

Les Cahiers de droit



Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants

Maryse Grandbois

Volume 40, Number 3, 1999

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043561ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043561ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Grandbois, M. (1999). Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants. *Les Cahiers de droit*, 40(3), 545–590. <https://doi.org/10.7202/043561ar>

Article abstract

Propelled by the globalization of commercial trade, attempts to coordinate the standards and uniformity of conditions for carrying on international commerce have brought about numerous changes in the law. As such, in each country environmental regulation has closely followed market orientations and international trade has imposed standardized content while exercising to a significant degree control over compliance.

The extent of this control depends, on the one hand, on the scope given to free trade and, on the other, the measure of deregulatory action in answer to market pressure. Many issues remain to be clarified in this area. They depend on the evolution of relations between international trade and environmental protection, on the adaptation of commercial rules to the new international context of environmental protection and the tensions they generate between developed countries and those in the process of development.

Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants

Maryse GRANDBOIS*

Sous la pression de la mondialisation des échanges commerciaux, les tentatives d'harmonisation des normes et l'uniformisation des conditions d'exercice du commerce international ont entraîné de nombreuses modifications du droit. Ainsi, dans chacun des pays, la réglementation environnementale suit de près les orientations des marchés et le commerce international dicte des contenus normatifs tout en exerçant une large part du contrôle de la conformité.

L'étendue de cette emprise dépend, d'une part, de la portée accordée aux règles du libre-échange et, d'autre part, de l'étendue de la déréglementation environnementale en réponse aux pressions des marchés. En ce domaine, plusieurs clarifications restent à faire. Elles dépendent de l'évolution des relations entre le commerce international et la protection de l'environnement, de l'adaptation des règles commerciales au nouveau contexte international de la protection de l'environnement et des tensions qu'elles suscitent entre pays développés et pays en développement.

Propelled by the globalization of commercial trade, attempts to coordinate the standards and uniformity of conditions for carrying on international commerce have brought about numerous changes in the law. As such, in each country environmental regulation has closely followed market orientations and international trade has imposed standardized content while exercising to a significant degree control over compliance.

* Professeure, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

The extent of this control depends, on the one hand, on the scope given to free trade and, on the other, the measure of deregulatory action in answer to market pressure. Many issues remain to be clarified in this area. They depend on the evolution of relations between international trade and environmental protection, on the adaptation of commercial rules to the new international context of environmental protection and the tensions they generate between developed countries and those in the process of development.

	<i>Pages</i>
1. Le droit de l'environnement et le libre-échange	551
1.1 L'admissibilité des restrictions commerciales multilatérales	552
1.2 La portée limitée des mesures unilatérales	561
2. Le commerce international et la déréglementation environnementale	570
2.1 La labellisation écologique et l'accès aux marchés	571
2.2 La création de nouvelles formes de partenariat État-entreprises	582
Conclusion	589

Dans l'ensemble des pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) se pose aujourd'hui la question de l'intégration des politiques commerciales et des lois environnementales¹. C'est à la suite de la Conférence de Rio et des accords de Marrakech que les relations entre l'économie et l'environnement sont devenues plus étroites, la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* contribuant largement à universaliser le principe du développement durable. Associant la qualité de l'environnement et le développement économique, s'appuyant sur la mondialisation des échanges de marchandises et le libre-échange², ce principe se formule ainsi : « le droit au développement doit être réalisé de

1. OCDE, *L'intégration de l'environnement et de l'économie, Progrès dans les années 1990*, Paris, OCDE, 1996, p. 8.

2. D. LUFF, « An Overview of International Law of Sustainable Development and a Confrontation between WTO Rules and Sustainable Development », (1996) 1 *Revue belge de droit international* 90, 116 et 141.

façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures³ ».

Pour concilier ces nouvelles relations entre le commerce et l'environnement, la Déclaration de Rio reprenait les termes du *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) : « les instruments d'intervention commerciale à des fins écologiques ne devraient pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ou une restriction déguisée aux échanges internationaux⁴ ». Deux ans plus tard, en 1994, les textes issus du cycle de négociations de l'Uruguay font référence à l'écologie mais sans préciser la portée des exceptions justifiées par la protection de l'environnement⁵.

Rappelons que le GATT interdit la discrimination commerciale en institutionnalisant de manière inconditionnelle la clause de la nation la plus favorisée et le principe du traitement national⁶. Ces principes n'ont pas été modifiés au cours du cycle de négociations de l'Uruguay et la clause de la nation la plus favorisée représente toujours une « clé de voûte » pour le GATT de 1994 et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les accords régionaux de libre-échange constituent cependant, à titre d'unions douanières, des dérogations à l'universalité de ce principe⁷ et ils permettent certaines restrictions quantitatives à l'exportation⁸.

Hors ces limites régionales, le principe de non-discrimination commerciale s'impose à tous les échanges internationaux de marchandises. Ce principe comporte deux volets : le premier concerne l'importation, le second, la circulation des produits étrangers. En vertu de la clause de la nation la

3. *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, 13 juin 1992, principe 3. M. PRIEUR et S. DOUMBÉ-BILLÉ, *Recueil francophone des traités et textes internationaux en droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant/AUPELF-UREF, 1998, pp. 33-36.

4. *Id.*, principe 12.

5. Les textes en question sont l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, l'*Accord général sur le commerce des services*, l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (1994). *Acte final du cycle de l'Uruguay* (Marrakech, 15 avril 1994). Textes publiés dans SECRÉTARIAT DU GATT, *Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay — Textes juridiques*, Genève, Secrétariat du GATT, 1994.

6. D. CARREAU, T. FLORY et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, LGDJ, 1980, p. 259.

7. *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), 61 Stat. (pt. 5) A3, T.I.A.S. No. 1700, 55 U.N.T.S., p. 188, art. XXIV.

8. GATT, art. XI ; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Accord de libre-échange nord-américain*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1992, texte intégral des dispositions et annexes de l'accord de libre-échange entre le Canada, les Etats-Unis et le Mexique, art. 309-315.

plus favorisée, tout État membre du GATT « s'engage à étendre, immédiatement et inconditionnellement, tout avantage qu'il accorde à un autre État membre à tous ses partenaires commerciaux également membres du GATT⁹ ». Complémentaire, le principe du traitement national s'applique à ces produits étrangers : une fois importés sur le marché domestique, ils doivent être traités comme les produits d'origine nationale en matière de taxation et de réglementation¹⁰.

L'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, pour supprimer progressivement les tarifs douaniers entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, s'inscrit dans ce contexte d'intégration des politiques commerciales et des lois environnementales¹¹. L'harmonisation proposée repose sur un certain nombre de principes : le développement durable, certes, mais aussi le principe du « pollueur-payeur » et le principe de la nation la plus favorisée. La traduction juridique des instruments économiques se réclame de ces principes pour atteindre à la généralisation la plus large possible¹². À cet égard, la règle demeure la même : la politique commerciale, même si elle est flexible et autorise certaines dérogations, ne doit pas servir aux fins de protection de l'environnement, qu'elles soient nationales ou internationales. Dans son préambule, l'ALENA impose toutefois aux États de libéraliser les échanges commerciaux « d'une manière compatible avec la protection et la conservation de l'environnement » en assurant la promotion du développement durable¹³. L'ALENA soutient également que les standards nationaux relatifs à la sécurité, à la santé et à l'environnement ne doivent pas être abaissés pour favoriser les investissements¹⁴.

En cas d'incompatibilité entre l'ALENA et les obligations prescrites par certains accords multilatéraux et bilatéraux sur la protection et la conservation de l'environnement¹⁵, les États s'engagent à recourir au moyen le

9. GATT, art. I ; P.A. MESSERLIN, *La nouvelle organisation mondiale du commerce*, coll. « Ramsès », Paris, Dunod, 1995, p. 34 ; O. LONG, *Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System*, Londres, Graham & Trotman, 1987, p. 8.

10. GATT, art. III ; P.A. MESSERLIN, *op. cit.*, note 9, p. 35 ; O. LONG, *op. cit.*, note 9, p. 9.

11. R. EBERSCHLAG, « The Environmental Policy Implications of NAFTA : Mediating Trade Liberalization and Environmental Regulation », (1997) *International Insights*, vol. 13, No. 2, pp. 1, 5.

12. C. ROFLE et L. NOWLAN, *Economic Instruments and the Environment : Selected Legal Issues*, Vancouver, West Coast Environmental Law Centre, 1993, p. 5.

13. ALENA, préambule.

14. *Id.*, art. 114.2.

15. L'ALENA fait référence à la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* (CITES), Nations Unies, *Recueil de traités*, (1993) vol. 993, p. 272, au *Protocole relatif à des substances qui appauvrissent la*

moins incompatible « d'une égale efficacité et d'une accessibilité raisonnable » avec les engagements souscrits au titre de ces accords¹⁶. De plus, en matière d'agriculture, l'ALENA autorise les États à adopter une mesure sanitaire ou phytosanitaire « plus rigoureuse qu'une norme, directive ou recommandation internationale¹⁷ » et prévoit la prise en considération des conditions écologiques et environnementales dans l'évaluation du risque et du niveau de protection nécessaire¹⁸. À cet égard, chaque État détermine lui-même le niveau de risque dit « socialement acceptable », sans avoir à fournir de preuves scientifiques¹⁹.

L'environnement fait aussi l'objet d'un accord complémentaire par rapport à l'ALENA : l'*Accord nord-américain pour la coopération environnementale* (ANACE). Comme l'annonce son titre, cet accord traite essentiellement de coopération en matière d'environnement. Les États conviennent notamment de produire des rapports périodiques sur l'état de l'environnement et l'application de la législation environnementale, d'effectuer des études d'impact et d'élaborer des mesures de préparation aux urgences environnementales²⁰. Ils s'engagent également à « promouvoir l'utilisation d'instruments économiques pour la réalisation efficace des buts environnementaux²¹ ». L'ensemble de ces dispositions, réparties dans les divers chapitres de l'ALENA et l'ANACE, tend à démontrer que, à

couche d'ozone, Montréal, 16 sept. 1987, (1987) 26 I.L.M. 1550, à la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, (1989) 28 I.L.M. 657, et aux *Accords transfrontaliers conclus entre les États* (art. 104). M. PRIEUR et S. DOUMBÉ-BILLÉ, précité, note 3, pp. 558 à 567 et les accords bilatéraux mentionnés à l'annexe 104.1, soit l'*Accord bilatéral entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontières de déchets dangereux* (1986) et l'*Agreement between the United States of America and the United Mexican States for the Protection and Improvement of the Environment in the Border Area* (1983).

16. ALENA, art. 104.

17. *Id.*, art. 712 (1).

18. *Id.*, art. 715 (b), (e) et (f). A. TURMEL, « La protection de l'environnement et les accords nord-américains de libre-échange », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement* (1994), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 369, à la page 378.

19. Cet élément n'est toutefois pas sans susciter de vives discussions. R. HOUSMAN, *Reconciling Trade and the Environment: Lessons from the NAFTA*, Nairobi, PNUE, 1996, p. 10.

20. *Accord nord-américain pour la coopération environnementale* (ANACE), art. 2 (a), (b) et (e); *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, dans *Le droit et les politiques de l'environnement en Amérique du Nord*, Commission de coopération environnementale, Montréal, 1998, pp. 3 à 51.

21. ANACE, art. 2 (f).

l'échelle régionale, les États ne peuvent conclure un accord de libre-échange sans tenir compte de l'environnement²².

Malgré l'ensemble des éléments incitatif, les relations entre la protection de l'environnement et le commerce international ne sont pas pour autant dénuées d'ambiguïté et l'intégration des politiques environnementales et commerciales, « pour mieux tirer parti de la libéralisation des échanges²³ », suscite de nombreuses inquiétudes quant à la portée du droit de l'environnement. Plusieurs clarifications restent à faire. Elles dépendent de l'évolution des relations entre le commerce international et la protection de l'environnement, de l'adaptation des règles commerciales au nouveau contexte international de la protection de l'environnement et des tensions qu'elles suscitent entre pays développés et pays en développement. Comme il n'existe pas d'institution internationale unique pour la protection de l'environnement, une large part de ces clarifications repose sur l'empressement et la volonté des groupes de pression à débattre de ces questions lors des travaux d'harmonisation menés au sein du Comité de l'OMC sur l'environnement et le commerce²⁴.

Par ailleurs, bien que le développement durable ne puisse se passer de normes environnementales, celles-ci se développent de plus en plus à l'extérieur du droit de l'environnement, à l'écart de toute participation publique. Jusqu'à quel point, par exemple, le commerce international contribue-t-il aujourd'hui à la définition des normes environnementales, tout en poursuivant l'objectif de libéralisation des échanges commerciaux ? La réponse à cette question dépend, d'une part, de la portée accordée aux règles du libre-échange et, d'autre part, de l'étendue de la déréglementation environnementale en réponse aux pressions des marchés. Pour éclairer ces enjeux stratégiques et l'état du droit les concernant, nous nous demanderons d'abord si le régime universel imposé par les règles du libre-échange peut faire obstacle aux développements du droit de l'environnement (section 1). Nous nous intéresserons ensuite à la régulation des marchés, en étudiant successivement les programmes de « labellisation » écologique et la déréglementation environnementale, instituant un processus de négociation des normes entre l'État et les entreprises (section 2).

22. R. EBERSCHLAG, *loc. cit.*, note 11, 20.

23. OCDE, *Rapport sur les échanges et l'environnement au Conseil de l'OCDE au niveau des ministres*, Paris, OCDE, 1995, p. 5.

24. Le Comité de l'OMC sur l'environnement et le commerce, créé en 1994 (GATT Ministerial Decision 14 April 1994, 31 *I.L.M.* 874) a remis un premier rapport en 1996 (voir *infra*, note 125). T.J. SCHOENBAUM, « International Trade and Protection of the Environment : The Continuing Search for Reconciliation », (1997) 91 *Am. J. Int'l L.* 268, 268-269.

1. Le droit de l'environnement et le libre-échange

Le système commercial multilatéral et la protection de l'environnement à l'échelle mondiale tendent tous deux à s'établir comme des régimes planétaires de contrôle. Compte tenu de leur généralisation et de leurs recoupements, l'harmonisation de ces régimes est devenue nécessaire pour assurer les bases du développement durable à l'échelle internationale. D'un point de vue strictement fonctionnel, on constate que le principal point de friction entre ces deux approches réside, pour les tenants de la mondialisation des échanges, dans l'imposition de mesures commerciales au nom de la protection de l'environnement. À leurs yeux, ces barrières non tarifaires compromettent la libéralisation des économies nationales. Pour les environnementalistes, au contraire, c'est l'absence de mesures commerciales qui court-circuite les objectifs de prévention et de contrôle de la pollution à l'échelle planétaire. Il s'agit fondamentalement d'un conflit de cultures, de paradigmes et de valeurs²⁵.

