

Sous la direction de
Yves Schemeil et Wolf-Dieter Eberwein

Sous la direction de
Yves Schemeil
et Wolf-Dieter Eberwein

Normer le monde

En dépit d'un intérêt croissant pour la « légalisation » et la « régulation » des relations internationales, la façon dont les normes globales sont créées reste méconnue. L'ouvrage part de l'hypothèse selon laquelle leur énonciation s'effectuerait directement dans l'espace international sans avoir fait l'objet de débats nationaux, mais il démontre finalement l'inverse : avant d'être généralisées au niveau mondial, les normes viennent de l'intérieur même des États, et leur origine est plutôt privée que publique. Ce fait relativise le rôle des organisations intergouvernementales dans ce processus.

Les études de cas réunies dans ce livre brossent ainsi un tableau original de la création de normes. Elles en distinguent quatre formes : énonciation « éthique » à l'origine de laquelle se trouvent des moralisateurs ; énonciation « experte » reposant sur la capacité d'innover de spécialistes ; énonciation « interprétative » faite par des juges qui donnent aux normes un contenu pratique ; « adaptation » aux normes émergentes par des militaires et des diplomates.

Yves Schemeil est professeur de science politique à l'Institut d'études politiques de Grenoble et membre de l'Institut universitaire de France. Ses recherches portent sur les organisations internationales, la coopération transnationale et le cognitivisme.

Wolf-Dieter Eberwein, professeur de science politique à l'Institut d'études politiques de Grenoble, est spécialiste des organisations non gouvernementales, en particulier du domaine de l'humanitaire et des conflits armés.

Ont participé à l'ouvrage : David Ambrosetti, Thierry Brugvin, Julien Chaisse, Grégoire Delhaye, David Demortain, Eve Fouilleux, Bastien Irondelle, Sandrine Lefranc, Lou Mandin, Bruno Palier, Frédéric Ramel, Laurent Scheeck, Jérôme Sgard, Pascal Vennesson.

Normer le monde

Normer le monde

Logiques
Politiques

Ip



Prix : 34,50 €
ISBN : 978-2-296-07565-8

H

L'Harmattan

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Le mystère de l'énonciation : normes et normalité en relations internationales <i>Yves Schemeil et Wolf-Dieter Eberwein</i>	7
---	---

PREMIÈRE PARTIE : FORMULER LA NORME

THÈME 1 : L'ÉNONCIATION ÉTHIQUE

1. <i>Sandrine Lefranc</i> La production de nouvelles techniques de pacification : la normalisation internationale de causes locales	65
2. <i>Grégoire Delhay</i> Comprendre la mondialisation des normes : les leçons de l'échec de la liberté religieuse universelle	87
3. <i>Thierry Brugvin</i> La régulation des normes sociales par les codes de conduite des ONG	111

THÈME 2 : L'ÉNONCIATION EXPERTE

4. <i>David Demortain</i> Rendre transférable plutôt que diffuser. Les experts scientifiques et l'histoire de la norme alimentaire HACCP	131
5. <i>Eve Fouilleux</i> Acteurs et concurrences dans la fabrication des référentiels internationaux. La FAO et les normes de politique agricole	153
6. <i>Bruno Palier et Lou Mandin</i> Le rôle des organisations internationales dans les réformes des systèmes nationaux de protection sociale	177

DEUXIÈME PARTIE : INTERPRÉTER LA NORME

THÈME 3 : UN GOUVERNEMENT DES JUGES ?

7. Julien Chaisse

L'énonciation des normes à caractère non commercial
par l'Organe de règlement des différends de l'OMC 213

8. Frédéric Ramel

La Coalition en faveur de la CPI et l'internalisation
du Statut de Rome : une série de relativités 237

9. Jérôme Sgard

Réguler l'économie mondiale : la méthode juridictionnelle,
entre biens publics et pratiques privées 257

10. Laurent Scheeck

L'amplification de la résonance et la réduction de la dissonance ?
La relation entre les Cours européennes et l'intégration
par les droits de l'homme 277

THÈME 4 : DIPLOMATES ET SOLDATS EN MANŒUVRE

11. David Ambrosetti

Nouvelles normes, nouveaux espaces de jugement :
la valeur légitimatrice de l'ONU et ses effets normatifs 311

12. Pascal Vennesson

S'adapter aux normes internationales :
les militaires face à la norme « interventionniste » 337

13. Bastien Irondelle

Stratégie nucléaire et normes internationales :
La France face au tabou nucléaire 369

LES AUTEURS 387

L'ÉNONCIATION DES NORMES
 À CARACTÈRE NON COMMERCIAL
 PAR L'ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC

Julien Chaisse

Soumise au principe de spécialité des organisations internationales, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne s'intéresse qu'aux questions commerciales. Cependant, il est des situations qui entremêlent de façon complexe aspects commerciaux et non-commerciaux¹). Ainsi, en raison du cadre juridique imposé par l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC), qui constitue un renforcement du régime juridique du brevet dans le monde, a resurgi la problématique de l'autosuffisance sanitaire. Il existe une crainte pour certains pays de devenir tributaire des productions étrangères, elles-mêmes renforcées par les garanties octroyées au niveau international. Cette crainte est au fondement de la position de certains pays du Sud qui veulent voir reconnaître au sein de l'OMC la priorité donnée aux soins des malades plutôt qu'aux producteurs de médicaments. Si l'accord ADPIC est un ensemble de règles déterminant un cadre de compétition, il transforme les conditions de production et les politiques sanitaires nationales (sur ce point, Chaisse et Guennif 2007 : 185-210). Ce type d'intrication soulève de réels problèmes au moment de la mise en œuvre des règles internationales.

Ces difficultés surgissent dans toute leur complexité au stade du règlement des différends. En effet, c'est dans ce type de situation qu'il revient à l'Organe de règlement des différends (ORD) de dire si la conduite d'un État membre est

1. Shawkat (2007 : 983) : « Si l'on conçoit aisément quelles peuvent être les préoccupations non-commerciales en matières de commerce de marchandises (condition de production, main d'œuvre utilisée...), il n'en va peut être pas de même pour les autres secteurs couverts par le droit OMC. À cet égard, indiquons que la propriété intellectuelle peut prendre en compte des objectifs de protection de l'environnement en refusant la brevetabilité de certaines technologies ; les services réglementés par l'OMC peuvent quant à eux soulever des problèmes lorsqu'il s'agit de services de construction, de tourisme et bien sûr de transport. »

conforme ou pas à ses obligations contenues dans les accords OMC. En l'occurrence, un différend naît lorsqu'un pays adopte une mesure de politique commerciale ou d'autre nature qui est considérée par un ou plusieurs autres membres de l'OMC comme une violation des accords de l'OMC ou un manquement aux obligations qui en découlent. L'ORD a ainsi été confronté à plusieurs cas où une mesure nationale protégeant un intérêt non-économique se trouvait contestée. Il s'agissait, par exemple, d'une mesure américaine visant à l'interdiction d'importer des crevettes dans la mesure où lors de leur pêche ne sont pas utilisés des dispositifs d'exclusion des tortues marines² afin de protéger cette espèce menacée d'extinction dans l'affaire « Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes »³. Dans l'affaire « Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant »⁴, le Canada alléguait que le décret français relatif à l'interdiction de l'amiante, édicté pour la protection des travailleurs et des consommateurs⁵, était incompatible avec un certain nombre d'obligations des Communautés européennes découlant du droit OMC⁶. Dans l'affaire « Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés »⁷, c'est la réglementation communautaire interdisant l'utilisation de certaines substances à effet hormonal dans les spéculations animales qui était contestée⁸, alors qu'elle trouvait son origine dans l'inquiétude des

2. Pour un exposé complet des faits, cf. rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998, paragraphes 2.1 à 2.16. Pour un commentaire, cf. Canal-Forgues et Flory (2001 : 977-990).

3. Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998 et rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

4. Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/R, 18 septembre 2000 et rapport de l'Organe d'appel, *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

5. Article 1^{er} du Décret n° 961133 relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application de l'amiante, pris en application du Code du travail et du code de la consommation, *Journal officiel*, 26 décembre 1996.

6. Pour un exposé complet des faits, cf. rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/R, 18 septembre 2000, paragraphes 1.1 à 2.7. Et pour un commentaire de l'affaire, cf. Horn et Weiler (2004 : 129-151).

7. Rapport du Groupe spécial, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/R et WT/DS48/R, 18 août 1997 et rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998. Pour un commentaire de l'affaire, cf. Canal-Forgues et Flory (2001 : 764-803).

8. Pour un exposé complet des faits, cf. rapport du Groupe spécial, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/R, 18 août 1997, paragraphes 1.1 à 2.10.

consommateurs européens quant à l'utilisation d'hormones à des fins anabolisantes. Dans l'affaire des organismes génétiquement modifiés de 2006, c'est un moratoire européen sur l'approbation des produits biotechnologiques sur le territoire communautaire qui était contesté⁹.

La tension est très vive entre règles commerciales et règles extra-économiques. Notamment, dans la mesure où une politique environnementale suppose une intervention de l'État qui impose une conduite par des prescriptions, ce qui a un impact direct sur la production, la circulation des biens que prétend réguler le droit de l'OMC. Le droit de l'OMC vise lui à réduire ou supprimer les obstacles tarifaires ou techniques qui peuvent être fondés parfois sur des préoccupations extra-économiques. Mais au-delà d'une opposition de fond entre commerce et environnement¹⁰, il faut aussi considérer que certaines règles fondamentales de l'OMC ont un effet mécaniquement négatif sur l'environnement par exemple. Ainsi, le principe de non-discrimination, qui repose sur les règles du traitement de la nation la plus favorisée (égalité de traitement des partenaires commerciaux)¹¹ et du traitement national (égalité de traitement pour les marchandises et services étrangers ou nationaux)¹², porte sur des normes de produits, mais pas sur les procédés employés pour sa production. Or un même produit peut avoir été conçu selon des procédés différents, plus ou moins polluants. Le produit élaboré dans le cadre de normes strictes en matière de protection de l'environnement ou des droits des travailleurs serait sans doute plus cher. Cela cause mécaniquement le déplacement des industries polluantes ou dangereuses vers les pays les moins soucieux de préserver l'environnement.

En plus de cette tension, la question de savoir quelle est la place accordée aux considérations extra-économiques dans la jurisprudence de l'OMC est d'autant plus pertinente que cette organisation dispose d'un mécanisme de règlement des différends particulièrement efficace qui, comme le souligne

9. Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R du 29 juin 2006. Pour un commentaire de l'affaire, cf. Kogan (2007 : 149-155).

10. Sur l'ensemble des divergences fondamentales, cf. Petersmann (1995 : 1 et suiv.).

11. Ce principe est énoncé à l'article 1^{er} de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), qui est l'Accord de l'OMC traitant des règles régissant le commerce des marchandises. Il figure aussi à l'article II (2) de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et à l'article 4 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

12. L'article III du GATT dispose qu'une fois entrés sur un marché, les produits doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux équivalents. L'article XVII de l'AGCS énonce un principe semblable pour les services, bien que son application soit plus limitée. L'article 3 de l'Accord sur les ADPIC prévoit aussi le traitement national dans le cadre de la protection de la propriété intellectuelle.

Thomas Cottier (Cottier et Oesch 2005 : 64-65), assure à son droit une très grande effectivité. Beaucoup plus grande en tout état de cause que l'effectivité dont bénéficie la plupart des autres conventions internationales¹³. Une autre raison qui rend le débat particulièrement actuel est la montée en puissance des politiques de protection de l'environnement depuis les années 1970, qu'elles soient mises en œuvre au plan national ou initiées par des conventions multilatérales (sur ce point, Lavieille 2004 : 23-42).

L'objectif de cette contribution est pour ces raisons de déterminer dans quelle mesure l'ORD intègre des préoccupations extra-commerciales et les développe dans sa jurisprudence relative à la conformité des législations nationales avec le droit OMC. L'ORD prend, de ce fait, une part active dans la structuration des relations internationales.

En tout état de cause, l'attitude de l'ORD face aux facteurs extra-économiques peut se distinguer en deux approches : d'abord l'énonciation des normes extra-économiques par la voie du droit de l'exception tel que prévu par les accords OMC (I) et la volonté de prendre en compte ces facteurs, qui se heurte à des limites à l'énonciation des normes extra-économiques (II).

L'ÉNONCIATION DES NORMES EXTRA-ÉCONOMIQUES PAR LA VOIE DU DROIT DE L'EXCEPTION

Le droit matériel de l'OMC couvre une multitude d'aspects du commerce international. Sans qu'il soit nécessaire de présenter les spécificités du secteur des marchandises par rapport au secteur des services, par exemple, il faut simplement rappeler que la vocation de chacun des accords est d'établir au plan multilatéral une réglementation du commerce international. Cette réglementation « empêche que des courants d'échange soient entravés par des mesures gouvernementales unilatérales élaborées sous la pression abusive ou protectionniste des plus puissants au sein de chaque État. Elle garantit un traitement qui se veut équitable et non-discriminatoire pour les produits et services de différentes origines et contribue à combattre les abus de puissance commerciale souvent commis dans le passé en fonction des alliances politiques ou stratégiques

13. Chaisse et Chakraborty (2007 : 55-156) : « *A major advantage of the WTO framework [...] is that its implementation mechanism is much stronger, which is absolutely decisive to ensure a high degree of efficiency for WTO law. Through the WTO's dispute settlement framework, a violator country could be made to reverse its WTO-incompatible policies once those violations are proved at the DSB. In addition, the violator country could be subjected to retaliatory measures if such policies are not replaced within a reasonable period. [...] At the present time, the enforcement mechanism has had a decisive role in guaranteeing the functioning of the WTO system.* »

du moment » (Luff 2004 : 4). Au sein de ce régime général, les accords sur le commerce des marchandises (GATT), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) ont largement recours à la méthode du « droit de l'exception », c'est à dire que certains domaines non-économiques sont traités sous forme d'exceptions aux principes commerciaux de droit commun. Là où certains accords internationaux non-commerciaux édictent des règles protégeant l'environnement, la santé humaine..., les accords de l'OMC prévoient des exceptions¹⁴.

Confrontés à des contentieux soulevant la question de la justification de ces exceptions, les organes de règlements de différends de l'OMC combinent une lecture stricte qui limite *de facto* la prise en compte de facteurs extra-économiques (A), à une lecture plus audacieuse qui a permis un certain assouplissement de l'usage de ces dérogations afin de mieux prendre en compte les facteurs extra-économiques (B).

Le principe d'une lecture stricte des exceptions

La vocation des exceptions contenues dans les accords OMC est d'abord d'empêcher ou d'atténuer l'emprise du droit commercial sur certaines réglementations nationales relatives au commerce. Ces exceptions marquent en quelque sorte les limites imaginées et acceptées par les membres de l'OMC à l'application des règles du commerce international. Il ne s'agit pas d'une remise en cause des principes directeurs. Au contraire, de façon classique, l'usage des exceptions permet « d'échapper à une catégorie, tout en la maintenant dans le principe » (Bergel 1989 : 205).

