

La certification des forêts et l'OMC

Jan Klabbers

**European Forest Institute
Document de discussion no 7, 2000**

ISBN: 952-9844-75-1

ISSN: 1455-6936

La certification des forêts et l'OMC

Auteur: Jan Klabbers

Editeur: European Forest Institute
Torikatu 34
FI-80100 Joensuu
Finlande

Rédacteur en chef: Fergal Mulloy

Tél: + 358-13-252 020
Fax: + 358 -13-124 393
Email: publications@efi.fi
www: <http://www.efi.fi/>

Les avis exprimés n'engagent que l'auteur et ne représentent pas forcément ceux de l'European Forest Institute.

Ce dossier a été publié grâce au soutien financier de la ligne budgétaire "forêts tropicales" de la CE. Les opinions présentées ne reflètent pas forcément la position de la DGVIII ou de la Commission européenne.

Coordonnées de l'auteur

Dr. Jan Klabbers

Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights

University of Helsinki

P.O. Box 4

00014 University of Helsinki

Finlande

Tél: +358-9-1912 3141

Fax: +358-9-1912 3076

Email: klabbers@otdk.helsinki.fi



TABLE DES MATIÈRES

1	Introduction	5
2	Le commerce et l'environnement: problématique	7
3	L'OMC: grandes lignes	9
4	Protéger l'environnement	13
5	Concilier le commerce et l'environnement	17
6	La destruction des forêts	21
7	La certification des forêts et le droit commercial mondial: aspects clefs	23
7.1	L'adhésion volontaire	24
7.2	L'origine des normes	24
7.3	Processus ou produit	25
7.4	La protection de l'environnement comme objet	26
7.5	Pas de restrictions déraisonnables	26
7.6	Les produits similaires	27
7.7	Non moins favorable	28
7.8	Nécessaire ou non nécessaire	29
7.9	Non renouvelables	29
7.10	Discrimination arbitraire ou injustifiable	30
8	En guise de conclusion	31

1 INTRODUCTION

Le présent document, qui se veut non technique, examine le rapport entre le régime des échanges internationaux et la pratique de certification des forêts. Il a pour but essentiel de stimuler le débat concernant l'opportunité et la faisabilité de la certification des forêts, étant donné que le cadre des échanges internationaux est déterminé par le GATT et l'Organisation mondiale du commerce. Ceci revêt une importance particulière par rapport à la conférence ministérielle de Seattle, où des réductions des tarifs sur le bois figurent à l'ordre du jour. Il importe donc de mieux comprendre le fonctionnement des règles commerciales mondiales en la matière.

Je résume d'abord les rapports complexes entre le commerce et l'environnement en général, avant d'évoquer brièvement le système commercial mondial. Par la suite, j'examine différentes façons de concilier le commerce et l'environnement, avant de me focaliser sur la certification des forêts.

Toutefois, pour des raisons explicitées plus loin, il pourrait s'avérer impossible d'arriver à des conclusions définitives sur le thème de la certification des forêts à la lumière des règles du commerce international, car tout dépend de la façon précise dont est mise en oeuvre n'importe quelle série de normes, du contexte précis dans lequel la certification joue un rôle. J'examinerai plutôt certains facteurs pouvant, en fonction des circonstances, toucher à la question de la légalité. En guise de conclusion, je préconise l'harmonisation plus poussée des normes volontaires.

2 LE COMMERCE ET L'ENVIRONNEMENT: PROBLÉMATIQUE

Les relations entre le libre-échange et la protection de l'environnement sont complexes et ce pour différentes raisons. Nous avons tendance à penser, par exemple, qu'à la fois le libre-échange et la protection de l'environnement sont de bonnes choses.¹ David Ricardo a dit que le libre-échange augmenterait le bien-être global et, depuis lors, le libre-échange ne suscite guère de contestation. Qui plus est, pour certains, c'est le protectionnisme qui a dominé pratiquement tout au long des années 1920 et 1930 qui explique, du moins en partie, le déclenchement de la Deuxième Guerre mondiale, renforçant ainsi l'hypothèse selon laquelle le libre-échange, sans être forcément bon en soi, a quand même du mérite dans le sens qu'il favorise l'interdépendance des Etats et rend ainsi moins probable le déclenchement des hostilités. Plus récemment, la thèse de la "paix libérale" est venue faire écho à cette croyance: les économies de marché, libérales et démocratiques, se font rarement la guerre.²

En revanche, l'environnement naturel mériterait, lui aussi, d'être protégé. Depuis que les scientifiques ont découvert des phénomènes tels que le trou dans la couche d'ozone, la dégradation et la destruction des forêts, ou la hausse progressive des températures (qui pourrait aboutir à la fonte sur une grande échelle des glaces polaires et l'élévation du niveau des océans), la préservation de l'environnement occupe une place de plus en plus importante dans les programmes politiques nationaux et internationaux. Chaque événement largement médiatisé sert à entretenir l'intérêt du public pour l'environnement.

C'est ainsi que le public, en matière de commerce et d'environnement, veut généralement "avoir le beurre et l'argent du beurre", comme on dit. Or nous nous voyons parfois dans l'impossibilité de le faire; le commerce et l'environnement sont, à l'occasion, incompatibles et nous nous retrouvons face à des choix difficiles.

La complexité des rapports tient également du fait que notre optique détermine nos conclusions. Autrement dit, du point de vue du commerce libéral, la préservation de l'environnement peut être un objectif noble, tout en constituant une barrière au commerce. En effet, dans la mesure où les règles du libre-échange cherchent à égaliser les chances des agents économiques, la protection, sous une forme ou une autre, de l'environnement pourrait être jugée préjudiciable à différents égards. L'interdiction, par l'Etat A, des importations en provenance de l'Etat B, dont les modes de production sont jugés non respectueux de l'environnement, peut ainsi profiter aux producteurs de l'Etat A mais, dans la mesure où ceux-ci sont tenus de respecter eux-mêmes des normes de production

1 Dans le même ordre d'idées, voir John H. Jackson, "Greening the GATT: Trade Rules and Environmental Policy", in James Cameron, Paul Demaret et Damien Geradin (sous la direction de), *Trade and the Environment: The Search for Balance*, Volume 1 (Londres 1994), 39-51.

2 On pourrait prétendre que l'analyse la plus puissante de ce phénomène dans le droit international est celle d'Anne-Marie Slaughter, "International Law in a World of Liberal States", 6 *European Journal of International Law* (1995), 503-538. On dit généralement, de façon plus ou moins convainquante, que cet argument s'inspire de *Zum ewigen Frieden* d'Immanuel Kant.

assurant le respect de l'environnement, ces normes peuvent aussi leur porter préjudice. Pour un seul et même acteur, la même mesure peut se révéler à la fois préjudiciable et favorable.³

Comme le prouve notre exemple, le problème est d'autant plus épineux que la protection de l'environnement concerne les processus de production plutôt que les produits en tant que tels. C'est d'ailleurs ce qui caractérise généralement le conflit entre le commerce et l'environnement. Le problème ne provient pas tellement des échanges de produits polluants (encore que le commerce des déchets dangereux existe bien et, de l'avis de certains, devrait être traité de la même façon que le commerce de tout autre produit⁴), mais plutôt des échanges de marchandises produites d'une façon nocive, ou du moins potentiellement nocive, pour l'environnement.

Néanmoins, la réglementation internationale de la préservation de l'environnement s'est avéré difficile, en partie peut-être parce que toute tentative de réglementation suppose qu'il existe déjà des connaissances fiables concernant l'impact des règles proposées sur l'environnement, tout en intégrant une vision de ce que les politologues appellent habituellement "la belle vie". Par contraste, il s'est avéré beaucoup plus facile de réglementer le commerce, du moins dans ses grandes lignes, car réglementer le libre-échange revient essentiellement à supprimer les barrières commerciales. On n'a guère besoin de justifications philosophiques du moment qu'on accepte que le libre-échange est une bonne chose en soi: en présence d'un tel consensus, il suffit d'enlever les barrières existantes et d'empêcher la création de nouveaux obstacles. En revanche, quand il s'agit de protéger l'environnement, les modalités précises sont infiniment variables et risquent de susciter un débat permanent, même lorsqu'il existe un consensus général concernant l'opportunité de la protection.⁵

3 Ceci passe évidemment sous silence l'hypothèse sous-jacente selon laquelle aussi bien le libre-échange que la préservation de l'environnement sont généralement avantageux.