Le GATT et les accords issus du cycle de négociations de l'Uruguay prévoient différentes exceptions au régime universel de libre-échange, de sorte que certaines sanctions et restrictions commerciales imposées pour protéger l'environnement peuvent se voir justifiées. Ainsi, le GATT de 1994, comme l'accord de 1947, autorise l'imposition de barrières tarifaires au nom de la sécurité nationale (art. XXI) pour assurer la protection de la vie humaine, animale ou végétale (art. XX b)) ou la conservation des ressources naturelles épuisables (art. XX g)). Le préambule de l'article XX impose une règle commune à ces exceptions : les mesures commerciales autorisées ne peuvent constituer des restrictions déguisées au commerce international ni s'appliquer de manière arbitraire ou discriminatoire entre des pays où existent les mêmes conditions²⁶.

Rappelons cependant que l'article XXI du GATT sur la sécurité nationale n'a jamais été invoqué en matière d'environnement et qu'aucune mesure commerciale imposée sur la base d'un traité multilatéral sur l'environnement n'a encore fait l'objet d'un arbitrage. À l'heure actuelle, ces mesures issues d'actions multilatérales semblent cependant plus compatibles avec les principes de libre-échange que les sanctions unilatérales (1.1). Celles-ci ne sont reconnues qu'à des conditions très restrictives et des interprétations divergentes des règles de libre-échange ont donné lieu à des conflits arbitrés par des jurys du GATT et, plus récemment, de l'OMC (1.2).

25. D.C. ESTY, *Greening the GATT. Trade, Environment and the Future*, Washington, Institute for International Economics, 1994, p. 35 et suiv.

26. GATT, préambule, art. XX.

1.1 L'admissibilité des restrictions commerciales multilatérales

Les mesures commerciales restreignent le libre mouvement des marchandises au-delà des frontières. Imposées par les autorités publiques, de manière unilatérale ou multilatérale, elles prennent la forme de sanctions ou de restrictions au commerce, de limitations de vente, de prescriptions de qualité, de quotas d'importation, de prélèvement de taxes supplémentaires, etc. Bien que ces restrictions soient souvent condamnées par les économistes à titre de « mesures non appropriées pour atteindre les objectifs de protection de l'environnement²⁷ », les États recourent aux mesures commerciales au soutien de plusieurs traités multilatéraux sur l'environnement.

Certains accords internationaux sur la protection de l'environnement prévoient notamment l'imposition de mesures commerciales à l'égard d'États non signataires. En 1998, l'OMC dénombre 18 accords multilatéraux sur l'environnement contenant de telles mesures, sur un total de 180²⁸. Les trois accords multilatéraux sur l'environnement les plus importants recueillent l'adhésion d'un grand nombre d'États : la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* (CITES), le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone* et la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*. Tous les États membres endossent l'ensemble des mesures commerciales prévues par ces accords et se comportent en conséquence.

Rappelons que l'ALENA suggère aux États de recourir au « moyen le moins incompatible » avec les engagements environnementaux contractés à la signature de ces trois accords, lorsqu'il y a conflit avec les principes de libre-échange²⁹. En ratifiant ces dispositions, les États-Unis, le Canada et le Mexique, trois États membres du système commercial international, affirment clairement qu'il existe des situations « where trade restrictions are both necessary and proper to advance environmental goals³⁰ ».

27. K. ANDERSON et R. BLACKHURST (dir.), *The Greening of the World Trade Issues*, New York et Londres, Harvester Wheatsheaf, 1992 ; F. CAIRCROSS, « Protection de l'environnement et commerce international », *Problèmes économiques* (25 novembre 1992) 17, 22.

28. J. CAREAGA, « Mesures environnementales et commerce international », communication présentée aux *Troisièmes Journées scientifiques du Réseau de droit de l'environnement*, Tunis, Agence universitaire de la francophonie, 28 au 30 octobre 1998. Pour une liste des traités en vigueur en 1994, voir : D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 275, Appendix D « Multilateral Environmental Agreements with Trade Provisions ».

29. ALENA, art. 104.

30. R. HOUSMAN, *op. cit.*, note 19, p. 11.

L'ANACE vient confirmer ces engagements en mettant en place un mécanisme d'arbitrage.

Ces trois accords multilatéraux sur l'environnement, auxquels est venue s'ajouter la *Convention de Rio sur la diversité biologique*, prévoient l'imposition de restrictions et sanctions commerciales pour l'atteinte de leurs objectifs. Ces limites à la libre circulation des marchandises paraissent justifiées en fonction des exceptions de l'article XX du GATT.

Ainsi, le *Protocole relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*³¹ semble répondre à toutes les exigences de l'article XX. Souvent considéré comme l'accord international le plus réussi en matière environnementale³², le Protocole de Montréal établit un véritable régime international de contrôle, fondé en partie sur des restrictions commerciales. Adopté à la suite de la *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*³³ et entré en vigueur en 1989, le Protocole de Montréal met en place un régime progressif de réduction des chlorofluorocarbones (CFC) dans les pays membres et en interdit le commerce avec les pays non membres³⁴. La création de ce régime flexible marque un véritable changement des pratiques en matière de droit international de l'environnement³⁵.

La flexibilité du Protocole de Montréal repose sur un dispositif technique de base : l'obligation faite aux États membres de fournir des statistiques sur leur production, leurs importations et exportations de CFC, de même que sur les quantités détruites et recyclées³⁶. La Conférence des parties et les sessions de concertation ont permis à ce régime de s'adapter aux changements, tel qu'en témoigne notamment la Conférence des parties tenue à Londres en 1990. Non seulement les 70 États liés par le programme de réduction ont alors atteint leur objectif de 50 p. 100 mais ils ont dépassé cet objectif de 20 p. 100³⁷. Cette performance doit être attribuée à la fois à

31. *Protocole relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, précité, note 15.

32. OCDE, *Coopération en matière de réglementation dans un monde interdépendant*, Paris, OCDE, 1994, p. 176.

33. *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, 22 mars 1985, (1993) R.T.N.-U. 904.

34. *Protocole relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, précité, note 15, art. 4.

35. Inspirés d'un droit international des écosystèmes, ces régimes s'adaptent aux situations mondiales tout en permettant l'élaboration de normes locales particulières. J. BRUNNÉE et S. TOOPE, « Environmental Security and Freshwater Resources : Ecosystem Regime Building », (1997) 91 *Am. J. Int'l L.* 26, 42.

36. D.D. CARON, « La protection de la couche d'ozone stratosphérique et la structure de l'activité normative internationale en matière d'environnement », (1990) 36 *A.F.D.I.* 704, 710-720.

37. OCDE, *op. cit.*, note 32, p. 177.

la fabrication rapide et économique des produits de remplacement des CFC, aux restrictions commerciales et aux mesures incitatives financières accordées aux entreprises pour opérer la substitution, de même qu'aux conditions particulières faites aux pays en développement³⁸. Au vu de ces résultats, les États concluent de nouveaux accords prévoyant la disparition des CFC et des halons en l'an 2000³⁹.

Les restrictions commerciales à l'égard des pays non membres ont contribué à ce succès en empêchant les entreprises de s'installer dans des États non signataires pour se soustraire aux calendriers d'élimination graduelle des CFC⁴⁰. Cependant, plus de dix ans après l'adoption de ces mesures commerciales, on s'interroge encore sur leur validité. Ce questionnement est toutefois devenu en partie théorique : si le Protocole comptait 24 signataires en 1987, on dénombre aujourd'hui 162 États membres, regroupant 95 p. 100 des habitants du monde, ce qui laisse très peu de pays à l'écart. La flexibilité du régime normatif institué par le Protocole permettrait toutefois de recourir à de nouvelles mesures commerciales⁴¹. Comme la protection de la couche d'ozone constitue une mesure de protection de la santé humaine contre les rayons ultraviolets, on considère généralement que ces restrictions commerciales pourraient bénéficier du régime d'exception de l'article XX b) du GATT (protection de la santé humaine, animale et végétale)⁴².

38. Les États en développement obtiennent une exemption de dix ans : jusqu'en 1997, ils peuvent augmenter leur consommation de CFC jusqu'à 0,3 kilogramme par habitant, par année. Protocole de Montréal, précité, note 15, art. 5. J. TRIPP, « The UNEP Montreal Protocol: Industrialised and Developing Countries Sharing the Responsibility for Protecting the Stratospheric Ozone Layer », (1988) 20 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 747.

39. La Conférence des parties crée également un fonds spécial de 200 millions de dollars pour contribuer au financement des programmes de réduction des CFC dans les pays en développement : *Amendement au Protocole de Montréal*, 29 juin 1990 ; M. PRIEUR et S. DOUMBÉ-BILLÉ, précité, note 3, pp. 567-579. M. FOSTER, « Law and the Atmosphere. Plugging the Gaps : The Revision of the Ozone Layer Protocol », (1990) *Land Management and Environmental Law Report* 74.

40. D. BRACK, « L'interaction entre le commerce international et la protection de l'environnement », communication présentée au Colloque du 10^e anniversaire du Protocole de Montréal, Montréal, Centre Sheraton, 13 septembre 1997 ; D. BRACK, « The Use of Trade Measures in the Montreal Protocol », dans *Protecting the Ozone Layer : Lessons, Models and Prospects*, P.G. LE PRESTRE, J.D. REID et E.T. MOREHOUSE Jr. (dir.), Kluwer Academic Publishers, Boston, 1998, pp. 99-106.

41. Les restrictions et sanctions commerciales sont appelées à évoluer au rythme du régime normatif. P. SAND, « Commerce international et protection de l'environnement », communication présentée au Colloque du 10^e anniversaire du Protocole de Montréal, Montréal, Centre Sheraton, 13 septembre 1997.

42. W. LANG, « Les mesures commerciales au service de la protection de l'environnement », (1995) 99 *R.G.D.I.P.* 545, 557.

Notons toutefois qu'il est très difficile d'évaluer la portée des contrôles, à cause du caractère souvent diffus des dommages causés à l'environnement et de la lenteur de réaction des systèmes en présence. On estime par exemple que 80 p. 100 des CFC émis depuis 40 ans demeurent actifs, compte tenu de leur durée de vie (de 20 à 100 ans) et du temps nécessaire à leur déplacement vers la stratosphère⁴³. Enfin, il faut ajouter que, malgré les restrictions imposées à l'importation et à l'exportation de ces substances, il existe un commerce illégal de CFC, compromettant en partie les efforts de remplacement de ces produits⁴⁴.

Le deuxième des trois accords multilatéraux sur l'environnement imposant des restrictions commerciales les plus importants, la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*⁴⁵ régit directement les échanges commerciaux internationaux de déchets dangereux. Signée en 1989 et entrée en vigueur en 1992, cette convention a soulevé beaucoup de controverses avant et après son adoption, les États en développement lui reprochant notamment de légaliser le commerce des déchets toxiques⁴⁶.

Cette convention s'applique à tous les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux, indépendamment de leur mode de transport, que ce soit par route, rail ou voie aérienne. Elle exige notamment la notification préalable de tout envoi de déchets dangereux aux autorités responsables du pays d'accueil, qui peuvent refuser l'expédition⁴⁷. Lorsque le transport a lieu, les déchets doivent être accompagnés d'un document de mouvement, destiné à retracer le destinataire, l'expéditeur et le transporteur des déchets en cas d'accident, ainsi qu'à indiquer les principales mesures de sécurité⁴⁸. Les États membres ont adopté des dispositions générales portant à la fois sur la prévention des accidents et l'intervention rapide en cas de déversement. De sorte que des normes de droit interne régissent l'étiquetage et

43. J. THÉYS, « Prospection de l'environnement : la nature est-elle gouvernable ? », *Problèmes économiques*, vol. 18, 1995, p. 1.

44. OCDE, *Performances environnementales dans les pays de l'OCDE*, Paris, OCDE, 1996, p. 48.

45. *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, précitée, note 15.

46. G. PAMBOU TCHIVOUNDA, « L'interdiction de déverser des déchets toxiques dans le Tiers-Monde : le cas de l'Afrique », (1988) 34 *A.F.D.I.* 709.

47. *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, précitée, note 15, art. 6 (1) et (2).

48. *Id.*, art. 6 (9).

l'emballage des déchets dangereux, la forme et la publicité des avis aux autorités responsables, ainsi que les obligations d'assurance des transporteurs⁴⁹.

Les deux mécanismes fondamentaux de la Convention, le droit de refus (1989) et l'interdiction d'exporter des déchets dangereux vers les pays en développement (1994), interfèrent directement avec les principes de libre-échange du commerce international. Le droit de refus constitue le principal moyen de contrôle des échanges de déchets de cette convention : si l'État importateur refuse l'entrée des déchets sur son territoire, l'exportation n'aura pas lieu⁵⁰ et les déchets déjà transportés seront retournés à leur lieu d'origine⁵¹. En outre, depuis la Conférence des parties de 1994, l'exportation des déchets dangereux vers les pays en développement est interdite, faute d'installation appropriée ou de système de traitement sécuritaire des déchets dangereux.

La mise en œuvre de ces restrictions commerciales repose sur une approche individualisée, « cas par cas », entre les États importateur et exportateur. Comme ces restrictions commerciales visent à protéger la santé publique dans le pays importateur, elles paraissent répondre aux exigences du régime d'exception de l'article XX b) du GATT, établi pour assurer la protection de la santé humaine, animale et végétale, et reconduit dans le cadre de l'OMC. Rappelons toutefois que ce régime d'exception ne doit pas s'appliquer de manière arbitraire ou discriminatoire ni constituer une restriction déguisée au commerce international⁵².

Dans un tout autre domaine d'intervention lié à la protection de la diversité biologique, le troisième accord multilatéral sur l'environnement, la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* (CITES)⁵³, restreint le commerce international de plus de 2 000 espèces et produits dérivés. Signée à Washington en mars 1973 et entrée en vigueur en juillet 1975, cette convention compte

49. Au Canada, pensons par exemple à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), c. 16 (4^e suppl.) [L.R.C., c. C-15.3] et à la *Loi de 1992 sur le transport des marchandises dangereuses*, L.C. 1992, c. C-34, et à leurs règlements d'application.

50. *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, précitée, note 15, art. 4.1 a).

51. *Id.*, art. 8.

52. GATT, art. XX. W. LANG, *loc. cit.*, note 42, 557 ; S. HUDNALL, « Towards a Greener International Trade System : Multilateral Environmental Agreements and the World Trade Organization », (1996) 29 *Colum. J. L. & Soc. Probs.* 175, 203 ; T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 282.

53. *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, précitée, note 15, 273.

aujourd'hui 136 pays signataires⁵⁴. Elle leur procure un forum biannuel de discussion sur les espèces à protéger, mais les gouvernements nationaux demeurent seuls responsables de la mise en œuvre des contrôles du commerce international.

La CITES classe les espèces animales et végétales menacées en trois catégories distinctes, regroupées dans les trois annexes, auxquelles correspondent trois formes de restrictions commerciales. En premier lieu, la Convention interdit le commerce international des espèces menacées d'extinction énumérées dans l'annexe I. Pour les 500 espèces inscrites sur cette liste, seuls les échanges commerciaux effectués à des fins scientifiques demeurent possibles, tout en exigeant l'obtention de permis d'exportation et d'importation et l'observance d'une procédure stricte⁵⁵. Par contre, la Convention autorise un commerce international restreint des espèces énumérées dans l'annexe II, moins menacées, pour lesquelles la délivrance d'un permis d'exportation suffit⁵⁶.