De façon générale, il s'agit donc de faire déroger aux principes commerciaux de droit commun, c'est-à-dire en particulier de déroger aux principes du traitement de la nation la plus favorisée, du traitement national de la prohibition des restrictions quantitatives, etc. qui structurent l'ensemble du système normatif de l'OMC.

Le commerce international des marchandises est principalement organisé par l'accord GATT, qui identifie les facteurs non-économiques susceptibles de justifier une exception.

14. Boisson de Chazournes et Mbengue (2002 : 179) : « D'un côté, il y a les Accords de l'OMC qui affirment le principe de l'interdiction des restrictions au commerce international et de l'autre, le protocole de Carthagène qui reconnaît le droit de restreindre le commerce international des OGM. La tendance a été jusqu'à présent de qualifier les considérations environnementales et sanitaires d'"exceptions" dans le système OMC et de "règles" dans le système du Protocole de Carthagène. »

Il s'agit de la sécurité (article XXI), la moralité publique (article XXa), la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de la préservation des végétaux (article XXb), la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique (article XXf), le travail carcéral¹⁵ (alinéa e de l'article XX) et la conservation des espèces naturelles épuisables (alinéa g de l'article XX).

Le commerce international des services est encadré par l'Accord Général sur le Commerce des Services : peu ou prou, les mêmes justifications à l'édition de mesures fondées sur des préoccupations extra-économiques sont exigées. L'article XIV AGCS « est l'équivalent de l'article XX GATT dans le domaine des services » (Delimatsis et Lièvre 2008 : 595). Ce sont les mesures nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public (article XIVa) ; les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (article XIVb), les mesures nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent : i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services ; ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels ; iii) à la sécurité (article XIVc).

On observe qu'il n'y a pas l'équivalent de l'article XXg GATT pour la « protection des ressources naturelles épuisables », ce qui est regrettable puisqu'elle pourrait trouver à s'appliquer dans les secteurs des services de transport, de tourisme ou de distribution d'énergie (en ce sens, Luff *op. cit.* : 1062).

En outre, l'article XIV de l'AGCS ne contient pas d'exception culturelle. En effet, dans le secteur des services culturels (audiovisuel, films), l'AGCS permet à un membre de l'OMC de négocier le report de ses listes d'engagements spécifiques portant sur l'octroi du traitement national et de négocier le dépôt de listes négatives suspendant provisoirement l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée sur ce secteur. En 1994, la Communauté a ainsi pu négocier avec ses partenaires de l'OMC et obtenir que le secteur des services culturels soit traité par la technique de l'exemption.

15. Charnovitz (1987 : 642 et suiv.) : Il s'agit de permettre aux membres de l'OMC d'adopter des mesures restrictives pour les produits fabriqués en prison, sans qu'il ne soit possible de couvrir le cas de travailleurs en liberté mais exploités.

Enfin, en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, l'article 27.2 de l'ADPIC permet de justifier le refus d'un brevet par les États lorsqu'il est « nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement ». À l'instar de ce qui existe en matière de marchandises et de services l'élément justificatif de la mesure restrictive est sa nécessité, impliquant ainsi de rechercher la mesure qui est la moins restrictive au commerce.

Les possibilités offertes par cet ensemble d'exceptions peuvent faire craindre des abus. À cet égard, il faut noter que l'ORD se montre vigilant sur la façon dont les mesures nationales sont appliquées : il vérifie qu'elles ne constituent ni une discrimination arbitraire ou injustifiée, ni une restriction déguisée au commerce international (Sur ces points, Salama 2001 : 171 et suiv.).

Classiquement, quel que soit le système juridique, les exceptions sont toujours interprétées de façon stricte par le juge. À cet égard, les organes de règlement des différends de l'OMC abordent avec rigueur la question de la validité d'une exception revendiquée par un État membre, réduisant ainsi à dessein la possibilité de contrevenir aux règles du commerce international sur la base de préoccupations non-économiques. Ces caractéristiques d'une méthode d'interprétation stricte apparaissent par exemple dans le contentieux *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* [sic]¹⁶. L'Organe d'appel, s'appuyant sur les travaux préparatoires et l'éclairage historique, précise de façon minutieuse et rigoureuse l'ordre selon lequel le Membre qui invoque toute exception à l'article XX GATT doit apporter les preuves : « Pour que la protection conférée par l'article XX puisse s'appliquer à elle afin de la justifier, la mesure en cause ne doit pas seulement relever de l'une ou l'autre des exceptions particulières [...] énumérées à l'article XX ; elle doit aussi satisfaire aux prescriptions établies dans les clauses introductives de l'article XX. En d'autres termes, l'analyse est double : premièrement, justification provisoire de la mesure au motif qu'elle relève de l'article XXg ; deuxièmement, nouvelle évaluation de la même mesure au regard des clauses introductives de l'article XX [...] C'est là nécessairement une tâche plus lourde que celle qui consistait à montrer qu'une

16. Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996. Il s'agissait essentiellement dans cette affaire de déterminer si la législation américaine sur la composition et les effets polluants de l'essence afin d'améliorer la qualité de l'air constituait une entrave au commerce. Pour un exposé détaillé des faits, cf. Rapport du Groupe spécial, États-Unis – *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/R, 29 janvier 1996, paragraphes 2.1 à 2.13. Pour un commentaire, cf. Canal-Forgues et Flory (2001 : 521-560).

exception, par exemple celle de l'article XXg, est applicable à la mesure en cause¹⁷. »

L'objectif clairement formulé est de prévenir l'abus des exceptions énumérées à l'article XX GATT. Ultérieurement, l'Organe d'appel permanent (OAP), dans le rapport *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*¹⁸, a confirmé la jurisprudence *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* relative à l'ordre des preuves à respecter en rappelant fermement à l'ordre le Groupe spécial qui se montrait disposé à inverser les étapes¹⁹.

Comme le démontre Panagiotis Delimatsis, les organes juridictionnels appliquent également dans le contexte des services la méthode interprétative analysée ci-dessus dans le cadre du commerce des marchandises (Delimatsis et Lièvre, 2008 : 598). Cette conclusion est évidemment déduite par l'analyse de fond au titre de l'article XIV que le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont adoptée dans l'affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*²⁰.

Il s'agit dans le cadre des marchandises comme celui des services d'une jurisprudence constante.

La contribution de l'ORD à l'extension de la prise en compte des normes extra-économiques

Le recours à une méthode d'interprétation stricte n'est toutefois pas systématique. Ainsi, dans la jurisprudence des organes de règlement des différends de l'OMC, il existe une réelle recherche d'un équilibre entre l'intérêt non-économique que l'État membre veut protéger et le principe commercial international auquel il est fait corrélativement exception. Dans le rapport *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, à propos de l'article XXg, l'OAP indique que les mesures relevant des exceptions particulières doivent

17. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 Avril 1996, paragraphe IV, p. 22-23.

18. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 Octobre 1998, paragraphes 118 à 120.

19. « L'ordre des étapes [...] à suivre pour analyser une allégation concernant une justification au titre de l'article XX ne dénote pas un choix fortuit ou aléatoire, mais plutôt la structure et la logique fondamentales de l'article XX », Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 Octobre 1998, paragraphe 119.

20. Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, 10 novembre 2004, paragraphe 291.

être appliquées « de manière raisonnable, compte dûment tenu à la fois des obligations légales de la partie qui invoque l'exception et des droits légaux des autres parties intéressées »²¹. Il s'agit ici d'une application du principe de bonne foi qui est présumée si la mesure nationale est adoptée en vertu d'un accord entre les parties concernées ou conformément à une convention internationale relative à un secteur non-économique²².