4 Voir par exemple, CJCE, Commission c/Belgique (déchets wallons), C-2/90, [1992] Rec. I-4431.

5 Dans le même ordre d'idées, lire Michael J. Trebilcock et Robert Howse, *The Regulation of International Trade* (Londres 1999, deuxième édition), 425.

3 L'OMC: GRANDES LIGNES

Par contrecoup du protectionnisme des années 1920 et 1930, on en vint à préconiser le libre-échange comme moyen d'éliminer les causes des conflits internationaux et comme moyen d'accroître le bien-être général des nations. C'est ainsi que les plans de Churchill et Roosevelt pendant la guerre, formulés dans le Pacte atlantique de 1941, prévirent le libre-échange et, lors de la mise au point du système de Bretton Woods régissant l'ordre économique de l'après-guerre, le projet d'une Organisation internationale du commerce (OIT) occupa une place importante.⁶ Les négociations devant aboutir à sa création progressaient rapidement jusqu'à ce qu'on s'aperçut que le Sénat des Etats-Unis (partisan, peu après la guerre, de l'isolationnisme) s'apprêtait à rejeter le document fondateur de l'OIC, la Charte de la Havane. Soucieux de ne pas compromettre l'objectif du libre-échange, on retira une partie de la Charte de la Havane pour en faire un traité séparé: l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). L'entrée en vigueur du GATT ne fut jamais formellement acquise, mais il fut appliqué provisoirement à partir de 1947.⁷

Compte tenu de ses origines inhabituelles, ce n'est pas surprenant si le fonctionnement pratique du GATT laissa à désirer. Il n'avait prévu aucun mécanisme institutionnel (présent, en fin de compte, dans d'autres parties de la Charte de la Havane) et l'élaboration des procédures de règlement des différends dut partir presque de zéro. Par ailleurs, ce qui est plus important, le GATT portait presque exclusivement sur les échanges de produits industriels. Le GATT contenait bien quelques dispositions agricoles, mais elles restèrent presque lettre morte, compte tenu du protectionnisme agricole courant à la fois aux Etats-Unis et en Europe. De surcroît, le phénomène récent du commerce des services ne fit l'objet d'aucune réglementation.

Quoi qu'il en soit (ou peut-être à cause de sa flexibilité inhérente), le GATT remporta du succès, du moins pendant les premières décennies de son existence. Plusieurs cycles de négociations aboutirent à la suppression progressive des tarifs et d'autres barrières non tarifaires. Les procédures improvisées de règlement des différends – des groupes spéciaux, nommés par consentement mutuel, qui élaborent des rapports adoptés uniquement en cas d'acceptation par toutes les parties concernées – parvinrent à aplanir de nombreux différends commerciaux grâce à la diplomatie et à la négociation au lieu de compter exclusivement sur les principes juridiques.⁸

6 Celle-ci devait fonctionner de concert avec les deux institutions effectivement créées, le Fonds monétaire international et la Banque mondiale, afin de couvrir tous les aspects des relations économiques internationales

7 L'étude qui fait loi en matière de droit positif du GATT s'intitule *World Trade and the law of GATT*, John H. Jackson (Indianapolis 1969).

8 L'étude généralement citée s'intitule *The GATT legal system and world trade diplomacy*, Robert E. Hudec (New York 1975). Pour une analyse d'un litige exceptionnellement tenace, voir Jan Klabbers et Annerie Vreugdenhil, "Dispute settlement in GATT: DISC and its successor", *Legal Issues of European Integration* (1986/1), 115-138.

Néanmoins, il était de plus en plus évident, pendant les années 1970 et 1980, que le GATT n'était plus à même de faire face à une situation en constante évolution. Comme l'a dit succinctement un économiste au milieu des années 1980: "Le GATT est mort".⁹ Plusieurs raisons expliquent la proclamation de la mort du GATT, dont l'avènement de dispositifs inhibiteurs du commerce axés sur les processus et les mécanismes plutôt que sur les produits eux-mêmes. Ce n'est pas une coïncidence si un groupe spécial a été saisi de la clause des exceptions générales au GATT (Article XX) pour la première fois à la fin des années 1980. L'article XX vise à donner aux Etats-membres la liberté de réglementer les processus de production en autorisant la protection des droits de propriété intellectuelle, en protégeant les ressources naturelles non renouvelables et la vie des personnes et des animaux et en préservant les végétaux.¹⁰

Il y eut de nombreux changements du cadre des échanges internationaux: le commerce des services augmenta de façon spectaculaire, on vit la Communauté européenne rongée par ses propres pratiques agricoles, la protection de la propriété intellectuelle et de l'investissement fut de plus en plus généralement considérée comme obstacle au commerce. La mise en application de l'accord soi-disant libéralisateur du textile s'avéra protectionniste à outrance et – retrospectivement, c'est peut-être le plus important – le GATT devint un véritable labyrinthe de documents, d'instruments, de protocoles, d'accords et de décisions, manquant ainsi à l'une des obligations traditionnelles de n'importe quel cadre juridique: être source de précision et de certitude.

Dès la fin des années 1980, le moment était venu de réinventer le GATT, de le faire revivre. Ceci devait se produire lors du cycle de négociations commerciales dit d'Uruguay, qui bâtit tout un cadre nouveau de commerce mondial autour du noyau du GATT existant. La création de l'Organisation mondiale du commerce intégra l'ancien droit du GATT et élargit la portée du système mondial régissant les échanges (en rajoutant notamment le commerce des services et les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et les mesures concernant les investissements liées au commerce), tout en créant un appareil institutionnel complexe qui comporte un mécanisme plus complet de règlement des différends.¹¹

Dès lors, les groupes spéciaux, peu structurés, de l'ancien système GATT de règlement des différends, leurs rapports faisant loi uniquement après l'acceptation des parties concernées, cèdent la place au nouveau mécanisme rationalisé dit Organe de règlement des différends. Celui-ci prévoit des groupes spéciaux dont les travaux se poursuivent dans des délais fixes et suivant des procédures fixes qui comprennent la possibilité de recours auprès d'un Organe d'appel. En l'absence d'appel, les décisions sont considérées définitives et le système prévoit également l'autorisation de sanctions plus efficaces.¹²

Si le GATT/OMC prend de plus en plus l'apparence d'un système juridique (clarté, transparence et peut-être surtout prévisibilité), la transition n'est pas encore tout à fait

9 L'économiste bien connu s'appelle Lester C. Thurow, mais je n'ai pas pu retrouver la citation d'origine.

10 Pour une analyse générale des premiers rapports, voir Jan Klabbers, "Jurisprudence in international trade law: Article XX of GATT", 26 *Journal of World Trade* (1992/2), 63-94.

11 Une excellente vue d'ensemble est donnée dans *The political economy of the world trading system: from GATT to WTO*, Bernard Hoekman et Michel Kosteki (Oxford 1995).

12 Voir Marko Wuorinen, "The cross-retaliation in the WTO dispute settlement system: can the European Communities benefit from it?", 8 *Finnish Yearbook of International Law* (1997), 340-365.

achevée. Une grande partie des incertitudes du GATT se sont répercutées sur la nouvelle organisation et on constate la nécessité d'une interprétation plus rigoureuse de nombreuses règles de base avant qu'elles puissent fonctionner de manière efficace.¹³ Ce n'est pas parce que les règles elles-mêmes sont relativement claires que leur mise en application dans des situations concrètes est toujours évidente. Les litiges tranchés par les groupes spéciaux GATT et l'actuel Organe de règlement des différends ont un rôle indispensable de création de précédents.¹⁴

13 Lire – l'analyse est lucide – Rambod Behboodi, "Legal reasoning and the international law of trade – the first steps of the Appellate Body of the WTO", 32 *Journal of World Trade* (1998/4), 55-99.

14 Par ailleurs, les discussions se déroulent au sein de Comités (Comité du commerce et de l'environnement, ...) qui se sont révélés jusqu'ici plus aptes à accroître la compréhension mutuelle des problèmes qu'à y trouver remède.