Enfin, alors que les annexes I et II concernent l'ensemble des États membres, l'annexe III connaît une application restreinte et régionale. Les États membres peuvent y inscrire des réserves à l'égard d'espèces menacées à l'intérieur de leurs frontières, mais les restrictions à l'exportation ne valent que pour ces États demandeurs⁵⁷. Ainsi, l'ours polaire figure sur la liste de l'annexe III à la demande du Canada, mais la Russie ne restreint pas le commerce international de cette espèce. À l'instar de la Convention de Bâle et du Protocole de Montréal, l'ensemble de ces restrictions commerciales s'applique à l'égard des États non membres, contredisant de ce fait les principes du libre-échange. La CITES prévoit également l'imposition de mesures commerciales punitives dans le cas de non-respect de ses principales dispositions⁵⁸.

54. A. ZECCHINI, « Quelle rentabilité pour la faune sauvage », *Le Monde diplomatique* (juin 1997) 28.

55. *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, précitée, note 15, art. III.

56. *Id.*, art. IV.

57. C. KLEMM, *Conservation de la diversité biologique et droit international*, Gland, UICN, mars 1991, p. 49.

58. *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, précitée, note 15, art. VIII (1). De telles mesures ont été recommandées contre la Chine et Taiwan pour leur participation au commerce du tigre et du rhinocéros. T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 282. C. CRAWFORD, « Conflicts Between the Convention on International Trade in Endangered Species and the GATT in the Light of Actions to Halt the Rhinoceros and Tiger Trade », (1995) 7 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 555.

La portée réelle des restrictions commerciales demeure toutefois bien limitée : en 1995, 25 p. 100 des États membres n'avaient pas encore adopté de loi d'application de la CITES et moins de 20 p. 100 des lois existantes étaient considérées comme satisfaisantes⁵⁹. De plus, cette convention connaît de nombreuses difficultés d'application, à la fois sur les plans pratique et politique, difficultés que ces restrictions commerciales n'ont pas contribué à aplanir, bien au contraire.

Plusieurs facteurs expliquent cet état de fait. D'une part, l'identification des espèces et des produits protégés par la CITES est parfois très difficile, malgré l'existence de programmes de formation et la rédaction de guides détaillés à l'intention des douaniers. D'autre part, la volonté politique de protection de ces espèces menacées se révèle inégale dans l'ensemble des États membres. Certains pays africains, par exemple, considèrent que cette convention tend à transformer leurs régions en musées d'histoire naturelle plutôt que de contribuer à nourrir les populations⁶⁰. De plus, on considère généralement que les interdictions de commerce ont pu concourir à l'essor du marché noir de certaines espèces, faute de police et de contrôle⁶¹.

Il en résulte que les mesures imposées par la CITES ne suffisent pas à assurer le contrôle du commerce international des espèces menacées et elles contribuent tout aussi faiblement à la protection de la diversité biologique mondiale. En ce domaine, la situation a beaucoup évolué depuis l'entrée en vigueur de la CITES, il y a 25 ans. D'une part, la perte de diversité biologique, attribuable en grande partie aux activités humaines, s'est accélérée⁶² et, d'autre part, l'exploitation de la diversité génétique a suscité de nouvelles inquiétudes à l'échelle internationale⁶³. Au cours des dix dernières années, les États ont progressivement pris conscience de l'importance de la conservation de la diversité biologique à l'échelle planétaire.

Pour répondre à ces préoccupations, lors de la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, les États ont adopté une convention à caractère plus global, la *Convention de Rio sur la diversité*

59. *Rapport de l'Union internationale pour la conservation de la nature*, Gland, 1995, cité par A. ZECCHINI, « Les animaux sauvages victimes du commerce », *Le Monde diplomatique* (septembre 1996) 28.

60. M.L. BOUGUERRA, « Au service des peuples au nom d'un impérialisme écologique », *Le Monde diplomatique* (mai 1992) 8.

61. G. CHILD, *Wildlife and People: The Zimbabwean Success*, Harare et New York, Wisdom Foundation, 1995.

62. R. BARBAULT, *Des baleines, des bactéries et des hommes*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1994, p. 250; H. DOREMUS, « Patching the Ark : Improving Legal Protection of Biological Diversity », (1991) 18 *Ecology L. Q.* 265.

63. M.A. HERMITTE, « Pour un statut juridique de la diversité biologique », (1990) *Revue française d'administration publique*, vol. 53, p. 33; C. KLEMM, *op. cit.*, note 57.

biologique, régissant notamment le commerce international de la biodiversité. Entrée en vigueur en décembre 1993, cette convention a pour objet d'assurer « la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques⁶⁴ ». Pour favoriser l'atteinte de ces objectifs, elle regroupe sous une bannière collective des restrictions commerciales conçues à l'origine en fonction de formes de protection particulières. Cependant, malgré les engagements des États à faire des inventaires et à élaborer des programmes de conservation⁶⁵, cette convention ne constitue jusqu'à maintenant qu'une plate-forme de négociation sur la portée des principes et les modalités d'application de ses principales dispositions.

La *Convention de Rio sur la diversité biologique* fait la promotion du libre-échange des biotechnologies. Elle reconnaît la souveraineté des États sur leur patrimoine génétique, mais elle confère des droits d'accès à ces ressources génétiques à l'ensemble des États⁶⁶. Selon les termes de la Convention, l'accès aux ressources génétiques devrait s'échanger contre des transferts technologiques⁶⁷. Les États en développement sont invités à créer une industrie biotechnologique locale, s'approvisionnant en équipement et technologie dans les pays du Nord auxquels elle s'associe pour exploiter les ressources génétiques locales. Rédigé en termes consensuels, le contrat de coentreprise assure la collecte et la livraison d'échantillons, en vue de leur commercialisation⁶⁸.

Les pays en développement participent davantage à l'exploitation de leur patrimoine génétique dans le cadre de ces accords de coentreprise. Comme le souligne Hervé Kempf, ce contrat de coentreprise « représente certainement un progrès par rapport au brigandage qui tenait lieu jusque-là de méthode de prospection⁶⁹ ». La Convention ne pourvoit toutefois pas au partage des bénéfices entre les pays du Nord et du Sud. Elle demeure

64. *Convention internationale sur la diversité biologique* ; M. PRIEUR et S. DOUMBÉ-BILLÉ, précité, note 3, pp. 140 à 160, art. 1.

65. *Id.*, art. 18 et 26.

66. *Id.*, art. 13 et 14.

67. D.L. BURK, K. BAROWSKY et G.H. MONROY, « Biodiversity and Biotechnology », *Science*, vol. 260, 25 juin 1993, p. 1900 ; ACCT, *Information* (janvier 1994) 1 et 2.

68. En 1993, 21 compagnies américaines et 24 compagnies japonaises avaient conclu de telles ententes. Le contrat type s'inspire largement de l'entente conclue en 1991 par l'Institut national de biodiversité du Costa Rica et la compagnie pharmaceutique américaine Merk. W. REID et al., « A New Lease on Life », dans W. REID et al., *Biodiversity Prospecting : Using Genetic Ressources for Sustainable Development*, Nairobi, WRI-UICN-PNUE, 1993, p. 1, aux pages 11 et 26.

69. H. KEMPF, *La baleine qui cache la forêt : enquête sur les pièges de l'écologie*, Paris, Éditions La Découverte, 1994, p. 189.

également muette sur la participation des États en développement aux bénéfices de l'entreprise, après la réalisation des produits dérivés. De sorte que ses principales dispositions viendront vraisemblablement renforcer le droit de la propriété intellectuelle, à la suite de l'octroi de nouveaux brevets⁷⁰.

Par ailleurs, en ce qui a trait aux principes du libre-échange, les mesures commerciales de la CITES et de la *Convention de Rio sur la diversité biologique* paraissent entièrement justifiées en vertu des exceptions de l'article XX g) du GATT. Cet article autorise en effet expressément « les mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables⁷¹ ». Rappelons cependant qu'à ce jour aucune des mesures commerciales fondées sur des accords multilatéraux sur l'environnement n'a fait l'objet d'examen, que ce soit par des jurys du GATT ou de l'OMC⁷², et que des clarifications paraissent nécessaires. Celles-ci pourraient notamment provenir de l'ajout d'un article XX k) validant explicitement les mesures commerciales fondées sur des accords multilatéraux sur l'environnement⁷³. Les États pourraient toutefois être tenus de recourir aux mesures commerciales les moins contraignantes possible, eu égard aux circonstances⁷⁴.

Il faut cependant reconnaître que la plupart des problèmes environnementaux n'atteignent pas cette dimension multilatérale. Si les changements à l'échelle planétaire concernent l'ensemble des États, les questions de pollution transfrontalière, par exemple, demeurent souvent régionales, voire bilatérales, et relèvent au premier chef des politiques de chacun des États. Les règles de commerce et d'environnement imposent alors aux États d'établir des cloisons étanches entre leurs politiques commerciales et environnementales. De plus, la Déclaration de Rio incite les États à s'abstenir de recourir aux mesures commerciales unilatérales pour assurer la mise en œuvre de leurs politiques environnementales nationales⁷⁵.

70. M.A. GOLLIN, « The Convention on Biological Diversity and Intellectual Property Rights », dans W. REID *et al.*, *op. cit.*, note 68, p. 289.

71. GATT, art. XX g).

72. W. LANG, *loc. cit.*, note 42, 555.

73. T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 284.

74. L'échelle des mesures commerciales comprend les restrictions commerciales et les restrictions à l'exportation, les taxes et la labellisation obligatoire, mais aussi l'éducation à l'environnement, les programmes de transferts technologiques et d'assistance financière, les notes diplomatiques et les consultations privées. D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 249, Appendix B : « Scale of Trade Measures (from Most to Least Restrictive) ».

75. « Toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques en dehors de la juridiction du pays importateur doit être évitée » : *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, précitée, note 3, principe 12.

Les textes sur l'environnement rejoignent en cela les textes sur le commerce international : la politique commerciale ne doit pas servir aux fins de protection de l'environnement. Cette affirmation est cependant aujourd'hui plus nuancée, à la suite d'études approfondies et d'examen par des jurys du GATT et de l'OMC.

1.2 La portée limitée des mesures unilatérales

Qu'il s'agisse de sanctions ou de restrictions au commerce, de limitations de vente, de prescriptions de qualité ou de quotas d'importation, les mesures commerciales imposées unilatéralement par un État pour atteindre des objectifs environnementaux ne sont pas facilement acceptées par la communauté internationale. Rappelons d'entrée de jeu que les jurys du GATT ont généralement interprété restrictivement les exceptions de l'article XX⁷⁶ et que cette interprétation a été particulièrement limitative dans le cas de mesures unilatérales édictées pour la protection de l'environnement⁷⁷.

Au cours des années, les pressions internationales sont venues renforcer la suprématie de ces règles de libre-échange, de sorte que l'on considère de nos jours que seules les grandes puissances peuvent tirer parti de l'imposition de ces mesures unilatérales⁷⁸. À cet égard, rappelons le cas de l'Autriche, qui voulait restreindre les ventes de bois tropicaux récoltés en violation des principes du développement durable ; menacée de représailles économiques, l'Autriche a renoncé à ces restrictions⁷⁹. Le Canada a également dû retirer ses mesures protectionnistes du saumon et du hareng du Pacifique⁸⁰.

Les États-Unis ont toutefois persisté à boycotter le thon mexicain pêché en dérogation aux normes américaines de protection des dauphins. Deux jurys du GATT ont cependant rejeté les arguments américains et

76. S. CHARNOVITZ, « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *Journal of World Trade*, vol. 25, n° 5, 1991, p. 37.

77. T.E. SKILTON, « GATT and the Environment in Conflict : The Tuna-Dolphin Dispute and the Quest for an International Conservation Strategy », (1993) *Cornell International Law Journal* 455, 475. Pour une liste des décisions, voir : D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 257, Appendix C : « Key Trade and Environment Cases ».

78. W. LANG, *loc. cit.*, note 42, 562.

79. *Id.*, 560 ; L. SUCHARIPA-BEHRMANN, « Austrian Legislative Efforts to Regulate Trade in Tropical Timber and Tropical Timber Products », (1994) *Austrian Journal of Public and International Law* 283, 283-292.

80. S. ZARILLI, « Trade and Environment : The Rules, Panels and Debate in the World Trade Organization », (1997) 20 *World Compet. L. Econ. Rev.* 93, 106 ; T.L. MCDORMAN, « Canada and the North Pacific Ocean : Recent Issues », (1991) 22 *Ocean Development and International Law* 365.

invalidé ces mesures unilatérales. Le second, siégeant en 1994, a largement contribué à alimenter les réflexions sur la portée des exceptions de l'article XX. Bien que les relations entre le commerce international et la protection de l'environnement ne s'en trouvent pas pour autant clarifiées, ces rapports ont permis de circonscrire toutes les dimensions et d'orienter les discussions du Comité de l'OMC sur le commerce et l'environnement⁸¹.

Rappelons brièvement les faits. La loi américaine en cause, la *Marine Mammal Protection Act*, une loi de 1972 sur la protection des mammifères marins, est modifiée en 1988 pour sanctionner la protection des dauphins du Pacifique Sud-est par une mesure commerciale. La *Marine Mammal Protection Act* régit indirectement la pêche au thon, en limitant le nombre de prises accidentelles de dauphins par les thoniers américains, et cette loi impose les mêmes quotas de prises accidentelles aux flottes étrangères, sous peine de boycottage du produit⁸². En 1990, les États-Unis imposent une première mesure unilatérale fondée sur ces dispositions : un embargo frappe l'importation du thon du Pacifique sud-est provenant des États qui pratiquent la pêche à senne coulissante, lorsque les prises accidentelles de dauphins sont supérieures au quota américain⁸³. Cet embargo touche d'abord le Mexique⁸⁴, mais les sanctions commerciales s'appliqueront par la suite à plus de quinze pays⁸⁵.

Ces dispositions de la *Marine Mammal Protection Act* s'appuient sur la protection du patrimoine commun de l'humanité et les engagements internationaux des États-Unis, et ce, bien que le dauphin ne compte pas parmi les espèces menacées. Non seulement les dauphins du Pacifique sud-est ne figurent pas dans une des annexes restrictives de la CITES, mais les trois espèces les plus répandues ont vu leur population augmenter en 1990. Ce conflit entre l'environnement et le commerce ne porte donc pas sur des faits biologiques liés à la protection de la diversité, mais plutôt sur des valeurs éthiques et politiques de conservation de la nature⁸⁶.

81. T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 1-2.

82. *Marine Mammal Protection Act*, 16 U.S.C., art. 1361-1362, 1371-1384, 1401-1407.

83. Les quotas de prises accidentelles accordés à l'American Tunaboat Association sont alors de 20 500 dauphins (Pacifique sud-est). S.M. SPRACKER et D.C. LUNDGAARD, « Dolphins and Tuna : Renewed Attention on the Future of Free Trade and Protection of the Environment », (1993) 18 *Colum. J. Envtl. L.* 385, 390.

84. En 1989, les embargos visent les pays où les prises accidentelles de dauphins sont deux fois supérieures au quota américain et en 1990 ce rapport (*comparability provision*) est ramené à 1,25. TRADE AND ENVIRONMENT DATABASE, *Tuna Dolphin GATT Case*, p. 2.