En adoptant cette démarche, l'OAP encourage de facto les membres de l'OMC à négocier bilatéralement des accords réglementant les domaines non-économiques ou à s'intégrer aux cadres multilatéraux déjà existants. En tout état de cause, l'OAP invite à « l'élaboration et l'approfondissement du droit international de l'environnement » (Luff *op. cit.* : 1053).

L'OAP a plus encore permis la prise en compte des facteurs extra-économiques en utilisant la méthode d'interprétation dite de « l'effet utile » (ou *ut res magis valeat quam pereat*). À cet égard, le rapport *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* fait évoluer la jurisprudence de l'Organe d'appel, par rapport à celle de l'affaire *Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, dans le sens d'un plus grand recours à la méthode interprétative de « l'effet utile ». Selon cette règle, l'interprète doit supposer que les auteurs de la norme en cause ont élaboré une disposition pour qu'elle s'applique. L'interprète doit donc, entre plusieurs sens possibles, choisir celle qui permet son application effective²³.

Ainsi, dans le rapport *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* l'Organe d'appel, était confronté à la notion de « ressources naturelles », qui selon lui a un caractère évolutif. Or, s'appuyant sur une jurisprudence de la Cour internationale de justice, l'OAP fait sienne l'analyse selon laquelle « les notions consacrées par un traité sont “par définition évolutives”, leur “interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue” »²⁴. En l'occurrence, après avoir rappelé qu'il était nécessaire de tenir compte, depuis la rédaction du GATT en 1947, des principales évolutions conventionnelles en la matière qu'a

21. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 Avril 1996, paragraphe IV, p. 25.

22. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 Octobre 1998, paragraphes 146 à 186. La bonne foi des États-Unis étant dénié (paragraphe 171).

23. À condition de ne pas rechercher une application « inconditionnelle du texte au point de le mettre en contradiction avec d'autres éléments du traité » (Daillier et Pellet 2002 : 263-264).

24. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, note de bas de page n° 109.

connu le droit international de l'environnement, l'OAP constate qu'« il est trop tard à présent pour supposer que l'article XXg du GATT de 1994 peut être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables » et tire ainsi la conclusion que « conformément à la règle de l'effet utile dans l'interprétation des traités, les mesures visant à conserver les ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non-biologiques peuvent relever de l'article XXg »²⁵. Il s'agit là d'une extension par l'OAP du champ d'application de l'article XXg.

L'usage de la méthode de « l'effet utile » par l'OAP est donc particulièrement audacieux (Charnovitz 2007 : 700). Le résultat politique immédiat en a été une contestation par certains États membres. Ainsi, pour l'Inde, « la conception évolutive prônée par l'Organe d'appel en matière d'interprétation, était dangereuse et ne recueillait pas l'approbation des membres. Faire référence à des "préoccupations actuelles" pour justifier un changement d'interprétation de l'expression « ressources naturelles épuisables » revenait soit à modifier, soit à interpréter de manière discrétionnaire l'accord existant, ce que seuls les membres avaient la faculté de faire »²⁶. Un autre pays en voie de développement, le Pakistan, soulignait que « l'interprétation de l'Organe d'appel avait pour résultat logique d'étendre dangereusement la portée de l'article XXg, ce qui ouvrait la porte à nombre de mesures environnementales liées au commerce qui risquaient de menacer la viabilité des autres engagements négociés dans le cadre du Cycle d'Uruguay. Les membres allaient désormais avoir le sentiment de pouvoir invoquer à discrétion l'article XXg sans se préoccuper de questions de compétence ou de souveraineté, et au mépris des intentions des auteurs de l'Accord sur l'OMC »²⁷.

En tout état de cause, « l'affaire des Crevettes fournit un bon exemple où l'Organe d'appel a examiné l'évolution du droit de l'environnement et justifié une interprétation contemporaine et adaptée de la notion de ressources naturelles épuisables mentionnée dans l'article XX du GATT » (Ruiz-Fabri 2002 : 161). L'OAP a, de ce fait, assuré un meilleur équilibre entre les principes commerciaux et les valeurs non-économiques²⁸, en s'efforçant d'intégrer le concept

25. *Ibid.*, paragraphe 131.

26. Organe de règlement des différends, Réunion tenue au Centre William Rappard le 6 novembre 1998, WT/DSB/M/50, p. 11.

27. *Ibid.*, p. 6.

28. Charnovitz (2007 : 696-697) : « *Despite the fact that violations were found in two of the three cases, the generally well-thought-out Appellate Body decisions inspired confidence in the adjudication process, and convinced many environmentalists that legitimate.* »

de « développement durable ». Au-delà de l'affaire *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, il est possible d'envisager d'autres contentieux qui prendraient en compte d'une meilleure façon les préoccupations extra-économiques exprimées par des textes internationaux. En effet, en étendant le champ d'application de l'article XXg, fondé sur une acception élargie de la notion de ressources naturelles épuisables, l'OAP « a ouvert une brèche dans le système OMC. L'un des objectifs fondamentaux du Protocole de Carthagène est justement de prévenir les atteintes au caractère épuisable des ressources biologiques par la manipulation qui pourrait en être faite. Il est légitime dès lors, de croire à une complémentarité (relative) entre le Protocole de Carthagène et l'article XXg du GATT de 1994 » (Boisson de Chazournes et Mbengue 2002 : 199).

En matière de santé, confronté dans l'affaire *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (à l'exception prévue à l'article XXb), qui concerne les mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux », l'OAP a relevé que cet article « ne prescrit [pas] la quantification en tant que telle du risque pour la santé et la vie des personnes », puis considère qu'« un risque peut être évalué d'un point de vue quantitatif ou qualitatif »²⁹, ce qui *de facto* introduit une certaine souplesse dans la justification de mesures prises au nom de la protection de l'environnement et de la santé publique.

Si l'évolution jurisprudentielle de l'Organe d'appel de l'OMC est perceptible en matière environnementale et tend à une plus grande prise en compte de sa matière, en revanche, elle l'est moins dans d'autres domaines non-économiques tels que le secteur de la santé. Enfin, elle ne l'est pas encore dans le secteur culturel. En effet, dans le rapport *Certaines mesures concernant les périodiques*³⁰, la législation canadienne contestée avait pour objectif la « protection des assises financières de l'industrie canadienne des périodiques, qui constitue un élément vital de l'expression culturelle canadienne ». Les différences de régime financier imposées à cet égard « favorisent la canalisation des recettes publicitaires vers les périodiques canadiens et découragent la création d'éditions dédoublées ou d'éditions régionales « canadiennes » dont la publicité vise notre marché », proposées en l'occurrence par l'industrie américaine³¹. L'OAP avait

29. Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, paragraphe 167.

30. Rapport du Groupe spécial, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, 14 mars 1997. Pour un commentaire, cf. Canal-Forgues et Flory (2001 : 648-661).

31. Pour un exposé complet des faits, cf. Rapport du Groupe spécial, *Canada - Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, 14 mars 1997, paragraphes 2.1 à 2.19.

malheureusement préféré éluder le problème qui se posait sous l'angle de la protection d'un secteur culturel (Ruiz-Fabri 1999 : 472). Il en va de même pour la dimension sociale, car le droit de l'OMC ne s'y réfère jamais de façon explicite et l'ORD « a plutôt eu tendance à établir un cordon sanitaire autour de ce sujet » (Maupain 2001 : 87).

