateur discrétionnaire de l'Etat¹.

Néanmoins, le Membre est autorisé à appliquer sur les produits importés les réglementations et les taxes nécessaires afin de la protection de l'environnement pourvu que les produits domestiques y soient soumis.

En ce sens, la problématique touchant la notion de produits similaires est un point capital à éclaircir vu, notamment, l'importance de l'article III pour la protection de l'environnement.

Deux questions clés se posent par rapport à l'article III. D'abord, un Membre du GATT/OMC, peut-il appliquer des taxes, des réglementations ou un autre type d'imposition, en prenant pour base la conduite respectueuse ou non respectueuse des producteurs étrangers à l'égard de l'environnement(par exemple, des critères de gestion durable)? Deuxièmement, un Membre peut-il appliquer des réglementations visant à ce qu'un produit particulier importé soit obtenu d'une manière respectueuse de l'environnement (par exemple, par une gestion durable des ressources naturelles)?

C'est le cœur du problème qui nous occupe en matière environnementale, particulièrement en ce qui concerne le commerce international du bois tropical, en rapport avec l'exploitation et la gestion des forêts tropicales.

¹ Petersmann E.-U., *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, Kluwer Law –International, 1996, p. 22

1. L'interprétation de la notion de *produit similaire*

Le principe de non-discrimination s'applique aux produits similaires, visant, d'une part, la relation entre les produits importés en provenance du territoire des autres Membres¹, et d'autre part, la relation entre produits importés et produits nationaux². Son application s'étend donc aux avantages accordés entre les Membres (art. I) et aux entre Le terme *produit similaire* est assez complexe. On ne trouve aucune définition dans l'Accord général, mais l'expression apparaît dans plusieurs articles³.

Le GATT/OMC, est un instrument international commercial, qui s'occupe principalement du produit. Il n'est donc pas surprenant que l'un des problèmes d'interprétation concerne, précisément, l'identification et la définition de ce qu'est un produit similaire.

Comme nous l'avons vu, la discrimination dont il est question à l'article III, se réfère au produit similaire et non à la discrimination entre produits différents ou produits directement concurrents. Cette distinction implique que la discrimination tarifaire ou réglementaire visant des produits différents peut, licitement, être utilisée comme un instrument d'intervention commerciale afin de protéger l'environnement, mais à condition toutefois que les mesures n'aient pas pour objectif la protection de la production domestique.

¹ Art I.1.

² Art. III.

³ Arts. II. 2 a), VI. 1 a) et b), IX.1, XI.2 c), XIII.1 et XVI.4.

Quant à la méthodologie utilisée pour définir l'expression *produit similaire*, la pratique suivie par l'Organe de règlement des différends a été de procéder à cette identification au cas par cas. Dans cette démarche, certains éléments ont été considérés comme point de référence: les caractéristiques physiques, les goûts des consommateurs, l'utilisation finale entre autres¹. Mais, avant même d'attaquer directement la problématique de l'interprétation de la notion de produit similaire, nous tenterons, d'abord, d'analyser les circonstances et les conditions sous lesquelles un produit importé est différent du produit national.

Les réglementations et taxes concernant la non-similarité entre produits. Les critères

Dans *l'Affaire Taxes Intérieures brésiliennes*², le Brésil avait taxé le cognac français plus lourdement que le produit national. Le Groupe spécial avait considéré que le cognac brésilien à base de goudron, de miel ou de gingembre, était un produit tout à fait différent du cognac français et que les taxes imposées par le Brésil étaient conformes à l'article III.2., l'article III.4 n'étant pas applicable.

¹ Le Groupe de travail sur les Ajustements fiscaux à la frontière (AFF) avait affirmé qu' "*..en ce qui concerne l'interprétation de la formule produits similaires ou analogues... le Groupe de travail a conclu que les problèmes qui tiennent à l'interprétation de cette formule devaient être examinés cas par cas. Aussi pourront être équitablement évalués dans chaque espèce, les différents éléments qui permettent de reconnaître un produit similaire. Certains critères ont été suggérés à cet effet : utilisations finales du produit sur un marché donné, goûts et habitudes des consommateurs, variables d'un pays à l'autre, propriétés, natures et qualité du produit...*"

Rapport du Groupe de Travail sur les Ajustements Fiscaux à la frontière, (L/ 3464), IBDD, n° 18, 1972, § 18.

² IBDD, vol. II, Mai 1952, Doc. (GATT/CP.3/42), § 3.2. Voir également *Affaire des subventions australiennes aux importations de sulfate d'Ammonium*, IBDD, vol. II, 1952, Doc. GATT (CP.3), 3 avril 1950 § 8-9.

Dans l'affaire *Régime d'importation de sardines en Allemagne*¹ traitée à la suite d'une plainte de la Norvège contre les droits de douanes sur les conserves perçues par l'Allemagne, le Groupe spécial a constaté que la différence de traitement n'était pas fondée sur l'origine du produit mais sur la préparation des deux produits (norvégien et allemand).

Le Groupe a constaté que l'Accord général établit une différence entre « produits similaires » et « produits directement concurrents » ou pouvant se « substituer les uns aux autres ». Mais comment déterminer si un produit est similaire ou non?

Pour cela, il suffira de prendre en compte la conduite des deux Parties lors des négociations, et si elles avaient expressément ou tacitement traité les deux produits comme similaires ou non similaires².

Le comportement de la délégation allemande lors des négociations montre, selon le Groupe spécial que la délégation allemande a toujours traité les conserves des diverses espèces comme s'il s'agissait de produits distincts. En outre, la délégation norvégienne, lors de ces mêmes négociations, a, sans beaucoup de succès, essayé d'obtenir que les conserves d'esprits et de harengs, soient assimilés, du point de vue commercial, aux sardines³. Deux produits différents ne sont pas assimilables au critère retenu par l'article III.

Si ces produits n'étaient pas similaires, le Groupe a considéré, par contre, qu'ils étaient proches et concurrents directement⁴.

Si les produits importés et les produits nationaux ne sont pas considérés comme produits similaires,

¹ IBDD, n° 1, Mars 1953, Doc. 6/26 du 31 octobre 1952.

² *Affaire sardines*, § 12.

³ *Affaire sardines*, § 13.

⁴ *Affaire sardines*, § 16 a). Voir également, *Thaïlande- Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, DS10/R, 5 octobre 1990, § 70.

ils ne sont pas soumis aux conditions posées par les paragraphes 2 et 4 de l'article III. Néanmoins, ils peuvent faire partie de la catégorie plus vaste "*des produits directement concurrents ou directement substituables*"¹. Sous quelles conditions les produits sont-ils directement concurrents ou substituables, c'est à l'Organe de règlement des différends qu'il appartient de le déterminer dans chaque cas d'espèce et au cas par cas².

La similarité entre produits

Dans l'*affaire Japon- Droits de douane, fiscalité et pratique en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques*, le Groupe spécial a constaté, en examinant l'expression *produit similaire*, que la première phrase de l'article III.2 indique clairement l'interdiction de l'imposition de taxes directes ou indirectes, supérieures à celles qui sont imposées au *produit national similaire*. Le Groupe a constaté, également que les boissons alcooliques japonaises et les boissons alcooliques importées, sont des produits similaires³.

Le Groupe a remarqué que la notion de produit similaire désigne, non seulement les produits identiques ou égaux, mais englobe également la notion des produits qui possèdent des qualités similaires ou qui ont les mêmes utilisations finales⁴. Il a donc considéré, dans le cas d'espèce, que les produits en question étaient directement compétitifs ou substituables⁵.

¹ OA, *Japon- Taxes sur les boissons alcooliques*, Op. cit., p. 30.

² Ibid.

³ Rapport du Groupe spécial, § 5.7.

⁴ Rapport du Groupe spécial, § 5.5 d).

⁵ Rapport du Groupe spécial, § 5.6.

Le Groupe a aussi rappelé que les travaux préparatoires montrent que lors de l'élaboration de l'article III. 2, il n'était pas prévu que les taxes intérieures, avec lesquelles un Membre frappe les marchandises importées, soient utilisées comme moyen de protection¹.

Il a conclu que la taxe japonaise appliquée aux boissons alcooliques importées est incompatible avec l'article III parce elle frappe des produits similaires².

Dans *l'Affaire essence*, le Groupe a considéré que, malgré le fait qu'il existe des proportions différentes de composants chimiques dans l'essence importée et dans l'essence nationale, ces deux produits demeurent *similaires*³.

Ainsi, un produit est objectivement similaire par rapport à un autre parce qu'il a les mêmes caractéristiques physiques⁴.

Dans l'affaire concernant les *Boissons alcooliques*⁵, le Groupe spécial s'est demandé si,

¹ Rapport du Groupe spécial, §. 5.4.

² Rapport du Groupe spécial, § 5.11.

³ *Affaire essence*, § 6.9. Dans la même affaire, le Groupe s'est penché sur l'argument des Etats-Unis selon lequel l'essence importée était soumise à un traitement similaire à celui qui est accordé à l'essence en provenance des parties nationales en " situation similaire". Le Groupe "... a fait observer que la distinction établie dans la Réglementation sur l'essence entre raffineurs d'une part et importateurs et mélangeurs d'autre part, qui affectait le traitement de l'essence importée par rapport à l'essence nationale, tenait à certaines différences dans les caractéristiques des raffineurs, mélangeurs et importateurs et la nature des données qu'ils détenaient. Toutefois, l'article III.4 de l'Accord général porte sur le traitement à accorder aux produits similaires; son libellé n'autorise pas un traitement moins favorable en fonction des caractéristiques du producteur et de la nature des données qu'il détenait... Pareille interprétation de l'article III.4 signifierait que le traitement des produits importés et des produits nationaux concernés ne pouvait plus être assuré sur la base objective de leur similarité en tant que produits mais que les produits importés seraient à la merci d'un traitement très subjectif et variable subordonné à des facteurs extrinsèques. Cela rendrait par conséquent très instables et incertaines les conditions de la concurrence entre les produits nationaux et les produits importés d'une manière totalement incompatible avec l'objet et le but de l'article III". " § 6.11 et 6.12.

⁴ Voir également Communauté Economique Européenne - Importation de viande de bœuf en provenance du Canada (L/ 5009) IBDD, 28, 1982, § 4.2.

Le Groupe avait constaté que "...le règlement (CEE) No. 2972/79 de la Commission et son annexe II...sous leur forme actuelle, avaient pour effet d'empêcher l'accès de " produits similaires" originaires des pays autres que les Etats-Unis...". § 4. 3.

Le Groupe spécial a considéré que la viande canadienne était effectivement un produit similaire à la viande importée des Etats-Unis, parce qu'elle avait les mêmes caractéristiques et les mêmes propriétés.

⁵ *Etats-Unis- Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, 19 juin 1992, DS23/R , IBDD, 39, 1994.

dans le contexte de l'article III.4, la bière légère et la bière forte devaient être considérées comme des produits similaires. Le Groupe spécial a considéré que dans le contexte de l'article III, il était essentiel que les déterminations entre produits soient faites à la lumière, non seulement de critères comme les caractéristiques matérielles des produits, mais aussi de l'objectif de l'article III. Cet objectif était de faire en sorte que les impositions et réglementations intérieures ne soient pas appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale. Ensuite, le Groupe a reconnu que la bière légère et la bière forte étaient des produits similaires, d'après leurs caractéristiques matérielles¹.

Les conséquences sur les mesures environnementales internes

L'interprétation de l'Organe de règlement des différends indique que dès le moment où les produits étaient considérés comme similaires, toute différenciation établie entre ces produits par la réglementation en question, que ce soit à des fins de normalisation ou de la protection de l'environnement, devenait incompatible avec l'article III même si la réglementation n'était pas appliquée de manière à protéger la production nationale².

Vu l'interprétation de l'article III concernant la similarité des produits, la conclusion principale qui s'en dégage est la suivante : toute discrimination entre produits similaires est interdite³.

¹ *Boissons alcooliques*, §. 5. 73.

² *Boissons alcooliques* §. 5.72.

³ Cf., *Canada- Administration de la Loi sur l'investissement étranger*, Rapport du Groupe spécial, § 6.1.

Les taxes doivent être appliquées de manière égale à tous les produits similaires importés, que ces produits aient les mêmes caractéristiques et les mêmes utilisations finales. Même si des critères différents ont été utilisés par les Groupes spéciaux, la notion de similarité ou de différence entre produits renvoie toujours aux caractéristiques physiques du produit¹.

De la même manière, toute réglementation qui vise la protection de la production domestique, quel que soit l'effet d'une taxe sur le produit importé, peut être considérée comme potentiellement incompatible avec l'article III.

En résumé, toute discrimination entre les produits importés et nationaux similaires est interdite par l'article III.

Le point suivant porte sur la question de savoir si l'utilisation des méthodes dommageables ou nocives pour l'environnement peut justifier qu'un Membre donne un traitement différencié au produit importé suivant la façon dont celui-ci a été obtenu.

¹ Murase S. » Transnational Environmental Issues » RCADI, 1995, III, p. 333; Tereposky G., Thomas C., "The Evolving Relationship between Trade and Environmental Regulations", *JWT*, n° 4, 1993, p. 16, Petersman E.-U., *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, Kluwer Law- International, 1996, p. 45.

2. La similarité entre produits, la méthode et le procédé de production¹

*L'affaire des Allocations familiales belges*² est, certainement, le premier cas où s'est posée la question de la relation entre un produit similaire et une réglementation interne, déterminant les conditions auxquelles les autres pays doivent s'adapter pour échapper à une taxe intérieure. Les autorités belges avaient prévu, à travers une loi, la perception d'une taxe intérieure³ sur les achats réalisés par les pouvoirs publics sur le territoire de certains Etats.

La perception était applicable à tout produit originaire d'un pays, dont le système d'allocations familiales ne remplirait pas certaines conditions⁴.

La perception de cette taxe, n'était pas d'application lorsque les produits étaient originaires des Pays-Bas, de l'Italie, de la France, de la Suède et du Royaume-Uni. Selon les autorités belges, ces pays avaient un système d'allocations familiales similaire.

Le Danemark et la Norvège ont, en conséquence porté plainte. Le Sous-groupe a constaté que le système d'allocations familiales était sans incidence sur les règles du GATT.

Suivant l'analyse du Groupe spécial, la Belgique n'avait pas de titre légal pour exiger des autres Membres qu'ils adoptent le même niveau de

¹ Chaque fois que nous désignons la méthode et le procédé de production, nous utilisons les sigles MPP.

² G/32-1S/63, 7 novembre 1952, Rapport du Sous- Groupe des réclamations.

³ *Allocations familiales*, § 2.

⁴ *Allocations familiales*, § 1.

protection afin que le produit similaire importé ne soit pas l'objet d'une taxe intérieure¹.

De la même manière, presque dix ans avant *l'Affaire Tuna I*, un autre Groupe spécial s'était penché, explicitement, sur la question de savoir, si des méthodes agricoles différentes ou des facteurs d'ordre économique et commercial avaient un impact sur la similarité entre produits.

A cette époque, les conclusions du Groupe spécial étaient passées totalement inaperçues, bien que le Groupe ait adopté la même approche qualitative que celle des Groupes des *Affaires Tuna I* et *Tuna II*.

Ainsi, dans *l'Affaire du Café non torréfié*², l'Espagne a soutenu qu'il existait, de manière évidente, des différences quantitatives entre le café lavé et non lavé. Ces différences portaient sur les points suivants :

- a. les critères liés aux techniques agricoles, et
- b. les aspects liés aux facteurs d'ordre économique et commercial³.