85. Le premier embargo concerne le thon en provenance du Mexique, du Venezuela, du Vanuatu, du Panama et de l'Équateur. En 1991 et 1992, des embargos secondaires sont levés contre plus de quinze pays. T.E. SKILTON, *loc. cit.*, note 77, 461-463.

86. L.L. MANNING, « Marine Mammals and Fisheries Conflicts : A Philosophical Dispute », *Ocean and Shoreline Management*, vol. 12, 1989, pp. 217, 220.

En août 1991, convoqué à la demande du Mexique, un premier jury du GATT conclut à la violation de la règle du traitement national par les États-Unis : les embargos imposent des restrictions quantitatives contraires à l'article III du GATT, qui ne permet pas de traiter différemment des produits sur la base des méthodes de production⁸⁷. De plus, selon le rapport présenté par le jury, les exceptions de l'article XX b) (protection de la vie) ou XX g) (conservation des ressources épuisables) ne peuvent justifier des mesures extraterritoriales : elles serviraient alors à des fins politiques et empièteraient sur le droit d'un pays d'adopter des politiques environnementales nationales⁸⁸. Les restrictions commerciales permettraient ainsi à un État membre d'imposer sa politique environnementale à d'autres États⁸⁹.

Le rapport ajoute que ces exceptions, dont l'interprétation est très restrictive, doivent satisfaire à un critère de nécessité : les parties doivent avoir épuisé toutes les mesures de rechange avant de recourir aux restrictions et sanctions commerciales. Selon le jury du GATT, les négociations préalables entre les États-Unis et le Mexique ne répondent pas aux exigences de ce « test de nécessité ». De plus, en l'espèce, l'application de ces restrictions commerciales revêt un caractère trop imprévisible pour être considérée comme « primarily aimed at the conservation of dolphins », compte tenu des méthodes de calcul utilisées⁹⁰. La sanction commerciale est donc également assujettie à une exigence de preuve. À la suite de ces conclusions, les environnementalistes se sont d'ailleurs demandé si, pour répondre aux exigences des exceptions de l'article XX, un État doit obligatoirement recourir à la mesure commerciale la moins restrictive possible⁹¹.

Quelque temps après le rapport du jury du GATT, les États-Unis adoptent l'*International Dolphin Conservation Act*, modifiant de nouveau la *Marine Mammal Protection Act*, pour suspendre les restrictions commerciales envers les États qui respectent un moratoire de cinq ans sur les filets à senne coulissante⁹². Mais ni le Mexique ni les États-Unis, alors en cours de négociation de l'ALENA, n'entérinent le rapport du jury du GATT.

87. *GATT Dispute Settlement Panel Report, United States—Restrictions on Imports of Tuna*, DOC. DS21/R., (1991) 30 I.L.M. 1598 ; S. HUDNALL, *loc. cit.*, note 52, 196.

88. En l'espèce, cependant, les prises de thons et de dauphins se font en haute mer et les mesures commerciales de la *Marine Mammal Protection Act* s'appuyaient sur la nécessité de protéger ce patrimoine mondial (*global commons*). T.E. SKILTON, *loc. cit.*, note 77, 469 ; S.M. SPRACKER et D.C. LUNDSGAARD, *loc. cit.*, note 83, 399.

89. S. ZARILLI, *loc. cit.*, note 80, 108.

90. *GATT Dispute Settlement Panel Report, United States—Restrictions on Imports of Tuna*, précité, note 87, 1620 et suiv. (Tuna Dolphin I). T.H. STROM, « Another Kick at the Can : Tuna-Dolphin II », (1995) 33 A.C.D.I. 149, 158.

91. S. HUDNALL, *loc. cit.*, note 52, 188-189.

92. Le moratoire a commencé le 1^{er} mars 1994 : T.E. SKILTON, *loc. cit.*, note 77, 472.

En 1994, un second jury du GATT, siégeant cette fois à la suite d'une plainte de l'Union européenne, parvient aux mêmes conclusions : la violation de la règle du traitement national par les États-Unis⁹³. S'appuyant sur l'interprétation de l'expression « produits similaires » de l'article III du GATT, le jury refuse de différencier les produits selon les méthodes et procédés de production. Ainsi, le thon pêché au filet à senne coulissante n'est pas un produit différent du thon pêché en conformité avec les normes américaines et, en conséquence, les deux produits doivent être assujettis aux mêmes taxes et réglementations⁹⁴. Comme le souligne P.A. Messerlin, « le panel a posé le principe qu'un thon est un thon, quel que soit le processus de production⁹⁵ ».

Ce rapport comprend également quelques précisions quant à la portée des exceptions de l'article XX b) et g). Pour être acceptables, celles-ci doivent non seulement réussir le « test de nécessité » (examen des solutions de rechange), mais leur principal objectif doit être la conservation de l'environnement national⁹⁶. Or, l'embargo sur l'importation du thon ne vise pas au premier chef la conservation des ressources nationales américaines. De plus, le jury se prononce à son tour clairement contre l'extraterritorialité des mesures commerciales⁹⁷.

En 1994 comme en 1991, ces mesures unilatérales apparaissent donc contraires à l'article III du GATT, imposant le principe du traitement national, et elles ne se qualifient pas non plus à titre d'exceptions de l'article XX b) pour la protection de la santé humaine animale ou végétale, ou de l'article XX g) pour la conservation des ressources naturelles épuisables. Bien que ces deux rapports alimentent l'image du GATT « indifférent, sinon hostile » à la protection de l'environnement⁹⁸, il s'agit essentiellement de cas d'espèce dont on ne pouvait à l'époque déduire une règle

93. *GATT Dispute Settlement Panel Report, United States—Restrictions on Imports of Tuna*, (1994) 33 I.L.M. 839. T.H. STROM, *loc. cit.*, note 90, 175.

94. « None of these practices policies and methods could have any impact on the inherent character of tuna as a product » : *GATT Dispute Settlement Panel Report, United States—Restrictions on Imports of Tuna*, précité, note 93, 889-890 (Dolphin II). T.H. STROM, *loc. cit.*, note 90, 162.

95. P.A. MESSERLIN, *op. cit.*, note 9, p. 318.

96. *Id.*, p. 178 : « Primarily aimed at domestic conservation » ; I. CHEYNE, « Environmental Unilateralism and the WTO/GATT System », (1995) 24 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 433, 460.

97. *GATT Dispute Settlement Panel Report, United States—Restrictions on Imports of Tuna*, précité, note 93, 894. Le second jury distingue toutefois les mesures extraterritoriales des mesures extrajuridictionnelles : la portée extraterritoriale demeure possible « insofar as international law permits government to exercise jurisdiction over their nationals and vessels outside the territory » : I. CHEYNE, *loc. cit.*, note 96, 453.

98. I. CHEYNE, *loc. cit.*, note 96, 433 ; D. LUFF, *loc. cit.*, note 2, 125.

générale. Il apparaît toutefois évident que le GATT, comme aujourd'hui l'OMC, ne dispose pas de principes et règles permettant l'arbitrage de tels conflits entre l'environnement et le commerce : non seulement ces organismes n'ont pas été créés à ces fins, mais ils poursuivent des objectifs à première vue opposés à toute mesure unilatérale⁹⁹.

Ainsi, malgré la multiplication des références à l'environnement dans les textes issus du cycle de négociations de l'Uruguay, les États doivent encore trouver des solutions nouvelles pour préciser les limites et la portée des mesures commerciales autorisées par les principes du libre-échange¹⁰⁰. Notons que l'ensemble des commentaires s'avèrent plutôt favorables aux restrictions commerciales imposées par des traités multilatéraux sur l'environnement. En ce sens, le système général évolue vers un régime fondé davantage sur la coopération¹⁰¹, et le principe de subsidiarité pourrait offrir de nouvelles perspectives, en permettant d'aborder les problèmes au niveau le plus approprié, c'est-à-dire très souvent au palier régional¹⁰².

Rappelons que le programme *Action 21*, adopté à la Conférence de Rio, suggérait aux États de faire en sorte que les politiques internationales de l'environnement et du commerce s'étayent mutuellement, en instituant à la fois des actes de procédure de transparence et de coopération¹⁰³. Les États étaient notamment invités à soumettre leurs politiques environnementales à une étude d'impact sur le commerce international, mettant l'accent sur l'information et la consultation, afin de favoriser l'harmonisation des politiques environnementales et commerciales. L'examen et l'évaluation des impacts environnementaux du commerce international paraissent tout aussi souhaitables¹⁰⁴.

À cet égard, en Amérique du Nord, l'ANACE apporte un exemple d'un véritable outil de coopération plutôt que d'un instrument d'intégration de l'environnement et du commerce. L'ALENA ne parvient toutefois pas à concilier les objectifs environnementaux et commerciaux et les trois États

99. Le rejet de l'unilatéralisme par le jury Tuna Dolphin II met d'ailleurs en lumière ces différences fondamentales : pour le jury, accepter l'unilatéralisme en ce domaine serait compromettre les fins multilatérales du GATT, au point d'en menacer la raison d'être. J. BOGARDUS, « The GATT and the Environment : Irreconcilable Differences ? », (1996) 5 *Dalhousie J. Legal Stud.* 237.

100. F. CAIRCROSS, *loc. cit.*, note 27, 24 ; D. LUFF, *loc. cit.*, note 2, 137.

101. S.M. SPRACKER et D.C. LUNDGAARD, *loc. cit.*, note 83, 418.

102. D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 83 ; P.A. MESSERLIN, *op. cit.*, note 9, pp. 318-319.

103. *Agenda 21 : A Blue Print for Action for Global Sustainable Development into the 21st Century*, dans *Earth Summit, Agenda 21 the United Nations Programme of Action from Rio*, United Nations Publication, Sales No. E.93.1.11.

104. D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 207.

membres n'ont pas davantage réussi à clarifier la question des sanctions commerciales relatives aux méthodes de production des produits¹⁰⁵. L'ALENA et l'ANACE n'en représentent pas moins, aux yeux de certains observateurs, un véritable laboratoire pour l'élaboration de solutions nouvelles¹⁰⁶. Il s'agit également du premier accord de libre-échange traitant explicitement des questions liées à la protection de l'environnement¹⁰⁷.

Il faut attendre 1998 pour que l'OMC traite à son tour de la question des mesures commerciales unilatérales, à la lumière, cette fois, des accords issus du cycle de négociations de l'Uruguay. Ces faits nouveaux surviennent avec la décision du tribunal d'appel dans l'affaire des tortues et des crevettes, qui propose une nouvelle interprétation des exceptions de l'article XX du GATT de 1994.

Sur le plan des principes en jeu, cette affaire ressemble beaucoup au conflit relatif aux dauphins et aux thons, les protagonistes étant cette fois les États-Unis, d'une part, et l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande, d'autre part. Le litige concerne la pêche aux crevettes, effectuée avec des filets capturant également des tortues de mer, une espèce migratrice et menacée. Le conflit provient plus précisément des embargos imposés par les Américains sur les importations de crevettes et de produits de crevettes en provenance de pays non certifiés en vertu de la législation américaine. Cet agrément administratif atteste la régularité des méthodes de pêche à la crevette et des programmes de protection des tortues de mer adoptés par ces États. Il est accordé lorsque les captures incidentes de tortues sont comparables aux prises autorisées par le programme de pêche des Américains, grâce à l'utilisation de *Turtle Excluder Devices* (TED).

La loi américaine contestée, en particulier l'article 609 de la *Public Law 101-162*, adoptée en 1989 et complétée par les *Regulatory Guidelines* de 1991, 1993 et 1996, exige cependant que les États-Unis s'engagent dans un processus de négociation d'ententes bilatérales de conservation des tortues de mer avec les États qui pratiquent la pêche à la crevette¹⁰⁸. Au soutien de leur programme d'agrément, les États-Unis invoquent les exceptions de l'article XX g) pour la conservation des ressources épuisables et, secondairement, celles de l'article XX b) pour la protection de la santé humaine, animale et végétale.

Un premier jury d'arbitrage conclut que l'article 609 de la loi américaine impose une restriction indue au libre-échange, contraire à l'article XI : 1

105. R. HOUSMAN, *op. cit.*, note 19, p. 14.

106. *Id.*, p. 20; R. EBERSCHLAG, *loc. cit.*, note 11, 9; A. TURMEL, *loc. cit.*, note 18, 411.

107. T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 282.

108. *Public Law 101-162*, 16 United States Code (U.S.C.), art. 1537.

du GATT de 1994¹⁰⁹ et non autorisée en vertu des exceptions de l'article XX¹¹⁰. Le jury considère que cette restriction porte sur les politiques de conservation d'un État. Sur ce point, le rapport, rendu en mai 1998, se montre très ferme : un État ne peut restreindre l'accès au marché d'un produit pour des raisons de politiques environnementales. Selon le jury, de telles mesures commerciales, par leur nature, constituent même une menace pour le système multilatéral du commerce¹¹¹.

Les États-Unis portent alors cette décision en appel. En octobre 1998, le rapport du tribunal d'appel leur donne en partie raison sur le fond, tout en reconnaissant l'importance et l'intérêt de la protection de l'environnement pour les États membres de l'OMC. La décision confirme que les États membres peuvent adopter des mesures de protection des espèces menacées, telles les tortues de mer, et qu'ils peuvent également agir bilatéralement ou multilatéralement pour assurer la conservation de ces espèces ou pour protéger l'environnement de manière générale¹¹². Ainsi, l'article 609 b) (1) et (2) se qualifie à titre d'exception de l'article XX g) du GATT de 1994 : il s'agit de mesures établies pour la conservation des ressources épuisables, « made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption¹¹³ ». Cependant, selon le tribunal d'appel, ces mesures ne répondent pas aux exigences du préambule de l'article XX : les États-Unis, en l'espèce, ont appliqué ces mesures de manière discriminatoire et arbitraire, malgré la légitimité de leurs objectifs :

although the measure of the United States in dispute in this appeal *serves an environmental objective that is recognized as legitimate* under paragraph g) of Article XX of the GATT 1994, this measure has been applied by the United States in a manner which constitutes *arbitrary and unjustifiable discrimination between Members of the WTO*, contrary to the requirements of the chapeau of Article XX¹¹⁴.

109. PANEL REPORT UNITED-STATES—*Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R, 15 mai 1998, par. 8.1.

110. *Id.*, par. 7.44.

111. *Appellate Body Report in United-States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, OMC Trade Environment Division, 12 octobre 1998, p. 1. To the Panel, section 609 belongs to a class of measures that « by their nature, could put the multilateral trading system at risk ».

112. *Appellate Body Report in United-States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, World Trade Organization Appellate Body, AB-1998-4, 77 p.

113. *Id.*, par. 125-145, au paragraphe 143.

114. *Id.*, par. 148-186. Le préambule de l'article XX se lit ainsi : « Subject to the requirement that such measures are *not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade*, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption and enforcement by any Member of measures » (italiques ajoutées).

Selon le tribunal d'appel, ces pratiques discriminatoires arbitraires et injustifiables se retrouvent à la fois dans les conditions d'agrément faites aux différents crevettiers étrangers et dans l'absence de flexibilité, de prévisibilité et de transparence du programme d'agrément lui-même. Ainsi, aucune enquête sur les méthodes de pêche n'a été faite avant de décider des embargos, ce qui équivaut à exiger, de manière discriminatoire, que les crevettiers étrangers utilisent les mêmes engins (TDC) que les Américains plutôt que d'atteindre des « résultats comparables », selon les termes de l'article 609¹¹⁵.