LES LIMITES À L'ÉNONCIATION DES NORMES EXTRA-ÉCONOMIQUES

Au-delà de la technique de l'exception qui est le canal unique de la prise en compte des facteurs extra-économiques dans le système juridique de l'OMC, il est nécessaire de préciser la façon dont se situent les organes de règlement des différends par rapport aux textes et instruments internationaux concernant à titre essentiel les domaines de l'environnement, de la santé ou encore des droits des travailleurs. Ces textes constituent, *a priori*, autant de potentialités au développement ou à l'orientation de la jurisprudence commerciale internationale vers les facteurs connexes, voire inséparables de la libéralisation des échanges. À cet égard, le Cycle d'Uruguay a débouché sur l'adoption d'accords intégrés à l'OMC qui se concentrent sur des préoccupations extra-économiques liés au commerce (A). Accompagné de la création en 1995 d'un Comité du commerce et de l'environnement qui centralise les négociations sur les deux domaines, l'OMC et ses États membres montrent que cette problématique occupe une place importante dans la définition des politiques commerciales contemporaines. Il est nécessaire, par ailleurs, de déterminer les capacités d'énonciation des règles commerciales de l'ORD compte tenu de l'ensemble des autres normes internationale situées hors du système OMC (B).

Les normes OMC relatives à l'extra-économique

Les négociations du Cycle d'Uruguay ont abouti, dans les domaines non-économiques, à la conclusion de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) qui complètent l'article XX du GATT. L'accord SPS vise à encadrer l'application des réglementations nationales concernant l'innocuité des produits alimentaires, la protection de la santé et de la vie des personnes, animaux, et végétaux. Placé dans le système OMC, cet accord se trouve au nœud de la tension entre l'objectif de protection de la santé et de la vie des personnes d'une part, et la promotion du commerce mondial (qui peut être limitée par des mesures de protection non-fondées) d'autre part. L'accord OTC a lui comme objectif de faire en sorte que les règlements techniques et les normes industrielles propres à chaque pays ne créent pas d'obstacles non nécessaires. Ces deux accords concernent donc un volume significatif de règles nationales relatives à la protection de

l'environnement et de la santé publique. Ces règles nationales doivent se conformer aux orientations de l'OMC, autrement dit toute mesure nationale visant à protéger un intérêt non-économique doit intégrer les objectifs de libéralisation du commerce.

Dans sa jurisprudence, l'OAP a souligné, de façon constante, l'importance qu'il convenait d'accorder, au sein du système commercial international, aux valeurs extra-économiques, illustrées dans ces espèces par des préoccupations de santé publique. Ainsi, l'application de l'accord SPS a généré un contentieux important matérialisé par les affaires *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*³², *Mesures visant les importations de saumons*³³ et *Mesures visant les produits agricoles*³⁴.

Dans le rapport *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, l'Organe d'appel reconnaît que « le droit qu'a un Membre de déterminer le niveau de protection sanitaire qui est approprié pour lui est un droit important. Cela ressort clairement du sixième paragraphe du préambule de l'Accord SPS »³⁵. De surcroît, le droit d'établir son propre niveau de protection « est un droit autonome et non une "exception" à une "obligation générale" au titre de l'article 3 paragraphe 1 »³⁶. Soucieux de prendre pleinement en considération les risques pour la santé (sur la méthode utilisée, cf. Echols 2001 : 82 et suiv.), l'OAP a indiqué dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés* que « le risque qui doit être

32. Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998.

33. Dans cette affaire, la Canada contestait la validité de la réglementation australienne concernant les produits à base de saumons frais, réfrigérés ou congelés destinés à la consommation humaine. Cette réglementation soumet ces produits, préalablement à leur importation en Australie, à un traitement thermique particulier afin de supprimer tout agent pathogène pouvant provoquer une maladie. Rapport du Groupe spécial, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/R, 12 juin 1998, paragraphes 2.1 à 2.30. Pour un commentaire, cf. Canal-Forgues et Flory (2001 : 91-1018).

34. Dans cette affaire, les États-Unis faisaient face Japon qui interdit l'importation de produits agricoles au motif qu'ils sont des hôtes potentiels du carpocapse des pommes, organisme justifiable de quarantaine au Japon. La prohibition à l'importation de ces produits peut toutefois être levée si un pays exportateur propose un traitement phytosanitaire de remplacement permettant d'atteindre un niveau de protection équivalent à celui qui résulte de la prohibition à l'importation. Précisément, les États-Unis considéraient la prescription relative aux essais par variété comme incompatible avec les obligations du Japon. Pour un exposé détaillé des faits, cf. Rapport du Groupe spécial, *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/R, 27 octobre 1998, paragraphes 2.1 à 2.33. Pour un commentaire, cf. Canal-Forgues et Flory (2001 : 1067-1085).

35. Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, paragraphe 172.

36. *Ibid.*

évalué [...] n'est pas uniquement le risque vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité, autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent »³⁷. C'est une orientation claire de l'OAP vers une prise en compte des choix de société effectués par telle ou telle société dans sa conception de la gestion des risques.

Toutefois, dans les trois affaires portant sur l'accord SPS, l'Organe d'appel s'est heurté à des difficultés d'interprétation au sujet du niveau de protection sanitaire approprié, de l'évaluation objective des faits et de l'évaluation des risques. L'OAP s'est à cet égard contenté de préciser et de clarifier les conditions d'application de certaines règles de l'Accord SPS, sans se montrer audacieux sur la reconnaissance du principe de précaution.

Selon Marcel Piquemal le principe de précaution « constitue l'ensemble des mesures ou dispositions de toutes natures, envisagées ou prises dans l'intérêt général ou collectif, pour prévenir, en tout ou en partie, un risque dont l'hypothèse est avancée sans certitude scientifiquement ou définitivement acquise, afin d'en supprimer ou d'en limiter les conséquences de tous ordres, à un coût raisonnable et adapté » (Piquemal 2003 : 18). Concrètement, il s'agit, par exemple, de prendre des mesures de précaution, notamment de restriction au commerce, lorsque la science n'offre aucune certitude sur l'innocuité des produits alimentaires³⁸.

Le principe de précaution a été incorporé dans plusieurs accords internationaux portant sur la protection de l'environnement et est présenté à cet égard par certains comme un principe général du droit international de l'environnement (Cottier et Oesch *op. cit.* : 792).

Dans le différend *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont noté que le principe de précaution, invoqué par l'Union européenne pour justifier sa mesure de restriction au commerce, était pris en compte dans l'Accord SPS dans son article 5.7, mais qu'il ne primait pas les obligations spécifiques énoncées dans l'Accord. De même, dans le rapport postérieur *Mesures visant les produits agricoles*³⁹ l'Organe

37. *Ibid.*, paragraphe 187.

38. Pour une approche comparée des mises en œuvre du principe de précaution, cf. Echols (2001 : 115-119). Voir aussi Godard (2001 : 37-62).

39. Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, 22 février 1999, paragraphe 81.

d'appel, reprenant l'argumentation déjà développée dans le rapport *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés*, écarte le recours au principe de précaution, même si la mesure japonaise n'était que provisoire (Reynaers 2008 : 343-344).

En 2003, le rapport de l'Organe d'appel confirmait les conclusions du Groupe spécial dans l'affaire *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*⁴⁰. L'application de l'article 5.7 est « déclenchée non par l'existence d'une incertitude scientifique mais plutôt par l'insuffisance des preuves scientifiques »⁴¹. De la sorte, l'Organe d'appel distinguait l'incertitude scientifique consubstantielle du principe de précaution de l'article 5.7 de l'accord SPS. Ce dernier ne ferait que référence aux « cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes et non à l'incertitude scientifique »⁴².