L'Espagne soutenait aussi que, bien que les cafés doux et arabica non lavés appartiennent au groupe arabica, les deux types présentaient, indiscutablement, des différences qualitatives liées notamment au climat, aux conditions et aux méthodes de culture. Ces différences concernaient également la préparation qui avait des incidences sur l'arôme et le goût, caractéristiques déterminantes essentielles pour le commerce et la production.

Sur ces bases, l'Espagne est arrivée à la conclusion qu'il s'agit de produits totalement différents, selon qu'il s'agit du café arabica « lavé » ou « non lavé »⁴

¹ Jackson J.H., *Op. cit.*, 1969, p. 218.

² *Espagne- Régime tarifaire appliqué au café non torréfié*, (L/5135), 11 juin 1981, Rapport du Groupe spécial, *IBDD*, 28, 1982.

³ *Café non torréfié*, § 3.6.

⁴ *Café non torréfié*, § 3.7.

Selon cette thèse, deux types de café aussi différents ne pouvaient pas être considérés comme des produits similaires au sens de l'article III¹.

Selon le Brésil, pays affecté par le traitement différencié en matière d'imposition tarifaire, le café constituait un seul et même produit et il devait être considéré comme un produit similaire. Cette similarité est indépendante du fait que le café soit torréfié ou non torréfié, lavé ou non lavé et qu'il obéisse à des techniques ou des méthodes différentes en matière de culture, de climat ou de préparation².

Le Groupe spécial a remarqué que les arguments espagnols

"...reposaient principalement sur des différences organoleptiques résultant de facteurs géographiques, de méthodes de culture, du traitement de fèves et du facteur génétique. Le groupe n'a pas estimé que ces différences constituaient une raison suffisante pour autoriser un régime tarifaire différencié"³.

Le Groupe spécial a estimé, que le café non torréfié, vendu sous la forme de mélange dans lequel plusieurs types de café étaient combinés au stade de son utilisation finale, était considéré comme un seul et même produit bien défini, destiné à la boisson⁴.

Partant, les fèves du café non torréfié et non décaféiné reprises dans le tarif douanier de l'Espagne devaient être considérées comme des produits similaires. C'est ainsi que le régime tarifaire tel que l'Espagne l'appliquait, présentait un caractère discriminatoire à

¹ Café non torréfié, § 3.8.

² Ibid. Cf. spécialement § 3.9 et 3.10.

³ Café non torréfié, § 4.6.

⁴ Café non torréfié, § 4. 8.

l'encontre du café non torréfié originaire du Brésil¹.

Le Groupe spécial n'a pas pris en compte les arguments espagnols selon lesquels certains aspects se référant aux méthodes de production et à d'autres facteurs seraient des éléments décisifs pour établir la non similarité entre produits.

Il s'en dégage donc que la différence dans la méthode de production, ne rend pas différent un produit importé du produit domestique².

Une affaire retentissante a été celle des *Etats-Unis- Restrictions à l'importation du thon dit Tuna I*. L'enjeu était d'une importance particulière puisque l'affaire portait sur la protection des ressources naturelles partagées ou communes. Il s'agissait de savoir si l'utilisation de méthodes de production différentes(y compris des méthodes nocives pour l'environnement) autorisait un Membre à traiter les produits importés comme non similaires, et ainsi à imposer un traitement tarifaire différencié.

Il est utile de rappeler à ce stade que si une norme ou une réglementation s'applique à la production et à la consommation internes, aucun problème ne devrait se poser à l'égard des règles concernant la non discrimination³. L'adoption et l'application des normes environnementales restent, en principe, soumises à l'exercice de la compétence législative d'un Membre⁴.

Lorsque des normes et des réglementations visent la façon dont un autre Membre obtient un produit, et que ces normes et réglementations ont des conséquences sur l'importation dudit produit, le

¹ *Ibid.*, § 4.10.

² Petersmann E-U., "International Environmental Law", *JWT*, vol 27 n° 1, 1993, p. 63.

³ Petersmann E-U., *Op. cit.*, 1996, p. 17.

⁴ Brack D. « Balancing Trade and Environment », *International Affairs*, vol. 71, 1995, p. 505. Petersmann E.-U, *Op. cit.*, p. 19-20.

problème peut se poser avec l'article III.4¹ et accessoirement avec l'article XX paragraphes *b)* et *g)*².

Suite aux restrictions commerciales prises par les Etats-Unis, le Mexique avait argumenté que la mesure nord-américaine était contraire aux obligations de l'Accord général parce qu'elle était basée sur une discrimination entre des produits similaires qui touchait uniquement le procédé de production³.

Les Etats-Unis avaient observé que les règlements adoptés visaient la méthode de production ou de transformation, parce qu'ils avaient comme objectif la *protection des dauphins, par une réglementation de la production du thon*⁴.

Le Groupe spécial avait conclu que toute réglementation devait viser exclusivement le produit comme tel. En principe, la réglementation nord-américaine ne régissait pas directement la vente du thon et ne pouvait pas concerner le thon en tant que produit. La réglementation en question n'avait pour objectif que la réduction de la prise accidentelle des dauphins, et non la pêche du thon⁵.

Pour le Groupe spécial la notion de produit similaire au sens de l'article III.4 impliquait une comparaison entre le traitement du thon importé *en tant que produit*, et celui du thon d'origine nationale *en tant que produit*.

¹ Tereposky G Thomas C., *Op. cit.*, p. 39-40.

² Murase S., *Op. cit.*, 353-354, Petersmann E-U., *Op. cit.*, JWT, 1993, p. 71.

La question de savoir si l'article XX joue un rôle d'exception dans le domaine de la MPP est un point qui sera également analysé. En principe, si une mesure est considérée comme incompatible avec l'article III, elle peut être justifiée sous l'article XX., y compris le droit de viser la MPP.

³ *Affaire Tuna I*, § 3.16.

⁴ *Affaire Tuna I*, § 3.18.

⁵ *Affaire Tuna I*, § 5.12, 5.13 et 5.14.

La réglementation sur la prise accidentelle de dauphins, au cours de la pêche au thon, ne pouvait avoir des effets sur le thon en tant que produit. Les Etats-Unis étaient donc obligés de ne pas soumettre le thon mexicain à un traitement moins favorable que le traitement accordé au thon américain¹.

Le thon reste du thon, même s'il est pêché aux sennes coulissantes (filets) ou avec d'autres méthodes qui ne prennent pas en compte si de telles méthodes ont des incidences sur les captures accidentelles de dauphins².

Si la réglementation nord-américaine avait un objectif environnemental, c'est la différence du traitement à l'égard du produit « thon importé » et les méthodes utilisées pour la pêche qui étaient au cœur du problème de la compatibilité ou incompatibilité d'une mesure avec l'article III de l'Accord général.

Le Groupe spécial qui a traité l'affaire dite *Tuna II* ne s'est pas écarté de cette position³.

Ces conclusions ont été fortement critiquées⁴, mais il est communément admis qu'elles correspondent aux dispositions légales du GATT/OMC⁵.

¹ Affaire *Tuna I*, §. 5.15.

² Black D., "International Trade V. Environmental Protection : The Case of the U.S. Embargo on Mexican Tuna". *Law and Policy in International Business*, n° 24, 1993, p. 134. Egalement Jackson H. P. et al., *Op. cit.*, p. 578.

³ « Le Groupe spécial a noté que l'article III appelait une comparaison entre le traitement accordé aux produits d'origine nationale et aux produits similaires importés, et non une comparaison entre les politiques et pratiques du pays d'origine et celles du pays d'importation... Le Groupe spécial a...noté que les embargos à l'importation faisaient une distinction entre les produits dérivés du thon en fonction des pratiques de pêche et les politiques d'importation de thon des pays exportateurs, que les mesures imposées par les Etats-Unis au thon faisaient également une distinction entre le thon et ses produits dérivés en fonction des méthodes de pêche, et qu'aucune de ces pratiques, politiques et méthodes ne pouvait avoir d'incidence sur le caractère inhérent du thon en tant que produit » . § 5.8 et 5.9. Non souligné dans le document.

Dans sa conclusion, le Groupe spécial a ajouté un élément nouveau : les pratiques, les politiques et méthodes de pêche des autres Membres ne doivent pas entrer en ligne de compte.

⁴ Cf. Klabbers J., « Jurisprudence in International Trade Law », *JWT*, vol. 26, n° 2, 1991, p. 90-91 ; Charnovitz S., « Environmentalism Confronts GATT Rules », *JWT*, vol. 15, n° 5, 1991, p. 45-46, qui a qualifié ces conclusions de « *vision orthodoxe* ».

⁵ Voir Schoenbaum J., « Trade and Environment : irreconcilable Conflict? », *AJIL*, 1992, p.408; Thomas C., Tereposky G. A., « The Evolving Relationship Between Trade and Environmental Regulation » *JWT*, vol. 27, n° 4, 1993, p. 26-27; Sorsa P., « The New Environmental Protectionism North-South Trade and

Selon ce qui se dégage de l'interprétation des affaires traitées ci-dessus, un Membre qui prend une mesure de nature environnementale, doit viser exclusivement le produit et non les méthodes de production¹.

Dans le langage du GATT/OMC, cela veut dire qu'une norme ou une réglementation doit viser les caractéristiques physiques du produit², et n'établir aucune discrimination suivant la façon dont le produit est obtenu³. Les différences qui résultent de facteurs géographiques⁴, de méthodes de culture, de méthodes d'exploitation des ressources naturelles, et d'autres facteurs, ne sauraient être considérées comme permettant un traitement différencié entre produits⁵.

Dans ce sens, l'article III ne fait aucune différence entre les taxes ou les réglementations, même si elles ont pour objectif la protection de l'environnement⁶.

Répetons-le elles restent, selon les règles du GATT/OMC, des taxes et des réglementations indépendamment de la finalité poursuivie⁷. Et il apparaît que les réglementations qui visent le changement de conduite des producteurs étrangers, de même que celles qui visent la façon dont ceux-ci obtiennent un produit particulier, seraient

the Uruguay Round », *The World Economy After the Uruguay Round*, Breutz F. éd., Fachverlag, Vienne, 1995, p. 214.

¹ Cheyne I., « Environmental Treaties and the GATT », *RECIEL*, vol. I, 1992, p.14; Walker S., *Op. cit.* p. 100, Reiterer M., « International Legal Aspects of Process and Production Methods », *World Competition*, vol. 17, n° 2, 1993/1994, p. 114; Petersman E-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law, International, 1997, 115-117; Murase S., *Op. cit.*, p. 333.; Tereposky G., Thomas C., *Op. cit.*, p. 16.

² Schoenbaum J., « Trade and Environment : Irreconcilable Conflict? », *AJIL*, 1992, p. 708.

³ Kingsbury B., « The Tuna-Dolphin Controversy, the World Trade Organization, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law », *YIEL*, vol. 5, 1994, 12-13.

⁴ *Espagne- Régime tarifaire appliqué au café non torréfié*, *Op. cit.*, § 3.6 et 4.6.

⁵ Ward H., « Trade and Environment in the Round- And After », *JEL*, 6, 1994, p. 264-265.

⁶ Sorza P., « The New Environmental Protectionism : North-South Trade and the Uruguay Round », *Op. cit.*, p. 199.

⁷ Duncan B., *Op. cit.*, p. 502-503.

considérées comme incompatibles avec l'article III¹.

¹ *Etats Unis- Restriction à l'importation du thon*, DS29/R, 16 juin 1994, § 5. 9, *Tuna II*.

Le droit international n'est cependant pas indifférent à la façon dont un produit est obtenu. L'affaire classique souvent citée en la matière est la sentence arbitrale sur la *Fonderie de Trail* (RSA, vol. III, p. 1095), où ce qui était en jeu était les effets sur l'environnement de la méthode de production. Sur le plan conventionnel, plusieurs accords qui ont pour objectif la protection de l'environnement, visent notamment la méthode et le procédé de production en rapport direct avec le commerce international (Voir, *Secrétariat du GATT, Rapport 1992 et Rapport du Comité sur les mesures relatives à l'environnement* 1994). L'un des instruments le plus frappant dans ce domaine est le *Protocole de Montréal* de 1987. Afin de protéger l'atmosphère, le Protocole vise non seulement les caractéristiques physiques du produit, mais englobe la méthode et le procédé de production (art. 4). Le Protocole prévoit également la prise de mesures commerciales (interdiction de l'importation et de l'exportation des produits contenant des substances dommageables pour l'atmosphère, y compris des mesures envers les tiers (art. 4). Dans le domaine de la protection des ressources naturelles marines vivantes, la *Convention sur l'interdiction de l'utilisation de la pêche avec des longs filets dérivants dans le Pacifique Sud* (adoptée en 1989) prévoit à l'article 3 l'interdiction de l'importation des poissons pêchés avec des filets dérivants. C'est donc la méthode de pêche et la conduite des pêcheurs qui sont visées par la Convention. Si ces accords peuvent en principe être considérés comme étant conformes à l'obligation générale de la protection de l'environnement (Voir, *Convention de Montego Bay* de 1982, art. 192, *Principe 21* de la *Déclaration de Stockholm*, *Principe 2* et *12* de la *Déclaration de Rio*.) il n'est pas moins vrai que des conflits peuvent apparaître avec l'Accord général, l'article III en particulier. D'ailleurs la relation entre les accords environnementaux multilatéraux et les règles du GATT/OMC est un thème qui n'est pas encore l'objet d'un consensus. Cf. *Déclaration de Doha*, § 31.

E. La « non-restriction » au commerce international

1. L'interdiction des restrictions quantitatives

Les politiques et les réglementations environnementales les plus utilisées dans le domaine du commerce international du bois tropical relèvent certainement de la catégorie des obstacles dits non tarifaires¹. Les réglementations nationales adoptées dans ce domaine affectent parfois, intentionnellement ou non, les échanges des produits forestiers. Les réglementations de ce type prévoient normalement des restrictions à l'importation de produits forestiers obtenus au mépris des principes et critères de durabilité². Les mesures réglementaires internes aux fins de la protection de l'environnement se trouvent ainsi en rapport direct avec la méthode et le procédé de production, à notre sens, pièce clé de la politique environnementale.

Cela dit, l'article XI.1 de l'Accord général prévoit qu'

¹ Voir *supra*, Chapitre I.

² NU-CDD, *Trade and Environment in Relation to Forest Products and Services*, Op. cit., 1996, § 21; Background Doc., Op. cit., 1998, § 11, 63-67. Egal. Bourke L., Letch J., *Trade Restrictions and their Impact on International Trade in Forest Products*, F.A.O., Rome, 1998, p. 20.

"aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation¹ d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé".

Cette disposition interdit l'application des mesures internes destinées à limiter la quantité d'un produit à la frontière². La disposition vise de manière particulière l'imposition de quotas³ qui pourraient entraver les échanges internationaux⁴.

La finalité du principe de non-restriction est de maintenir les marchés de tous les Membres, ouverts à la concurrence internationale. L'article XI.1 vise aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour garantir les échanges commerciaux⁵. En ce sens, la clause de non-restriction y a été introduite pour éviter qu'à travers des restrictions à l'importation, l'industrie domestique ou nationale ne soit protégée face à la concurrence des produits similaires étrangers⁶.

¹ A l'occasion de l'analyse de l'expression « restriction à l'importation », un Groupe spécial avait conclu que « ... dans son sens ordinaire, la préposition « à », employée pour décrire le lien qui devrait exister entre la mesure et l'importation du produit, notamment signifie « en ce qui concerne », en liaison ou en association avec, à l'occasion de ou « eu égard à ». dans le contexte de l'article XI:1, les termes « restriction à l'importation » peuvent donc être interprétés à juste titre comme désignant des restrictions « eu égard à » ou « en liaison avec » l'importation du produit... ».
Inde- Mesures concernant le secteur automobile, Rapport du Groupe spécial, WT/DS146/R, 21 décembre 2001, § 7. 257.