4 PROTÉGER L'ENVIRONNEMENT

On a vu ces dernières années des tentatives de la part de certains Etats d'avoir recours unilatéralement à des mesures visant à protéger l'environnement; dans certains cas, ces mesures ont été mises en cause devant les groupes spéciaux GATT/OMC, engendrant une jurisprudence instructive.

La pratique d'interdire les importations risque d'enfreindre plusieurs dispositions du GATT. En premier lieu, toute interdiction d'importation représente presque par définition une restriction quantitative du commerce et contrevient donc l'article XI du GATT. Si, après l'importation, des distinctions sont faites en fonction du pays d'origine de l'article interdit (en autorisant par exemple l'entrée de produits mexicains mais pas de produits similaires du Guatemala), la législation cadre difficilement avec la clause de la nation la plus favorisée, l'une des pierres angulaires du GATT et stipulée – ce n'est pas une coïncidence – dans l'article I.

Il arrive plus souvent, toutefois, que des distinctions s'opèrent entre producteurs étrangers et nationaux plutôt qu'entre pays d'origine. Prenons le cas de pêcheurs nationaux utilisant des techniques de pêche plus avancées et ayant renoncé pratiquement aux filets dérivants. Dans un tel scénario, interdire les produits de la pêche au filet dérivant, même par souci de la sécurité des dauphins, a pour effet secondaire de protéger l'industrie nationale de pêche. Un tel refus de traiter des produits similaires de la même façon sans distinction de source enfreint le principe du traitement national (article III du GATT).¹⁵

C'est ici qu'entrent en jeu les dérogations – dont les plus pertinentes figurent dans l'article XX – aux règles de base du GATT.¹⁶ L'article XX prévoit l'exonération (éventuelle) de mesures nationales incompatibles avec les règles GATT si leur utilité est reconnue. L'application de mesures dérogatoires servant à protéger la moralité publique pourrait ainsi se justifier sans qu'elles soient compatibles avec les règles principales du GATT. De la même façon, des mesures servant à protéger des brevets ou des marques, ou des trésors nationaux, ou portant sur les produits du travail de la population carcérale, sont autorisées.

En ce qui concerne la protection de l'environnement, deux clauses sont particulièrement importantes. Selon l'article XX(b) du GATT, des mesures dérogatoires sont autorisées pour protéger la vie ou la santé des personnes et des animaux ou préserver les végétaux,

15 En fait, les articles III et XI seraient incompatibles. Le deuxième concerne l'importation en tant que telle, tandis que le premier se rapporte au traitement de produits déjà importés.

16 Le GATT autorise également de prendre des mesures dérogatoires en cas de problèmes de balance des paiements (Article XII), d'inondations d'importations (Article XIX) ou de menace pour la sécurité nationale (Article XXI).

tandis que l'article XX(g) autorise la protection en vue de préserver les ressources naturelles non renouvelables. L'article XX prévoit, à ce propos:

“Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, cet accord reconnaît que rien ne saurait empêcher l'adoption ou la mise en application par une partie contractante de mesures:...

b) nécessaires à la protection de la vie ou de la santé des personnes ou des animaux, à la préservation des végétaux;...

g) se rapportant à la préservation de ressources naturelles non renouvelables si ces mesures sont accompagnées de restrictions de la production ou de la consommation nationales;...”

En revanche, selon l'article XX, ces mesures dérogatoires¹⁷ doivent respecter certains critères (relativement stricts). Lorsqu'il s'agit de mesures visant à protéger la vie ou la santé des personnes ou des animaux ou préserver les végétaux, ces mesures doivent être “nécessaires”, ce qui indique, même *a priori*, qu'il ne suffit pas qu'elles soient désirables ou globalement salutaires; le mot “nécessaire” évoque l'existence d'un besoin. Ceci implique, le plus souvent, soit qu'il n'existe aucune solution de rechange, soit qu'il en existe plusieurs parmi lesquelles on choisit celle moins restrictive pour le commerce.¹⁸

Par ailleurs, toute mesure se rapportant à la préservation des ressources naturelles non renouvelables doit être accompagnée de restrictions de la production ou de la consommation nationales, c'est-à-dire, pour se conformer aux dispositions de l'article XX(g), on ne peut pas en même temps interdire l'importation d'une ressource rare et stimuler la consommation ou la production nationales.

Ce ne sont pas les seuls critères énoncés dans le chapeau de l'article XX: la mise en application de mesures visant à protéger la vie ou à préserver les ressources ne doit pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international. Si c'est le cas, la mesure ne tient pas, qu'elle réponde ou non aux autres critères.

L'article XX a été source de nombreuses difficultés d'interprétation¹⁹, ce qui n'est pas surprenant, car sa formulation est ambiguë. Si toute dérogation doit répondre à des critères stricts, l'article XX semble également suggérer la possibilité d'une interprétation souple de ces critères: le point de départ serait que le GATT ne doit pas être interprété de façon à empêcher l'adoption ou la poursuite par les pouvoirs publics d'objectifs désirables, faisant ainsi pencher la balance en faveur des préoccupations nationales plutôt que des engagements internationaux. En revanche, l'article XX présente une série de dérogations aux règles de base et mérite donc, selon les principes traditionnels d'interprétation des

17 En ce qui nous concerne, le terme “mesures” se rapporte aux arrangements sous-jacents plutôt qu'à des dispositifs concrets de certification. Par le passé, le concept de mesures dans le cadre du droit GATT/OMC a été source d'une certaine confusion ; voir Klabbbers, *supra*, note 10.

18 Pour une discussion lucide, voir Arthur E. Appleton, *Environmental labelling programmes: international trade law implications* (La Haye, 1997).

19 Cf. Klabbbers *supra*, note 10.

traités²⁰, d'être interprétée de manière plus restrictive, faisant repencher la balance en faveur des engagements internationaux.

En bref, le débat concernant les relations entre le commerce et l'environnement s'articule en grande mesure autour de la bonne interprétation de l'article XX et son rôle particulier dans l'ordre du GATT. Que le recours à l'article XX soit nécessaire indique que les mesures de protection de l'environnement enfreignent généralement les règles GATT/OMC et que l'article XX est seul à pouvoir leur donner une certaine légitimité.

Depuis l'entrée en vigueur de l'OMC, la relance de deux autres séries de règles est venue compliquer davantage la situation juridique. Deux accords remontant à 1979, ratifiés par un nombre modeste de membres du GATT, ont été repris dans le nouveau cadre et revalorisés de façon à renfermer désormais une série de droits et d'obligations pour tous les Etats-membres de l'OMC.²¹ Si l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires a une importance certaine pour la protection de l'environnement en général, c'est surtout parce qu'il autorise des interruptions (temporaires et limitées) des importations. Les Etats ne sont pas contraints de trouver d'autres solutions plus créatives et nous n'allons donc pas nous attarder là-dessus.²²

En revanche, l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, lui aussi conclu en 1979, est plus important car, après tout, de nombreuses mesures écologiques revêtent la forme d'obstacles techniques au commerce. C'est évidemment le cas, par exemple, des normes écologiques obligatoires faisant partie du descriptif technique des produits. Un membre de l'OMC qui n'autoriserait que l'importation de bois de forêts durablement exploitées crée vraisemblablement un obstacle technique au commerce de la même façon que des règles d'emballage ou des règles concernant les dimensions à respecter pour le tissu à revendre, ou le descriptif technique des magnétoscopes, peuvent représenter des obstacles techniques au commerce.

20 Se référer surtout à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), disposition dont les groupes spéciaux GATT/OMC se prévalent allègrement.

21 Au lieu d'engager uniquement les Etats qui les ont acceptés dès le début.

22 Voir également Appleton, *supra*, note 18.

5 CONCILIER LE COMMERCE ET L'ENVIRONNEMENT

En admettant que la gestion de l'environnement soit difficilement compatible avec certaines règles de base qui sous-tendent le système commercial mondial, comment peut-on assurer ou promouvoir la protection de l'environnement? Plusieurs possibilités ont été étudiées jusqu'ici.

La méthode la plus simple consiste à recourir à l'action unilatérale et, en effet, de nombreuses mesures écologiques sont prises unilatéralement, souvent en conséquence de la pression exercée par des groupes d'intérêt. Or, comme nous l'avons déjà noté, ces mesures doivent, pour se conformer aux règles de l'OMC, respecter au minimum les clauses de la nation la plus favorisée et du traitement national; il faut s'assurer qu'elles ne constituent pas une restriction quantitative et, en cas de dérogation à ces principes de base, les mesures doivent répondre à plusieurs autres critères pour se légitimer selon l'article XX, par exemple, ou l'Accord sur les obstacles techniques au commerce.

