

Le droit commercial international actuel est-il compatible avec l'entretien des communs environnementaux ?

Par Sabrina ROBERT-CUENDET

Professeur de droit international public, Le Mans Université

La relation qu'entretiennent les instruments du commerce international (les Accords de l'OMC de 1994 ou les accords de libre-échange plus récents) avec la protection de l'environnement est marquée par une profonde ambivalence : le droit des États d'adopter des mesures environnementales y est, par principe, préservé, mais l'exercice de ce droit est enserré dans des conditions si contraignantes que la marge de manœuvre des gouvernements est extrêmement réduite. En dépit d'un mouvement de réforme du droit international économique amorcé il y a quelques années – du fait notamment de l'urgence à renforcer l'action concertée des États pour préserver les ressources naturelles de la planète –, les instruments du commerce international restent profondément marqués par une rationalité purement économique. Pour autant, quelques évolutions récentes montrent que les outils du commerce international peuvent aussi servir la protection de l'environnement. Il s'agit alors de rompre avec la dogmatique libérale de ces instruments pour en faire de véritables leviers du développement durable.

Le droit commercial international connaît, depuis quelques années, de profonds bouleversements. Le système commercial multilatéral mis en place par les Accords de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC) du 15 avril 1994, et dont les principes fondamentaux sont hérités de l'âge d'or du libéralisme au XIX^e siècle, a atteint ses limites. Les États s'en détournent pour plusieurs raisons. Parmi celles-ci, la négociation d'accords de libre-échange (ALE) dits de « nouvelle génération », qui accordent, *a priori*, une place plus importante aux préférences collectives des États – et, en particulier, à la protection de l'environnement –, semble être décisive.

L'Accord économique et commercial global (AECG/CETA⁽¹⁾) conclu entre l'Union européenne, ses États membres et le Canada en 2016 en est le parfait exemple⁽²⁾. Il contient de nombreuses dispositions visant à permettre aux parties contractantes d'adopter les politiques environnementales de leur choix⁽³⁾. Pourtant, les avancées réelles en faveur d'une meilleure conciliation entre les engagements commerciaux des États et la nécessité de protéger les ressources naturelles indispensables à la survie de l'homme manquent encore de consolidation. Si le CETA a pu être présenté comme un accord « moderne

et progressif » ménageant du mieux possible le droit des gouvernements d'agir en faveur de la protection de l'environnement⁽⁴⁾, son « manque d'ambition » face aux enjeux écologiques majeurs et, en particulier, face au changement climatique, a par ailleurs été souligné⁽⁵⁾.

(1) *En anglais*, Comprehensive Economic and Trade Agreement.

(2) Pour l'Union européenne, le CETA s'inscrit dans le cadre d'une vaste politique de négociation d'accords de libre-échange bilatéraux. Des accords comparables (mais non identiques) ont été conclus récemment avec Singapour et le Vietnam. Des négociations avec le Japon devraient rapidement aboutir à un accord du même type. Enfin, des négociations sont en cours avec le Mercosur et d'autres devraient être prochainement amorcées avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande.

(3) Le texte de l'accord peut être consulté sur le site Internet de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm. Il est composé de trente chapitres et de nombreuses annexes. Le chapitre 22 est consacré au développement durable et le chapitre 24 à l'environnement.

(4) Instrument interprétatif commun concernant l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (2016).

(5) Rapport de la Commission Schubert au Premier ministre français, « L'impact de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé », septembre 2017, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2017/09/rapport_de_la_commission_devaluation_du_ceta_-_08.09.2017.pdf

L'articulation entre environnement et commerce ne peut pas se résumer à une prime automatique aux obligations commerciales des États, ni même à un rapport d'opposition systématique entre les deux. Mais les ALE sont fondamentalement marqués par une dogmatique libérale. Dès lors, les politiques environnementales ne peuvent être mises en œuvre qu'à la condition d'avoir un impact qui soit le plus limité possible sur le commerce. La relation entre accords commerciaux et protection de l'environnement est donc équivoque : les premiers n'empêchent pas, en théorie, l'adoption de mesures gouvernementales environnementales, mais les conditions posées par les instruments du commerce international limitent inévitablement la marge de manœuvre des États quant à la détermination du niveau de protection souhaité ou quant aux moyens de mettre en œuvre leurs politiques environnementales.