² Flory Th. et al., *Droit économique international*, LGDJ, Paris, 1999, p. 41.

³ Shoembaun J., *Op. cit.*, *AJIL*, 1997, p. 271.

⁴ Long O., « Place du droit dans le système du GATT », *RCADI*, 1983, IV, p. 27

⁵ *CEE- Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, Rapport du Groupe spécial, L/6627, 14 janvier 1990, *IBDD*, 1991, § 150.

A la différence des articles I et III, les mesures prévues à l'article XI portent sur des barrières commerciales non tarifaires. Les droits de douane, les taxes et d'autres impositions ne tombent donc pas sous cette interdiction générale, mais relèvent des articles I et III.

Champ d'application

Quant au champ d'application de la disposition contenue à l'article XI.1, celui-ci vise l'élimination générale des restrictions quantitatives appliquées, tant aux importations qu'aux exportations¹. En effet, les restrictions visées à l'article XI.1 prennent souvent la forme de quotas ou de contingents² à travers des licences d'importation et d'autres mesures gouvernementales³. L'article XI s'applique ainsi à toute mesure réglementaire constituant une restriction au commerce international⁴, la disposition s'appliquant non seulement aux mesures prises à la frontière, mais encore aux mesures réglementaires internes⁵.

⁶ Flory Th. et al., *Op. cit.*, 1989, p. 115.

¹ La disposition contenue à l'article XI:1 a une portée globale. Ainsi, l'interdiction englobe une interdiction générale des restrictions ou de prohibitions à l'importation ou à l'exportation des produits. Inde- mesures concernant le secteur automobile, *Op. cit.*, § 7.246.

² Le quota ou contingent est une décision prise par un gouvernement qui détermine quel produit sera importé et en quelle quantité. Cf. Jackson, *Op. cit.*, 1969, p. 305. Consulter également la *Note Interprétative de l'article XI*, GATT/ANNEXE I, Add. Arts XI, XII, XIII, XIV, XVIII, dans GATT, Actes finales, Genève, U.N.T.S. 55, 228 1947 et Protocole d'amendement du préambule et parties II et III du GATT, Accord 38, Annexe C, 1955. Cf. , *Etats-Unis- Restrictions à l'importation du sucre et des produits contenant du sucre*, Rapport du Groupe spécial, L/6631, 7 novembre 1990, § 5. 7.

³ Tereposky G.A, Thomas C., *Op. cit.*, p. 27. Cf. également, Inde- Mesures concernant le secteur automobile, *Op. cit.*, 7.249

⁴ Paye O., *Op. cit.*, p.20. Voir également, *Japon- Commerce des semi-conducteurs*, Rapport du Groupe spécial, (L/6309), 4 mai 1988, *IBDD*, 1989, § 104.

⁵ Walker S., *Environmental Protection vs. Trade Liberalization : Finding the Balance*, Publications de la Faculté St. Louis, Bruxelles, 1993, p. 39; Paye O., « La protection de l'environnement dans le système du GATT » *RBDI*, 1992/1, p. 82.

Comme principe général, il se dégage de l'article XI que toute mesure réglementaire peut enfreindre ses dispositions lorsqu'elle a pour conséquence des effets restrictifs sur le commerce international¹. Une mesure réglementaire qui est conforme à l'article III de l'Accord général, peut donc, tomber sous l'interdiction générale formulée par l'article XI².

2. L'interprétation du contenu de l'obligation en matière de non- restriction

La pratique de l'Organe de règlement des différends a éclairci considérablement la portée de l'article XI.1.

Dans l'affaire *Thaïlande-Restriction à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, le Groupe spécial a remarqué que la Thaïlande n'avait pas accordé de licences d'importation de cigarettes au cours des dix dernières années. Cela implique, selon le Groupe spécial, une barrière quantitative au commerce international et, en conséquence, une mesure incompatible avec l'article XI.1³.

¹ Des exceptions ont été prévues en vertu de l'article XII. 2. Un Membre peut, entre autres, interdire ou restreindre :

- a. temporairement, l'exportation ou l'importation de produits en cas d'une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la Partie contractante exportatrice ;
- b. lorsque des restrictions et des interdictions se révèlent nécessaires pour l'application de normes concernant la classification, le contrôle ou la mise en vente de produits destinés au commerce international.

² Paye. O. , *Op. cit.*, p. 20.

³ *Rapport du Groupe spécial*, DS10/R, 5 octobre 1990, § 67.

Dans l'*Affaire concernant des restrictions japonaises à l'importation des semi-conducteurs*, le Groupe spécial s'est demandé si la mesure interne japonaise constituait une mesure restrictive au sens de l'article XI. En effet, cette réglementation interne affectant la vente, permettait aux producteurs nationaux de vendre des semi-conducteurs à certains pays tiers à des prix inférieurs au coût réel. En outre, le gouvernement japonais délivrait des licences d'exportation vers des pays autres que les Etats-Unis avec retard, ce qui avait des effets restrictifs sur l'exportation vers lesdits pays.

Le Groupe a soigneusement analysé

« ... l'argument du gouvernement japonais selon lequel les mesures incriminées n'étaient pas des restrictions au sens de l'article XI.1 parce qu'elles n'étaient pas juridiquement contraignantes ni obligatoires. Il a noté à cet égard qu'à la différence d'autres dispositions de l'Accord général, l'article XI.1 ne faisait pas mention de lois ou règlements mais, plus généralement, de mesures. Ce libellé indique clairement que toute mesure instituée ou maintenue par une partie contractante et qui restreint l'exportation ou la vente pour l'exportation de produits est visée par cette disposition, quelle que soit la situation juridique de la mesure... »¹.

Le Groupe a conclu que les mesures japonaises étaient incompatibles avec l'article XI².

Cette constatation suggère que l'article XI.1 s'applique, non seulement à des lois, réglementations ou autres mesures qui ont un caractère obligatoire, mais encore à *toutes les mesures prises par un gouvernement*³. Selon le Groupe spécial, l'article XI prévoit son application à des mesures qui ne sont pas obligatoires ou même des mesures réglementaires

¹ *Affaire des semi-conducteurs*, § 106.

² *Affaire des semi-conducteurs*, § 117.

³ Walker S., *Op. cit.*, p. 39-40.

de nature discrétionnaire¹. Ainsi, une mesure administrative interne non contraignante peut devenir incompatible avec l'article XI.1².

Cette affirmation est correcte dans la mesure où l'article XI ne s'intéresse pas tellement à la nature de la réglementation adoptée³ et appliquée par un gouvernement, mais plutôt à la réglementation qui entraîne un *effet* restrictif sur le commerce international⁴.

Même les mesures incitatives peuvent, dans certains cas, être considérées comme incompatibles avec l'article XI⁵.

De la même manière, les programmes de certification mis en place par un membre du GATT/OMC avec pour objectif de protéger l'environnement peuvent être considérés dans certains cas, comme faisant obstacle aux importations. A cet égard, il est à remarquer que dans le domaine du commerce international du bois tropical, les programmes de certification⁶

¹ C'est ainsi que « .. dans la jurisprudence, toute une série de mesures d'incitation non contraignantes ont été considérées comme constituant « des mesures » et des restrictions au sens de l'article XI :1 du GATT. Cette interprétation large est conforme aux termes exprès de cette disposition, qui ont une portée globale ». Inde- mesures concernant le secteur automobile, *Op. cit.*, § 7. 249.

² Cf. Schoenbaum Th., *Op. cit.*, 1997, p. 272.

³ C'est ainsi qu'une réglementation qui vise la *méthode et le procédé de production* et dont l'effet direct est d'imposer des restrictions commerciales à l'importation est considérée comme incompatible avec l'article XI.1. Affaire *Tuna I*, § 3.18 et 5. 17.

⁴ Affaire des semi-conducteurs, § 106. Voir également, Affaire *Harengs-saumons*, 1989, § 4.1, Affaire des restrictions du thon en provenance du Canada, 1981, § 4.3. Un autre Groupe spécial s'est prononcé sur une autre réglementation domestique, portant sur des restrictions à l'importation. La CEE avait adopté le Règlement (CEE) n° 516/77, par lequel, la délivrance d'un certificat d'importation était subordonnée par la constitution d'une caution pour les concentrés de tomates. Le Règlement communautaire prévoyait, que des concentrés de tomates pouvaient être importés sur le territoire de la CEE, mais pas au-dessous du prix minimal fixé par le Règlement. Le Groupe spécial a conclu qu'il s'agissait d'une restriction, autre que les droits de douane, taxes ou autres impositions au sens de l'article XI.1. CEE- Régime concernant les prix minimaux à l'importation, le certificat et le cautionnement pour certains produits transformés à base de fruits et légumes, Rapport du Groupe spécial, 18 octobre 1978, L/4687, IBDD, 1979, § 4. 9.

⁵ Japon- Restrictions à l'importation de certains produits agricoles, Rapport du groupe spécial, L/6253, 2 février 1988, IBDD, 1989, § 5. 2 et 6. 2.

⁶ La certification concernant les produits forestiers peut être définie comme « l'établissement d'une déclaration écrite (certificat) attestant l'origine de la matière première et sa condition et/ou qualité....qui permet aux participants de mesurer leurs pratiques de gestion forestière, par référence à des normes et faire la preuve du respect de ces normes... » Baharudin Hj. G., « Certification du bois :

constituent des instruments d'intervention commerciale utilisés souvent comme partie d'une politique environnementale¹.

Dans *l'Affaire crevettes*, le Groupe spécial avait constaté que l'article 609 de la Loi 101-162 des Etats-Unis avait pour effet d'interdire les importations en provenance de pays *non certifiés*. L'interdiction s'appliquait également aux pays qui, même en pêchant les crevettes avec les critères énoncés par l'article 609, n'étaient pas certifiés. Le programme de certification nord-américain a été, en conséquence, considéré comme restreignant l'importation des crevettes et donc une mesure incompatible avec l'article XI.1²¹.

Ce type de programme unilatéral de certification peut être vu comme une barrière commerciale *per se*. En effet, même si les autres Etats adoptaient la méthode de pêche requise par la loi nord-américaine, l'absence de certification interdirait aux pays exportateurs l'accès au territoire des Etats-Unis.

En résumé, la pratique de l'Organe de règlement des différends suggère que l'article XI.1 vise à empêcher toutes les mesures réglementaires qui institueraient ou maintiendraient des prohibitions ou des restrictions à l'importation et/ou à l'exportation.

vue d'ensemble » *Unasylva*, n° 183, F.A.O., Rome, 1998, p. 1. Les programmes de certification englobent deux éléments : d'abord, la certification du caractère durable de la gestion forestière et la certification sur l'origine du produit. D'après ces deux éléments, la certification de la gestion durable forestière a lieu dans le pays d'origine ou dans les pays producteurs tandis que la certification sur l'origine du produit englobe les aspects liés à l'exportation.

¹ Bourke I.J., Leitch J., *Trade Restrictions and their Impact on International Trade in Forest Products*, F.A.O., Rome, 1998, p. 22-25.

² *Affaire crevettes*, § 7.17. Voir également, *Clause d'impression appliquée par les Etats-Unis*, Rapport du Groupe spécial, L/5609, 16 mai 1984, IBDD, 1984, Conclusions ; *CEE- Restrictions appliquées par la CEE à l'importation de pommes en provenance du Chili*, Rapport du Groupe spécial, L/50 47, IBDD, 1980, § 4.2 et 4.3 ; *CEE- Restrictions à l'importation appliquées par la CEE à l'importation de pommes en provenance du Chili*, Rapport du Groupe spécial, L/6491, 22 juin 1989, IBDD, 1989, § 12.2 ; *Etats-Unis- restrictions à l'importation du Sucre*, Rapport du Groupe spécial, L/6514, 22 juin 1989, § 5.4 ; *République de Corée- Restrictions à l'importation de viande de bœuf*, L/6503, 7 novembre 1989, § 111, 112 et 113.

L'article XI.1 ne se préoccupe pas de savoir, si une mesure est ou non compatible avec l'article III. Une mesure qui entraîne des restrictions commerciales peut être incompatible avec l'article XI.1, tout en étant compatible avec l'article III de l'Accord général. Il suffit qu'un Membre, par des moyens autres que les taxes intérieures et les droits de douane, applique une réglementation ayant pour effet la restriction commerciale, pour que cette mesure soit considérée comme incompatible avec l'article XI.1.

Conclusions

De l'analyse faite concernant la clause de la nation la plus favorisée (art. I), la clause du traitement national (art. III) et l'interdiction des restrictions quantitatives il ressort que tout Membre du GATT/OMC est autorisé à décider de sa propre politique environnementale à l'égard des pays exportateurs et des marchandises importées sur son territoire. En ce sens, le Conseil de l'OIBT avait souligné le rapport existant entre l'exploitation durable des forêts et l'accès aux marchés des pays importateurs¹. Toutefois, l'analyse que nous avons entamée nous indique qu'une réglementation ne peut établir une discrimination entre pays exportateurs, ni accorder un traitement discriminatoire au produit importé, ni restreindre le commerce international du bois. Vu sous cet angle, la mesure autrichienne incompatible avec les dispositions analysées².

Le pas suivant consiste à analyser le régime d'exception prévue par l'Accord général en tant que clause échappatoire aux obligations de fond.

¹ Décision de la Troisième session du Conseil, 29 octobre-3 novembre, 2001, Yokohama.

² Cf. Chase B.F., *Op. Cit.*, p. 383, Ward H. "Trade and Environment in the Round- And after", *JIEL*, 6 1994, p. 281. La problématique de la méthode et le procédé de production est analysée au Chapitre III.

SECTION IV. Le régime d'exception

Considérations générales

Les exceptions dont il est question ici sont principalement celles dénommées *exceptions générales* et qui sont prévues à l'article XX de l'Accord général. Ce régime particulier a beaucoup d'importance, car, dans certains cas, les Membres peuvent l'invoquer pour justifier la prise de mesures pour la protection de l'environnement qui seraient contraires aux obligations de fond contenues aux articles I, III et XI¹.

Avant d'approfondir le sujet, il est capital de rappeler que l'Accord du GATT/OMC est un instrument international commercial. Il ne relève pas du droit international de l'environnement².

Cela dit, lors des travaux préparatoires de la OIC³, la question de la clause d'exception a été âprement négociée⁴. La partie la plus délicate concernait les conditions d'application des mesures commerciales restrictives sous ladite clause.

Dans ce contexte il a été reconnu qu'il

« ... est de pratique courante dans les accords internationaux d'inclure des exceptions comme celles qui figurent à l'article 32 [XX], mais seulement les exceptions aux dispositions sur les interdictions et restrictions à l'importation. Celles que prévoit l'article 32 [XX] couvrent un domaine beaucoup plus étendu.

Afin de prévenir l'abus des exceptions énumérées à l'article 32 [XX]le texte suivant [devrait être inséré] à titre

¹ Voir, *Etats-Unis,- L'article 337 de la loi douanière de 1930*, L/ 6439, IBDD, S 36, 7 novembre 1989; *Affaire Tuna I*, § 5. 20.

² GATT, *Focus* n° 85, octobre 1991, p. 4.

³ Organisation Internationale du Commerce.

⁴ Pour une bonne analyse des travaux préparatoires, consulter Charnovitz S., «Exploring Environmental Exceptions in GATT Article XX», *JWT*, vol. 25, 1991.

d'introduction: " Les engagements du chapitre IV de la présente Charte ayant trait aux restrictions à l'importation et à l'exportation ne devront pas être interprétées comme empêchant l'adoption ou l'application, par tout membre des mesures suivantes, pourvu qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire entre les pays où les mêmes conditions existent, ou une restriction déguisée du commerce international »¹.