Dans l'affaire de 2006 concernant les organismes génétiquement modifiés (OGM), les Communautés européennes appliquaient, depuis octobre 1998, un moratoire sur l'approbation des produits biotechnologiques. Ce moratoire n'aurait pas été établi sur la base d'une évaluation des risques tel que requis par l'article 5.1 SPS et constituerait une mesure plus restrictive pour le commerce que la situation ne le requerrait. Or, selon la Communauté européenne, « l'article 5.7 de l'Accord SPS est à l'évidence une expression du principe de précaution ; l'article 3.3 en est une autre. Ce principe est maintenant devenu un principe à part entière et général du droit international »⁴³. Le Groupe spécial a refusé l'argument des CE sans se prononcer explicitement sur la valeur du principe de précaution. Le Groupe spécial a noté qu'il n'existait pas de tension entre l'obligation de compléter la procédure d'approbation sans délai injustifié et l'application d'une approche de prudence et de précaution⁴⁴. En l'espèce, le Groupe spécial a considéré que les CE auraient dû continuer à faire progresser les demandes et devaient les compléter malgré l'incertitude scientifique, à supposer qu'il en existait une. L'incertitude aurait pu être prise en compte dans le processus de prise de décision et cette dernière aurait pu, par exemple, faire état d'une approbation limitée dans le temps ou d'une approbation soumise à d'autres conditions appropriées.

40. Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/AB/R du 26 novembre 2003.

41. *Ibid.*, paragraphe 184.

42. *Ibid.*

43. Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R du 29 juin 2006, paragraphe 4.523.

44. *Ibid.*, paragraphe 7.1522.

En évitant de se prononcer sur le statut du principe de précaution, soulignant « que le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité »⁴⁵, l'Organe d'appel, a renoncé à enrichir le droit OMC d'un principe connu du droit international et, de fait, a fait prévaloir les principes commerciaux sur les valeurs relatives à la santé publique⁴⁶.

Les normes internationales extra-économiques et l'ORD

L'ORD a une marge de manœuvre significativement réduite dans l'usage qu'il pourrait faire des textes de droit international extérieurs à l'OMC. En effet, les négociateurs des accords de Marrakech ne lui ont pas donné la possibilité de fonder ses décisions sur d'autres règles que celles du droit de l'OMC, et donc de se servir des instruments relatifs à l'extra-économique. À la lecture du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (MARD), les organes de règlement des différends ne peuvent se prononcer qu'au regard des « accords visés » c'est-à-dire ceux qui composent la Charte de l'OMC. Toutefois cela n'impose pas aux organes de règlement des différends de rester sourds et aveugles à certaines sources du droit international⁴⁷. D'abord parce que le droit de l'OMC peut incorporer certains textes internationaux par référence (cas de la propriété intellectuelle), mais aussi y voir des standards, comme dans le domaine des mesures sanitaires et phytosanitaires. Surtout, en vertu de l'article 3.2 du MARD, les organes de règlement des différends doivent appliquer les « règles coutumières d'interprétation du droit international public », ce qui avait amené l'OAP à affirmer « qu'il ne faut pas lire l'*Accord général* [mais de façon générale tout le droit OMC] en l'isolant cliniquement du droit international public »⁴⁸. Ainsi, il est possible de se servir de textes internationaux externes à l'OMC afin d'interpréter certaines dispositions des accords OMC, comme cela avait été fait dans l'affaire *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*. En effet, dans le cadre de

45. Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998, paragraphe 123.

46. Reynaers (2008 : 351) : « *The present judicial lawmaking by the Appellate Body still faces "a hard political constraint", and it would not be oblivious to the possible political fall-out it may have on the ongoing trade and environment negotiations. Moreover, one ought to recall that the WTO as a legal system remains by and large "member-driven", which often inhibits judicial activism.* »

47. Sur le droit applicable dans le règlement des différends, cf. Canal-Forgues (2003 : 93-121).

48. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, paragraphe III B.

l'extension du champ d'application de l'article XXg du GATT que nous avons déjà présenté, l'Organe d'appel avait énoncé une acception large de la notion de ressources naturelles épuisables. Il avait mis en œuvre la « méthode de l'effet utile » pour y parvenir, mais il faut ajouter ici que l'Organe d'appel s'était référé à plusieurs conventions ou instruments internationaux relatifs au droit de l'environnement⁴⁹ pour parvenir à la conclusion que les ressources naturelles englobaient les ressources biologiques et non-biologiques. Ainsi étaient mentionnées et analysées la Convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1982⁵⁰, la Convention sur la diversité biologique de Rio du 5 juin 1992⁵¹, le programme Action 21⁵² et la Résolution sur l'assistance aux pays en développement, adoptée en corrélation avec la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage.

De même, c'est en s'appuyant sur une jurisprudence de la Cour internationale de justice, selon laquelle « les notions consacrées par un traité sont “par définition évolutives”, leur “interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue” [...] De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »⁵³, que l'OAP a pu conforter son analyse et mieux prendre en compte des facteurs extra-économiques toujours dans l'affaire *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*.

Sur le plan de la procédure et des éléments dont disposent les groupes spéciaux et l'Organe d'appel pour établir leurs recommandations, il faut relever le débat qui entoure le principe de l'*amicus curiae* (« ami de la Cour »). L'*amicus curiae brief* désigne une communication soumise aux Groupes spéciaux ou à l'Organe d'appel lors de l'examen d'un litige par des tiers, notamment des Organisations non gouvernementales⁵⁴. Alors qu'une telle démarche n'est pas

49. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, paragraphe 130.

50. Document de l'ONU A/CONF.62/122.

51. UNEP/Bio. Div./N7-INC5/4.

52. Adopté par la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, 14 juin 1992, document de l'ONU A/CONF.151/26/Rev.1.

53. Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, note de bas de page n° 109.

54. Ainsi l'OAP a considéré que tout Groupe spécial dispose du « pouvoir ample et étendu d'engager et de contrôler le processus par lequel il s'informe aussi bien des faits pertinents de la cause que des normes et principes juridiques applicables à ces faits ». Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, paragraphe 106. (Irgel et Reinisch 2001 : 127-151).

prévue par le MARD, des Groupes spéciaux et l'Organe d'appel en ont accepté la possibilité. Il ne s'agit toutefois que d'une possibilité et les Groupes spéciaux comme l'Organe d'appel disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour les accepter. En tout état de cause, la possibilité laissée à des personnes privées d'en déposer, notamment des ONG œuvrant dans les domaines de la protection des droits de l'homme ou de l'environnement, peut permettre de mieux prendre en compte ces préoccupations non-économiques dans le règlement des différends dans la mesure où ces contributions émanent d'acteurs éclairés dans le domaine en cause. Le problème est bien entendu qu'il ne s'agit que d'une possibilité, notamment rejetée dans l'affaire particulièrement sensible *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*⁵⁵ où 11 mémoires avaient été déposés⁵⁶. Il est vrai que l'intrusion de personnes privées intéressées et avisées sur la matière concernée peut inquiéter certains États membres. À cet égard, le Conseil général de l'OMC a manifesté sa désapprobation en se basant sur une lecture stricte du texte du MARD⁵⁷. En somme, les organes de règlement des différends avaient sans doute fait preuve d'audace en acceptant de pouvoir prendre connaissance de contributions et d'opinions non-gouvernementales, c'est donc un outil à utiliser avec modération face aux États. Quoique souhaitable, sans être décisif pour contribuer à une plus grande réceptivité des organes de règlement des différends de l'OMC aux questions extra-économiques (en ce sens, Rao 2001 : 87-89), ce genre de contributions peut s'avérer très embarrassant pour certains pays développés, mais aussi et surtout pour les pays en développement⁵⁸.