Du point de vue juridique, la problématique de la protection des communs environnementaux – qu'il s'agisse du climat, des ressources naturelles partagées ou encore des espaces naturels transfrontières – ne présente pas de spécificité dans l'articulation commerce/environnement. Mais s'agissant de biens qui requièrent, pour leur préservation, une action concertée des États, il est d'autant plus fondamental de bien comprendre l'impact que les règles du commerce international peuvent avoir sur cette action concertée. Sans doute l'évolution du cadre juridique permettant la protection des communs environnementaux et celle de la réglementation des activités commerciales des États devraient être envisagées de concert. Malheureusement, le droit international positif est loin d'être parvenu à un tel état de symbiose⁽⁶⁾. Mais il n'est pas exclu qu'une appréhension plus rationnelle des règles économiques internationales permette un soutien mutuel entre commerce et environnement.

C'est cette relation d'ambivalence qui est soulignée ici : si le droit commercial international actuel n'est pas un obstacle dirimant à la protection des communs environnementaux, il conditionne clairement cet objectif au respect des disciplines commerciales essentielles. Mais à l'inverse, le droit commercial international offre des outils qui pourraient servir de leviers à la protection de l'environnement. Mais cela implique une (r)évolution du système commercial multilatéral qui n'a pas encore été totalement amorcée.

Une protection de l'environnement conditionnée par la rationalité économique des ALE

Les disciplines commerciales essentielles des ALE
Les ALE, qu'il s'agisse des accords de l'OMC (cent soixante-quatre membres) ou des accords commerciaux conclus entre quelques États seulement⁽⁷⁾, visent les mêmes objectifs. Il s'agit d'abord de supprimer progressivement toutes les formes d'obstacles à la libre circulation des richesses (marchandises, services, capitaux...). Les obstacles visés sont tarifaires (les droits de douane, en particulier), quantitatifs (les quotas, par exemple), administratifs (comme les procédures pour l'obtention des

licences d'importation), mais aussi réglementaires (notamment les normes sanitaires et environnementales, dès lors qu'elles entravent l'accès au marché national pour les marchandises étrangères). Il s'agit, ensuite, d'empêcher toute forme de discrimination qui pourrait affecter la compétitivité d'un produit ou d'un fournisseur de services étranger⁽⁸⁾. Il s'agit, enfin, d'assurer le libre jeu du marché en luttant contre les pratiques anticoncurrentielles (les subventions et le *dumping*, en particulier).

A priori, rien dans ces objectifs n'interdit aux États d'exercer leur droit de réglementer dans le but de protéger l'environnement. Mais les mesures qui visent la protection de l'environnement ont bien souvent des effets restrictifs du commerce, soit qu'elles interdisent certaines activités, soit qu'elles en réglementent d'autres en imposant des contraintes et des coûts supplémentaires aux opérateurs économiques. C'est cet effet restrictif qui fait que les États peuvent se mettre en contradiction avec leurs obligations commerciales lorsqu'ils font le choix d'adopter un nouveau dispositif de lutte contre le changement climatique ou réglementent plus sévèrement le commerce de ressources biologiques menacées d'extinction. Les accords de libre-échange contiennent toutefois de nombreux mécanismes qui permettent de lever cette contradiction. Mais c'est à la condition que l'État, qui réglemente, respecte scrupuleusement les conditions posées par les accords internationaux.

Les mécanismes de prise en compte de la protection de l'environnement dans les ALE

Même si d'un point de vue social, éthique ou politique, les engagements que les États prennent au titre de l'Accord de Paris sur le climat ou de la Convention de Rio sur la diversité biologique peuvent paraître plus importants que ceux pris au titre de l'OMC ou du CETA, il n'existe pas, en droit international, de mécanisme qui permette une hiérarchisation des obligations. Les contradictions doivent se dénouer au travers d'un processus de conciliation entre les différents engagements des États. Or, dans les ALE, cette conciliation aboutit le plus souvent à « tolérer » les mesures environnementales restrictives du commerce, pourvu qu'elles obéissent à une rationalité essentiellement économique⁽⁹⁾.

(6) Par exemple, alors qu'était conclu l'Accord de Paris en décembre 2015, le climat était totalement absent des négociations de la dixième Conférence ministérielle de l'OMC qui se déroulait au même moment.

(7) Il s'agit, en général, d'accords bilatéraux conclus entre deux parties contractantes. Mais certains accords peuvent être conclus à une échelle plus vaste. On peut citer, par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain de 1994, entre les États-Unis, le Canada et le Mexique ; le traité du Mercosur, conclu en 1991 entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay ; ou, plus récemment, le Traité de Partenariat transpacifique entre le Canada, le Mexique, le Chili, le Pérou, le Japon, la Malaisie, le Vietnam, Singapour, Brunei, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, traité signé en 2016.