Même lorsqu'une mesure unilatérale réussit à éviter ces pièges, elle n'est pas pour autant forcément efficace sur le plan des objectifs visés. A titre d'exemple, une mesure adoptée par le Liechtenstein pour protéger ou conserver les forêts tropicales au moyen de ses échanges de bois dur n'aura qu'un impact marginal. Autrement dit, sur le plan de l'efficacité, il est plus que probable que seules les actions unilatérales des marchés plus importants (les Etats-Unis, l'UE, le Japon et bientôt la Chine) contribueront à atteindre l'objectif.

Les Etats intéressés ont également la possibilité d'adhérer à un traité en dehors du contexte de l'OMC. Les chances d'une issue favorable sont vraisemblablement meilleures et, par ailleurs, c'est souvent ce genre de solution multilatérale qui est suggéré par les décisions et les groupes spéciaux GATT/OMC.²³ Le droit des traités a généralement tendance à privilégier, du moins quand deux traités ont été signés par les mêmes Etats, l'application du plus récent. S'il est vrai que les groupes spéciaux GATT/OMC n'ont pas encore eu à examiner un cas concret, on voit difficilement comment un traité plus récent pourrait être rejeté sous prétexte qu'il est incompatible avec le GATT/OMC, à moins que le système ne veuille déclarer sa primauté.²⁴ Reste à savoir à quel titre on pourrait affirmer la primauté des règles GATT/OMC. Dans la pratique, certains accords limitant les échanges ont été signés sans faire l'objet d'une résistance acharnée. On cite souvent l'exemple de la Convention de 1973 sur le commerce international des espèces menacées

23 A l'occasion de la signature des accords OMC à Marrakech, les ministres ont recommandé au Conseil pour le commerce des services de demander au Comité du commerce et de l'environnement "d'examiner l'importance des accords inter-gouvernementaux relatifs à l'environnement" et leur rapport avec l'OMC. Lire Joseph Denna (sous la direction de), *The law and practice of the World Trade Organization* (à feuilles mobiles), Classeur I, brochure 5, 33.

24 Suivant l'exemple de l'arrêt classique de la Cour de Justice selon lequel la Communauté européenne s'attribue la primauté vis-à-vis des systèmes juridiques de ses Etats-membres et ce en vertu du droit communautaire. Voir 6/64, *Costa c/ENEL* (1964), Rec. 585.

d'extinction (CITES) et de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières des déchets dangereux et de leur élimination.²⁵

En revanche, deux problèmes de taille restent à résoudre. Premièrement, on ne saurait opposer à des Etats qui n'y sont pas parties un accord relatif à l'environnement. Les relations entre deux membres de l'OMC, dont l'un seulement est partie prenante dans l'accord écologique, continueraient à être régies par les règles de l'OMC, ce qui à son tour mettrait en cause la viabilité du régime écologique – car on pourrait difficilement le faire cadrer avec le traitement de la nation la plus favorisée préconisé par le droit GATT/OMC. On pourrait donc prétendre que la seule solution adéquate consiste à organiser le régime écologique en régime commercial, mais cette possibilité n'existe pas toujours.

Qui plus est, certains conflits relatifs aux traités sont structurellement insolubles; la solution préférée sera fonction de la façon dont le problème est abordé au début. D'un point de vue commercial, c'est donc presque par définition la réponse commerciale qui sera privilégiée, tandis que du point de vue écologique, c'est la réponse écologique qui va vraisemblablement l'emporter.²⁶ Le Comité OMC du commerce et de l'environnement pensait peut-être à ce phénomène lorsqu'il a invité, en 1996, les Etats "membres de l'OMC et en même temps signataires d'un AME [Accord multilatéral sur l'environnement – note de l'auteur] à saisir les instances chargés du suivi de l'AME, plutôt que l'OMC, de tout différend se rapportant aux dispositions commerciales de l'accord."²⁷ Ceci établit clairement que les accords multilatéraux sur l'environnement, aussi utiles soient-ils, ne sont pas forcément conformes aux règles de l'OMC.

Il ne faut pas non plus oublier le problème de l'opportunisme: supposons que l'Etat X ne participe pas à un projet écologique, n'assume pas sa part des charges, mais tire parti de l'amélioration de la qualité de l'environnement, bénéficiant ainsi sans contrepartie des efforts des autres. Par ailleurs, l'absence même de participation peut procurer un avantage compétitif à l'Etat X. Lors de l'élaboration du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1989), les rédacteurs ont tenu compte du problème et ont décidé de supprimer progressivement le commerce avec les non signataires (qu'ils soient ou non membres de l'OMC). Si cela n'est pas, *a priori*, compatible avec les clauses de l'OMC interdisant la discrimination, les rédacteurs du protocole de Montréal ont rejeté cette hypothèse. Ils affirment que la non discrimination s'applique uniquement aux pays où les mêmes conditions existent; au bout de quelques années, la différence entre pays selon qu'ils interdisent ou non les substances qui appauvrissent la couche d'ozone sera d'une telle ampleur qu'on pourra raisonnablement prétendre que les conditions sont différentes. Par conséquent, les règles de l'OMC concernant la non discrimination ne sont pas enfreintes.²⁸ Pour conclure un traité, quel qu'en soit le thème, un consensus politique assez large sur l'opportunité du traité est

25 Cf., par exemple (même si les résultats sont peu concluants), James Cameron, "The GATT and the environment", in Philippe SANDS (sous la direction de), *Greening international law* (Londres 1993), 100-122.

26 Lire notamment Guyora BINDER, *Treaty conflict and political contradiction; the dialectic of duplicity* (New York 1988) et, éventuellement, Jan Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter* (Zwolle 1996).

27 Citation du Rapport annuel 1996 du Président des Etats-Unis sur le Programme des accords commerciaux, reproduite in Joseph Denna (sous la direction de), *supra*, note 23, Commentaire I, 56.

28 Pour le récit d'une personne proche des négociations, lire Robert A. Reinstein, "Trade and environment: the case for and against unilateral action", in Winfried Lang (sous la direction de), *International law and sustainable development* (Dordrecht 1995), 223-231. Par ailleurs, le protocole de Montréal se garde bien d'interdire le commerce avec des non signataires qui se sont unilatéralement engagés à se conformer aux dispositions principales du protocole. Voir Laura B. Campbell, "Comment on the paper by Robert Reinstein", *ibid.*, 233-237.

indispensable. En cas de différences politiques irréconciliables (ou conciliables uniquement aux dépens de la clarté et de la précision), la conclusion d'un traité sérieux est impossible et il convient de rechercher d'autres solutions.

Les mesures fiscales font partie des solutions possibles. L'imposition d'une taxe environnementale sur certains produits est donc envisageable. Une telle taxe peut être interdite selon l'article III du GATT, mais du moment qu'elle s'applique de la même façon à tous les produits similaires, quelle qu'en soit la source, elle peut éventuellement se justifier selon l'article XX. Après tout, une taxe sur le produit A et tous les produits similaires n'entrave pas forcément le libre-échange, dans la mesure où elle est appliquée systématiquement. Les ajustements fiscaux aux frontières représentent depuis longtemps un moyen reconnu d'éviter la double imposition.