Avec quelques variantes, cette clause est devenue l'article XX de l'Accord général qui est rédigé comme suit :

Exceptions générales

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée 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... »².

Ainsi, les travaux préparatoires montrent effectivement que le sens de l'exception introduite dans l'Accord général, sur la base du

¹ EPTC/C. II/50, p 6, *Guide des règles et...*, p. 610.

² Au cours du Cycle d'Uruguay, à la dernière réunion formelle du Groupe de négociation sur les articles de l'Accord général, l'Autriche a proposé une modification de l'article XX en ajoutant les mots "de l'environnement" au paragraphe b) afin de tenir compte de manière appropriée du lien de plus en plus important entre commerce et environnement. L'Autriche a cependant reconnu que vu l'avancée des négociations, il était trop tard pour aborder ce type de modification au sein du Groupe de négociation. Cf. *OMC- Symposium de haut niveau sur le commerce et l'environnement*, Genève, 15-16 mars 1998, § 84.

Projet de la Charte de l'OIC, était de permettre aux Parties contractantes de s'écarter dans certaines circonstances, des obligations générales de fond.¹ L'article XX, tout en restant une exception limitée et conditionnelle², peut être invoquée comme un droit par tout Membre du GATT/OMC³.

Cela dit, selon l'Organe de règlements des différends de l'OMC, afin d'éviter les abus ou une mauvaise utilisation de l'exception, les mesures de restriction commerciale doivent être appliquées de manière raisonnable, tout en tenant compte non seulement des obligations légales du Membre qui invoque l'exception, mais aussi des droits des autres parties intéressées⁴.

Si l'article XX peut être invoqué comme « un droit »⁵, rien n'empêche un Membre du GATT/OMC d'invoquer, à titre principal, qu'une mesure est compatible avec les règles de fond du GATT/OMC, et à titre subsidiaire, qu'elle entre dans le champ d'application de l'article XX.

¹ *Guide des Règles et Pratiques du GATT*, Op. cit., p. 607.

² " L'article XX est intitulé " Exceptions générales"...L'article XX d) prévoit ainsi une exception limitée et conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions...Des groupes spéciaux précédents avaient considéré que l'article XX était une exception limitée et conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions de l'Accord général, et non une règle positive établissant en soi des obligations. La pratique suivie par les groupes spéciaux consistait donc à interpréter l'article XX au sens strict...". *Affaire Tuna I*, 5.20. Egalement, *Etats-Unis- L'article 337 de la loi douanière de 1930*, Rapport du Groupe spécial L/6439, 7 novembre, IBDD 36, 1989. § 5.9 et 5.22 ; OMC, CCE, *Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX del Acuerdo General*, WT/CTE/53, 30 de julio de 1997, § 5 et 6.

³ OA, *Affaire essence*, p. 25, OA, *Affaire crevettes*, p. 30.

⁴ *Ibid.*

⁵ Toutefois, si l'article XX peut être invoqué comme droit, par contre, le Membre qui l'invoque est tenu de prouver que les mesures restrictives qu'il a prises étaient appliquées en conformité avec les dispositions de l'article XX, en particulier des paragraphes b) et g). Suivant l'interprétation de l'Organe de règlement des différends, la conformité de la mesure environnementale ne se présume pas. Ainsi, le Membre est tenu de démontrer que les mesures entraient dans la catégorie des politiques destinées à protéger la vie et la santé des personnes et des animaux et à préserver les végétaux, que l'application des mesures restrictives était nécessaire et que ces mesures répondaient aux critères du chapeau de l'article XX. Cf. *Affaire essence*, Op. cit., § 6. 20.

Ce recours n'implique pas, *ipso facto*¹, que ledit Membre admette que la mesure appliquée soit présumée incompatible avec les articles I, III ou XI. Il n'admet pas non plus qu'il faille la considérer au départ, comme étant substantiellement incompatible avec les règles de fond de l'Accord général².

L'exception prévue dans cet article a une double fonction. D'une part, elle autorise explicitement tout Membre à prendre des mesures nécessaires pour la protection de la santé des personnes et des animaux, pour la préservation des végétaux ou pour la protection des ressources naturelles³. En tant que clause environnementale, l'article XX autorise, en principe, tout Membre à prendre les mesures environnementales, en particulier, celles qui se réfèrent à la protection des forêts tropicales y compris les mesures commerciales en rapport avec le commerce international du bois tropical.

D'autre part, l'article XX exige que les mesures commerciales appliquées par un Membre remplissent les conditions requises, tant dans les paragraphes *b)* et *g)* que celles qui sont fixées dans le chapeau de l'article XX⁴.

L'analyse qui sera entamée nous permettra de mieux définir les conditions dans lesquelles un Membre du peut légitimement viser la protection des forêts tropicales. Cette analyse du régime d'exception est focalisée sur les mesures unilatérales, les mesures multilatérales étant traitées à la Section VI du Chapitre III.

¹ *Affaire Tuna I*, § 5.22

² CCE, *Prácticas de solución de diferencias del GATT/OMC en relación con los apartados b), d) y g) del artículo XX*, *Op. cit.*, § 7.

³ *Rapport 1994*, § 18.

⁴ OA- *Affaire Essence*, p. 19-24.

A. Le paragraphe b) et la condition de nécessité

Pour rappel, le paragraphe b) de l'article XX de l'Accord général est libellé comme suit :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée 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;... »

L'introduction du paragraphe b) dans l'article XX, avait répondu au besoin de régler l'application des mesures d'ordre sanitaire¹. Durant les travaux préparatoires, La Commission chargée de rédiger ledit paragraphe avait remarqué que « ...la quarantaine et les autres prescriptions sanitaires ainsi que tous les autres types de réglementations doivent être publiés conformément

¹ L'article XXII du texte des négociations confirme que l'exception prévue dans cet article sera appliquée seulement à des mesures sanitaires. L'article XXI avait été rédigé comme suit :

" Chaque partie contractante examinera avec compréhension les représentations que pourrait faire toute autre partie contractante et facilitera dans la mesure du possible les consultations relatives à ces représentations, lorsque celles-ci porteront sur l'application des réglementations et formalité de douane, des droits antidumping ou compensateurs, des réglementations quantitatives et de change, des subventions, des opérations de commerce d'Etat, des prescriptions sanitaires et des règlements concernant la protection de la santé ou de la vie des personnes ou la préservation des végétaux et, d'une manière générale, sur toutes les questions touchant à l'application du présent accord".

GATT 1995, Index Analytique : Guide des règles et pratiques du GATT, Vol.2, 1995, p.. 672.

*aux dispositions de l'article 37 (X°), et que la disposition de l'article 41 (XXII) prévoyant des consultations, exige que les Etats membres fournissent des renseignements complets sur les motifs et l'application des ces réglementations"*¹.

Les conditions suivantes sont formulées à l'égard de telles réglementations:

- a. elles doivent viser la protection de la vie et la santé des êtres humains, des animaux et des végétaux ;
- b. elles doivent être nécessaires ;
- c. elles ne doivent pas être appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée, ou une restriction déguisée du commerce international ;
- d. elles doivent être transparentes ; elles ne doivent pas constituer une mesure protectionniste indirecte².

Le paragraphe *b)* se place dans le contexte général de l'article XX, dont la fonction n'est pas d'interdire des mesures environnementales, mais plutôt de réglementer strictement le droit des Membres du GATT/OMC. Ainsi, tout Membre est autorisé à fixer ses propres normes en ce qui concerne la protection de la vie et la santé des personnes et des animaux, ou la préservation des végétaux³.

Une fois de plus, il faut remarquer que ce n'est pas la politique environnementale des Etats qui est en jeu. L'analyse du degré de compatibilité ou d'incompatibilité d'une mesure, par rapport au paragraphe *b)*, ne porte pas sur les objectifs de la politique environnementale des Membres du

¹ Accord général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce. *Index Analytique, Troisième Révision-Mars 1970*, Notes sur la Rédaction et l'Application des articles de l'Accord général, Genève 1970, Article XX. Exceptions générales, p. 130, E/CONF.2/3/SR.35, p. 10.

² *Ibid.*, p. 130-131.

³ *Affaire Tuna I*, § 5. 27.

GATT/OMC¹. Son appréciation reste strictement limitée aux aspects commerciaux de la mesure et particulièrement au fait de savoir si elle répond aux critères énoncés par l'Accord général². La mesure commerciale qui vise la protection de l'environnement et qui apparaît comme substantiellement incompatible avec l'article I, III et XI, entre autres, peut parfaitement être justifiée en application du paragraphe b) comme une mesure nécessaire^{3 4}.

Le texte de l'Accord ne définit cependant pas les critères permettant de considérer une mesure comme nécessaire. C'est la pratique d'interprétation de l'Organe de règlement des différends qui a éclairci progressivement ce terme. En effet, plusieurs Groupes spéciaux se sont penchés sur la signification et la portée de la condition de nécessité.

¹ Etats- Unis- *Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, L/5333, 26 mai 1983, IBDD, 30, § 56.

² *Affaire Tuna I*, § 5.27, *Affaire essence*, § 6.22.

³ Dans l'*Affaire Japon- Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, le Groupe spécial, a constaté que les taxes japonaises sur les boissons alcooliques importées des Communautés européennes (§ 5.7-5.11) pouvaient être justifiées sous l'article XX d). L/6216, 7 novembre 1990, IBDD § 153.

⁴ *Affaire cigarettes*, § 73.

1. L'interprétation de l'expression *mesure nécessaire* par rapport aux mesures environnementales

L'Affaire Tuna I a fixé la pratique actuelle de l'Organe de règlement des différends consistant à procéder à deux analyses connexes sous le paragraphe *b)*¹. D'abord, il faut chercher à établir si la mesure en question tombe sous la catégorie de mesures visées par l'article XX *b)*, et, dans un deuxième temps, il importe de déterminer si la mesure commerciale remplit la condition de nécessité².

C'est le Groupe spécial qui a traité l'affaire *Etats-Unis- L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, qui le premier a défini la signification de l'expression «mesure nécessaire ». Suivant cette interprétation, un Membre

" ..ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'Accord général en la déclarant nécessaire au sens de l'article XX d) si elle dispose d'une autre mesure... une partie contractante a l'obligation d'utiliser, parmi les mesures dont elle dispose raisonnablement, celle qui comporte le moindre

¹ Dans *l'Affaire de l'interdiction du thon en provenance du Canada* (1982), le Groupe spécial avait considéré que, parce que la mesure était discriminatoire, la mesure ne constituait pas en soi, une mesure d'un type prévu à l'article XX. § 4.13. Dans cette affaire nous pouvons clairement déceler l'absence de la double analyse. Un autre cas où la double analyse est absente est *l'Affaire crevettes*. Le Groupe spécial s'est penché d'abord sur l'analyse de la mesure nord-américaine à partir du chapeau de l'article XX, et, une fois constaté que la mesure était discriminatoire et qu'il s'agissait d' une restriction déguisée au commerce, il n'a pas considéré pertinent de la considérer à la lumière des paragraphes *b)* et *g)*. § 7.31, 7.63.

² *Affaire Tuna II*, § 5.33.

degré d'incompatibilité avec les autres dispositions de l'Accord général"¹.

Dans le cas d'espèce, le Groupe spécial a considéré que la nécessité de la mesure en question ne se justifie pas². Les Etats-Unis disposaient donc d'autres mesures comportant *un moindre degré d'incompatibilité* avec l'Accord général.

Il s'agit là d'une nouvelle notion qui se dégage de l'interprétation de l'expression « mesure *nécessaire* ». La notion de « *moindre incompatibilité* » est un critère largement accepté au sein de l'Organe de règlement des différends du GATT/OMC³. Cette notion fait indiscutablement partie du corps jurisprudentiel du GATT/OMC. Et ce critère se place au coeur de la problématique concernant la *nécessité* d'une mesure restrictive. Vu ainsi, l'expression « mesure *nécessaire* » signifie qu'il n'existe aucune autre solution possible⁴.

Cela étant, le sens de l'article XX b) implique que les mesures restrictives utilisées en vue de la poursuite de l'objectif environnemental légitime⁵, doivent se révéler *inévitables*¹. C'est

¹ Etats-Unis- L'article 337 de la Loi douanière de 1930, 7 novembre 1989, IBDD, 36, §, 5.26.

Dans l'*Affaire Tuna I*, les Etats-Unis avaient contesté le critère de "moindre incompatibilité". Si l'on introduisait ce critère, ce fait " ..porterait atteinte à la souveraineté des parties contractantes. Les groupes spéciaux leur dicteraient les mesures spécifiques à adopter, puisqu'on était en droit de supposer qu'il n'y avait qu'une seule mesure parmi toutes les possibilités existantes qui était la " moins incompatible" avec l'Accord général...Si le critère de la moindre incompatibilité était accompagné , comme certains le proposaient, d'un critère du " caractère raisonnable", les groupes spéciaux auraient le pouvoir de décider en dernier ressort de ce qui serait raisonnable " pour un gouvernement". Non souligné dans le texte.

² Etats-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930, § 5.32 et 5.35.

³ *Affaire cigarettes*, § 77, *Affaire essence*, § 6. 26.

⁴ *Affaire Tuna II*, § 64.

⁵ *Affaire cigarettes*, § 74 et 78. Ainsi, s'agissant des préoccupations de la Thaïlande à propos de la quantité de cigarettes consommées, le Groupe spécial a noté l'idée exprimée par l'OMS selon laquelle la demande de cigarettes, en particulier celle des jeunes, était influencée par la publicité et pouvait donc être réduite par une interdiction de celle-ci; la Thaïlande pouvait aussi restreindre l'offre de cigarettes en maintenant des monopoles d'État à l'importation et à la vente sur le marché intérieur des produits. En conséquence, le Groupe spécial a conclu que la pratique suivie par la Thaïlande, qui autorisait la vente de

au Membre qui applique la mesure de démontrer qu'il a utilisé la mesure comportant le moindre degré d'incompatibilité ou que la mesure était inévitable².

Le Membre du GATT/OMC qui met en œuvre une politique environnementale est tenu de choisir parmi les mesures celles qui comportent le moindre degré d'incompatibilité, par exemple, l'étiquetage contenant la description détaillée de la composition du produit ou l'interdiction de l'utilisation des substances nocives³, à condition néanmoins qu'elles soient appliquées à tous les produits visés.

cigarettes d'origine nationale alors qu'elle n'autorisait pas l'importation de cigarettes étrangères, n'était pas nécessaire au sens de l'article XX b) du GATT. Cf. § 78 à 81.

¹ *Ibid*, §. 74.

² *Affaire essence*, § 6. 20.

³ *Affaire cigarettes*. § 77.

La condition de nécessité et les autres accords

Remarquons également que la condition de nécessité fait partie intégrale du système de l'OMC. Ainsi, l'Accord sur les *Obstacles techniques au commerce*, a adopté l'expression suivante : « ...les *règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime* »¹. Cela implique que l'application des règlements techniques ne doit pas créer d'obstacles non nécessaires au commerce international².

Ces expressions correspondent, sans aucun doute, à la condition de nécessité, entendue comme absence de tout autre moyen incluant également le critère du *moindre degré d'incompatibilité* avec les règles du commerce international.

Pour sa part, l'Accord sur les *Mesures sanitaires et phytosanitaires* est fondé sur la condition de nécessité formulée au paragraphe *b) de l'article XX* dont il est d'ailleurs l'interprétation³.