(8) Ce sont les règles du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée qui garantissent l'égalité de traitement entre les marchandises et les opérateurs, et ce quelle que soit l'origine de ces derniers.

(9) Pour un aperçu des principaux mécanismes environnementaux dans les accords de libre-échange comme le CETA, voir le rapport de la Commission Schubert, pp. 16-24.

Photo © Ye Pingfan/XINHUA-REA



Conférence de presse de Donald Tusk, le président du Conseil européen, après la signature du traité CETA entre l'Union européenne et le Canada, à Bruxelles, le 30 octobre 2016.

« L'une des dispositions environnementales clés du CETA qui reconnaît "le droit de chaque Partie à définir ses priorités environnementales" à condition qu'elles soient mises en œuvre "d'une manière conforme" au traité. »

Cela ressort clairement d'une des dispositions environnementales clés du CETA qui reconnaît « le droit de chaque Partie à définir ses priorités environnementales » à condition qu'elles soient mises en œuvre « d'une manière conforme » au traité⁽¹⁰⁾. De la même manière, l'article XX de l'Accord général sur le commerce des marchandises de l'OMC (GATT) reconnaît aux membres de l'OMC la possibilité d'adopter des mesures de protection de l'environnement, sous réserve que celles-ci n'aboutissent pas à une discrimination arbitraire ou injustifiable ou à une restriction déguisée⁽¹¹⁾.

L'appréhension des politiques environnementales dans les ALE obéit à une logique défensive : les restrictions sont nécessaires afin d'éviter que les États n'aient recours à une forme de protectionnisme vert. Ainsi, le contentieux de l'OMC est marqué par plusieurs affaires où, sous couvert de protéger l'environnement, certains États ont aussi cherché à protéger leurs producteurs nationaux ou à privilégier certains partenaires commerciaux. Récemment, les juges de l'OMC ont condamné le Canada et l'Inde au sujet de leurs dispositifs d'encouragement de la production d'énergie renouvelable, non pas parce qu'ils étaient en eux-mêmes incompatibles avec les règles commerciales applicables, mais parce qu'ils incitaient à privilégier les fabricants nationaux de matériels éoliens et photovoltaïques⁽¹²⁾.

Mais l'extrême rigueur des conditions que doivent satisfaire les mesures environnementales peut aussi, dans certains cas, empêcher l'adoption de politiques véritablement écologiques. Une exigence de cohérence s'impose aux États qui ne peuvent, au risque de commettre une discrimination, interdire ou réglementer certaines activités polluantes, si d'autres, comparables, ne font pas l'objet des mêmes restrictions. La validité d'une taxe écologique à l'entrée des produits ayant une forte empreinte carbone pourrait par exemple être problématique, si elle ne trouvait pas d'équivalent pour les produits nationaux. De la même manière, l'interdiction de l'importation de produits polluants – par exemple, les hydrocarbures issus des sables bitumineux – pourrait être contrariée, si, en parallèle,

(10) Article 24.3 du CETA, intitulé « Droit de réglementer et niveaux de protection ».

(11) L'article XX du GATT qui porte sur les exceptions générales trouve son pendant dans la plupart des autres accords de libre-échange.

(12) « Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable », rapport de l'Organe d'appel du 6 mai 2013 ; « Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis », rapport de l'Organe d'appel du 6 mai 2013 ; « Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modèles solaires », rapport de l'Organe d'appel du 16 septembre 2016.

l'exploitation de produits similaires tout aussi désastreuse pour l'environnement – le charbon, par exemple – continue sur le territoire national.

L'adoption de mesures de précaution pose aussi de nombreuses difficultés. Les ALE reconnaissent aux parties contractantes la possibilité d'adopter de telles mesures en l'absence de certitude scientifique sur la concrétisation du risque écologique craint. Mais, en général, ils conditionnent cette possibilité à la production d'un niveau élevé de preuves scientifiques. Toujours dans le cadre de l'OMC, les affaires célèbres du bœuf aux hormones et des OGM ont montré qu'une place insuffisante est laissée à l'appréhension sociétale des risques. Dans les deux cas, l'Union européenne n'a pas produit d'évaluation scientifique satisfaisant aux exigences posées par les accords de l'OMC. Il n'en reste pas moins que l'interdiction de ces produits répondait à une politique de santé légitime, visant à protéger les consommateurs européens contre un risque qui n'était pas purement hypothétique⁽¹³⁾. Les critiques formulées à l'occasion des affaires précitées ont resurgi au moment de la négociation du CETA, puisque celui-ci s'en tient, pour l'essentiel, à ce que permet l'OMC. Il n'est, par exemple, pas certain qu'un État membre souhaitant interdire le glyphosate, alors que l'utilisation de celui-ci a été ré-autorisée en novembre 2017 par l'Union européenne, puisse justifier son choix sur le terrain de la précaution⁽¹⁴⁾.