De plus, les États-Unis ont négocié des ententes de conservation avec les États du continent américain, mais ils ont plutôt imposé unilatéralement un embargo sur les produits de crevettes de la Thaïlande, de la Malaisie, de l'Inde et du Pakistan¹¹⁶. Enfin, les États étrangers n'ont pas tous été soumis au même traitement : certains États ont obtenu des délais de conformité (*phase-in*) de trois ans, d'autres de quatre mois, pour obtenir cet agrément administratif¹¹⁷. Selon le tribunal d'appel, ces pratiques discriminatoires sont à la fois arbitraires et injustifiables, bien qu'elles se qualifient au fond comme exceptions de l'article XX g)¹¹⁸.

Malgré ces conclusions invalidant le programme américain de protection des tortues de mer, le rapport du tribunal d'appel marque les premiers pas de l'OMC vers la conciliation des principes du commerce international et de la protection de l'environnement à l'échelle mondiale : il reconnaît de manière officielle la légitimité des objectifs et des moyens de protection des espèces et de l'environnement¹¹⁹. Dans la même perspective de conciliation, diverses tentatives d'harmonisation des approches internationales de l'environnement et du commerce ont été faites au cours des dernières années¹²⁰. Deux propositions ont particulièrement retenu l'attention de la communauté internationale, sans toutefois que celle-ci parvienne à des conclusions. La première de ces propositions concerne l'adoption d'un code de l'environnement du GATT, doté d'un fonds pour favoriser la conformité à ces normes internationales¹²¹. La seconde proposition vient des

115. *Id.*, par. 163.

116. *Id.*, par. 169 et suiv. : les États-Unis ont signé en 1996 la *Convention interaméricaine* avec le Brésil, le Costa Rica, le Mexique, le Nicaragua et le Venezuela.

117. *Id.*, par. 174.

118. *Id.*, par. 184.

119. Anonyme, « Turtle Soup », *The Economist* (19 octobre 1998) 96.

120. Le cycle de négociations de l'Uruguay a cependant bien peu fait avancer cette question. D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 223.

121. T.E. SKILTON, *loc. cit.*, note 77, 484 ; S.M. SPRACKER et D.C. LUNDGAARD, *loc. cit.*, note 83, 413.

États-Unis : il s'agit de la création d'un système international d'allocation de droits, sur le modèle des droits de pollution négociables américains¹²².

Les perspectives d'harmonisation des normes imposées notamment par l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* et l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires* tendent à favoriser la première de ces options, celle des normes internationales uniformisées, sans toutefois rallier la majorité sur l'intégration de ces normes au système de l'OMC¹²³. De plus, l'opposition manifestée par l'Union européenne à l'établissement d'un régime de droits de pollution négociables pour le gaz carbonique (CO₂) rend peu probable la conclusion d'un accord élargi sur le recours à ces instruments économiques¹²⁴. Cependant, compte tenu des tensions et oppositions sur ces questions entre les États européens et les États-Unis, le Comité de l'OMC sur l'environnement et le commerce peut être appelé à proposer de nouvelles avenues de discussion.

À cet égard, le premier rapport du Comité de l'OMC sur l'environnement et le commerce a déçu en ne se prononçant pas sur les possibilités d'harmonisation, en l'absence de tout élément nouveau¹²⁵. L'*Accord multilatéral sur l'investissement* (AMI) inspirait alors de nouvelles craintes quant à la suprématie des principes de libre-échange et au recours au « plus petit dénominateur commun » comme fondement des normes internationales de protection de l'environnement¹²⁶. L'AMI reconnaît en effet aux investisseurs la liberté d'investir dans le cadre général de la déréglementation prévue par le traité, c'est-à-dire sans aucune restriction¹²⁷. En matière d'environnement, ce libre-échange inconditionnel favorise « le déplacement des centres de production vers les sites où les normes écologiques sont les moins contraignantes » et où elles apparaissent comme autant d'« avantages comparatifs¹²⁸ » :

122. J. BOGARDUS, *loc. cit.*, note 99, 254 ; D. LUFF, *loc. cit.*, note 2, 137.

123. Voir, *infra*, les programmes de labellisation écologique (section 2.1).

124. Cela s'est produit lors de la réunion des parties de la *Convention des Nations-Unies sur les changements climatiques*, signée à Rio le 12 juin 1992, entrée en vigueur en mars 1994, (1994) *R.T.C.* n° 7 ; M. PRIEUR et S. DOUMBÉ-BILLÉ, précité, note 3, pp. 465 à 481.

125. L'Union européenne et la Pologne, par exemple, auraient souhaité que ce premier rapport soit à la fois « more substantial and forward-looking » : WTO ENVIRONMENT, « *Trade and Environment Bulletin* », 19 décembre 1997. S. ZARILLI, *loc. cit.*, note 80, 116 et 127 ; T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 269.

126. P.G. LE PRESTRE, *Écopolitique internationale*, Montréal, Guérin universitaire, 1997, p. 360.

127. L.M. WALLACH, « Le nouveau manifeste du capitalisme mondial », *Le Monde diplomatique* (février 1998) 22.

128. « Il est impossible de « verdier » le libre-échange intégral » : B. CASSEN, « Pour sauver la société, la mondialisation est-elle inévitable ? », *Le Monde diplomatique*, *Financial Times* et *LSE* (débat public tenu le 7 mai 1997) : <http://www.monde.diplomatique.fr/dossiers/fu/frindex.html>.

Je définirais la globalisation comme la liberté pour mon groupe d'investir où il veut, le temps qu'il veut, pour produire ce qu'il veut, en s'approvisionnant et en vendant où il veut, et en ayant à supporter le moins de contraintes possible en matière de droit du travail et de conventions sociales¹²⁹.

L'AMI n'a pas été adopté, mais les inquiétudes demeurent entières, car ce texte servira de référence pour la discussion des accords sur les investissements, prévue dans l'*Acte final de Marrakech* pour l'an 2000. En réponse à l'ensemble de ces préoccupations, plusieurs États ont institué des groupes de travail sur l'environnement et le commerce et mis en place diverses formes de consultation sur les impacts de la mondialisation¹³⁰.

Parallèlement à ces efforts institutionnels, les États misent de plus en plus sur la responsabilisation des agents économiques à l'égard de l'environnement, ce qui entraîne plusieurs aménagements juridiques. Certains actes de procédure d'autorisation s'assouplissent et des contrôles administratifs se voient remplacés par des modes d'autocontrôle, tels que les audits environnementaux, la conformité à des programmes de labellisation écologique ou aux normes de gestion ISO 14000. L'ensemble de ces mécanismes de négociation et d'arbitrage court-circuite les dispositifs juridiques et judiciaires de chacun des États visés. L'aire d'application du droit de l'environnement s'en trouve réduite. La protection de l'environnement gagne-t-elle à cet échange de moyens ? Nous tenterons de répondre à cette question en examinant les nouveaux instruments de régulation mis en place par les États sous les pressions des marchés.

2. Le commerce international et la déréglementation environnementale

Sous la pression de la mondialisation des échanges de marchandises, les tentatives d'harmonisation des normes et l'uniformisation des conditions d'exercice du commerce international ont entraîné de nombreuses modifications du droit. Ainsi, dans chacun des pays, la réglementation environnementale suit de près les orientations des marchés et le commerce international dicte des contenus normatifs : au Québec, par exemple, le GATT et l'ALENA balisent la nouvelle réforme réglementaire. Le commerce international exerce également une large part du contrôle de la conformité. En ce sens, pour plusieurs secteurs économiques, le marché ne représente plus un obstacle à la protection de l'environnement mais plutôt un facteur

129. Tel est l'avis du président du groupe ABB (helvético-suédois) en 1995, cité dans « Lumière sur l'AMI, Le test de Dracula, L'esprit frappeur », *Le Monde diplomatique* (1^{er} février 1998) 21 : <http://www.monde.diplomatique.fr/livre/lumière/21.html>.

130. OECD, *Implementation of the OECD Procedural Guidelines on Trade and Environment*, Paris, OECD, 1996.

clé de réussite¹³¹. Ce renversement n'est pas sans soulever des interrogations quant aux valeurs et aux finalités des nouvelles dispositions normatives.

De manière générale, le recours aux instruments écomomiques, tels que les taxes, subventions, redevances et droits de pollution négociables, a contribué à favoriser en matière de protection de l'environnement l'émergence de modes de contrôle issus de la sphère économique. En outre, depuis quelques années, plusieurs entreprises ont adopté des codes de conduite privés, élaborés par les professionnels de ces entreprises eux-mêmes et destinés à régir leur pratique. Moyens de promotion et supports publicitaires auprès de certaines catégories de consommateurs, ces codes de conduite privés visent avant tout à assurer un avantage concurrentiel aux entreprises¹³². Tel est le cas, par exemple, des normes de gestion environnementale ISO 14000 : cet agrément procure aux entreprises un véritable sauf-conduit environnemental en matière de commerce international¹³³. Ce sont les mécanismes du marché qui fixent les balises et le cadre de ces interventions, tels qu'en font foi, par exemple, les divers programmes de labellisation écologique (2.1).

En réponse à ces changements structurels, le droit de l'environnement subit de profondes modifications. La création de nouvelles formes de partenariat État-entreprises change les règles du jeu et les interventions de l'administration publique. Certains actes de procédure d'autorisation s'assouplissent, des secteurs sont partiellement déréglementés, tel le contrôle des déchets industriels, où s'instaure peu à peu un régime de négociation « cas par cas ». Malgré une apparente juridicité, la cohérence, l'équité et la transparence ne président pas toujours à l'élaboration de ces nouvelles normes individualisées (2.2).

2.1 La labellisation écologique et l'accès aux marchés

Parfois présentée comme une voie de dépassement ou de solution des conflits entre l'environnement et le commerce¹³⁴, la labellisation écologique est l'un des modes de contrôle issus de la sphère économique empruntant

131. L. BOY, « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation », *Les petites affiches*, vol. 4, 1997, p. 4, à la page 8.

132. *Id.*, 8 ; J.-B. RACINE, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », (1996) *R.J.E.* 409, 414.

133. Adoptées en 1996 par l'Organisation internationale de normalisation, reconnues officiellement par les agences nationales d'élaboration des normes, les normes ISO 14000 mettent en œuvre une politique environnementale d'entreprise, administrée par le secteur privé.

134. P. THIEFFRY, « La protection de l'environnement, la liberté du commerce et la concurrence », (1994) *Semaine juridique/Les Cahiers de droit de l'entreprise* 18 (numéro

sa logique aux mécanismes du marché. Le succès de la formule est en effet lié au consommateur, qui accepte de payer davantage pour un produit labellisé « écologique ». En ce sens, ces programmes s'avèrent à première vue compatibles avec les règles du commerce international, leur efficacité dépendant avant tout du consommateur¹³⁵. La mise en œuvre de ces programmes doit toutefois être conforme aux accords issus du cycle de négociations de l'Uruguay, et plus particulièrement à l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* : la labellisation écologique doit se faire sans discrimination et ne pas constituer une barrière non tarifaire d'accès au marché¹³⁶.

L'appellation « labellisation écologique » englobe plusieurs types de programmes, qui n'exercent pas tous les mêmes effets sur l'accès aux marchés des produits homologués. De nombreuses formes et dénominations d'« éco-étiquetage » coexistent. Ainsi, certains programmes soulignent une qualité du produit, qu'il soit biodégradable ou recyclable, par exemple ; d'autres mettent en lumière un élément négatif, comme le fait le label « Ozone-depletion Warning » imposé par la *Clean Air Act* américaine (1990) ; d'autres encore concernent une caractéristique du produit, telle la mention de la consommation d'énergie sur les appareils électriques, exigée par la réglementation sur l'efficacité énergétique¹³⁷. La labellisation des produits peut être obligatoire ou faire appel à la participation volontaire, et les différents programmes peuvent relever de l'administration publique ou privée. Dans presque tous les cas, l'État contribue au financement et au soutien de ces programmes¹³⁸.

Les labels obligatoires, telle la mention « Ozone-depletion Warning », régissent directement l'accès des produits au marché et s'appliquent à l'ensemble des produits. Ce sont les programmes à participation volontaire et à critères multiples qui nous intéressent ici, en raison des controverses soulevées non seulement par la procédure d'attribution de ces « écologos », mais aussi par les critères de labellisation et la pondération des

spécial : « Le droit administratif de l'entreprise », cité par G.J. MARTIN, *infra*, note 155. Voir aussi L. BOY, « L'écolabel communautaire : un exemple de droit post-moderne », (1996) *Rev. Int. Droit Econ.* 69 à 97.

135. Le premier jury du GATT dans l'affaire du thon et des dauphins (Tuna Dolphin I) avait d'ailleurs considéré que le label « Dolphin Safe » était conforme aux principes du libre-échange, pour cette raison. E.B. STAFFIN, « Trade Barrier or Trade Boon ? A Critical Evaluation of Environmental Labeling and Its Role in the « Greening » of World Trade », (1996) 21 *Colum. J. Envtl. L.* 205, 248.

136. T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 294.

137. C. TIETJE, « Voluntary Eco-Labeling Programmes and Questions of State Responsibility in the WTO/GATT Legal System », *Journal of World Trade*, vol. 29, No. 5, 1995, pp. 123-125.

138. Notons l'exception que constituent les États-Unis. V. REGE, « GATT Law and Environment-Related Issues Affecting the Trade of Developing Countries », *Journal of World Trade*, vol. 28, No. 3, 1994, pp. 95, 137.

critères par les organismes d'agrément. Bien que ces labels écologiques portent presque tous sur l'ensemble des caractéristiques des produits au long de leur cycle de vie, les méthodes utilisées pour évaluer ces caractéristiques diffèrent d'un programme à l'autre, de même que les critères d'attribution du label¹³⁹. Malgré l'absence d'études empiriques sur le sujet, on considère généralement l'ensemble de ces programmes potentiellement en contradiction avec les principes du GATT et de l'OMC¹⁴⁰.

Notons qu'il ne s'agit pas toujours de produits inoffensifs pour l'environnement, mais plutôt de produits jugés « moins dommageables » que d'autres, à partir de critères préétablis. L'OCDE définissait ainsi ces programmes à participation volontaire, en 1994 : « the voluntary granting of labels by a private or public body, in order to inform consumers and thereby promote consumer products which are determined to be environmentally more friendly than other functionally and competitively similar products¹⁴¹ ».

La labellisation écologique multicritère se pratique depuis vingt ans, sur l'initiative des Allemands qui ont créé le programme *Ange bleu* en 1978, mais ce modèle a pris son véritable essor au début des années 90. Dans certains pays, en Allemagne et au Canada, par exemple, des produits labellisés se taillent depuis lors une part significative du marché. Ainsi, en 1991, les peintures allemandes *Ange bleu* représentaient 25 p. 100 des ventes dans le domaine au pays¹⁴². Au Canada, en 1992, 80 p. 100 des personnes interrogées au cours d'un sondage se montraient disposées à payer 10 p. 100 de plus pour acheter un produit « moins dommageable pour l'environnement » ; l'année suivante, en 1993, 32 p. 100 de la population canadienne déclarait avoir acheté au moins un produit labellisé « Choix environnemental » dans l'année¹⁴³.