Le problème se situe donc plutôt au niveau politique: celui qui se lancerait dans la politique en ayant dans l'idée d'augmenter les impôts, peu importe sa motivation, n'aurait pas beaucoup de chances de prospérer. Par ailleurs, on peut difficilement prédire ce qui se passera une fois qu'une taxe aura été imposée, provoquant une hausse du prix de détail: les consommateurs vont-ils effectivement changer leurs modes de consommation comme prévu? Dans ce cas, vont-ils remplacer les produits polluants par des produits plus respectueux de l'environnement, ou bien auront-ils recours à des remplacements encore moins acceptables? Le problème de la distinction entre produits et processus de production reste entier: étant donné qu'une grande partie du GATT se rapporte aux produits, aux seuls produits, il est difficile de trouver le moyen d'atteindre les méthodes de production sous-jacentes, d'autant plus si le produit en tant que tel n'est pas concerné.²⁹

Compte tenu des difficultés évoquées ci-dessus, ce n'est peut-être pas surprenant si certains textes récents ne recommandent plus la recherche d'une harmonisation globale du commerce et de l'environnement, mais préconisent plutôt une approche axée sur les processus. Comme le dit un auteur, non sans un certain défaitisme, "il n'y a peut-être rien d'autre à faire que d'établir un processus permettant de prendre des décisions progressives pour résoudre des conflits spécifiques."³⁰

29 De fait, l'un des problèmes que présentent même les ajustements fiscaux aux frontières est qu'il vaut mieux les appliquer aux produits et qu'on peut difficilement les appliquer aux processus. Pour une vue d'ensemble, lire Paul Demaret et Raoul Stewardson, "Border tax adjustments under GATT and EC law and general implications for environmental taxes", 28 *Journal of World Trade* (1994/4), 5-65.

30 Thomas J. Schoenbaum, "International trade and protection of the environment: the continuing search for reconciliation", 91 *American Journal of International Law* (1997), 268-313 (citation page 271).

6 LA DESTRUCTION DES FORÊTS

On dit généralement de la destruction des forêts qu'elle englobe deux phénomènes distinctes: la déforestation (l'utilisation forestière du sol cède la place à d'autres formes d'utilisation) et la dégradation (les zones forestières ou les peuplements d'arbres changent mais l'utilisation globale du sol ne change pas).

Si les conséquences exactes de la destruction des forêts pour l'environnement ne sont pas encore connues, on peut raisonnablement supposer qu'il y en aura. La destruction des forêts entraînera une perte de la diversité des espèces (processus irréversible) qui, à son tour, risque de réduire les possibilités de trouver des substances médicinales nouvelles ou inconnues. Par ailleurs, il se peut que la destruction des forêts ait un impact négatif sur les bassins versants, provoque l'érosion, touche aux conditions climatiques, voire contribue à l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre et au réchauffement de la planète.³¹ Il y a toute une série d'autres conséquences possibles, allant de la disparition d'une partie de l'habitat humain à une perte de ressources capables d'engendrer des recettes d'exportation.

Les causes de la destruction des forêts ne font pas non plus l'unanimité: sans doute plusieurs facteurs entrent-ils en jeu simultanément. Les produits forestiers, du moins dans les régions plus pauvres du monde, servent à produire de l'énergie; l'exploitation commerciale, tout comme l'effet de serre et les pluies acides, affecte les forêts.³² De plus, la déforestation peut avoir des causes institutionnelles, notamment la corruption ou, plus généralement, l'absence de réglementation gouvernementale.³³ Le facteur le plus important serait toutefois la conversion des forêts en terres agricoles, que ce soit dans le cadre de la politique officielle d'un gouvernement, ou en conséquence de la culture sur coupe et brûlis.³⁴ Le commerce des produits forestiers jouerait un rôle relativement peu important, du moins en ce qui concerne le bois tropical.³⁵

C'est peut-être en partie les désaccords sous-jacents concernant les causes de la destruction des forêts, ses conséquences et la question de savoir qui doit en assumer la responsabilité qui expliquent pourquoi la communauté internationale n'a pas encore réussi à adopter une convention internationale pour prévenir la destruction des forêts. Si l'idée

31 Lire l'analyse circonspecte de Caroline Thomas, *The environment in international relations* (Londres 1992), notamment 254-260 ou celle, plus sûre, de Jutta Brunnee, "A conceptual framework for an international forests convention: customary law and emerging principles", in *Canadian Council on International Law* (sous la direction de), *Global forests and international environmental law* (La Haye, 1996), 41-77 et surtout 45-7.

32 En revanche, les forêts acquièrent de la valeur commerciale en raison de l'exploitation commerciale, ce qui peut inciter à la protection.

33 Cf. Daniel W. Bromley, "Deforestation – institutional causes and solutions", in Matti Palo et Jussi Uusivuori (sous la direction de), *World forests, society and environment* (Dordrecht 1999), 95-101.

34 Cf., en général, Thomas, *supra*, note 31, 245-254.

35 Lire Edward B. Barbier, "The role of trade interventions in the sustainable management of key resources: the cases of African elephant ivory and tropical timber", in Cameron, Demaret & Geradin (sous la direction de), *supra*, note 1, 436-458.

d'un tel accord a été discutée à la veille de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (1992), les différentes positions de négociation sont finalement restées tellement divergentes que les participants se sont simplement mis d'accord sur une série de principes non contraignants.³⁶

En effet, les négociations opposent apparemment les pays développés, impatients d'organiser et d'inciter à l'aménagement durable des forêts, et les pays en voie de développement, qui y voient un astuce visant à limiter leur accès au marché, à les forcer d'adopter des méthodes de transformation plus coûteuses (les rendant ainsi moins compétitifs), ou à éviter d'avoir à prendre des mesures rigoureuses pour réduire les émissions de gaz à effet de serre.³⁷

La même impasse se retrouve dans d'autres forums, y compris l'Organisation mondiale du commerce. Ainsi, les Etats-Unis sont d'avis que l'éco-labellisation, même lorsqu'elle concerne les méthodes de production plutôt que les produits, trouve sa justification dans l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, tandis que les pays en voie de développement sont généralement de l'avis contraire.³⁸

³⁶ En ce qui concerne la situation juridique de tels instruments, voir en général Jan Klabbers, *The concept of treaty in international law* (La Haye 1996).

³⁷ Cf. David Vanderzwaag & Douglas MacKinlay, "Towards a global forests convention: getting out of the woods and barking up the right tree", in *Canadian Council on International Law, supra*, note 31, 1(surtout)-39.

³⁸ Cf. rapport des Etats-Unis, *supra*, note 27, 56-57.

7 LA CERTIFICATION DES FORÊTS ET LE DROIT COMMERCIAL MONDIAL: ASPECTS CLEFS

Compte tenu de ce qui précède, ce n'est peut-être pas surprenant si les grandes initiatives récentes émanent de ce que l'on appelle couramment le secteur privé (ou parapublic).³⁹ La certification des forêts est assurée sous l'égide de différents organismes, notamment l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et le Forest Stewardship Council (FSC). S'ils ne partent pas du même principe (les normes ISO concernent la gestion, celles du FSC mettant l'accent plutôt sur la performance), ces organismes ont une caractéristique importante en commun, à savoir qu'ils interviennent à titre volontaire.

La légalité des systèmes de certification volontaire dans le cadre de l'OMC n'a pas encore été mise à l'épreuve.⁴⁰ Au mieux, certains spécialistes ont déclaré que les systèmes de certification volontaire méritent d'être considérés, par présomption, conformes aux règles de l'OMC,⁴¹ mais on peut dire en général que des arguments clairs se font attendre. La défense de la certification volontaire passe apparemment par le fait qu'elle est volontaire et donc, soutient-on, elle échappe à la juridiction de l'OMC.⁴²

La seule exception jusqu'ici concerne l'hypothèse (avancée dans le contexte de l'éco-labellisation plutôt que de la certification) selon laquelle, malgré sa nature volontaire, l'éco-labellisation est réservée à ceux qui en ont les moyens. En fin de compte, la mise en place du dispositif nécessaire peut s'avérer coûteuse et le fait même de demander le label peut entraîner des coûts. Par ailleurs, les normes précises à respecter sont souvent formulées après avoir consulté les producteurs nationaux, ce qui peut déboucher sur le choix de normes auxquelles les concurrents étrangers auront du mal à se conformer. Le résultat des courses pourrait ainsi être la discrimination contre les producteurs étrangers, notamment ceux dans les pays moins développés.⁴³

Comme l'indique déjà l'absence presque totale de discussion dans la documentation, les résultats dépendent en large mesure des caractéristiques précises d'une situation donnée. Prenons un exemple hypothétique: si l'Etat X, tout en refusant le bois tropical non certifié, produit lui-même du bois, il se trouve évidemment dans une situation différente par

39 Dans le même ordre d'idées, voir Farhana Yamin et Ijaz Zahid, "Forests", in 8 Yearbook of International Environmental Law (1997), 296-306.

40 Par contre, les systèmes impératifs ont provoqué des controverses, notamment lorsque la Malaisie a mis en cause, en 1992, la légalité d'un programme autrichien de labellisation obligatoire du bois tropical.