Vers une rationalité sociale des accords de libre-échange s'inscrivant au service de la protection de l'environnement

Introduire des mécanismes de flexibilité dans les ALE

Il est impératif de dépasser la rationalité strictement économique des ALE pour donner la priorité aux enjeux environnementaux de la planète. Le développement durable n'implique pas autre chose que de mettre le commerce au service du bien-être social – et donc écologique – de la population mondiale.

Cette évolution ne signifie pas pour autant de faire table rase des accords commerciaux actuels. Tout en maintenant un certain contrôle sur les mesures environnementales, afin de vérifier la sincérité des objectifs poursuivis et éviter le protectionnisme déguisé, il est tout à fait envisageable d'autoriser davantage de flexibilité et de relâcher les conditions qui enserrant trop étroitement la marge de manœuvre des gouvernements.

Dans le cadre de l'OMC, l'exemple du processus qui a permis d'assouplir les règles relatives aux droits de propriété en faveur de la protection de la santé publique pourrait être suivi⁽¹⁵⁾ : l'adoption, par les membres de l'OMC, d'une déclaration permettant de déroger aux règles commerciales sans que l'on puisse contester la licéité des mesures visant la protection des communs environnementaux les plus fondamentaux, tels que le climat ou la biodiversité, permettrait d'éviter des contentieux longs et dissuasifs.

Mettre les outils du commerce international au service de la protection des communs environnementaux

Pour aller plus loin, il est possible de mettre les outils du commerce international au service de la protection des communs environnementaux. Cette approche est loin d'être nouvelle. Le Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, en créant un marché de « droits de polluer », repose en partie sur cette approche, même si cette forme de « marchandisation » de l'environnement a suscité la controverse. Plus récemment, le Traité de Partenariat transpacifique de 2016 a interdit les subventions à la pêche ayant un impact négatif sur les stocks de poissons en situation de surpêche. L'accord permet aux États d'engager une action contre ce type d'aides afin d'en obtenir le retrait⁽¹⁶⁾. Les dispositifs de lutte contre les subventions sont systématiques dans les ALE. Mais ils ne visent qu'à supprimer celles des aides qui ont un effet anticoncurrentiel. Si le modèle du TPT devait être suivi, les outils de lutte contre les subventions illicites pourraient également devenir des leviers de lutte contre les activités commerciales destructrices de l'environnement⁽¹⁷⁾. Il est encourageant de constater qu'à l'OMC, la question des subventions qui encouragent la surpêche est devenue centrale dans les négociations en cours sur la pêche.

Les accords de libre-échange de nouvelle génération introduisent aussi des disciplines nouvelles qui présentent un intérêt évident pour l'environnement. Parmi celles-ci, les mécanismes de coopération réglementaire méritent l'attention. Ils sont destinés à établir un dialogue entre les partenaires commerciaux afin que ceux-ci tendent à l'harmonisation de leurs normes techniques, sanitaires, environnementales... L'objectif immédiat est de supprimer les différences réglementaires non strictement justifiées, lesquelles constituent des obstacles à la libre circulation des marchandises⁽¹⁸⁾. Mais ces mécanismes de coopération pourraient également servir de canaux privilégiés pour une harmonisation par le haut des standards environnementaux. Le CETA prévoit ainsi que cette coopération

(13) « Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) », rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998 ; « Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques », rapport du groupe spécial du 29 septembre 2006. Il faut souligner que, dans les deux cas, en dépit de la condamnation par l'OMC, l'UE et ses États membres ont maintenu les restrictions sur la viande aux hormones et les OGM.

(14) Voir l'analyse de la Commission Schubert, pp. 21 et 22.