Le programme canadien intitulé *Choix environnemental* date de 1988. Créé en vertu de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*¹⁴⁴, pour « favoriser une plus grande participation des consommateurs et encourager la mise en marché de produits moins nocifs pour l'environnement¹⁴⁵ », ce programme de labellisation écologique à participation

139. *Id.*, 135.

140. C. TIETJE, *loc. cit.*, note 137, 130 et 158 ; K.W. STEININGER, *Trade and Environment*, Heidelberg, Physica Verlag, 1994, pp. 10-14.

141. OECD, *Environmental Labelling in OECD Countries, Report 12*, Paris, OECD, 1994, p. 2.

142. Ces peintures contiennent moins de solvants. E.B. STAFFIN, *loc. cit.*, note 135, 268.

143. *Id.*, 269 ; OECD, *op. cit.*, note 141, p. 12.

144. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, précitée, note 49, art. 5 (1) et 8 (1).

145. ENVIRONNEMENT CANADA, « Le fédéral favorise les produits écologiques », communiqué, 9 novembre 1988.

volontaire a été géré par le ministère fédéral de l'Environnement, Environnement Canada, jusqu'en 1995. Par la suite, une compagnie privée établie à Ottawa, Terra Choice, s'est vu confier le mandat de « coordonner l'élaboration des critères de certification, certifier les produits et services en fonction de ces critères et octroyer des licences aux fournisseurs de tels produits et services¹⁴⁶ ». L'éco-logo « Choix environnemental » représente trois colombes entrelacées pour former une feuille d'érable stylisée, symbolisant le gouvernement, l'industrie et les consommateurs.

Pour chacune des catégories de produits et services sélectionnés, des critères d'agrément ont été adoptés par directive ministérielle, sur recommandation d'un comité conseil, après une période de consultation publique¹⁴⁷. Ainsi, de manière générale, les produits et services labellisés « Choix environnemental » doivent contribuer « à favoriser l'économie d'énergie, à réduire les sous-produits dangereux, à utiliser les matériaux recyclés » ; ils doivent aussi en principe être recyclables ou faire montre d'autres « avantages environnementaux¹⁴⁸ ». Un bulletin périodique, *Éco-logo*, publié par le Ministère jusqu'en 1994, permettait de faire connaître les catégories de produits sélectionnés, le contenu des directives, les critères et la procédure d'attribution de l'éco-logo¹⁴⁹.

En 1997, on comptait plus de 1 750 produits, services et technologies certifiés en vertu de ce programme de labellisation écologique¹⁵⁰. La procédure d'attribution de l'éco-logo n'a pas changé depuis la création du programme : la compagnie intéressée doit soumettre une demande ; celle-ci est étudiée par un comité d'agrément des produits ; ce dernier décide d'attribuer ou non l'éco-logo, en fonction des critères de la directive sur le produit ou des critères de sélection du service. Par la suite, si le produit est homologué, l'entreprise paie des droits de licence annuels, calculés en fonction du volume des ventes, et dont le montant demeure confidentiel¹⁵¹.

Dès les premières années de sa création, le programme *Choix environnemental* a fait l'objet de vives critiques, provenant à la fois des milieux

146. CABINET CONSEIL ENVIRONNEMENT TERRACHOICE ET ENVIRONNEMENT CANADA, *Aperçu du processus de certification*, Ottawa, septembre 1997, p. 1.

147. En 1997, on compte 50 directives et 39 critères de sélection : CABINET CONSEIL ENVIRONNEMENT TERRACHOICE, *Catalogue Éco-gestion*, vol. 1, n° 1, 1997, 96 p.

148. CABINET CONSEIL ENVIRONNEMENT TERRACHOICE ET ENVIRONNEMENT CANADA, *op. cit.*, note 146, p. 1.

149. ENVIRONNEMENT CANADA, *Éco-logo*, bulletin du programme « Choix environnemental », publié jusqu'en 1993.

150. *Le catalogue Éco-gestion*, vol. 1, n° 1, 1997, 96 p.

151. CABINET CONSEIL ENVIRONNEMENT TERRACHOICE ET ENVIRONNEMENT CANADA, *op. cit.*, note 146, p. 5 : les droits varient de 350 à 10 000 \$ par année et sont réduits de 20 p. 100 sur présentation de matériel publicitaire affichant l'éco-logo.

industriels et des écologistes. Pour les industriels, les délais d'adoption de certaines directives ont été particulièrement longs, de même que la procédure de certification des produits ; ils reprochent également au Ministère de se désintéresser des produits agréés, ceux-ci n'étant pas toujours très visibles, en raison de l'absence de publicité de l'éco-logo¹⁵². Par ailleurs, pour les environnementalistes, les critères de sélection des produits ne sont pas suffisamment rigoureux et ne font pas toujours appel à la meilleure technologie environnementale¹⁵³ ; de plus, comme on agréé des produits « moins dommageables pour l'environnement », la pondération des critères fait en sorte que des produits jetables peuvent être sélectionnés en raison de leur caractère biodégradable¹⁵⁴. Industriels et écologistes dénoncent l'absence de transparence des opérations liées à la pondération des critères et à la sélection des catégories de produits et services, compte tenu du caractère déterminant de ces opérations, à la fois pour le commerce et pour l'environnement. Notons qu'aujourd'hui, malgré la redéfinition des critères et la révision de certaines directives, ces questions centrales ne font toujours pas l'objet d'une discussion publique.

Le programme de labellisation écologique de l'Union européenne, institué en 1992, a également soulevé de nombreuses critiques, portant non seulement sur la sélection des catégories de produits et la pondération des critères¹⁵⁵, mais aussi sur l'accès à l'« éco-label » pour des produits importés. Ce programme à participation volontaire, mis en œuvre dans le cadre du *Quatrième Programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement* (1987-1992), à la suite d'une résolution du Parlement européen du 19 juin 1987 et d'une résolution du Conseil du 7 mai 1990, vise à « promouvoir la conception, la production, la commercialisation et l'utilisation de produits ayant une incidence moindre sur l'environnement pendant tout leur cycle de vie¹⁵⁶ ».

152. D. STEVENSON, « Pensons écologie ! Un programme décevant », *Le Consommateur canadien*, vol. 21, février 1991, p. 47.

153. Par exemple, selon une des premières directives, un papier recyclé pouvait être agréé s'il contenait 50 p. 100 de fibres recyclées ; ce pourcentage aurait pu être beaucoup plus élevé, compte tenu de la technologie existante. H. KOHL, « Les produits écologiques », *Le Consommateur canadien*, vol. 20, nos 7-8, 1990, p. 9.

154. J. REEVES, « Pensons écologie ! La guerre... des couches », *Le Consommateur canadien*, vol. 21, avril 1991, p. 47.

155. G.J. MARTIN, *Le recours aux instruments économiques dans la mise en œuvre des politiques de protection de l'environnement*, coll. « Droit et consommation », Paris, Centre de droit de la consommation, Story Scientia, 1995, p. 40.

156. Le cycle de vie s'entend des étapes de la préproduction, la production, la distribution, l'utilisation et la disposition. *Règlement (CEE) n° 880/92 du CONSEIL du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution de label écologique*, J.O. n° L 099 du 11 avril 1992, pp. 0001-0007, art. 1 et préambule.

Au cours des années, la Commission européenne a adopté des critères d'attribution de l'éco-label pour une dizaine de catégories de produits : les détergents textiles, les ampoules électriques, les peintures et vernis d'intérieur, le papier pour photocopieur, les lave-linge, le linge de lit et les t-shirts, le papier hygiénique et le papier en rouleaux pour la cuisine (essuie-tout), les réfrigérateurs, les lave-vaisselle et les amendements pour sols¹⁵⁷. Les critères d'agrément de ces produits sont adoptés par décision de la Commission après consultation des groupes de pression réunis au sein d'un forum international¹⁵⁸. Notons au passage que cette consultation ne fait appel qu'aux groupes de pression des États membres ; les États tiers, d'où proviennent les produits importés, par exemple, ne participent pas au processus d'élaboration des critères¹⁵⁹. Selon la réglementation en vigueur, toutefois, pour être labellisés, les produits importés doivent « au moins respecter les mêmes critères rigoureux que les produits fabriqués dans la Communauté¹⁶⁰ ».

La procédure de labellisation exige à la fois la participation de la Commission et celle d'un organisme désigné par l'État membre d'où provient la demande, que celle-ci concerne un produit importé ou fabriqué dans un pays de l'Union européenne. Cet organisme désigné peut être public ou privé. Ainsi, pour obtenir l'éco-label, les fabricants ou importateurs intéressés doivent faire parvenir une demande d'agrément à « l'organisme compétent désigné par l'État membre dans lequel le produit est fabriqué, mis sur le marché la première fois ou importé en provenance d'un pays tiers¹⁶¹ ». Cet organisme doit alors consulter le registre des éco-labels de la

157. Pensons ici aux détergents textiles : J.O. n° L 217 du 13 septembre 1995, p. 0014 ; aux ampoules électriques à culot unique : J.O. n° L 302 du 15 décembre 1995, p. 42 ; aux peintures et vernis d'intérieur : J.O. n° L 004 du 6 juin 1996, p. 8 ; au linge de lit et les t-shirts : J.O. n° L 116 du 11 mai 1996, p. 30 (modifiée en 1997) ; aux ampoules électriques à double culot : J.O. n° L 128 du 29 mai 1996, p. 24 ; au papier hygiénique et au papier de cuisine (essuie-tout) : J.O. n° L 019 du 24 janvier 1998, p. 77 ; aux lave-linge : J.O. n° L 191 du 1^{er} août 1996, p. 56 ; au papier à copier (photocopieur) : J.O. n° L 192 du 2 août 1996, p. 26 ; aux réfrigérateurs : J.O. n° L 323 du 13 décembre 1996, p. 34 ; aux lave-vaisselle : J.O. n° L 216 du 4 août 1998, p. 12 ; aux amendements pour sols : J.O. n° L 219 du 7 août 1998, p. 39.

158. *Règlement (CEE) n° 880/92 du CONSEIL du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution de label écologique*, précité, note 156, art. 6 et 7. Dans ce processus d'adoption des critères, la Commission est assistée par un comité composé de représentants des organismes désignés par les États membres. L'initiative peut provenir de la Commission, d'un groupe de pression ou d'un État membre.

159. C. TIETJE, *loc. cit.*, note 137, 129.

160. *Règlement (CEE) n° 880/92 du CONSEIL du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution de label écologique*, précité, note 156, art. 4 (3).

161. *Id.*, art. 9 et 10 (1).

Commission, pour vérifier qu'il n'y a ni procédure d'agrément en cours ni labels refusés, pour le même produit, dans d'autres pays de l'Union européenne¹⁶². L'organisme procède ensuite à l'évaluation de la demande, en fonction des principes du programme et des critères précis établis par la Commission pour la catégorie de produits visée¹⁶³.

Au terme de cette étude, l'organisme compétent décide d'attribuer ou non l'éco-label au produit en question et notifie sa décision à la Commission, en lui faisant parvenir un résumé du dossier¹⁶⁴. Si la Commission ou l'un des États membres ne soulèvent pas d'objections dans un délai de 30 jours suivant cette notification, l'organisme peut procéder à l'attribution du label¹⁶⁵. Par la suite, le demandeur doit utiliser l'éco-label, représenté par une marguerite entourée d'étoiles, conformément au *Contrat-type relatif aux conditions d'utilisation de ce label écologique communautaire* et verser une redevance d'utilisation¹⁶⁶.

Dans le cadre de ce programme, la labellisation de certains produits importés a suscité des difficultés, eu égard aux principes du libre-échange. Ainsi, des controverses ont été soulevées à la fois par l'adoption des critères et par la procédure de labellisation du papier hygiénique et du papier de cuisine (essuie-tout), prévue par les décisions de 1994¹⁶⁷. Les producteurs forestiers brésiliens et canadiens, par exemple, reprochaient à ce programme de privilégier les produits fabriqués dans les pays membres de l'Union européenne et de faire obstacle à la libre circulation des marchandises.

Les producteurs brésiliens de pâtes et papiers auraient souhaité participer à la consultation sur les critères d'attribution de l'éco-label pour faire valoir les caractéristiques écologiques de leur production et de leur gestion¹⁶⁸. Selon eux, les critères ont été établis sur mesure pour les produits européens, sans prendre en considération les diverses pratiques de développement forestier durable et les « avantages environnementaux

162. *Id.*, art. 10 (9).

163. *Id.*, art. 10 (2).

164. *Id.*, art. 10 (3).

165. *Id.*, art. 10(4) : si des objections sont soulevées, la décision sera prise par la Commission.

166. *Décision de la Commission, du 15 septembre 1993, concernant un contrat-type relatif aux conditions d'utilisation de ce label écologique communautaire*, J.O. n° L 243 du 29 septembre 1993, pp. 0013-0016. *Règlement (CEE) n° 880/92 du CONSEIL du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution de label écologique*, précité, note 156, art. 11 et 12.

167. Ces décisions concernent le papier hygiénique et le papier de cuisine (J.O. n° L 364, du 31 décembre 1994, pp. 24 et 32). De nouveaux critères ont été adoptés en 1998 pour le papier de toilette et le papier de cuisine, regroupés dans le même document, à la suite de la révision du programme.

168. E.B. STAFFIN, *loc. cit.*, note 135, 259.

comparables » de la production brésilienne. De plus, au moment de la labellisation, l'organisme d'agrément ne tenait pas compte de ces « avantages environnementaux comparables », tels que la plantation d'arbres à croissance rapide (aidant à combattre l'érosion de sols et assimilant le CO₂), l'énergie, fournie par l'hydroélectricité et non par la combustion de matières fossiles¹⁶⁹, ou encore l'aménagement forestier. Le Brésil a soulevé cette question au Sous-comité du GATT sur l'environnement et le commerce, soutenant que les programmes d'éco-label doivent se conformer aux exigences de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* de 1994¹⁷⁰.

En 1996, les producteurs forestiers canadiens dénonçaient à leur tour les critères d'agrément du programme européen. Selon l'Association canadienne des producteurs de pâtes et papiers, l'attribution de l'éco-label européen pour les produits de papier en vertu des décisions de 1994 relevait d'une pratique commerciale discriminatoire, reposant sur une méconnaissance des produits étrangers et de leur processus de fabrication : « les critères d'admissibilité ne tiennent souvent compte que des facteurs environnementaux et des conditions du marché propres au pays en cause, et ils ne sont pas toujours fondés sur des preuves scientifiques adéquates et suffisantes¹⁷¹ ».

En contrepartie, la Coalition canadienne pour la certification de la foresterie durable a proposé un nouvel éco-logo, l'aménagement forestier durable, adopté par l'Association canadienne de normalisation¹⁷². Les critères d'agrément mettent l'accent sur les territoires forestiers délimités et le caractère durable de leur aménagement. Ainsi, à un éco-label répond un autre système normatif privé, mais l'objectif demeure le même : l'accès au marché¹⁷³. Dès lors, l'ensemble de ces programmes doit se conformer aux règles générales du commerce international.