41 Voir par exemple Appleton, *supra*, note 18 ; lire également Naomi Roht-Arriaza, "Compliance with private voluntary agreements: the example of the International Organization for Standardization's ISO 14000 environmental and related standards", in Edith Brown Weiss (sous la direction de), *International compliance with nonbinding accords* (Washington D.C. 1997), 205-218. Encore que, ailleurs, Rhot-Arriaza semble fonder sa présomption de légalité sur le caractère international des normes concernées (note 48 ci-dessous).

42 Puisqu'il s'agit d'un accord inter-Etats, l'OMC ne touche pas directement au secteur privé, sans parler des engagements volontaires pris par le secteur privé. Néanmoins, en poussant à l'extrême l'argument du volontariat, la question de la compatibilité présumée ne se pose jamais. On peut donc considérer qu'avancer la thèse de la présomption revient à admettre implicitement que les choses ne sont pas aussi simples.

43 Lire Christian Tietje, "Voluntary eco-labelling programmes and questions of state responsibility in the WTO/GATT legal system", 29 *Journal of World Trade* (1995/V), 123-158.

rapport à l'Etat Y qui n'a pas d'industrie nationale de production de bois. Si, dans le premier cas, exiger des certificats permet de protéger l'industrie nationale, cette possibilité est exclue, par définition, dans le deuxième cas.

Ceci étant le cas, il est inutile d'essayer de tirer une conclusion définitive en ce qui concerne la légalité des systèmes de certification. Au mieux, on peut faire une ébauche de certains facteurs pouvant toucher à la question de la légalité. Voici donc une série de facteurs dont certains se réfèrent à des caractéristiques générales et d'autres se rapportent à des instruments juridiques particuliers (l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ou l'accord GATT 1994⁴⁴).

7.1 L'ADHÉSION VOLONTAIRE

La méthode utilisée pour persuader les producteurs de certifier leurs produits a une influence certaine. Lorsqu'un Etat introduit un dispositif impératif de certification⁴⁵ (en faisant de la certification la condition sine qua non de l'importation ou d'un autre traitement, par exemple), il a toutes les chances d'enfreindre ainsi les règles GATT/OMC et ce pour plusieurs raisons (dont certaines sont discutées plus loin). En fin de compte, les dispositifs impératifs établissent une distinction juridique entre produits semblables (ou "similaires" pour reprendre les termes de l'OMC) en fonction de leur source et, même quand ces dispositifs visent des objectifs reconnus de la politique, il existe parfois des moyens alternatifs, moins restrictifs pour le commerce, de poursuivre ces objectifs.

Ces remarques ne s'appliquent pas automatiquement aux dispositifs volontaires,⁴⁶ mais il y a un risque ici, comme nous l'avons déjà noté, que la certification ne soit pas à la portée des producteurs des quatre coins du monde. Ainsi, non seulement le processus même de certification risque-t-il d'être trop coûteux pour certains producteurs, il se pourrait également que des normes nationales soient établies de concert avec les producteurs nationaux et, de cette façon, privilégient ces derniers.

Il convient de noter cependant que l'acceptation volontaire de la certification par les producteurs ne va pas automatiquement la mettre à l'abri des règles GATT/OMC. Il suffit d'une intervention gouvernementale, minime, pour que la certification dans le secteur privé soit du ressort du GATT/OMC et, si cela se produit, ces dispositifs doivent pouvoir se justifier.⁴⁷

7.2 L'ORIGINE DES NORMES

L'Accord sur les obstacles techniques au commerce donne beaucoup d'importance aux normes internationales, sans doute dans l'hypothèse qu'un accord inter-Etats portant sur des normes internationales réduit sensiblement les possibilités d'action unilatérale. S'il est

44 Nous ne prenons pas en considération l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, hypothétiquement concerné.

45 Les "règlements" dans le cadre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce.

46 Les "normes" dans le cadre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce.

47 Dans le même ordre d'idées, Tietje, *supra*, note 43.

vrai que les normes ISO et FSC émanent d'organismes "à cheval" sur les secteurs privé et public, on peut difficilement nier qu'elles ont, pratiquement, des visées internationales.⁴⁸

La prolifération même des normes et des démarches de certification peut poser problème: si un groupe d'Etats adopte les normes ISO, un autre choisit les normes établies par le FSC et d'autres encore préfèrent des normes adoptées dans un cadre plus limité (l'Organisation internationale du bois tropical, par exemple), l'harmonisation s'impose pour éviter de fausser les échanges, en dépit de l'existence de normes d'origine internationale.

7.3 PROCESSUS OU PRODUIT

Traditionnellement, on a supposé que les règles GATT/OMC s'appliquent uniquement aux produits, passant sous silence les modes de production. Ainsi, des mesures prises à l'encontre d'un produit polluant sont du ressort du GATT/OMC, tandis que des mesures prises, du fait des modes de production polluants, à l'encontre de produits propres sont à l'abri des règles GATT/OMC, donnant aux Etats au moins la liberté (ou est-ce un encouragement?) de ne pas prévoir des méthodes et processus de production sans risques pour l'environnement.

Cette position n'est pas dépourvue de logique dans certaines situations. Evidemment, si des produits importés sont en mesure de contribuer à dégrader l'environnement dans l'Etat d'importation, il n'en va pas de même pour les processus ou les méthodes de production. En fin de compte, ceux-ci ne sont généralement pas transportés avec le produit⁴⁹ et il faut reconnaître à l'Etat producteur la prérogative de décider s'il veut fermer les yeux sur certains processus de production.⁵⁰

En effet, et c'est en grande partie la lettre des lois GATT/OMC, cette interprétation axée sur les produits peut se comprendre, car nombre de ces règles se réfèrent explicitement au traitement des produits.⁵¹ L'une des rares exceptions (discutées) se trouve dans l'article XX(d), qui autorise la dérogation aux règles générales afin de protéger les brevets, les marques de fabrique et les droits d'auteur. Même là, la question de savoir si cette exception s'étend à la fois aux produits brevetés et aux processus de production brevetés a fait l'objet de débats passionnés.⁵²

Il semble toutefois que les récentes procédures de règlement des différends inclinent à faire passer les processus et méthodes de production dans le champ d'application du GATT/OMC. L'exemple a déjà été donné par les deux rapports (non adoptés) du groupe spécial sur le thon⁵³, qui ont refusé d'accepter que la pêche au filet dérivant, se rapportant simplement au processus de récolter le thon, n'avait pas à rentrer dans la sphère

48 Pour une analyse utile du travail de l'ISO, lire Naomi Roht-Arriaza, "Shifting the point of regulation: the International Organization for Standardization and global lawmaking on trade and the environment", 22 *Ecology Law Quarterly* (1995), 479-539.

49 A quelques exceptions près, comme l'utilisation des pesticides.

50 Lire l'analyse brève mais utile de Candice Stevens, "Trade and the environment: the PPMs debate", in Winfried Lang (sous la direction de), *supra*, note 28, 239-247.

51 Voir par exemple les articles I et III, dispositions essentielles.

52 Voir notamment le groupe spécial sur les Etats-Unis – Section 337 de la Loi des tarifs de 1930 que discute Klappers, *supra*, note 10.

53 Le rapport Thon I est reproduit dans 30 *International Legal Materials* (1991), 1594, le rapport Thon II dans 33 *International Legal Materials* (1994), 839.

d'attributions du GATT (à l'époque).⁵⁴ Ce raisonnement a été confirmé dans le rapport plus récent sur les crevettes: que l'Organe d'appel n'ait pas pris directement en considération le fait qu'il s'agissait, en la circonstance, d'un processus plutôt que d'un produit témoigne d'une certaine tolérance (accrue) de l'idée que les processus et les méthodes de production sont effectivement couverts par les règles GATT/OMC.⁵⁵

Dans le cas de la certification des forêts, ce n'est pas parce que la certification a tendance à s'appliquer aux processus ou aux méthodes de production plutôt qu'aux produits finis qu'elle peut forcément échapper à la réglementation. Les conclusions des groupes spéciaux sur le thon et les crevettes vont à l'encontre des opinions traditionnelles et, si des activités sont assujetties aux règles GATT/OMC, il est évident qu'elles peuvent également enfreindre ces règles.