(15) Les rigueurs de l'Accord sur les aspects de droit de propriété intellectuelle liés au commerce constituaient un obstacle au développement des médicaments génériques et, par conséquent, à l'accès aux produits de santé pour les pays en développement. La Déclaration de Doha sur la santé publique du 14 novembre 2001 a permis d'y remédier. Les flexibilités introduites en 2001 ont été reprises dans un amendement à l'Accord sur les ADPIC voté en 2005 et entré en vigueur en janvier 2017.

(16) Article 20.16 § 5 a) du Traité sur le Partenariat transpacifique.

(17) Voir le site Internet de l'OMC, https://www.wto.org/french/tratop_f/rulesneg_f/fish_f/fish_f.htm

(18) Voir, pour les mécanismes de coopération réglementaire dans le CETA, le rapport de la Commission Schubert, pp. 35-39.

réglementaire peut porter sur « les aspects commerciaux du régime international actuel et futur de lutte contre les changements climatiques, ainsi que [sur] les politiques et programmes nationaux d'atténuation des changements climatiques et d'adaptation à ces changements, y compris les questions se rapportant aux marchés du carbone, les façons de pallier les effets indésirables du commerce sur le climat et les moyens de promouvoir l'efficacité énergétique ainsi que la mise au point et le déploiement des technologies à faibles émissions de carbone et d'autres technologies respectueuses du climat ⁽¹⁹⁾ ». L'effet levier sera sans doute plus probant dans le cadre d'un accord conclu entre un pays développé et un pays en développement qui souhaite consolider ses politiques environnementales. En revanche, entre deux partenaires commerciaux de puissance égale mais ne partageant pas nécessairement les mêmes préférences collectives (c'est le cas de l'UE et du Canada), cet effet est plus incertain. Mais, dans tous les cas, la mise en œuvre de ce type de dispositifs en faveur de la protection de l'environnement dépendra bien évidemment des rapports de force qui s'établiront au sein des instances compétentes. Le multipartisme doit clairement être privilégié. Rien ne s'y oppose au sein des instruments du commerce international.

Ces évolutions sont déjà en germe dans certains ALE. Mais elles doivent se développer plus encore pour rendre les instruments du commerce international compatibles avec la protection des communs environnementaux. Si ce résultat est pour le moment loin d'être parfaitement atteint, ce n'est pas tant en raison d'une inadéquation des mécanismes juridiques disponibles que d'un manque de volonté politique de ceux qui en définissent les objectifs.

Bibliographie

Ouvrages

KEMPF R. (2009), *L'OMC face au changement climatique*, Paris, Pedone, 153 p.

MALJEAN-DUBOIS S. (dir.) (2003), *Droit de l'Organisation mondiale du commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 535 p.

PROST M. (2005), *D'abord les moyens, les besoins viendront après : commerce et environnement dans la « jurisprudence » du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 232 p.

STEINBERG R. H. (2002), *The Greening of Trade Law: International Trade Organizations and Environmental Issues*, Lanham, Rowman & Littlefield, 324 p.

TAMIOTTI L. (2009), "Trade and Climate Change: A Report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization", Genève, OMC, 166 p.

Articles et contributions

BARKIN J. S. (2015), *Trade and Environment*, The Oxford Handbook of the Political Economy of International Trade, Oxford University Press, pp. 439-456.

CALLIESS C. & DROSS M. (2016), "Regulatory Cooperation in the Transatlantic Trade and Investment Partnership TTIP – Thrill or Threat for the Environment?", *Journal for European & Planning Law*, vol. 13, n°3-4, pp. 350-374.

COLYER D. (2010), "Environmental Provisions in Recent Regional Trade Agreements (2008 & 2009)", *Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, vol. 11, n°1.

EL BOUDOUHI S. & ROBERT-CUENDET S., « Les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC », chronique annuelle in *Annuaire français de droit international* (voir, en particulier, la section « Conciliation »).

GHERARI H. (2010), « Accords commerciaux régionaux et protection de l'environnement », in *Société française pour le droit international, Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, pp. 353-377.

ROBERT-CUENDET S. (2016), "Climate Action. Take Urgent Action to Combat Climate Change and its Impacts", in *International Society and Sustainable Development Goals*, Thomons Reuters Proview, pp. 445-469.

Rapports au gouvernement

Commission Schubert (2017), « L'impact de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé », Rapport au Premier ministre français.

Ministère de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer, en charge des relations internationales sur le climat (2017), « Rapport sur les relations entre le CETA et le climat », commandé par Mme Ségolène Royal, présidente de la COP21 et ministre en charge des négociations sur le climat.

(19) Article 24§ 12 du CETA.