169. OCDE, *Concilier les politiques en matière d'échanges d'environnement et de développement*, Paris, OCDE, 1997, p. 151.

170. C. TIETJE, *loc. cit.*, note 137, 133. À la suite de ces discussions, les États ont généralement convenu que l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*, précité, note 5, s'applique aux programmes de labellisation écologique à participation volontaire. S. ZARILLI, *loc. cit.*, note 80, 117 et suiv.

171. ASSOCIATION CANADIENNE DES PRODUCTEURS DE PÂTES ET PAPIERS, communiqué, décembre 1996.

172. COALITION CANADIENNE POUR LA CERTIFICATION DE LA FORESTERIE DURABLE, *Les normes de la CSA pour les forêts canadiennes, autre chose qu'un programme d'éco-étiquetage*, Bulletin de la Coalition, janvier 1997 : <http://www.sfms.com/rece71af.htm>.

173. Notons que les nouveaux critères d'attribution de l'éco-label européen pour les papiers hygiéniques et les papiers de cuisine prennent en considération la gestion forestière. *Décision de la Commission du 7 janvier 1998 pour l'attribution du label écologique*

Les programmes de labellisation écologique concernent les caractéristiques des produits et services. Ce sont des normes et règlements techniques, au sens de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* de 1994¹⁷⁴. Selon les termes de cet accord, les normes et règlements techniques doivent respecter les prescriptions générales de l'OMC : ils doivent être fondés sur des données et des éléments scientifiques ; ils ne peuvent imposer de discrimination entre les produits nationaux et étrangers ni créer des obstacles non nécessaires au commerce international¹⁷⁵. À cette fin, notons qu'ils ne peuvent être « plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime », notamment pour assurer « la sécurité nationale [...], la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement¹⁷⁶ ». À ces conditions, un État peut assujettir un produit importé aux mêmes normes et règlements techniques qu'il impose aux produits fabriqués à l'intérieur de ses frontières.

De plus, les normes et règlements techniques ont un sens et une portée très larges. Contrairement aux restrictions commerciales autorisées par le GATT, par exemple, ils peuvent porter aussi bien sur les procédés et méthodes de production¹⁷⁷ que sur les caractéristiques des produits, la terminologie ou les symboles ; ils peuvent également imposer des prescriptions en matière d'étiquetage ou d'emballage¹⁷⁸. Les États ne sont toutefois pas entièrement libres d'adopter ces normes et règlements. En plus des restrictions liées au libre-échange, l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* contient plusieurs exigences relatives à la procédure et au contenu. De manière générale, à l'instar de l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*, cet accord tend à favoriser l'adoption de standards internationaux et l'harmonisation des règles.

Ainsi, lorsque des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être adoptées sous leur forme finale, les États membres doivent utiliser ces normes internationales, « sauf si elles apparaissent

communautaire au papier hygiénique, au papier de cuisine et autres produits en papier absorbant à usage domestique, J.O. n° L 019 du 24 janvier 1998, pp. 0077-0082, « Critères écologiques », art. 2.

174. Le préambule de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*, précité, note 5, fait expressément référence aux « prescriptions en matière d'emballage, de marquage et d'étiquetage » (al. 5).

175. *Id.*, art. 2.1 et 2.2.

176. *Id.*, art. 2.2.

177. Adopté en 1994, l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*, précité, note 5, remplace l'accord de 1979, révisé au cours du cycle de négociations de l'Uruguay, et s'applique dorénavant aux procédés et méthodes de production.

178. S. ZARILLI, *loc. cit.*, note 80, 98.

inappropriées pour réaliser les objectifs légitimes recherchés¹⁷⁹ ». Dans ce cas, les États doivent être prêts à justifier les normes dérogatoires, selon les principes de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* et doivent en informer l'OMC¹⁸⁰. Les normes et règlements techniques doivent également faire l'objet d'une *procédure d'évaluation de la conformité*, dont l'élaboration, l'adoption ou l'application ne peuvent avoir pour objet ou pour effet « de créer des obstacles non nécessaires au commerce international¹⁸¹ ». De plus, dans chacun des États membres, les différents programmes d'application de ces normes et règlements techniques doivent prévoir une procédure d'information des partenaires commerciaux et, de manière générale, s'inspirer de la plus grande transparence¹⁸².

Trois éléments essentiels se dégagent de ce qui précède : les programmes de labellisation écologique doivent être fondés sur des données scientifiques ; ils ne peuvent être mis en œuvre de manière discriminatoire ou de manière à créer des obstacles non nécessaires au commerce international. En ce sens, les États doivent généralement recourir aux moyens les moins restrictifs possible pour le commerce international¹⁸³. L'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* fait également appel à la coopération internationale pour l'harmonisation des normes et l'assistance technique et financière des États en développement¹⁸⁴.

À bien des égards, la transparence et l'information demeurent les principales voies possibles pour surmonter les différends Nord-Sud et favoriser une plus grande harmonisation des programmes de labellisation écologique et des principes de libre-échange. Cependant, si la participation des pays du Sud à l'élaboration des critères d'attribution de l'éco-label de même qu'une plus grande transparence de la procédure paraissent souhaitables¹⁸⁵, ces mesures doivent s'accompagner à la fois de financements

179. Ce sera le cas, par exemple, en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux : *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, précité, note 5, art. 2.4.

180. *Id.*, art. 2.9.

181. *Id.*, art. 5.

182. *Id.*, art. 2.9 et 2.10.

183. E.B. STAFFIN, *loc. cit.*, note 135, 236. C'est également ce qu'exige l'ALENA (voir *supra*, notes 15, 16).

184. *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, précité, note 5, art. 9 ; S. ZARILLI, *loc. cit.*, note 80, 99.

185. S. ZARILLI, *loc. cit.*, note 80, 125. L'Union européenne a entrepris la révision de l'ensemble de son programme de labellisation écologique, pour « en accroître l'efficacité, l'efficience et la transparence » ; UNION EUROPÉENNE, *Bulletin de nouvelles commerciales*, janvier 1997.

complémentaires et de transferts technologiques¹⁸⁶. Dans cette perspective d'ouverture, les organismes internationaux sont appelés à jouer un rôle de coordination et d'appui pour que les pays en développement exploitent leurs « avantages environnementaux comparables » de manière durable¹⁸⁷.

Enfin, la labellisation écologique doit surtout s'intégrer dans une politique environnementale plus globale, nationale et internationale¹⁸⁸. Il s'agit même là d'une condition d'efficacité des différents programmes de labellisation écologique¹⁸⁹. Ces derniers, utilisés de plus en plus largement pour lutter contre les changements environnementaux à l'échelle planétaire, ont certes grandement contribué à sensibiliser les populations à ces problèmes¹⁹⁰, mais ils ne suffisent pas à renverser la situation. Ils doivent en principe s'appuyer sur des moyens de droit, mis en œuvre pour atteindre des objectifs précis, avec un échéancier déterminé.

Le recours aux instruments économiques est venu modifier cet état de fait. Les nouveautés en matière de droit de l'environnement apparaissent de plus en plus dans la sphère privée de l'individualisation des normes. L'administration publique se définit davantage comme « seul garant de l'intérêt général », les communautés locales n'ayant accès ni à l'information ni au contrôle judiciaire¹⁹¹. Cela renforce une tendance déjà manifeste il y a dix ans. La gestion de l'environnement est peu à peu devenue le domaine exclusif de deux partenaires : l'État et l'industrie¹⁹². Nous nous intéresserons maintenant à cet aspect des enjeux, en examinant certains faits nouveaux concernant la déréglementation amorcée au Québec.

186. Les pays du Sud doivent à la fois améliorer leurs procédés de production et payer le coût de fonctionnement des programmes de labellisation. C. TIETJE, *loc. cit.*, note 137, 129 et suiv. ; V. REGE, *loc. cit.*, note 138, 97 ; D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 198.

187. Ils peuvent le faire en contribuant notamment à réduire les écarts dus à un manque de données exactes ou disponibles en temps utile, de même qu'à un manque de ressources techniques et financières. OCDE, *op. cit.*, note 169, pp. 17-18.

188. OCDE, *op. cit.*, note 1, p. 12 et suiv.

189. Cette condition est retenue notamment pour lutter contre la déforestation. E.B. STAFFIN, *loc. cit.*, note 135, 270-272.

190. C. TIETJE, *loc. cit.*, note 137, 129. L'éco-label « Dolphin Safe », par exemple, pour le thon en conserve, s'est avéré particulièrement efficace : il est devenu presque impossible de vendre des boîtes de thon non labellisées aux États-Unis. D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 134.

191. P. HALLEY, « Les ententes portant immunité de poursuite et substitution de norme en droit de l'environnement québécois », (1998) 39 *C. de D.* 3, 49.

192. M. GRANDBOIS, « Les déchets dangereux au Québec : la participation publique et la gestion des risques », dans J.P. COLSON (dir.), *Environnement et déchets*, Paris, Association française d'études canadiennes, 1993, p. 325.

2.2 La création de nouvelles formes de partenariat État-entreprises

Au Québec, le ministère de l'Environnement s'engage dès 1996 dans une vaste opération de révision réglementaire, comme l'y enjoignent les directives gouvernementales. Pour alléger l'ensemble des normes et proposer diverses voies d'autocontrôle à ses partenaires économiques, le gouvernement du Québec a créé le Secrétariat à la déréglementation¹⁹³, à la suite du Sommet socio-économique de 1996. Un comité consultatif sur l'allègement réglementaire, formé principalement de représentants du secteur privé, conseille le premier ministre dans cette entreprise.

Cette opération de déréglementation, planifiée pour accompagner la diminution progressive des programmes d'intervention de l'État, s'inscrit dans une perspective de régionalisation et de décentralisation. Pour le ministère de l'Environnement, comme pour l'ensemble des ministères québécois, l'opération en question s'accompagne d'une réduction des ressources humaines et financières¹⁹⁴. C'est dans ce cadre général que le ministère de l'Environnement entend réviser en profondeur ses modes de fonctionnement. Son intention est de remplacer le « réflexe réglementaire » par des stratégies de protection de l'environnement fondées sur des instruments économiques, tels que les redevances, les permis de pollution négociables, les subventions et les programmes de consignation¹⁹⁵.

Les politiques environnementales font de plus en plus souvent appel à la régulation des marchés. Cependant, depuis 25 ans, au Québec, les modifications aux lois et règlements ont surtout cherché à suivre l'évolution technique et économique des différents secteurs d'activité économique. Ainsi, dans certains secteurs, l'opération d'allègement s'effectue-t-elle dans un contexte de surréglementation, où une multitude de normes se chevauchent sans beaucoup de convergence. Les nombreuses modifications à la *Loi sur la qualité de l'environnement* et les divers règlements à ce sujet en témoignent largement, puisqu'ils ont été adoptés ponctuellement et appliqués sectoriellement, sans vue d'ensemble ni recherche de cohérence. Il en résulte un droit à la fois complexe et fragmenté, « une inflation et un enchevêtrement de textes » tels que les avancées collectives sont devenues complexes¹⁹⁶, particulièrement en matière de transparence et d'information. Le

193. *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif et les règles relatives à l'allègement des normes de nature législative ou réglementaire*, Décret 1362-96, 6 novembre 1996, (1996) 128 G.O. II, 6484.

194. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *Vision stratégique : 2) Les choix stratégiques*, Sainte-Foy, Gouvernement du Québec, 1996, p. 5.

195. *Id.*, pp. 9-10.

196. M. ELBAUM, « La réduction du temps de travail : un avenir à quelles conditions », *Esprit*, vol. 11, 1996, p. 83.

manque de cohérence de ces textes a également contribué à mettre en place des « pratiques administratives douteuses¹⁹⁷ », fondées sur des directives et des interprétations divergentes des dispositions législatives ou réglementaires. Non seulement la réforme projetée ne met pas fin à ces pratiques, mais elle tend à généraliser ces irrégularités en multipliant les ententes de conformité négociées entre le Ministère et ses nouveaux partenaires économiques.

Ces pratiques de négociation entre le Ministère et les entreprises se sont mises en place à la faveur du *Programme de réduction des rejets industriels*, adopté en 1988 et entré en vigueur cinq ans plus tard. À partir d'une approche multimilieux, s'adaptant en principe à tous les milieux récepteurs, ce programme visait à réduire de 75 p. 100 l'ensemble des rejets provenant des fabriques de pâtes et papiers, des secteurs des mines, métallurgie et chimie, ainsi que des entreprises pétrolières et du revêtement de surface. Un nouveau régime réglementaire, celui de l'attestation d'assainissement, assorti d'un programme de négociation de conditions particulières, devait progressivement s'appliquer à tous ces secteurs¹⁹⁸. À ce jour, seules les fabriques de pâtes et papiers ont été assujetties à ces dispositions et les premières attestations d'assainissement vont bientôt être délivrées.

L'attestation d'assainissement institue un processus de négociation permanente entre le Ministère et l'entreprise. L'idée n'est pas nouvelle, la *Loi sur la qualité de l'environnement* prévoit déjà la conclusion de programmes d'assainissement depuis 1978 : les entreprises ayant volontairement souscrit à un programme de dépollution ne peuvent faire l'objet de poursuites judiciaires tant qu'elles respectent les échéances de ce programme¹⁹⁹. De caractère obligatoire et de portée beaucoup plus grande, le régime d'attestation d'assainissement s'impose maintenant à chacune des catégories d'entreprises assujettie par décret et concerne l'ensemble des rejets de ces entreprises²⁰⁰, ajoutant de nouvelles exigences à l'ensemble des normes réglementaires régissant ces secteurs d'activité. À ce jour cependant, seules les fabriques de pâtes et papiers ont été assujetties par décret à ces nouvelles dispositions²⁰¹.

197. L. GIROUX, « Où s'en va le droit québécois de l'environnement ? », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement* (1997), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 381, à la page 420.

198. Ce régime, prévu dans la section IV.2 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2 (1988) et le *Règlement sur les attestations d'assainissement en milieu industriel*, (1993) 125 G.O. II, 3377 [c. Q-2, r. 1.01], est entré en vigueur en 1993.

198. *Loi sur la qualité de l'environnement*, précitée, note 198, art. 116.2.

200. *Id.*, art. 31.10.

201. *Décret concernant les catégories d'établissement visées par l'art. 31.10 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, (1993) 125 G.O. II, 3563.

La procédure est instituée à la fois par la loi et son règlement d'application. Toutes les entreprises visées doivent déposer une demande d'attestation dans les délais imposés par le règlement (six mois)²⁰². Puis, après étude du dossier, le ministre doit transmettre au demandeur un avis écrit l'informant de la teneur de l'attestation (ou de son refus, le cas échéant) ; dans un délai de 30 jours après la réception de cet avis, le demandeur peut présenter des « observations écrites²⁰³ ». Le dossier est ensuite soumis à la consultation publique²⁰⁴, avant de faire l'objet de nouvelles discussions entre le ministre et le demandeur²⁰⁵. À la fin du processus de négociation, l'attestation d'assainissement pourra être accordée, pour une période de cinq ans²⁰⁶.