7.4 LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT COMME OBJET

L'Accord sur les obstacles techniques au commerce autorise certains règlements qui limitent le commerce, dans la mesure où ils visent un objectif louable, tel que la protection des intérêts de la sécurité nationale, la protection de la santé ou de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, ou la protection de l'environnement.⁵⁶ Ceci s'applique exclusivement aux règlements techniques (impératifs); dans le cas des normes (volontaires), aucun objectif spécifique n'est énoncé.⁵⁷

Les mesures obligatoires doivent ainsi servir à protéger l'environnement ou la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux (et se conformer à d'autres exigences); quant à savoir si la certification des forêts répond à ces critères, on peut tout de même présenter des arguments plausibles dans ce sens.

7.5 PAS DE RESTRICTIONS DÉRAISONNABLES

Il est d'autant plus difficile de justifier la certification selon les termes de l'Accord sur obstacles techniques au commerce que celui-ci interdit l'élaboration, l'adoption et l'application à la fois de règlements techniques et de normes volontaires dont l'objet ou la conséquence est de créer des obstacles non nécessaires au commerce.⁵⁸ L'Accord précise également, en ce qui concerne les règlements techniques impératifs, que les règlements "ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser leur objectif, (la protection de l'environnement par exemple), "compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait".⁵⁹ Autrement dit, là où des solutions de rechange existent et sont tout aussi efficaces mais moins restrictives pour le commerce, ces solutions sont à privilégier.

54 Au contraire, la législation des Etats-Unis a été rejetée, entre autres, à cause de ses effets extraterritoriaux.

55 Etats-Unis – Interdiction de l'importation de certains crevettes et produits des crevettes, AB-1998-4.

56 Article 2.2.

57 Les principales dispositions concernant les normes se trouvent dans l'Annexe 3 de l'Accord OTC, qui renferme un code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes.

58 Cf. article 2.2 OTC et article E du Code de Pratique.

59 Rien de tel ne s'applique aux normes volontaires.

Inutile de dire que, pour juger de l'existence de solutions de rechange dans n'importe quelle situation concrète, il faut tenir compte des circonstances précises, mais certains spécialistes se sont déjà montrés pessimistes à l'égard des dispositifs impératifs d'écolabellisation, difficiles à justifier selon l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, précisément parce qu'il n'est pas du tout évident que d'autres solutions ne sont pas envisageables.⁶⁰

7.6 LES PRODUITS SIMILAIRES

L'Accord sur les obstacles techniques au commerce, comme le GATT 1994, précise que la discrimination entre "produits similaires" n'est pas autorisée.⁶¹ La question se pose de savoir quand est-ce que des produits se ressemblent suffisamment pour que la clause de non discrimination puisse être appliquée. A cet égard, il y a probablement autant d'opinions qu'il y a de circonstances concrètes possibles et on fait souvent appel à la théorie économique. Comme l'Organe d'appel a précisé, avec imagination, dans l'appel de 1996 concernant les boissons alcoolisées, le concept de similarité "évoque l'image d'un accordéon... [qu'on] étire et presse à différents endroits..."⁶²

Si deux produits sont identiques, il n'y a évidemment pas trop de problèmes: une voiture de l'Etat X entre en compétition directe avec une voiture de l'Etat Y. En revanche, des difficultés peuvent surgir dans deux types de situation. Premièrement, si deux produits, bien que (presque) identiques, ne servent pas à la même chose, peut-on toujours dire qu'ils sont similaires? Dans ce cas, les derniers événements suggèrent qu'on peut tout de même prendre en considération des différences entre des produits apparemment semblables. A titre d'exemple, en 1992, le groupe spécial sur les boissons à base de malt a distingué des bières en fonction de leur teneur en alcool, sous prétexte que les règlements différents s'appliquant aux bières fortes n'avaient pas pour but de différencier les bières importées et locales. En effet, le groupe conclut en affirmant "qu'il est impératif que la détermination de la similarité des produits dans le contexte de l'article III évite d'empiéter inutilement sur l'autorité réglementaire et les possibilités d'action nationale des parties contractantes."⁶³ A son tour, cela suggère qu'il convient, du moins dans les limites de l'article III, de trouver le juste milieu entre l'exigence du traitement national et les objectifs de la politique interne.

Deuxièmement, peut-on dire de produits différents, qui peuvent tout de même servir aux mêmes usages, qu'ils sont "similaires"? Autrement dit, s'agit-il de produits concurrents ou substituables (ce qui justifierait la non discrimination)?⁶⁴ Quoi qu'il en soit, il est d'usage de déterminer la similarité en fonction d'éléments tels que les propriétés physiques, les utilisations finales, la classification douanière, voire les processus de fabrication.⁶⁵

60 Entre autres, Appleton, *supra*, note 18, 117.

61 Article 2.1 OTC ; article D du Code de pratique ; articles I et III du GATT.

62 Japon – Taxes sur les boissons alcoolisées, OA-1996-2, 19.

63 Cité in Appleton, *supra*, note 18, 100.

64 La réponse peut varier selon les dispositions: comparer l'article III(4) GATT, par exemple, à l'article III(2) et la note y afférente.

65 Voir, entre autres, Appleton, *supra*, note 18, 97.

Si les processus de fabrication entrent en ligne de compte, la question de la similarité se pose évidemment par rapport à la certification des forêts: en supposant que le bois certifié ne fait pas concurrence au bois non certifié, l'article III ne s'applique pas (et n'est donc pas enfreint) si un pays donne une prime au bois certifié. De même, si le bois tropical et le bois tempéré ne sont pas jugés "similaires", l'article III n'est pas enfreint.

Il y a quand même quelques points d'interrogation. Il est quelque peu artificiel de distinguer des produits en fonction de caractéristiques liées aux origines géographiques de leurs parties constituantes; de même, on peut difficilement établir une distinction entre bois certifié et non certifié s'il n'est pas généralement admis que ces produits ne sont pas "similaires". Néanmoins, pour certains, le groupe spécial sur les boissons alcoolisées japonaises a en quelque sorte dépassé les bornes en inscrivant les processus de fabrication parmi les facteurs de détermination de la similarité, puisqu'on peut difficilement appliquer un tel critère lorsque la méthode de production n'a pas d'influence directe sur le produit fini (ne change pas son aspect, son goût, sa durée de vie, etc.).⁶⁶ Une chose est claire donc: la détermination de ce qui est ou n'est pas un produit similaire à un autre doit toujours se faire au cas par cas, puisque des produits qui sont similaires dans une situation ne le sont pas forcément dans des circonstances différentes.

7.7 NON MOINS FAVORABLE

Aussi bien l'article III du GATT que l'article 2.1 OTC et l'article D du Code de pratique exigent que le traitement des produits étrangers ne soit pas moins favorable que le traitement accordé aux produits nationaux. Evidemment, l'interdiction du traitement différent n'a jamais été envisagée et, tout aussi évidemment, le traitement plus favorable des produits étrangers n'est pas exclu.

Tout en admettant que les circonstances précises vont varier d'un cas à l'autre, il semblerait que le terme "non moins favorable" est censé s'appliquer à la discrimination à la fois officielle et matérielle. C'est "l'égalité effective des chances pour les produits importés" qui compte, comme l'a dit le groupe spécial de 1996 sur l'essence.⁶⁷

De ce fait, même les dispositifs de labellisation ou de certification volontaires risquent d'avoir une barrière à franchir, dans la mesure où, comme nous l'avons déjà noté, certains producteurs, notamment des régions plus pauvres, auront vraisemblablement du mal à obtenir ou n'obtiendront tout simplement pas la certification à cause des coûts qu'entraînent les dispositifs volontaires. Il résulte de tout ceci que ces producteurs risquent d'être exclus de fait (sinon délibérément) de certains marchés. Dans un tel scénario, tout dépendra du poids donné respectivement à l'objectif politique d'aménagement forestier durable et au préjudice éventuel causé aux producteurs des pays en voie de développement.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Etats-Unis – Normes pour l'essence reformulée et traditionnelle (29 janvier 1996), 49, paragraphe 6.10.