En résumé, en suivant la jurisprudence du GATT/OMC, la *condition de "nécessité"* implique pour le Membre l'obligation de se borner à l'application de mesures les *moins incompatibles* possibles avec l'Accord général⁴, qui se traduit

¹ Art. 2.2.

² Art. 12.

³ Note d'interprétation, 1. Dans le cas de l'Accord sur les *mesures sanitaires et phytosanitaires* la condition de nécessité est relativement moins stricte. En effet, l'article 3.2 de l'Accord présume que les mesures réglementaires fondées sur des recommandations ou sur des directives internationales seront considérées comme « nécessaires » (art. 2.4). En ce qui concerne les mesures réglementaires qui visent un niveau de protection plus élevé, une telle présomption ne joue pas en faveur du Membre qui les adopte, lequel doit apporter en principe la preuve de la justification scientifique (art. 3.3). Dans ce dernier cas, le Membre est tenu d'appliquer les normes réglementaires qui comportent le moindre degré restrictif au commerce international (art. 5.4).

Dans le cas de l'Accord sur les *obstacles techniques au commerce*, l'article 2.5 présume également que chaque fois que le règlement technique appliqué par un Membre est conforme aux normes internationales, il n'est pas créé d'obstacles non nécessaires au commerce international.

⁴ Jackson J. H., Davey W. D., Sykes A. O., *Legal Problems of International Economic Relations*, American Casesbook Series, West Publishing, 1995, Minnesota, Third Edition, p. 515.

par le critère *d'atteinte minimale inévitable*¹ ou de ce qui "...est strictement nécessaire pour atteindre les objectifs visés"², de telle manière que les *conditions de prévisibilité* du système commercial multilatéral ne soient pas affectées³. C'est au Membre que revient la tâche de veiller à ce que la mesure commerciale restrictive comporte le moindre degré d'incompatibilité et c'est à lui d'apprécier son caractère *inévitabile* s'il veut éviter que la mesure commerciale soit contestée⁴.

La leçon principale à retenir est que seule l'absence de tout autre moyen justifiera les mesures par rapport à la condition de nécessité⁵. Mais l'absence de tout autre moyen n'est pas suffisante en soi. D'autres conditions additionnelles doivent être prises en compte. Il faut que le Membre qui applique la mesure commerciale de restriction, prenne celle qui comporte *le moindre degré d'incompatibilité*⁶, et

¹ Paye O., *Op. cit.*, p. 26.

² *Agenda 21*, Chapitre 2.22 i).

³ *Affaire Tuna I*, § 5.27, 5.28.

⁴ Charnovitz manifeste son désaccord avec cette interprétation en affirmant notamment qu'il devient extrêmement difficile au Membre de savoir quand il peut appliquer ou ne pas appliquer de mesures commerciales à des fins de protection de l'environnement. Cf. Charnovitz S., « The World Trade Organization and the Environment », *YIEL*, vol. 8, 1997, p. 116.

⁵ Schoenbaum soutient que l'interprétation de l'expression « mesure nécessaire » constitue une violation de la Convention de Vienne sur le droit des traités, particulièrement de l'article 31 en matière d'interprétation des traités. En outre, une telle interprétation serait une atteinte à la souveraineté des Etats qui ont le droit de prendre des mesures restrictives. Selon le même auteur, la manière dont l'Organe de règlement des différends a interprété l'expression « mesure nécessaire » est incorrecte, car, en introduisant la notion de « moins incompatible », il rend inutile l'analyse des conditions exprimées au chapeau de l'article XX. Cf. Schoenbaum Th., *Op. cit.*, *AJIL*, 1997, p. 277.

Cette interprétation a également suscité des préoccupations au sein du Comité du commerce et de l'environnement. La condition de nécessité, associée à la notion de *moindre incompatibilité* irait au-delà de l'article XX b), rendant plus difficile l'application de mesures de protection de l'environnement. Cf. OMC-CCE, *Rapport 1996*, *Op. cit.*, § 29. Il paraît toutefois que l'interprétation de l'Organe de règlement des différends est un acquis jurisprudentiel du GATT/OMC.

⁶ Les arguments alléguant des difficultés d'ordre pratique à la mise en oeuvre d'une mesure ne constituent pas un facteur dans l'appréciation de la disponibilité raisonnable d'une mesure comme alternative *moins restrictive pour le commerce*. À cet égard, les décisions du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'*Affaire États-Unis* (Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules 128) confortent la position du Canada. Dans l'*Affaire essence*, le Venezuela et le Brésil se plaignaient du caractère discriminatoire de normes américaines relatives à l'essence, lesquelles visaient la protection de

que son effet pour le commerce international soit *le moins restrictif possible*¹. C'est donc « *tout ou rien* »².

l'environnement. Les États-Unis plaidaient pour que la mesure alternative évoquée, c'est-à dire, l'application d'un niveau de base individuel aux raffineurs étrangers n'était pas faisable pour trois raisons :

- a) l'impossibilité de déterminer la raffinerie d'origine de chaque cargaison importée;
- b) la tentation pour les exportateurs et les importateurs de "manipuler" le système;
- c) la difficulté pour les États-Unis de faire respecter la réglementation sur l'essence par les raffineries étrangères.

Le Groupe spécial a rejeté cet argument américain basé sur les difficultés pratiques de mise en oeuvre de niveaux de base individuels pour les raffineurs étrangers. Il ressort de cette interprétation que dans le cadre de la condition de nécessité du paragraphe b) de l'article XX, des difficultés pratiques dans la mise en oeuvre d'une *mesure alternative* n'excluent pas ladite mesure comme alternative moins restrictive pour le commerce. Cf. *Affaire essence*, § 6.26-6.29.

¹ *Accord sur les Obstacles techniques au commerce*, art. 2.2, *Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*, art. 5.4.

² Rapport du Secrétariat du GATT. *D'après le rapport annuel, l'expansion du commerce peut aider à résoudre les problèmes écologiques*, L/ 1529, 12 février 1992, p. 19.

Un cas où une mesure a été considérée comme « nécessaire » au sens du paragraphe d) de l'article XX concerne l'affaire *Argentine- Mesures visant l'exportation des peaux de bovins et l'importation de cuirs fins*. Le Groupe spécial a conclu que la mesure réglementaire argentine remplissait la condition de nécessité. WT/DS155/R, 19 décembre 2001, § 11.307. Un autre cas se réfère, notamment, au droit des brevets, dans le cadre du paragraphe d) de l'article XX. Le différend portait sur la contrefaçon des assemblages de ressorts pour automobiles. Comme mesure pour combattre cette pratique, la Commission du commerce international nord-américain, avait interdit l'entrée et la vente sur le territoire des États-Unis de certains assemblages importés, quel que soit le pays d'où ils proviennent, dans le cadre de l'application de l'article 337 de la *Loi douanière de 1930*. Le Canada avait saisi le Groupe spécial afin que celui-ci déclare l'incompatibilité de la mesure d'interdiction avec l'Accord général. La question à laquelle le Groupe devait répondre était de savoir, si la mesure unilatérale imposée par les États-Unis se justifiait sous le paragraphe d) de l'article XX. D'abord, le Groupe a procédé à l'analyse de la mesure par rapport au chapeau de l'article XX. Il a constaté que la restriction nord-américaine n'entraînait aucune *discrimination arbitraire ou injustifiable* et qu'elle n'était pas appliquée de façon à *constituer une restriction déguisée au commerce* (§ 54, 55 et 56). Ensuite il a entrepris d'analyser si la mesure était justifiée sous le paragraphe d). Le Groupe spécial est arrivé à la conclusion « ... qu'une action intentée devant un tribunal des États-Unis n'aurait pas fourni...un moyen satisfaisant et efficace de protéger (les) droits de brevet contre l'importation du produit de contrefaçon. Le Groupe spécial a estimé qu'avec la législation actuelle des États-Unis, la seule façon de protéger efficacement (l'utilisation exclusive du droit de brevet) sur le marché intérieur des États-Unis contre l'importation du produit de contrefaçon était de recourir à la procédure de l'arrêté d'interdiction. Le groupe spécial en a conclu que l'arrêté d'interdiction pris par l'ITC en application de l'article 337 de la *Loi tarifaire des États-Unis de 1930* était nécessaire au sens de l'article XX d)...assurant l'application de la législation américaine sur les brevets.... ». *Etats-Unis- Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, L/5333, 26 mai 1983, *IBDD*, 30, § 60. Non souligné dans le texte. Cette conclusion, implique-t-il que dans le cadre du GATT/OMC, si une mesure se révèle «nécessaire », l'application extraterritoriale de la loi est admise ?

2. La coopération internationale ou le renforcement de la condition de nécessité.

Il est largement admis que, face à l'ampleur du problème environnemental, la coopération internationale est le moyen le plus adéquat afin de trouver des solutions les plus appropriées. La *Déclaration de Rio* lance un appel en faveur de la coopération internationale, insistant sur la sur la nécessité d'éviter les mesures unilatérales¹.

De sa part, la *Déclaration sur les forêts* plaide en faveur des arrangements institutionnels internationaux, lesquels s'appuyant sur des travaux des organisations et des mécanismes déjà en place, faciliteraient la coopération internationale dans le domaine des forêts², puisque les tous aspects de la protection de l'environnement associés aux forêts et aux terres forestières doivent être intégrés et appréhendés globalement³.

L'interprétation faite par les Organes de règlements des différends va dans cette même direction.

¹ Principe 12, *Déclaration de Rio*.

² Principe 3 a).

³ Principe 3 c).

Si la coopération internationale a été favorisée par l'Organe de règlement des différends, elle a aussi été considérée comme une condition supplémentaire. Cette condition n'est pas explicitement formulée, ni dans le chapeau de l'article XX ni dans le texte du paragraphe *b*). L'Organe de règlement des différends a retenu l'argument selon lequel la voie de la négociation doit constituer une condition préalable à l'action unilatérale¹. Cela dit, l'expression « mesure nécessaire » dans le contexte de l'article XX paragraphe *b*) implique que la mesure commerciale restrictive appliquée par un Membre, doit être précédée de négociations préalables en vue de la solution du problème environnemental transfrontier².

En effet, c'est le droit international général et le droit international de l'environnement qui préconisent l'approche multilatérale. C'est donc parce qu'une obligation internationale existe que la solution négociée doit être privilégiée, du point de vue de l'OMC et du droit international environnemental³.

En ce qui concerne la coopération internationale, le Membre qui applique la mesure restrictive est tenu de démontrer qu'il a fait « *tous les efforts* » en vue de conclure de tels arrangements⁴ à travers des négociations « *sérieuses* »⁵.

Cette interprétation prend en compte, de toute évidence, la position exprimée par les Etats, et

¹ *Affaire Tuna I*, argument développé par le Mexique, § 3 34. Des arguments similaires ont largement été développés par les parties dans le différend sur l'*Affaire crevettes* § 3.157-3.174 et 3.220-3.221.

² *Affaire Tuna I*, § 5.28. Non souligné dans le texte. Voir également *Affaire essence*, § 6. 26.

³ *Affaire crevettes*, § 7.61.

⁴ OA, *Affaire essence*, p. 30, 31 et 32.

⁵ L'Organe d'appel a conclu que les Etats-Unis n'ont pas engagé de négociations « *sérieuses* » dans le but de conclure des arrangements. Cf. OA, *Affaire crevettes*, p. 41. L'Organe d'appel a aussi affirmé que la recherche de la coopération internationale ne doit pas nécessairement aboutir à la signature d'une convention ou d'un traité. Mais le Membre, *dans tous les cas*, est tenu de la rechercher.

qui reflète un consensus très large sur ce point. C'est le cas particulier de *la Déclaration de Rio de 1992*¹ et Agenda 21².

Par l'introduction de ce nouveau critère comme un autre élément de justification de la mesure commerciale, l'Organe de règlements des différends a considérablement étendu la portée du paragraphe b) de l'article XX.

Que l'application de mesures commerciales, en vue de la protection de l'environnement, soit soumise à la condition de négociations préalables, ceci n'est pas tout à fait innocent. En renforçant la condition de nécessité, il s'agit de mettre des limites légales aux Etats, qui, agissant unilatéralement, cherchent à imposer aux autres Membres du GATT/OMC, leurs visions, leur règles et leurs propres niveaux de protection de l'environnement.

Il est donc correct d'affirmer que le renforcement de la condition de nécessité, complétée par l'exigence d'entamer préalablement des négociations vise principalement à limiter l'action unilatérale, offrant ainsi l'assurance que la mesure unilatérale n'est pas appliquée à des fins protectionnistes³.

Cette interprétation stricte et draconienne de la condition de nécessité a ses détracteurs⁴.

¹ Principe 12.

² Chapitre 11. 24 et Chapitre 2. 22 et Chapitre 39.3.

³ *Approche communautaire en matière de commerce et environnement.*, OMC-WT/GC/W94, Préparation de la Conférence Ministérielle de 1999, Communication des Communautés Européennes, 1er juin 1999, p. 2.

⁴ Selon Charnovitz, cette interprétation permet de conclure que les règles du GATT se trouvent en conflit avec la protection de l'environnement. Cf. Charnovitz S., *Op. cit.*, p. 53.

Dans l'*Affaire crevettes*, les Etats-Unis ont manifesté une hostilité toute particulière envers la prétention de lier l'interprétation de la condition de nécessité à la condition préalable qu'il y ait une coopération internationale. Ils ont fait observer que si le Groupe spécial adoptait la prétention des plaignants, à savoir la recherche préalable de la coopération internationale par la voie de la conclusion d'accords internationaux, cela signifierait une altération complète du sens de l'article XX b). Ils ont ajouté que « ...rien dans le texte du GATT de 1994 ne limiterait cette nouvelle obligation de «coopération internationale» aux mesures de protection de l'environnement. Au lieu de cela, l'article XX b) ne s'appliquerait plus à toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie et de la santé des animaux, y compris les mesures sanitaires, à moins que le pays importateur ne demande d'abord à tous les pays exportateurs s'ils acceptent de négocier un accord multilatéral énonçant des prescriptions similaires.

D'autres considèrent qu'elle est conforme aux règles du GATT/OMC. En encadrant strictement le droit de prendre des mesures unilatérales, on éviterait le chaos et l'escalade des contre-mesures dans les relations commerciales internationales¹.

Si telle est la portée de l'expression « mesure nécessaire », si la mesure est appliquée dans un cadre de coopération internationale tel *l'Accord international sur les bois tropicaux*, ce cadre-ci, ne remplirait-il pas la condition de nécessité ?

Rappelons que toutes les Parties à *l'Accord international sur les bois tropicaux* ont préalablement engagé des négociations sérieuses qui ont abouti à l'adoption dudit accord en 1983. Aussi, des négociations avaient été entamées dès 1992 afin de le renouveler. En outre, l'exigence de la gestion durable ou rationnelle des forêts a été consacrée à Rio en 1992 par la *Déclaration sur les forêts*², et repris en 1994 par le nouvel *Accord sur les bois tropicaux*.

Notons que, suivant l'article 36 de *l'AIBT*, c'est le cadre du GATT/OMC qui détermine les conditions que les mesures de protection des forêts tropicales doivent remplir. Ces conditions englobent, logiquement, celles énoncées par l'article XX. La réponse à la question dépend donc du résultat de l'analyse de l'ensemble des dispositions du paragraphe b) et du chapeau de l'article XX.

A notre avis, si la mesure autrichienne peut-être considérée comme remplissant la condition de

Comme cela n'était pas mentionné dans le texte de l'article XX, il était inconcevable que les rédacteurs aient envisagé une limitation d'une telle ampleur... ». § 3. 229.