En tout état de cause, le recours à des instruments internationaux externes à l'OMC offre un exemple de développement conséquent du droit de l'OMC car l'Organe d'appel en particulier n'hésite pas à trancher la question des rapports commerce/environnement en ne se limitant pas exclusivement au régime juridique proprement dit de l'OMC. Une telle démarche devrait le cas échéant pouvoir se répéter et pourrait donner lieu à l'utilisation d'autres textes internationaux

55. Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes, Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

56. Provenant par exemple de la Foundation for Environmental Law and Development (Royaume Uni), Center for International Environmental Law (Suisse), International Ban Asbestos Secretariat (RoyaumeUni), Ban Asbestos International and Virtual Network (France), Greenpeace International (PaysBas), Fonds mondial pour la nature, international (Suisse) et Fédération luthérienne mondiale (Suisse).

57. Conseil général, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 novembre 2000*, WT/GC/M/60, 23 janvier 2001.

58. À cet égard, la Chine ou l'Inde s'opposent à l'acceptation d'*amicus curiae*, qui pourrait les mettre en difficulté sur des questions de condition de travail ou d'environnement. Sur ce point, cf. Chaisse et Chakraborty (2004 : 388-389)

(En ce sens, Shawkat 2007 : 983-1014). Comme l'exemple en a été donné, le Protocole de Carthagène⁵⁹ pourrait ainsi être utilisé. Si des États interdisent ou restreignent « le commerce d'OGM pour le motif selon lequel lesdits OGM présentent des risques sur la préservation de certains organismes ou espèces au risque de menacer la diversité biologique » (Boisson De Chazournes et Mbengue *op. cit.* : 199), le Protocole additionnel permettrait dans le cadre du règlement des différends de déterminer la légalité de ces mesures de restriction au commerce international.

CONCLUSION

L'équilibre qui résulte de la jurisprudence de l'Organe d'appel penche plutôt vers la défense du système commercial multilatéral, dans l'optique notamment d'éviter les dérives protectionnistes et unilatéralistes, plutôt que vers la promotion des valeurs non-économiques. L'ORD a toutefois apporté une contribution réelle à la prise en compte de ces facteurs au-delà de ce qui était envisagé par les accords et de ce qui avait été fait au temps du GATT de 47⁶⁰, mais en-deça des attentes de certains États contraints de revoir leur politique sanitaire ou environnementale compte tenu de la grande effectivité du droit de l'OMC. Cela pose un problème d'autant plus aigu que, par nature, les préoccupations environnementale, sanitaire ou les prolongements de la souveraineté nationale traduisent les valeurs d'une société et vont au-delà d'objectifs libre-échangistes. À cet égard, la Communauté européenne a d'abord été conçue comme une zone de libre-échange avant de rapidement développer un ensemble de politiques visant à l'intégration. Telle n'est pas la voie qu'emprunte l'OMC.

Par ailleurs, il ne revient pas uniquement à l'ORD de porter seul ce fardeau, cela revient plutôt aux membres de l'OMC qui sont les rédacteurs des accords et se sont engagés, par exemple, à Doha à prendre en compte les questions environnementales⁶¹. Il est donc juste de souligner que « les rapports commerce/environnement doivent être abordés de front par les autorités politiques

59. Protocole additionnel à la Convention sur la diversité biologique citée par l'OAP dans le l'affaire Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes.

60. Pour une analyse des contentieux GATT47, cf. Rao (2001 : 44-47 et 53-54).

61. Déclaration ministérielle de la conférence ministérielle de l'OMC adoptée à Doha le 14 novembre 2001, WT/MIN (01)/DEC/1. Paragraphe 6 : « Nous réaffirmons avec force notre engagement en faveur de l'objectif du développement durable, tel qu'il est énoncé dans le Préambule de l'Accord de Marrakech. Nous sommes convaincus que les objectifs consistant à maintenir et à préserver un système commercial multilatéral ouvert et non discriminatoire, et à œuvrer en faveur de la protection de l'environnement et de la promotion du développement durable peuvent et doivent se renforcer mutuellement. Nous prenons note des efforts faits par

compétentes. Leur élaboration ne peut pas être le seul fait des organes de règlement des différends de l'OMC⁶², qui tout en développant, le droit sous certains aspects remplissent cette fonction dans le cadre d'une approche casuistique au gré des litiges qui leur sont soumis et dans les limites fixées par les principes et règles du mémorandum d'accord » (Boisson de Chazournes et Mbengue *op. cit.* : 212). Il est toutefois difficile, mais cela serait la meilleure solution, d'envisager une meilleure prise en compte⁶³ des facteurs extra-économiques au sein même du droit matériel car les oppositions sont fortes entre membres de l'OMC ; notamment entre une Union européenne qui s'est fait la défenderesse de l'environnement ou des questions de santé, le groupe de Cairns qui privilégie un libre-échange total et les États-Unis dont les positions se sont avérées incohérentes.

Compte tenu de ces éléments, s'il faut donc imaginer l'évolution des rapports entre droit commercial et règles internationales non-économiques, sans doute doit-on rechercher d'autres voies, auprès d'autres organisations internationales notamment⁶⁴, qui constituent une alternative à l'OMC, sans renoncer à l'idée d'influencer celle-ci (en ce sens, *cf.* Ruiz-Fabri 2002 : 151).

les membres pour effectuer des évaluations environnementales nationales des politiques commerciales à titre volontaire. Nous reconnaissons qu'en vertu des règles de l'OMC aucun pays ne devrait être empêché de prendre des mesures pour assurer la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, ou la protection de l'environnement, aux niveaux qu'il considère appropriés, 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, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions des Accords de l'OMC. Nous nous félicitons de la coopération suivie de l'OMC avec le PNUE et les autres organisations environnementales intergouvernementales. Nous encourageons les efforts visant à promouvoir la coopération entre l'OMC et les organisations environnementales et de développement internationales pertinentes, en particulier pendant la période précédant le Sommet mondial pour le développement durable qui se tiendra à Johannesburg (Afrique du Sud) en septembre 2002. » (Warêgne 2001)

62. Ces organes risquant d'être saisis d'un nombre de nouveaux cas dans le futur, (Charnovitz 2007 : 706) : « *The next decade may also bring more trade disputes regarding the environment on knotty issues such as government-created marketable rights to address climate change, bio-fuels production on deforested land, and genetically modified agriculture.* »

63. Il s'agit bien d'une prise en compte et non d'une inclusion pure et simple du droit de l'environnement. Cette dernière postulant le libre-échange comme le moyen de parvenir à protéger l'environnement semble totalement contre-productive, *cf.* Roessler (2002 : 210-212).

64. Par exemple, le Protocole de Carthagène pour le commerce des OGM ; l'Organisation internationale du travail pour les normes fondamentales, ou encore l'UNESCO pour les biens et services culturels

BIBLIOGRAPHIE

Sources primaires

Secrétariat du GATT, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay. Textes juridiques*, GATT, Genève, 1995 (591 p.).

Conseil général, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 22 novembre 2000*, WT/GC/M/60, 23 janvier 2001.

Déclaration ministérielle de la Conférence ministérielle de l'OMC adoptée à Doha le 14 novembre 2001, WT/MIN (01)/DEC/1.

Organe de règlement des différends, *Réunion tenue au Centre William Rappard le 6 novembre 1998*, WT/DSB/M/50.

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/R, 29 janvier 1996.