7.8 NÉCESSAIRE OU NON NÉCESSAIRE

Certaines mesures qui enfreignent l'article III peuvent néanmoins se justifier grâce aux dérogations accordées. L'article XX(b) autorise les dérogations nécessaires pour protéger la vie ou la santé des personnes et des animaux ou préserver les végétaux". Ici encore, *mutatis mutandis*, la formule "pas d'obstacles non nécessaires" de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce doit être appliquée, dans le sens "qu'aucune mesure alternative [in]compatible avec l'Accord général n'est autorisée et que toute mesure prise doit être compatible dans la mesure du possible avec les termes de l'Accord général."⁶⁸

7.9 NON RENOUVELABLES

L'article XX(g) autorise des dérogations se rapportant à la préservation de ressources naturelles non renouvelables, à condition que la production ou la consommation nationales soient limitées de la même façon. Ceci ouvre la voie à la protection des forêts, dans la mesure où il est généralement admis que les forêts représentent une ressource naturelle non renouvelable; de ce fait, des mesures de protection des forêts qui, autrement, enfreindraient sans doute les règles GATT/OMC pourraient quand même être autorisées selon l'article XX(g).

En revanche, l'inconvénient c'est qu'il faut appliquer des mesures semblables au niveau national. Il ne s'agit pas forcément d'un traitement identique, comme l'illustre l'appel de 1996 relatif à l'essence, mais une certaine impartialité est tout de même exigée.⁶⁹

L'article XX(g) impose une autre condition d'importance: les mesures doivent "se rapporter à" la conservation, c'est-à-dire que, d'après l'interprétation traditionnelle, elles doivent "viser essentiellement" la conservation (l'obstacle est de taille). Ce n'est toutefois pas le point de vue adopté plus récemment, selon lequel un "rapport fondamental" doit exister entre les mesures et la préservation de la ressource naturelle non renouvelable.⁷⁰ Dans ce cas, la condition a évidemment été assouplie.

En effet, on constate que, dans l'ensemble, l'article XX(g) est relativement peu strict⁷¹ et peut rendre service en matière de protection de l'environnement. Il se peut donc très bien que la certification des forêts soit autorisée (toujours en fonction des circonstances précises) selon les termes de l'article XX(g), puisqu'elle comporte souvent des mesures ayant un rapport fondamental avec la préservation d'une ressource qui est, sans aucun doute, non renouvelable. Toujours est-il que répondre aux exigences du sous-paragraphe (g) laisse ouverte la question de savoir si les conditions de l'article XX sont remplies.

68 Klabbers, *supra*, note 10, 91. La citation provient d'une analyse de l'article XX(d) mais s'applique également à XX(b).

69 Etats-Unis – Normes pour l'essence reformulée et traditionnelle, OA-1996-1, 20.

70 Ibid., 18.

71 Appleton, *supra*, note 18, 171-172.

7.10 DISCRIMINATION ARBITRAIRE OU INJUSTIFIABLE

Finalement, selon le chapeau ou préambule de l'article X, il est interdit d'appliquer des mesures de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international.

Les termes du chapeau de l'article XX dissimulent trois problèmes. Qu'est-ce qu'une restriction déguisée? Qu'est-ce qui est arbitraire ou injustifiable? Qu'est-ce qu'on entend par des pays où les mêmes conditions existent? Chose curieuse, la première question a trouvé par le passé des réponses quelque peu forcées: qu'on ne saurait qualifier une restriction de déguisée si elle était publiée, par exemple.⁷² Plus récemment, il est apparu clairement que la dissimulation compte moins que les effets des mesures relatives aux échanges, avec pour conséquence qu'on a tendance à utiliser les formules "restriction déguisée" et "discrimination arbitraire ou injustifiable" de façon interchangeable. A titre d'exemple, l'appel relatif à l'essence a précisé que des considérations du même ordre s'appliquent.⁷³ On ne sait pas trop cependant en quoi consistent ces considérations; sans doute des aspects tels que l'accès au marché occupent-ils un rang élevé.

Que les exigences de l'article XX ne s'appliquent qu'aux produits des Etats "où les mêmes conditions existent" est une clause qui donne (ou du moins est exploitée pour donner) une certaine liberté d'action en matière d'environnement. C'est ce dont se sont saisis les négociateurs du Protocole de Montréal relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone, comme nous l'avons déjà noté, pour justifier des pratiques restrictives en matière d'échanges internationaux: les Etats signataires du protocole de Montréal ne sont plus à considérer comme des Etats où existent les mêmes conditions que dans les Etats non signataires.

L'argument est plausible, mais uniquement si les signataires du protocole de Montréal respectent vraiment leurs obligations. Autrement dit, que les mêmes conditions existent ou pas est fonction de la mise en oeuvre du protocole et non seulement du fait d'y être partie. Plus encore, lorsqu'un signataire du protocole ne s'y conforme pas, il ne saurait justifier une restriction quelconque à l'aide de cet argument particulier.

La plausibilité du raisonnement à propos des "mêmes conditions" dépend également d'une autre condition: un accord international doit déjà exister, sous peine d'affaiblir les règles mêmes du commerce. Selon cette thèse, des Etats (en grand nombre) sont généralement d'accord sur ce qu'il convient de faire et comment le faire. Autrement dit: un Etat peut difficilement se prévaloir de cet argument pour justifier l'action unilatérale, car si l'Etat A peut prétendre que, du fait de ses mesures unilatérales, il n'est plus un pays où les mêmes conditions existent et que ses mesures unilatérales sont ainsi justifiées, tout est permis. Aussi séduisant et astucieux que soit l'argument, il convient donc de l'utiliser avec les plus grandes précautions et, une fois de plus, l'issue dépendra en grande partie des situations précises qui se présenteront.

72 J'a affirmé ailleurs qu'une telle interprétation aurait des résultats indéfendables: autoriser des obstacles au commerce "sous prétexte qu'ils ont été annoncés en public" serait absurde. Klabbers, *supra*, note 10, 91.

73 Appel relatif à l'essence, *supra*, note 69, 24-25.

8 EN GUISE DE CONCLUSION

Il résulte de ce qui précède que les mesures unilatérales risquent d'être contestées par le GATT/OMC. Dans l'esprit internationaliste qui prédomine chez les acteurs internationaux, que ce soit dans le domaine du commerce ou de l'environnement, les seules solutions possibles seraient multilatérales.

D'un point de vue politique, la signature d'un accord multilatéral sur l'exploitation des forêts, possibilité souvent évoquée dans les groupes spéciaux, n'est pas pour demain et, quoi qu'il en soit, les accords multilatéraux ne sont pas automatiquement approuvés par le GATT/OMC, comme nous l'avons déjà noté.⁷⁴ Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'OMC n'a pas l'air de se considérer comme l'instance la plus qualifiée pour négocier un tel accord⁷⁵; l'écart cognitif entre un jeu de règles et un autre sera d'autant plus difficile à réduire.

Il reste donc à continuer d'élaborer des normes volontaires de certification. Compte tenu de l'ampleur des désaccords entre Etats, on peut difficilement, à l'heure actuelle, envisager un accord intergouvernemental à cet égard. Des normes de certification élaborées par le secteur privé ou semi-public ont apparemment plus de chances de réussir. Ces normes seront, de préférence, volontaires, pour les raisons esquissées ci-dessus, à savoir que les règles GATT/OMC s'accommodent difficilement de mesures impératives. Par ailleurs, il serait utile, conformément au Code de pratique, d'essayer d'uniformiser ou d'harmoniser les normes. Lorsque plusieurs jeux de normes se font concurrence, le remède peut s'avérer plus désagréable que la maladie.

Concrètement, à moins d'une modification des règles OMC pour autoriser la restriction des importations provenant de forêts exploitées de façon non durable (ce qui semble peu probable) ou d'un accord mondial inter-Etats sur la protection des forêts, la solution la plus réalisable consiste à mettre l'accent sur la mise au point et l'harmonisation des normes volontaires qui serviront de base à la certification des forêts. L'industrie forestière (dans le sens le plus large) aura donc, à son tour, à réfléchir aux normes qu'elle voudra bien accepter et adopter.

⁷⁴ Dans le même ordre d'idées, lire Ann Rutgeerts, "Trade and environment: reconciling the Montreal Protocol and the GATT", 33 *Journal of World Trade* (1999/4), 61-86.

⁷⁵ Par analogie, la conférence ministérielle de 1996 a décidé qu'il convient de laisser à l'Organisation internationale du travail le soin d'élaborer les normes relatives au travail.