¹ Paye O., *Op. cit.*, p. 26-27 ; Black D., *Op. cit.*, p. 135-136 ; Schoenbaum Th., *Op. cit.* 1992, p. 716 et 723. Selon Petersmann, les disputes concernant les mesures commerciales environnementales, de même que l'interprétation stricte de la condition de nécessité, montrent que *l'impérialisme écologique* n'a pas sa place dans le système du GATT/OMC. Si l'Organe de règlement des différends a interprété le paragraphe b) de cette manière, c'est parce qu'il cherchait la préservation des objectifs du GATT/OMC : un système commercial libre, ouvert, non discriminatoire. Cf. Petersmann E.-U., *Op. cit.*, 1996, p. 24 et 35.

² Principe 2 b) et Principe 6 b).

nécessité suivant le critère de « coopération internationale », en dernière instance, ce sont les conditions du chapeau de l'article XX qui définiront sa compatibilité avec le régime d'exception.

En conclusion, il est important de remarquer que tous les Membres du GATT/OMC ont, au titre du paragraphe *b)* de l'article XX, le droit de déterminer le niveau de protection environnemental qu'ils considèrent approprié. Rappelons également que chaque fois que les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont examiné le sens du mot « nécessaire » dans le contexte de l'article XX *b)*, ils ont conclu que ce n'était pas la nécessité de l'objectif visé par la mesure en cause qui devait être examinée (l'objectif environnemental), mais la question de savoir s'il était ou non nécessaire d'assujettir les produits importés au régime juridique prévu par la mesure contestée.

Dans tous les cas, il a été constaté qu'une mesure incompatible avec une autre disposition du GATT n'était pas "nécessaire" si le Membre qui l'adoptait, d'une part, disposait d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement et, d'autre part, si cette mesure était la moins incompatible avec les dispositions du GATT.

L'ORD a aussi constaté que la mesure alternative ou de remplacement dont le Membre disposait devait manifestement permettre d'atteindre l'objectif légitime poursuivi qui est celui d'assurer le niveau de protection voulu. Et indiscutablement, selon l'ORD, la coopération internationale fait partie du concept de « nécessité » dans le contexte du paragraphe *b)* de l'article XX permettant d'atteindre l'objectif de la protection de l'environnement. Cette affirmation est entièrement applicable au commerce international du bois tropical : toute mesure commerciale restrictive en vue de la protection des forêts tropicales doit remplir la condition de nécessité.

B. Le Paragraphe g) et la portée de la notion de ressources naturelles et du contenu de la politique de protection

1. La notion de *ressource naturelle épuisable*

Le paragraphe g) de l'article XX de l'Accord général se lit comme suit :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée 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... »

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'interprétation du paragraphe g) soulève la délicate question de savoir quelles sont les ressources épuisables dont la protection peut justifier une exception au GATT/OMC.

Dans l'affaire *Etats-Unis- Interdiction de l'importation du thon en provenance du Canada*, les Etats-Unis et le Canada étaient d'accord pour définir le thon comme une ressource naturelle épuisable¹.

Le Groupe spécial avait pris note de cette constatation sans débattre de la portée des termes « ressource naturelle épuisable² ».

Lorsque dans *l'Affaire Tuna I*, les Etats-Unis avaient cité ce précédent, le Mexique l'avait contesté comme étant une définition unilatérale, ladite question n'étant pas considérée par le Groupe spécial.

Par contre, dans *l'Affaire Tuna II*³ le Groupe spécial a conclu que les dauphins étaient une ressource naturelle épuisable⁴.

Dans *l'Affaire essence*⁵, le Groupe spécial devait préciser si l'air était une ressource naturelle épuisable. La réponse du Groupe spécial ne laisse aucun doute à cet égard. En effet,

" ...le Groupe spécial a ensuite examiné si l'air pur pourrait être considéré comme une ressource naturelle épuisable...En conséquence, le Groupe spécial a constaté qu'une politique visant à limiter l'épuisement de l'air pur était une politique visant à la conservation d'une ressource naturelle au sens de l'article XX"⁶.

Dans *l'Affaire crevettes*, l'Inde, le Pakistan et la Thaïlande avaient à nouveau développé l'argument selon lequel il était raisonnable

¹ § 3.8 et 3.13.

² § 4.9.

³ La CEE avait avancé comme argument que " ...si les Etats-Unis et la CEE convenaient tous les deux que la conservation des dauphins était une nécessité, cela n'en faisait pas pour autant une ressource naturelle épuisable..." § 3.52.

⁴ *Affaire Tuna II*, § 5.13.

⁵ Le Venezuela soutenait que l'air, comme ressource non exploitée, ne pouvait être considéré comme une ressource épuisable, mais plutôt une ressource renouvelable. *Affaire essence*, §. 3.60.

⁶ *Affaire essence*, § 6.37.

d'interpréter le terme *épuisable* comme qualifiant les "ressources finies", tels les minéraux, et non les ressources biologiques ou renouvelables¹. L'Organe d'appel a franchi un pas de plus en affirmant que

*" si l'on considère son texte, l'article XX g) ne se limite pas à la conservation des ressources naturelles "minérales" ou "non vivantes". 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....si nous nous plaçons dans la perspective du Préambule de l'Accord sur l'OMC, nous observons que le contenu ou la référence de l'expression générique " ressources naturelles" employé dans l'article XX g) ne sont pas "statiques", mais plutôt par définition "Evolutifs". Il convient donc de noter que les conventions et déclarations internationales modernes font souvent référence aux ressources naturelles comme étant à la fois des ressources biologiques et non biologiques"*².

Suivant l'interprétation de l'Organe d'appel, il n'y aurait plus aucune différence entre ressources *biologiques et non biologiques*, celles-ci étant toutes les deux des ressources épuisables au sens du paragraphe g). Cette conception élargit considérablement l'objectif de la politique générale environnementale des Membres dans le sens

¹ Affaire crevettes, § 3. 237.

Cet argument était confirmé effectivement par l'historique de la rédaction de l'article XX g). Il ressort des travaux préparatoires que le sens originel donné au terme « ressources naturelles épuisables » n'embrassait pas les ressources naturelles « renouvelables ». *Affaire Tuna I*, § 3. 43 et *Affaire crevettes*, § 3. 238.

² O A, *Affaire crevettes*, p. 33. Phrases et mots soulignés dans le texte.

où dans ce paragraphe, « toutes les ressources mondiales sont épuisables ».

Les forêts tropicales : ressources naturelles épuisables ou en train de s'épuiser ?

Les forêts et les ressources se trouvant dans les forêts sont également des ressources naturelles épuisables.

Notons que le paragraphe *b)* de l'article XX utilise la phrase « protection des végétaux ». De son côté, le paragraphe *g)* utilise l'expression « conservation des ressources épuisables ». Il est correct de dire que les *ressources naturelles* peuvent englober les végétaux (plantes et autres essences se trouvant dans les forêts)¹, les animaux, les insectes, en résumé tout ce qui a trait à ce qui engloberait la faune et la flore, y compris les ressources de la biodiversité².

A son tour, l'Accord MSP a adopté une définition large du terme "*végétaux*". Suivant cette définition, les ressources forestières peuvent, sans aucune hésitation, être considérées comme ressources épuisables³. Ainsi, les lacs, les cours

¹ Il est important de rappeler que la CITES a inclu dans ses annexes plusieurs espèces forestières tropicales comme étant en danger ou menacées d'extinction. Cela renforce l'interprétation de l'Organe de règlement des différends, dans le sens où ces ressources vivantes peuvent effectivement disparaître de la flore des forêts tropicales, ou bien que lesdites essences peuvent se renouveler.

² La *Convention sur la Diversité Biologique* cherche également la protection des espèces de la biodiversité que ce soit *ex situ* ou *in situ*. Cela comprend également les ressources génétiques se trouvant dans les forêts tropicales.

d'eau, les parcs, les cultures et les forêts sont des ressources naturelles pouvant être épuisées par la pollution atmosphérique¹.

Si nous adoptons cette définition large, elle implique que, chaque fois qu'un Membre du GATT/OMC vise une ressource de la forêt tropicale par une politique générale environnementale, accompagnée de l'application de mesures restrictives, ce Membre vise une ressource naturelle épuisable au sens du paragraphe g).

Ainsi, le fait qu'une ressource naturelle soit renouvelable ne peut plus être invoqué comme objection à l'interprétation selon laquelle toutes les composantes de la nature seraient potentiellement épuisables².

En résumé, l'interprétation de la notion de ressource épuisable originalement retenue par les Parties à l'Accord général en 1947³, a été progressivement adaptée au niveau des connaissances scientifiques de notre époque, et particulièrement, à tout ce qui concerne l'exigence de la protection de l'environnement.

Il faut remarquer qu'en droit international, cette question n'est pas tellement une nouveauté. En effet, avant même cette interprétation dite *évolutive*, plusieurs conventions et accords considéraient déjà ces ressources comme éventuellement épuisables et donc nécessitant une protection internationale spéciale⁴.

Il est donc évident que les forêts tropicales constituent une ressource naturelle épuisable aux termes du paragraphe g).

³ Annexe A, Note 4 de l'Accord sur MSP. Cf. Egalement Paye O., "L'OMC et la protection de l'environnement", *Op. cit.*, p. 24.

¹ *Affaire essence*, §. 6.36.

² *Affaire essence*, § 6.37.

³ Walker S., *Op. cit.*, p. 57.

⁴ Par exemple, la *Convention pour la protection de la flore et de faune et des beautés panoramiques naturelles de l'Amérique* de 1940, la *Convention relative à la conservation de la faune et de la flore de l'état naturel* de 1933, la *Convention internationale pour la protection des oiseaux* de 1950.

Néanmoins, à notre avis, les forêts tropicales sont non seulement des ressources naturelles épuisables, mais surtout des ressources naturelles, qui réellement et objectivement, sont en train de s'épuiser. Il y a, en effet, des risques importants que les dernières forêts tropicales naturelles disparaissent à jamais de la surface terrestre¹.

Toutefois, le GATT/OMC s'est fixé comme objectif à Doha, dans les mêmes termes que la proposition présentée à Seattle², la déréglementation totale du commerce international des produits ayant un intérêt pour les pays en voie de développement³, dont l'exportation du bois tropical.

Mais il est vrai que la notion très large de « ressources naturelles en train de s'épuiser » n'est pas un critère retenu par l'interprétation de l'Organe de règlement des différends.

Cela étant, revenons au critère d'interprétation du paragraphe g). Selon ce paragraphe, entre la mesure commerciale restrictive et la ressource naturelle dont la protection est recherchée doit exister un lien objectif. Cette exigence transparaît dans l'expression « se rapportant à ».

¹ Voir, Première partie.

² Préparation de la Conférence Ministérielle de 1999, Initiative de "libéralisation accélérée des droits de douane" de l'APEC, Communication de la Nouvelle-Zélande, WT/GC/W/138/Add.1, 22 avril 1999, (99-1643), Conseil général, Addendum, Point VII.

³ *Déclaration de Doha*, *Op. cit.*, § 16.

2. Sens de l'expression *se rapportant à*

En reprenant le sujet de l'analyse, la question de la protection des ressources naturelles apparaît au paragraphe *g)* de l'article XX.

Si le paragraphe *b)* utilise l'expression « *mesure nécessaire* », le paragraphe *g)* se limite à l'expression « *se rapportant à..* ».

Nous avons pu déterminer dans l'analyse précédente le sens qui a été donné à l'expression « *mesure nécessaire*¹ », contenue au paragraphe *b)*. Le paragraphe *g)* a retenu un critère plus souple en ce qui concerne le lien entre la mesure et les biens à protéger. Il n'est donc pas impératif que la mesure commerciale se révèle nécessaire ou essentielle pour la conservation d'une ressource naturelle épuisable².

Une mesure pourrait être justifiée sous ce paragraphe si elle « *se rapporte* » à la protection des ressources naturelles.

Il est à retenir également que, suivant l'interprétation de l'Organe de règlement des différends, toutes les ressources naturelles sont potentiellement épuisables, signifiant par là que pratiquement toutes les mesures visant la protection d'une ressource naturelle font partie de mesures prévues au paragraphe *g)*.

Il est capital, en conséquence, de répondre à la question de savoir quel type de rapport doit exister entre la mesure de conservation et les restrictions commerciales. En d'autres mots, cela concerne le lien entre les mesures commerciales et

¹ Voir, *supra* 1 et 2, même Section.

² *Affaire Harengs-Saumons*, § 4.9.

la politique de conservation des ressources naturelles¹.

L'Organe de règlement des différends a interprété l'expression « *se rapportant à* » comme signifiant que la mesure doit viser principalement la conservation d'une ressource naturelle épuisable². Mais au moment de considérer la mesure commerciale restrictive au sens du paragraphe g), il est nécessaire également de tenir compte non seulement de son objet, mais aussi de son effet sur la conservation de la ressource naturelle³.

C'est ainsi qu'un Groupe spécial a considéré que lien entre la mesure commerciale restrictive (*restrictions à l'importation du thon*) et l'objectif de la politique environnementale appliquée (*protection des dauphins*) était insuffisant. Le Groupe spécial a considéré que la dite restriction ne peut pas favoriser l'objectif de protection des ressources naturelles⁴ dès le moment où les politiques environnementales mises en place ont exigé des autres Membres qu'ils adoptent le même type de réglementation⁵.

¹ Paye O., *Op. cit.*, p. 29.

² « Comme l'indique le préambule de l'article XX, l'inclusion de l'article XX g) dans l'Accord général n'avait pour objet d'élargir la portée de l'article à des mesures prises à des fins de politique commerciale, mais simplement d'assurer que les engagements pris au titre des l'Accord général n'empêchent pas l'application de politiques visant à la conservation de ressources naturelles épuisables... Aussi le Groupe spécial a – t – il conclu que, s'il n'était pas impératif qu'une mesure commerciale soit nécessaire ou essentielle pour la conservation d'une ressource naturelle épuisable, il fallait cependant que cette mesure vise principalement à la conservation d'une ressource naturelle épuisable pour qu'elle soit considérée comme « *se rapportant à* » la conservation au sens de l'article XX g)... En conséquence, de l'avis du Groupe spécial, une mesure commerciale ne pouvait être considérée comme appliquée « conjointement avec » des restrictions à la production que si elle « visait principalement » à donner effet à ces restrictions... ». Cf., *Affaire Harengs-Saumons*, § 4.6.

³ *Affaire Tuna II*, § 5. 22. Etablir un lien de causalité entre la mesure et ses effets est en réalité un thème d'une grande complexité. En effet, dans le domaine de la protection des ressources naturelles épuisables, il se peut que plusieurs années s'écoulent avant de pouvoir se prononcer sur l'effet de la mesure sur ces mêmes ressources. Selon l'Organe d'appel, il ne serait pas raisonnable de faire dépendre la qualification juridique d'une mesure environnementale à l'égard du paragraphe g), de la survenance de ce genre d'événements ultérieurs. Cf. OA, *Affaire essence*, p. 24.

⁴ *Affaire Tuna II*, § 5. 23. Voir également *Affaire essence*, § 6. 39 .

⁵ *Affaire Tuna I*, § 5. 32, *Affaire Tuna II*, § 5. 27.

Dans l'*Affaire essence*, l'Organe d'appel a observé qu'il existait « ...une relation étroite et réelle qui est tout aussi substantielle que la relation entre les règles d'Etablissement des niveaux de base de l'EPA⁽¹⁾ et la conservation de l'air pur... »².

Puisqu'une relation substantielle a été constatée la mesure réglementaire mise en place par les Etats-Unis vise de manière substantielle la conservation de l'air³.