Rapport du Groupe spécial, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/R, 14 mars 1997.

Rapport du Groupe spécial, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/R, 12 juin 1998.

Rapport du Groupe spécial, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/R et WT/DS48/R, 18 août 1997.

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, 15 mai 1998.

Rapport du Groupe spécial, *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/R, 27 octobre 1998.

Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/R, 18 septembre 2000.

Rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/R, 10 novembre 2004.

Rapport du Groupe spécial, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R du 29 juin 2006.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996.

Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, 30 juin 1997.

Rapport de l'Organe d'appel, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998.

Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

Rapport de l'Organe d'appel, *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/AB/R, 20 octobre 1998.

Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, 22 février 1999.

Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/AB/R du 26 novembre 2003.

Sources secondaires

Bal S., 2001, « International Free Trade Agreements and Human Rights : Reinterpreting Article XX of the GATT », *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 10, n° 1, p. 62-108.

Bloche G., 2002, « WTO Deference to National Health Policy : Toward an Interpretive Principle », *Journal of International Economic Law*, vol. 5, n° 4, p. 825-848.

Boisson De Chazournes L. et Mbengue Makane M., 2002, « Le rôle des organes de règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit : à propos des OGM », in J. Bourrinet et S. Maljean-Dubois, *Le Commerce international des OGM : quelle articulation entre le protocole de Carthagène sur la biosécurité et le droit de l'OMC ?*, Paris, CERIC-La Documentation française, p. 177-212.

Canal-Forgues E. et Flory T., 2001, *Recueil des contentieux GATT/OMC (1948-1999)*, Bruxelles, Bruylant.

Canal-Forgues E., 2003, *Le Règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant.

Chaisse J. et Chakraborty D., 2004, « Towards a Tumultuous China's Participation in WTO ? Issues and Options », in F. Cheung, C. S. Tseng et O. Yau (dir.), *Harmony v Conflict : Euro-Asian Management in a Turbulent Era*, Hong Kong, EAMSA Annual Conference 2004, City University of Hong Kong Press, p. 383-394.

Chaisse J., 2005, *Ensuring the Conformity of National Law with WTO Agreements, India as a case study*, New Delhi, Centre de Sciences Humaines Occasional Paper n° 13, Radjahani Pub.

Chaisse J. et Chakraborty D., 2007, « Implementing WTO Rules through Negotiations and Sanction : The Role of Trade Policy Review Mechanism and Dispute Settlement System », *Journal of International Economic Law*, vol. 28, n° 1, University of Pennsylvania, p. 153-186.

Chaisse J. et Guennif S., 2007, « L'économie politique du brevet au Sud. Variations indiennes sur le brevet pharmaceutique », *Revue internationale de droit économique*, vol. 21, n° 2, p. 185-210.

Chaisse J. et Balmelli T. (dir.), 2008, *Essays on the Future of the World Trade Organization*, Genève, Éditions inter-universitaires suisses (EDIS).

Charnovitz S., 1987, « L'influence des normes internationales du travail sur le système du commerce mondial. Aperçu historique », *Revue internationale du travail*, vol. 126, n° 5, p. 635-657.

Charnovitz S., 2007, « The WTO's Environmental Progress », *Journal of International Economic Law*, vol. 10, p. 685-706.

Cottier T. et Oesch M., 2005, *International Trade Regulation. Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland*, Londres, Cameron May.

- Daillier P. et Pellet A., 2002 [7^e éd.], *Droit international public*, Paris, LGDJ.
- Delimatsis P. et Lievre P., 2008, « La convergence des critères d'examen dans le cadre du GATT et de l'AGCS : Les notions de restrictions et de limitations quantitatives, et l'utilisation des moyens de défense affirmatifs », in J. Chaisse et T. Balmelli (dir.), *Essays on the Future of the World Trade Organization*, Genève, Éditions Inter-universitaires Suisses (EDIS), p. 589-629.
- Echols M., 2001, *Food Safety and the World Trade Organisation : The Interplay of Culture, Science and Technology*, Londres, Kluwer Law International.
- Godard O., 2001, « Environnement et commerce international, le principe de précaution sur la ligne de fracture », *Futuribles*, n° 262, mars, p. 37-62.
- Horn H. et Weiler J., 2004, « EC-Asbestos European Communities – Measures and Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products », *World Trade Review*, vol. 3, n° 1, p. 129-151.
- Irgel C. et Reinisch A., 2001, « The Participation of Non-Governmental Organisations (NGOs) in the WTO Dispute Settlement System », *Non-State Actors and International Law*, vol. 1, n° 2, p. 127-151.
- Kogan L., 2007, « World Trade Organization Biotech Decision Clarifies Central Role of Science in Evaluating Health and Environmental Risks for Regulation Purposes », *Global Trade and Customs Journal*, vol. 2, p. 149-155.
- Lavielle J.-M., 2004, *Droit international de l'environnement*, Paris, Ellipses, coll. « Le droit en questions ».
- Luff D., 2004, *Le Droit de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse critique*, Bruxelles, Bruylant- LGDJ.
- Maupain F., 2001, « Libéralisation du commerce international et protection universelle des normes fondamentales du travail », in F. Osman (dir.), Colloque de l'IEP de Lyon : *L'Organisation mondiale du commerce : Vers un droit mondial du commerce ?*, Actes et Débats du Colloque IEP de Lyon 2 mars, Bruxelles, Bruylant, p. 87-97.
- Osman F. (dir.), 2001, Colloque de l'IEP de Lyon, *L'Organisation mondiale du commerce : Vers un droit mondial du commerce ?*, Actes et débats du Colloque IEP de Lyon 2 mars 2001, Bruylant, Bruxelles.
- Palmeter D. et Mavroidis P., 1998, « The WTO Legal System : Sources of Law », *American Journal of International Law*, vol. 92, n° 3, p. 398-413.
- Petersmann E.-U., 1996, *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, Londres, Kluwer Law International.
- Piquemal M., 2003, *Précaution – Préface à un débat*, Publication de la Commission internationale consultative. Principe de précaution.
- Rao P. K., 2001, *Environmental Trade Disputes and the World Trade Organisation*, Lawrenceville (USA), Pinninti Publishers.
- Reynaers E., 2008, « The Status of the Precautionary Principle in Public International Law », in J. Chaisse et T. Balmelli (dir.), *Essays on the Future of the World Trade Organization*, Genève, Éditions Inter-universitaires (EDIS), Genève, p. 323-357.
- Roessler F., 2002, *The Legal Structure and Functions of the World Trade Order*, Londres, Cameron May.

Ruiz-fabri H., 1999, « Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends », *Journal du droit international*, n° 2, p. 472.

Ruiz-fabri H., 2002, « Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de Cathagène et ceux de l'OMC ? », in J. Bourrinet et S. Maljean-Dubois (dir.), *Le Commerce international des OGM : quelle articulation entre le protocole de Carthagène sur la biosécurité et le droit de l'OMC ?*, Paris, CERIC-La Documentation française, p. 149-176.

Salama S., 2001, « L'Organisation mondiale du commerce et la protection de l'environnement », in F. Osman (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : Vers un droit mondial du commerce ?*, Actes et débats du colloque IEP de Lyon 2 mars 2001, Bruylant, p. 155-186.

Shawkat A., 2007, « Trade Restrictions Pursuant to Multilateral Environmental Agreements : Developmental Implications for Developing Countries », *Journal of World Trade*, vol. 41, p. 983-1014.

Warègne J.-M., 2001, « La Conférence ministérielle de l'OMC à Doha. Le cycle du développement », *Courrier Hebdomadaire CRISP*, n° 1739-1740.