Dans l'*Affaire crevettes*, l'Organe d'appel a trouvé qu'il existait une relation moyens/fins entre l'article 609 de la réglementation nord-américaine et « la politique légitime »⁴ de conservation d'une espèce épuisable menacée d'extinction. Sur la base de cette relation, il a constaté que l'article 609 de la loi nord-américaine est une mesure se rapportant à la conservation d'une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g)⁵.

¹ Note : l'Organe d'appel se réfère à l'*Affaire essence*.

² OA, *Affaire crevettes*, p. 35.

³ OA, *Affaire essence*, p. 21.

⁴ L'Organe d'appel « .. ne met pas en cause le fait, généralement admis par les experts, que les DET, lorsqu'il sont installés, utilisés de manière appropriée et adaptés à la situation locale, seraient un instrument pour la préservation des tortues marines... Dans sa conception et sa structure générales, l'article 609 n'est donc pas une simple interdiction générale de l'importation des crevettes imposée au mépris des conséquences que le mode de pêche employé sur la capture accidentelle et la mortalité des tortues marines... En principe, les moyens correspondent raisonnablement à la fin ». OA, *Affaires crevettes*, p. 35. Non souligné dans le document.

⁵ OA, *Affaire crevettes*, p. 35. La conclusion tirée par l'Organe d'appel nous interpelle particulièrement vis-à-vis de deux points. D'abord, il est à remarquer que la mesure nord-américaine visait une méthode et un procédé de production. Il s'agit d'obtenir un produit (crevettes) suivant des méthodes (DET) qui n'affectent pas ses caractéristiques physiques finales. De plus, la méthode et le procédé visés n'a aucun rapport avec le produit, puisque la méthode de pêche était la base de l'interdiction de l'importation des crevettes, suite à la mort accidentelle de tortues marines. Il s'agit clairement d'une méthode et d'un procédé de production *sans rapport* avec le produit (crevettes), car les tortues marines ne sont pas incorporées physiquement dans le produit final (crevettes). En principe, la conclusion de l'Organe d'appel permettrait d'affirmer que la méthode et le procédé de production sans rapport avec le produit peuvent être visés licitement sous l'article XX g).

Le deuxième point, concerne le fait de l'application extraterritoriale de la loi nord-américaine. La loi, qui exigeait une méthode de pêche ainsi que l'utilisation de filets et d'autres instruments qui diminuent la quantité de tortues marines tuées accidentellement au cours de la pêche aux crevettes, prétendait produire ses effets en haute mer, dans la ZEE et dans les eaux territoriales des autres Membres du GATT/OMC. Il apparaît, selon le raisonnement de l'Organe d'appel, que le paragraphe g) permettrait de viser la méthode et le procédé de production, et que si la mesure commerciale a un *rapport substantiel* avec la ressource dont la protection est recherchée, l'endroit ou le territoire où ces ressources sont

Il est exact de dire que dans les deux affaires précitées l'Organe d'appel a largement ouvert les portes du GATT/OMC aux politiques environnementales adoptées par ses Membres. C'est ainsi que probablement, toutes les politiques qui visent la conservation des ressources naturelles peuvent être légitimes et avoir un *lien substantiel* entre ces mêmes politiques et l'objectif de protection environnementale poursuivi.

En réalité, cette souplesse dans l'interprétation du paragraphe *g)* ne fait que déplacer l'analyse de la compatibilité/incompatibilité des mesures de protection de l'environnement vers le chapeau de l'article XX. Ainsi, la mesure commerciale restrictive ne doit pas seulement relever de l'une des exceptions énoncées dans les paragraphes *b)* et *g)*. *Elle doit répondre également aux critères énoncés par le chapeau de l'article XX¹.* Le chapeau de l'article XX énonce que les mesures de restriction ne doivent pas être appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire et injustifiée soit une restriction déguisée au commerce international. Il s'agit donc de la méthode de la double analyse de la

localisées n'est pas un élément déterminant à prendre en compte dans la matière. S'agit-il de prendre en compte uniquement la relation moyens/fins et le lien entre la mesure et la politique environnementale mise en œuvre, indépendamment du facteur territorial ? *Prima facie*, il semble, suivant le raisonnement de l'Organe d'appel, qu'un Membre du GATT/OMC peut *viser substantiellement* et de manière *licite* (au sens du paragraphe *g)* de l'article XX), la protection des ressources naturelles se trouvant hors de sa juridiction. Ce Membre pourrait donc exiger de tous les autres Membres du GATT/OMC l'utilisation des méthodes et des procédés de production similaires dès le moment où il *visé substantiellement* la protection de la ressource naturelle. Signifierait-il qu'un Membre peut légiférer (visant substantiellement à travers une loi domestique au sens du paragraphe *g)* sur d'autres activités d'exploitation des ressources naturelles épuisables, telle la gestion durable des forêts tropicales ? Il est vrai d'autre part que les ressources dont il est question dans l'Affaire crevettes sont des ressources partagées, des espèces extrêmement migratrices qui traversent plusieurs juridictions, et qui présentent donc une assise territoriale difficile à déceler.

Le même problème s'est posé à l'occasion du différend sur *l'article 337 de la Loi douanière des Etats-Unis de 1930*, dont l'application avait été considérée comme *nécessaire* par le Groupe spécial suivant les termes de l'article XX *b)*. Cette loi (législation sur les brevets) produisait également ses effets (interdiction de l'importation de produits de contrefaçon) sur le territoire de tous les autres Membres. Cf. L/5333, 26 mai 1983, *IBDD*, 30, § 60. A cette occasion, le Groupe spécial avait considéré que la réglementation était nécessaire, et donc justifiée. Tous les autres Membres du GATT se trouvaient ainsi soumis à la juridiction nord-américaine.

¹ Wolfrum R., *Op. cit.*, p. 69.

conformité de la mesure commerciale avec l'article XX¹.

Les conclusions qui se dégagent de l'interprétation du paragraphe g) peuvent être résumées comme suit :

a. le sens de la phrase « *se rapportant à* » équivaut à « *viser principalement à* » ou ayant « *un lien substantiel* avec » ;

b. l'interprétation de la notion de ressource naturelle épuisable correspond à l'évolution des préoccupations environnementales de notre temps ;

c. toutes les ressources naturelles peuvent potentiellement être visées, car toutes les ressources naturelles sont épuisables ;

d. les mesures législatives internes visant principalement et exigent des autres Membres l'adoption d'une méthode et d'un procédé de production déterminés peuvent être appliquées, en principe, sans tenir compte du lieu où les ressources naturelles sont localisées. Ce dernier point délicat sera mieux développé au moment de traiter la problématique des compétences étatiques.

¹ OA- *Affaire essence*, p. 24, OA- *Affaire crevettes*, p. 30.

3. L'exigence des mesures restrictives internes

Selon le chapeau de l'article XX rien dans l'Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application de mesures,

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 ; ».

Le paragraphe *g)* énonce une autre condition selon laquelle une mesure commerciale de restriction, prise en vue de la protection des ressources naturelles épuisables, exige qu'elle soit accompagnée de mesures restrictives internes.

Dans *l'Affaire des restrictions à l'importation du thon en provenance du Canada*, le Groupe spécial a remarqué que les Etats-Unis n'avaient appliqué aucune restriction aux prises ou quantités débarquées d'autres espèces de thon¹, ce qui constituait un indice que les mesures nord-américaines ne satisfaisaient pas aux prescriptions du paragraphe *g)* de l'article XX². Vu que la restriction en question affectait exclusivement les exportations sans que des restrictions domestiques aient été prises, la mesure en question visait plutôt la protection des producteurs nationaux et non la protection des ressources naturelles³.

¹ § 4. 10.

² § 4. 15.

³ Schoenbaum Th., *Op. cit.*, *AJIL*, 1992, p. 711. Egalement, Petersmann E.-U., « International Trade Law and International Environmental Law », *JWT*, vol. 27, n° 1, 1993, p.56.

Dans l'*Affaire des Harengs-Saumons*, le Groupe spécial a estimé :

" que l'expression "conjointement avec", à l'article XX g), devait être interprétée d'une façon à assurer que la portée des mesures pouvant être prises au titre de cette disposition corresponde à l'objet en vue duquel elle a été incluse dans l'Accord général. En conséquence, de l'avis du groupe spécial, une mesure commerciale ne pouvait être appliquée "conjointement avec" des restrictions à la production que si elle visait principalement à donner effet à ces restrictions¹ ".

Du fait que le Canada appliquait les mesures limitant l'achat des poissons non préparés aux seuls préparateurs étrangers, la prohibition appliquée ne pouvait être tenue comme « *visant principalement la conservation des stocks de saumons et de harengs* »².

Cette constatation suggère qu'un Membre ne peut réglementer la production et la consommation des ressources naturelles que si une telle réglementation vise également à donner effet à des restrictions concernant la production et la consommation internes³. C'est là une condition *sine qua non*, pour déterminer si une mesure vise la protection d'une ressource naturelle épuisable ou si elle n'est utilisée que comme prétexte, afin de protéger la production nationale⁴.

Remarquons que le texte du paragraphe g) ne retient aucun critère de proportionnalité de la mesure à appliquer à la production ou à la consommation internes. Un point particulièrement important est de savoir si lorsqu'un Membre régule la production ou la consommation des ressources

¹ *Affaire Harengs-Saumons*, § 4. 6.

² *Affaire Harengs-Saumons*, § 4. 7.

³ *Affaire Tuna I*, § 5. 31.

⁴ OA, *Affaire essence*, p. 22- 23.

naturelles, l'expression « *conjointement avec la production ou la consommation nationales* » implique que la mesure restrictive prise à l'égard d'un autre Membre doit être accompagnée de mesures proportionnelles ou similaires.

A cet égard, l'Organe d'appel dans *l'Affaire essence*, avait relevé qu'

" on peut tout simplement interpréter l'expression *conjointement avec*" comme signifiant " de concert avec" ou " *concurrentement avec* "...il convient d'interpréter la clause "*si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales*" comme étant une prescription exigeant que les mesures concernées imposent des restrictions non seulement en ce qui concerne l'essence importée mais aussi en ce qui concerne l'essence nationale. 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."¹.

L'Organe d'appel a considéré qu'il n'y a, en réalité, aucune exigence de prendre des mesures identiques ou proportionnelles².

Lorsqu'un Membre applique des mesures restrictives internes elle sera considérée comme appliquée « conjointement avec »³. Par contre, si aucune mesure restrictive n'est imposée sur la production ou la consommation internes, et que les restrictions frappent exclusivement les produits étrangers, il s'agit d'une discrimination dont le but essentiel est la protection de la production ou de la consommation nationales⁴.

¹ OA, *Affaire essence*, p. 24.

² OA, *Affaire essence*, p. 23.

³ O A, *Affaire crevettes*, p. 36. .

⁴ *Ibid.* Egalelement , Walker S., *Op. cit.*, p. 54.

Aucun critère de proportionnalité ou de similarité n'est retenu dans le cadre d'interprétation du paragraphe g)¹. Cela rend, évidemment, les conditions du paragraphe g) beaucoup plus souples. Afin d'équilibrer cette interprétation assouplissant les conditions permettant de justifier des mesures commerciales sous le paragraphe g), les conditions énoncées dans le chapeau de l'article XX seront l'objet d'une interprétation stricte.

¹ Murase S., *Op. cit.*, p. 333-334.

C. Fonction et champ d'application du chapeau de l'article XX

L'analyse du chapeau de l'article XX doit être menée afin de compléter l'examen de la licéité des mesures commerciales avec des visées environnementales.

Le libellé du chapeau se lit comme suit :

« Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiée 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... »

Rappelons que l'article XX n'a pas pour objectif de mettre en cause la politique environnementale mise en place par les Membres. Le chapeau de l'article XX se réfère explicitement "à la façon dont la mesure est appliquée"¹. Afin que la mesure soit justifiée sous l'article XX, deux conditions sont posées :

a. la mesure ne doit pas être appliquée comme "moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", et

b. la mesure ne doit pas constituer une « restriction déguisée au commerce international ».

¹ *Etats-Unis- Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, Rapport du Groupe spécial, 26 mai 1983, § 56, IBDD, 11, 1984.

La même formulation est reprise presque littéralement par plusieurs autres instruments internationaux. Ainsi le *Principe 12* de la *Déclaration de Rio* énonce les mêmes conditions, reprises à leur tour par l'*Agenda 21* dans le Chapitre 2.2.9 a), par le *Principe 13* de la *Déclaration sur les forêts* ainsi que par plusieurs documents officiels des Groupes sur les forêts créés au sein de la Commission de Développement Durable de l'ONU¹.

L'*Accord international sur les bois tropicaux* contient dans son Préambule une mention de la *Déclaration sur les forêts*, mais sans pour autant incorporer le *Principe 13*. L'*Accord* énonce une règle générale selon laquelle le commerce international du bois tropical doit être régi par des pratiques commerciales non discriminatoires², principe qui entoure l'article 36 de l'*Accord*.

La fonction principale du chapeau de l'article XX est de constituer un cadre de protection contre l'usage impropre ou abusif des exceptions et de veiller à ce que les mesures commerciales ne soient pas appliquées à des fins protectionnistes indirectes³.

Ce caractère a été bien remarqué par l'Organe d'appel dans l'*Affaire essence*. Adoptant la méthode de la double analyse⁴, l'Organe d'appel, rappelle que lorsqu'une mesure commerciale est contestée, il n'est pas suffisant qu'elle soit compatible avec l'un des paragraphes de l'article XX. Le Membre qui prend la dite mesure doit pouvoir la justifier suivant les prescriptions énumérées dans le chapeau de l'article XX. D'abord, il convient d'analyser si la mesure est

¹ Voir par exemple, le document E/CN.17/IPF/1996/22, *Op. cit.*, Point C et ss ; Rapport final GIF, Quatrième session *Op. cit.*, 1997 , § 125 et ss.

² Art. Premier, b) de l'*Accord sur les bois tropicaux*

³ OA, *Affaire crevettes*, p. 37. Egalement, Argentine- Mesures concernant l'exportation des peaux de bovins et l'importation de cuirs fins, *Op. cit.*, § 11.312.

⁴ *Affaire Tuna I*, § 5. 24 et 5.34.

justifiée provisoirement selon l'article XX *b)* ou *g)*, et dans un deuxième temps, il faut vérifier si la mesure est conforme au chapeau de l'article XX¹.

Quant au champ d'application de l'article XX, il embrasse toutes les situations dans lesquelles un Membre allègue la violation d'une obligation de fond. Ainsi, il se rapporte à toutes les obligations qui découlent des dispositions de l'*Accord général*, notamment l'obligation du traitement de la Clause de la nation la plus favorisée, l'obligation du traitement national et l'interdiction des restrictions quantitatives².

Si le chapeau de l'article XX interdit l'application de mesures discriminatoires ou injustifiées, il permet par contre au Membre de l'invoquer comme droit³ afin de mener sa propre politique environnementale et d'adopter des réglementations internes visant la protection de l'environnement⁴ à l'abri de ces exceptions.

En effet, dans *l'Affaire crevettes*, l'Organe d'appel avait souligné que ce qu'il faut examiner au regard du texte introductif de l'article XX, c'est si une mesure fondée sur l'exception prévue et qui ne comporte pas de visées protectionnistes, pourrait *justifier la discrimination résultant de la mesure prise*⁵. Ainsi, le chapeau de l'article XX permet lorsqu'un Membre applique des mesures réglementaires environnementales comportant des restrictions à l'importation, un certain niveau de discrimination. Mais rappelons que le Membre qui prend une mesure environnementale contraire aux autres obligations de l'*Accord général*, est tenu de remplir deux conditions. La première exige que

¹ OA, *Affaire essence* p. 24, *Affaire cigarettes*, §. 73.

² OA- *Affaire essence*, p. 27.

³ OA- *Affaire essence*, p. 25

⁴ Déclaration de Doha, *Op. cit.*, § 6.

⁵ OA, *Affaire crevettes*, p. 9.

la mesure environnementale ne soit pas appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiée entre les pays où les mêmes conditions existent. La deuxième condition exige que la mesure environnementale ne constitue pas une restriction déguisée au commerce international.

La discrimination arbitraire ou injustifiée

En ce qui concerne la notion de *discrimination arbitraire ou injustifiée* c'est à nouveau la pratique d'interprétation de l'Organe de règlement des différends qui nous aidera à l'éclaircir.

Dans deux cas l'Organe de règlement des différends a fait une interprétation de la notion de « discrimination arbitraire ou injustifiée » en prenant en compte les aspects formels des mesures réglementaires appliquées à l'encontre des autres Membres du GATT/OMC. En effet, dans *l'Affaire du thon* le Groupe spécial avait constaté que la mesure appliquée par les Etats-Unis à l'encontre de l'importation du thon du Canada, l'était également à l'encontre des importations en provenance du Costa Rica, de l'Equateur, du Mexique et du Pérou, pour des raisons similaires. Le Groupe spécial a estimé qu'en l'espèce, la discrimination à l'égard du Canada n'avait peut-être pas été nécessairement arbitraire ou injustifiée¹. Cet élément suggère que lorsque la mesure réglementaire comportant des restrictions à l'importation s'applique également à d'autres pays, la discrimination dont il est question dans le chapeau de l'article XX ne lui est pas applicable².

¹ *Affaire du Thon*, §. 4.8.

² Rappelons qu'un raisonnement similaire avait été mené dans une autre affaire dans laquelle le Groupe spécial avait analysé un arrêté d'interdiction pris par la Commission du commerce international des Etats-

Le deuxième élément pris en compte par le Groupe est le suivant : l'interdiction d'importer du thon en provenance du Canada a été décrétée par les Etats-Unis en tant que mesure commerciale à travers une mesure réglementaire qui a été publiquement annoncée comme telle¹.

Dans les deux cas précités, l'Organe de règlement des différends focalise son attention sur le fait que la mesure a été publiée.

Cette interprétation n'a pas été retenue comme critère définissant la notion de discrimination au sens du chapeau de l'article XX.

C'est en 1996 que pour la première fois l'Organe de règlement des différends a eu à nouveau l'occasion de se prononcer sur la notion de discrimination. Dans l'*Affaire essence*, l'Organe d'appel a fait une analyse plus ciblée des expressions "*discrimination injustifiable*", "*discrimination arbitraire*" et "*restriction déguisée au commerce international*".

Selon l'Organe d'appel, les trois expressions peuvent être lues parallèlement car chacune influe sur le sens de l'autre.

La restriction déguisée comprend la discrimination déguisée dans le commerce international². L'Organe d'appel a fait remarquer que la

Unis dans le but d'interdire l'entrée sur leur territoire des assemblages produits en contrefaçon d'un brevet valide des Etats-Unis. Le Groupe a estimé que les Etats-Unis n'ont pas appliqué la mesure comme moyen de "*discrimination arbitraire ou injustifiée entre les pays où les mêmes conditions existent*" car, ladite mesure visait l'importation des assemblages produits de contrefaçon sans prendre en compte l'origine du pays et ne s'appliquait donc pas uniquement au Canada. Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis - Importation de certains assemblages de ressorts pour automobiles*", IBDD 30, 26 mai 1983, § 55.

¹ § 4.8. Cette conclusion avait été l'objet d'une observation de la part du représentant du Canada lors de la réunion du conseil au cours de laquelle le rapport avait été adopté. Pour le Canada il ne suffit pas que la mesure commerciale environnementale soit annoncée publiquement comme telle pour qu'elle soit considérée comme une mesure de non- restriction déguisée au commerce international. *Guide des règles et pratiques du GATT, Op. cit.*, p. 623. Dans l'affaire de l'interdiction de l'importation de ressorts, le Groupe spécial avait constaté que la mesure réglementaire avait été publiée dans le Registre Fédéral des Etats- Unis et que son application était assurée par les douaniers nord- américains à la frontière. En outre, l'interdiction ne portait pas sur les produits importés de l'étranger mais sur ceux qui avaient une licence de fabrication étrangère et qui étaient donc, fabriqués par les producteurs étrangers sans violation de loi nord-américaine sur la contre - façon, loi également publique. Voir, Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis - Importation de certains assemblages de ressorts pour automobiles, Op. cit.*, § 56.

² OA, *Affaire essence*, p. 28.

restriction déguisée peut être interprétée, indépendamment des autres éléments, comme englobant les restrictions qui correspondent à une discrimination arbitraire ou injustifiable dans le commerce international¹. Evidemment, elle prend souvent la forme d'une mesure qui remplit les conditions prescrites dans l'un des paragraphes de l'article XX².

Renforçant encore plus le chapeau de l'article XX, l'Organe d'appel a tenu à souligner que celui-ci doit être lu dans le contexte de l'Accord de l'OMC dans sa totalité. Cela vaut dire que l'Organe de règlement des différends doit vérifier si la mesure ne va pas à l'encontre des buts et des objectifs du GATT/OMC³. Il s'agit de la prise en compte d'une règle coutumière en matière d'interprétation des traités⁴, comme le reconnaît, d'ailleurs, l'Organe d'appel lui-même⁵.

A partir de cette interprétation, l'élément fondamental à prendre en compte est le but et l'objet de l'article XX qui est d'éviter l'usage abusif des exceptions⁶.

En même temps, l'interprétation à la lumière de l'objet et du but de l'Accord de l'OMC implique que le *Préambule* doit être pris en compte en matière environnementale, au moment de l'interprétation des règles du GATT/OMC⁷. Le *Préambule* confirme, en effet, le volet

¹ Ibid.

² Ibid.

³ O A, *Affaire essence*, p. 18.

⁴ Art. 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*.

⁵ OA, *Affaire essence*, p. 19.

⁶ Wolfrum, *Op. cit.*, p. 70.

⁷ En effet, c'est le Préambule qui énonce souvent l'objet et le but d'un traité, qui énonce aussi parfois des règles essentielles. Citons comme exemple le Préambule de l'OMC suivant lequel les Membres se montrent « *déterminés à préserver les principes fondamentaux et à favoriser la réalisation des objectifs qui sous-entendent ce système commercial multilatéral* », de même que leur désir de réduire substantiellement les « *tarifs douaniers et les autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations* ».

environnemental introduit dans l'Accord général de 1994.

Si le volet environnemental existe, le point central de l'analyse reste, cependant, l'objet et le but du GATT/OMC : la libéralisation du commerce mondial¹ et non la protection de l'environnement². Ceci implique que les règles du GATT/OMC doivent garantir la *prévisibilité et la stabilité* du système multilatéral d'échange des biens et des marchandises³.

Le Groupe spécial dans *l'Affaire crevettes*, a constaté que les mesures prises par les Etats-Unis ne *faisaient pas partie* des mesures autorisées au titre de l'article XX de l'Accord de 1994⁴, parce qu'elles étaient discriminatoires.

Cette conclusion du Groupe spécial était fondée sur le contexte du terme "injustifiable", ainsi que sur l'objet et le but de l'Accord sur l'OMC⁵.

Cette interprétation n'a pas été retenue par l'Organe d'appel⁶.

Dans *l'Affaire crevettes*, l'Organe d'appel a soutenu que l'application effective de la mesure prévue dans la réglementation prise par les Etats-Unis concernant l'interdiction de l'importation des crevettes était

¹ *Ibid.* La déréglementation du commerce international qui englobe l'amélioration des possibilités d'accès aux marchés et la préservation d'un système commercial ouvert et non-discriminatoire sont considérées comme éléments essentiels du système commercial multilatéral. Cf. OMC- Symposium de haut niveau sur le commerce et l'environnement, Genève, 15-16 mars 1999, § 62. D'ailleurs, à Doha le caractère libéral et déréglementaire du GATT/OMC a été confirmé avec force à travers cette formule : « nous sommes résolus...à poursuivre le processus de réforme et de libéralisation des politiques commerciales....Nous réaffirmons donc avec force les principes et les objectifs énoncés dans l'Accord de Marrakech... et nous engageons à rejeter le recours au protectionnisme ». Déclaration de Doha, *Op. cit.*, § 1.

² Rapport CCE, 1996, p. 8.

³ *Affaire Tuna I*, § 5 33, *Affaire Tuna II*, § 5.26, 5.38, *Affaire Crevettes*, § 7.45.

⁴ *Affaire crevettes*, § 7. 49.

⁵ *Affaire crevettes*, § 42.

⁶ OA, *Affaire crevettes*, p. 8.

« ...appliquée d'une façon équivalant à un moyen, non pas simplement de « discrimination injustifiable », mais aussi de "discrimination arbitraire" entre les pays où les mêmes conditions existent»¹.

Selon l'Organe d'appel, la procédure établie pour obtenir la certification, telle qu'elle est formulée à l'article 609², impliquait que les pays voulant obtenir la certification devaient impérativement adopter la même réglementation que celle adoptée par les Etats-Unis et à laquelle les autres Membres ne peuvent pas se dérober³. La contrainte exercée sur les autres Membres afin qu'ils adoptent le même comportement implique en conséquence, une discrimination⁴ au sens du chapeau de l'article XX.

Rappelons au sujet de cette question d'une part que, l'Organe d'appel avait préalablement considéré que la prescription réglementaire nord-américaine, en vertu de l'application des dispositions de l'article 609, obligeait les pays

« ...à adopter un programme de réglementation imposant aux crevettiers commerciaux exerçant leurs activités dans des eaux où ils sont susceptibles d'intercepter des tortues marines d'utiliser des DET... est directement liée à la politique de conservation des tortues marines..... »⁵.

¹ Ibid., p. 47. Rappelons que les expressions « discrimination arbitraire ou injustifiée » et « restriction déguisée » peuvent être lues parallèlement, puisque leurs interprétations s'influencent mutuellement. Ainsi, dès le moment qu'une mesure se révèle une « discrimination arbitraire et injustifiée », elle est également une « restriction déguisée ». Cf. OA- Affaire essence, p. 28.

Cette démarche a été adoptée par l'Organe d'appel dans l'Affaire crevettes puisqu'il a considéré qu'il n'était plus nécessaire d'analyser si la mesure nord-américaine était appliquée de façon à constituer « une restriction déguisée au commerce international au sens du chapeau de l'article XX. Voir également p. 47.

² Adopté le 21 novembre 1990 en application de la loi de 1973 sur les espèces menacées d'extinction. Voir, Affaire crevettes, § 2.4 à 2.15.

³ OA- Affaire crevettes, p. 45.

⁴ OA- Affaire crevettes, p. 41.

⁵ OA- Affaire crevettes, p. 35. Non souligné dans le texte.

D'autre part, l'Organe d'appel a confirmé que

« ... la portée et l'étendue de l'article 609, associé aux directives concernant son application, ne sont pas excessives au regard de l'objectif de protection et de conservation des espèces de tortues marines. En principe, les moyens correspondent raisonnablement à la fin. La relation moyens/fin qui existe entre l'article 609 et la politique légitime de conservation d'une espèce épuisable et, en fait, menacée d'extinction est...une relation étroite et réelle... Par conséquent, l'article 609 est une mesure se rapportant à la conservation d'une ressource naturelle... »¹.

La constatation faite par l'Organe d'appel suggère d'abord, qu'une mesure réglementaire qui oblige les autres Membres du GATT/OMC à adopter le même niveau de réglementation, contrainte dont il ne sauraient se soustraire, est une mesure réglementaire qui, poursuivant un «objectif environnemental légitime» et comportant des dispositions qui correspondent *substantiellement* à l'objectif environnemental visé (correspondance entre les moyen et la fin), se révèle être une mesure *légitime et licite*².

Deuxièmement, cette mesure déclarée préalablement légitime et licite, comporte une *discrimination arbitraire ou injustifiée*³ parce qu'elle exerce une contrainte sur les autres Membres (déclarée préalablement légitime et licite au regard du

¹ OA- *Affaire crevettes*, p. 35. Non souligné dans le texte.

² L'Organe d'appel a également souligné ce qui suit : « ...comme nous l'avons indiqué plus haut, les Etats-Unis invoquent l'article XX b) uniquement dans le cas où nous constatons que l'article 609 n'est pas visé par l'article XX g). Comme nous avons constaté que l'article 609 entre bien dans le cadre de l'article XX g), il n'est donc pas nécessaire d'analyser la mesure au regard de l'article XX b) ». OA- *Affaire crevettes*, p. 36.

Cette conclusion laisse sous-entendre que si la mesure réglementaire est conforme au paragraphe g) de l'article XX, elle peut aussi s'avérer comme étant nécessaire suivant les critères du paragraphe b) de l'article XX.

³ L'Organe d'appel a constaté que : « ..le système et le processus de certification sont établis et administrés par les services des Etats-Unis et par eux seuls...Le caractère unilatéral de l'application de l'article 609 aggrave l'effet perturbateur et *discriminatoire* de la prohibition de l'importation et met en évidence son caractère *injustifiable* ». OA- *Affaire crevettes*, p. 44. Non souligné dans le texte.

paragraphe g) de l'article XX), contrainte considérée d'ailleurs comme entraînant une discrimination manifeste.

L'Organe d'appel a également constaté que la réglementation nord-américaine était *per se* discriminatoire. En effet, les Membres du GATT/OMC n'étaient pas informés de l'acceptation ou du rejet de leur demande de certification. Et si la demande de certification leur avait été refusée, ceux-ci ne bénéficiaient pas non plus de l'équité élémentaire ni des garanties d'une procédure régulière¹ par rapport aux Membres qui l'avaient obtenue.

En outre, l'Organe d'appel relève que la démarche nord-américaine, consistant à entamer des négociations sérieuses avec certains Membres mais pas avec d'autres, avait un effet manifestement *discriminatoire et injustifiable*².

Par conséquent, l'application des mesures prévues par les Etats-Unis constituait une *discrimination injustifiable* au sens du chapeau de l'article XX³.

¹ OA- *Affaire crevettes*, p. 46.

² OA- *Affaire crevettes*, p. 44- 45.

³ OA, *Affaire crevettes*, p. 45.

Conclusions

Après l'analyse des paragraphes *b)* et *g)* et du chapeau de l'article XX, la première conclusion est la suivante : tout Membre a le droit de prendre des mesures unilatérales assorties de mesures commerciales, en vue d'atteindre des objectifs en matière d'environnement. Mais, s'il se révélait nécessaire d'adopter des mesures de politique commerciale, pour faire appliquer des politiques environnementales, celles-ci ne seront tolérées que si elles sont inévitables, ce qui renvoie à l'interprétation selon laquelle, seules sont tolérées les mesures les *moins restrictives* que requiert la réalisation des objectifs en question.

De la même manière, l'interprétation du chapeau de l'article XX par rapport aux paragraphes *b)* et *g)* est également marquée par la notion *d'inévitabilité* de la mesure environnementale. Cette notion s'est traduite dans la formulation selon laquelle il existe l'obligation supplémentaire (et préalable) de rechercher la coopération internationale pour appliquer des mesures restrictives en vue de la protection des ressources naturelles épuisables.

Cette interprétation stricte et restrictive de l'article XX réduit considérablement la faculté pour un Etat d'invoquer ce dernier comme exception justifiant l'application de mesures restrictives prises en violation des obligations de fond de l'Accord général. Suivant l'interprétation draconienne faite par l'Organe d'appel, *a priori*, il apparaît que ce sont les dispositions contenues dans le chapeau de l'article XX qui l'emportent sur les paragraphes *b)* et *g)*.