Le caractère novateur de ce régime réside dans sa flexibilité et son adaptabilité, ce qui permet en principe d'assurer le développement durable de chaque milieu, compte tenu de ses spécificités et de sa capacité portante. Cette flexibilité va même jusqu'à prévoir la mise en place de régimes différenciés, établis pour chaque entreprise, en fonction des polluants émis et de la sensibilité des écosystèmes. L'attestation pourra en effet imposer à chacune de ces entreprises, selon le cas : 1) des normes individualisées, établies en fonction du milieu récepteur ; 2) un plan de gestion des déchets ; 3) un programme correcteur ; 4) des exigences supplémentaires pour la surveillance et le contrôle de certains rejets²⁰⁷. Le titulaire de l'attestation devra par la suite présenter des rapports de progrès au Ministère, payer des frais annuels établis en fonction de ses revenus et tenir un registre de tous les incidents de pollution²⁰⁸.

Rappelons toutefois que le secteur des pâtes et papiers est également assujéti à trois règlements fédéraux et à un règlement d'application de la

202. *Loi sur la qualité de l'environnement*, précitée, note 198, art. 31.16 ; *Règlement sur les attestations d'assainissement en milieu industriel*, précité, note 198, art. 5. Le premier décret concerne les 59 fabriques de pâtes et papiers québécoises. P.R. GRANDA, « Les fabriques de pâtes et papiers : premières victimes de l'attestation d'assainissement », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement* (1994), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 223, à la page 246.

203. *Loi sur la qualité de l'environnement*, précitée, note 198, art. 31.18, 31.19.

204. *Id.*, art. 31.21. Plusieurs demandes d'attestation ont franchi cette étape depuis novembre 1998.

205. *Id.*, art. 31.21.1.

206. *Id.*, art. 31.22 et 31.27. Dans le cas d'une nouvelle fabrique, l'attestation sera valide pour une période de dix ans.

207. *Id.*, art. 31.15, 31.15.1, 31.15.2 et 31.15.3.

208. *Règlement sur les attestations d'assainissement en milieu industriel*, précité, note 198, art. 12 et suiv.

*Loi sur la qualité de l'environnement*²⁰⁹. Dans ce cas, la « déréglementation » signifie essentiellement que les entreprises de ce secteur industriel ne seront plus nécessairement toutes soumises aux mêmes normes réglementaires. Si elle s'effectue, cette déréglementation se fera donc dans le cadre d'une surréglementation particulièrement complexe. Aussi l'opération d'allègement réglementaire risque-t-elle de se traduire par une multitude « de normes particulières, plus ou moins bien élaborées et difficiles à mettre en œuvre²¹⁰ ». Le Ministère n'en continue pas moins de présenter cette politique générale de déréglementation comme un allègement des processus d'autorisation et de contrôle. Il faut reconnaître que cette politique vient à point nommé pour justifier et généraliser une gestion administrative de plus en plus fondée sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires²¹¹.

Les papetières, « premier secteur mis sous réglementation intensive²¹² », ont cependant profité grandement de cette opération, en raison de la convergence entre les exigences de la réglementation et celles des marchés internationaux. L'industrie québécoise devait en effet traiter les effluents de ses usines, réduire les rejets de dioxines, furannes et matières en suspension et diminuer la demande biologique en fait d'oxygène (DBO) afin de continuer à vendre ses produits sur les marchés internationaux²¹³. Le régime d'attestation d'assainissement a établi des conditions d'égale concurrence entre les entreprises tenues d'effectuer ce « virage vert ». La réglementation a même imposé un calendrier commun à ces entreprises.

Si, comme l'affirme le Ministère, le nouveau régime marque un virage vers la négociation et le partenariat, son implantation ne s'est pas faite selon le calendrier prévu. À la fin de l'année 1998, alors que les premières attestations vont être délivrées, on peut constater que les partenaires ont montré peu d'empressement à poursuivre le processus. Le Ministère soutient qu'il n'en renonce pas pour autant au *Plan de réduction des déchets industriels*

209. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, précitée, note 49 : *Règlement sur les additifs anti-mousse et les copeaux de bois utilisés dans les fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-268 ; *Règlement sur les dioxines et les furannes chlorés dans les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-267. *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), c. F-14 : *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269. *Loi sur la qualité de l'environnement*, précité, note 198 : *Règlement sur les fabriques de pâtes et papiers*, R.R.Q., 1981, c. Q-2, r. 12.1, remplacé par : D. 1353-92, (1992) 124 G.O. II, 6035.

210. P. HALLEY, « Le droit, l'environnement et la déréglementation au Québec », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 197, p. 380.

211. P.R. GRANDA, *loc. cit.*, note 202, 249.

212. L.-G. FRANCOEUR, « Les papetières se félicitent de leur virage vert », *Le Devoir* [de Montréal] (20 février 1997) A-2.

213. *Ibid* : la compilation a été effectuée par l'Association des industries forestières du Québec.

et que les entreprises du secteur des mines et de la métallurgie seront prochainement assujetties à leur tour à l'obligation de demander une attestation d'assainissement²¹⁴. Au vu des difficultés éprouvées à ce jour, il apparaît toutefois que le gouvernement devra alléger le processus et favoriser une plus grande transparence. La procédure devrait également être simplifiée, surtout si l'attestation doit être demandée tous les cinq ans.

Ce régime de normes négociées ajoute un nouveau volet à l'ensemble des ententes conclues au cours des années par le Ministère avec différentes entreprises. Ainsi, les 59 fabriques de pâtes et papiers viennent grossir les rangs des quelque 450 entreprises bénéficiant ou ayant bénéficié de programmes d'assainissement en vertu de l'article 116.2 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*²¹⁵. De plus, le Ministère conclut également des ententes avec des entreprises, à leur demande, concernant les moyens à mettre en œuvre pour se conformer à la réglementation en vigueur, qu'il s'agisse d'équipement antipollution ou de systèmes de contrôle. Les tribunaux reconnaissent généralement ces ententes administratives et les acceptent comme moyen de preuve de diligence raisonnable²¹⁶. Là encore, il s'agit d'ententes individuelles négociées parallèlement à la réglementation.

Par ailleurs, le ministère de l'Environnement et de la Faune projette de réviser la *Loi sur la qualité de l'environnement* pour alléger les actes de procédure d'autorisation. L'objectif : simplifier et clarifier les normes, responsabiliser les différentes entreprises afin de réduire les dépenses publiques²¹⁷. Le consensus à ce propos est toutefois loin d'être acquis et le rapport du Groupe-conseil sur l'allégement réglementaire, rendu public en juin 1998, a été plutôt froidement accueilli. Le Groupe-conseil favorise l'allégement des normes et du processus bureaucratique, tout en souhaitant le maintien de l'orientation fondamentale de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Le rapport dénonce également l'approche du Ministère, « estimant qu'il n'est pas nécessaire de repartir à zéro pour améliorer la situation²¹⁸ », et propose essentiellement l'allégement de la liste des projets

214. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *Les orientations du ministère de l'Environnement et de la Faune pour 1998-1999*, Sainte-Foy, Gouvernement du Québec, 1998, p. 10.

215. L. GIROUX, « La protection juridique du fleuve Saint-Laurent », (1991) 32 C. de D. 1027, 1059 ; P. HALLEY, *loc. cit.*, note 191, 14.

216. Pensons, par exemple, aux cas suivants : *Procureur général du Québec c. Minéraux Noranda inc.*, J.E. 92-242 (C.Q.) ; *Procureur général du Québec c. Domtar inc.*, C.Q. Roberval, n° 155-27-001024-897, 8 juillet 1991, j. Abud, cités par P. HALLEY, *loc. cit.*, note 191, 21 et 24.

217. MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT ET DE LA FAUNE, *op. cit.*, note 194, p. 13.

218. J.-R. SANSFAÇON, « Alléger n'est pas déréglementer », *Le Devoir* [de Montréal] (13-14 juin 1998) A-10.

assujettis à l'obligation d'étude d'impact. Enfin, si la plupart des acteurs conviennent que la *Loi sur la qualité de l'environnement* de 1972 a grandement besoin de refonte et de révision, tous les projets de réforme législative ont à ce jour été rejetés et seuls quelques règlements d'application ont été actualisés. Aucune véritable révision n'a encore été entreprise.

Comme on le sait, la déréglementation environnementale s'inscrit dans une perspective de régionalisation et de décentralisation, en partie déterminée et délimitée par la diminution progressive des ressources et des programmes d'intervention de l'État. On peut dès lors se demander quel avenir ces nouvelles orientations réservent au droit de l'environnement, compte tenu de l'importance grandissante des instruments économiques dans les politiques environnementales et les modes de gestion et de contrôle de l'État. Ces inquiétudes se manifestent à la fois sur le plan international et dans chacun des États.

De manière générale, dans l'ensemble des pays, on constate que le recours aux instruments économiques favorise l'émergence de modes de contrôle issus de la sphère économique, tels qu'en font foi les codes de conduite et les agréments privés. Par ailleurs, sur un autre plan, notons que les nouveautés en matière de droit de la responsabilité ont concouru à favoriser l'adoption de ces politiques d'entreprise et leur reconnaissance juridique. La conformité de l'entreprise à un ensemble de normes privées peut en effet permettre au tribunal d'apprécier la diligence raisonnable des administrateurs²¹⁹, ou la faute de l'entreprise dans le cadre d'un recours en responsabilité pour dommage²²⁰. Compte tenu de leur importance stratégique, plusieurs dirigeants d'entreprise cherchent d'ailleurs à garder confidentielles les données relatives à la conformité de leurs activités à ces normes privées, comme ils le font pour les audits environnementaux réalisés aux mêmes fins²²¹. Pour la population, cela signifie autant d'obstacles à l'accès à l'information environnementale.

Les codes de conduite privés ont également pour effet de « desserrer l'étau législatif²²² » ainsi que de réduire la pression de la réglementation et la présence de l'État et du droit auprès de l'entreprise. Souvent obligatoires parmi les membres de la profession, ces codes assurent la conformité des

219. R. DAIGNEAULT, « ISO 14000 et la diligence raisonnable », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit de l'environnement* (1996), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 239, à la page 248.

220. J.-B. RACINE, *loc. cit.*, note 132, 423.

221. É. GIROUX, « L'entreprise et l'audit environnemental : perspectives de développement national et international dans les secteurs de l'environnement et du commerce », (1997) 38 *C. de D.* 71, 95 ; R. DAIGNEAULT, *loc. cit.*, note 219, 258.

222. J.-B. RACINE, *loc. cit.*, note 132, 415.

activités aux normes, mais à l'extérieur du système juridique. Cependant, non seulement le droit ne les ignore pas, mais l'État a de plus en plus tendance à déléguer des fonctions de contrôle et de surveillance à des systèmes privés. Du point de vue de l'État, ces codes de conduite privés, à l'instar des ententes administratives, viennent simplifier la gestion de l'environnement et faciliter la conciliation des intérêts en présence ; ils permettent également de préciser l'ampleur des obligations environnementales de l'entreprise et d'atteindre un taux de conformité à la réglementation souvent élevé²²³, mais cela se fait en excluant la population du processus de détermination des normes et du contrôle de leur application. Plus encore, les codes de conduite privés ne prévoient pas souvent la mise en œuvre de dispositifs de surveillance ni même l'imposition de sanctions en cas de contravention. Il en résulte que ces codes peuvent contribuer à « cautionner les abus de droit des grandes entreprises sans qu'il y ait réellement possibilité de regard ou de contrôle sur leurs activités²²⁴ ».

Le droit de l'environnement change alors de sens et de perspective. Éclaté en une multitude de normes privées plus ou moins confidentielles, il ne conserve aucune des caractéristiques de la réglementation. D'ailleurs, celle-ci, mise en sourdine, ne s'applique plus que par défaut. À plusieurs égards, malgré les déclarations de Rio et de Marrakech, nous n'avons pas quitté le point de départ : les entreprises craignent toujours que les normes environnementales changent les conditions de la concurrence, augmentent le coût de fabrication et les mettent à la merci de l'exercice de représailles commerciales²²⁵. Et le droit de l'environnement s'est adapté aux nouvelles conditions de la concurrence, telles qu'elles se sont exprimées dans les différents marchés.

Il en résulte un affaiblissement certain du droit de l'environnement, hors la sphère des traités multilatéraux. La réglementation environnementale ne représente plus ce compromis entre les intérêts collectifs et les intérêts privés qu'elle permettait de réaliser lorsque la participation publique était assurée. Aujourd'hui, au mieux, les intérêts collectifs peuvent être pris en considération dans la négociation des traités multilatéraux sur l'environnement. Les problèmes environnementaux à l'échelle mondiale, qu'il s'agisse de mouvement transfrontalier de déchets toxiques, de l'appauvrissement de la couche d'ozone ou de la perte de diversité biologique, reçoivent toute l'attention possible, dans la mesure cependant où ces

223. P. HALLEY, *loc. cit.*, note 191, 26.

224. B. CAMPBELL, « Les enjeux de la mondialisation. La lutte pour les nouveaux droits et la redistribution du pouvoir », *Le Devoir* [de Montréal] (30 décembre 1998) A-9.

225. V. REGE, *loc. cit.*, note 138, 96 ; K.W. STEININGER, *op. cit.*, note 140, pp. 7-15.

problèmes sont présentés sous un angle technique. Les États évitent ainsi que soit posée la question cruciale du contrôle sur le développement²²⁶.

À la lumière de ce qui précède, on peut même se demander si la réglementation environnementale est appelée à se réduire à la transposition de ces traités internationaux et solutions techniques en droit interne. Certes, plusieurs clarifications restent à faire, quant aux limites respectives du droit de l'environnement et du droit du commerce international, mais ces enjeux prennent également tout leur sens en droit interne, alors que les États recourent de moins en moins à la réglementation pour assurer la gestion de la pollution et la protection de l'environnement sur le plan local.

Conclusion

Le concept de développement durable, s'il situe l'environnement et le développement dans la même perspective, est d'abord un concept économique. Il permet notamment de mesurer l'état d'exploitation et de renouvellement des ressources naturelles, mais la relation plus étroite que ce principe établit entre l'environnement et la mise en valeur des ressources a contribué à accroître le rôle des instruments économiques dans la protection de l'environnement. Le droit de l'environnement a dû prendre acte de ces changements et les traduire en de nouveaux paradigmes.

Sur le plan international, les nouveautés en matière de droit de l'environnement se sont assez tôt heurtées au développement du commerce international. Malgré toutes les tentatives d'harmonisation faites à ce jour, plusieurs interrogations demeurent. Deux enjeux majeurs exigent toujours des clarifications et l'élaboration des règles existantes : la question des restrictions commerciales, que ce soit par des régimes d'éco-labels ou par l'imposition de sanctions commerciales, et la question de l'harmonisation des normes, par le recours éventuel à des standards internationaux.

La protection de l'environnement, objectif légitime au sens du GATT et de l'OMC, autorise des dérogations aux principes du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, des mesures commerciales peuvent sanctionner les traités multilatéraux sur l'environnement et ces mesures pourraient éventuellement porter sur les modes de production des produits, au sens de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*. La question de l'admissibilité des mesures unilatérales n'est cependant pas réglée pour autant, surtout lorsque ces mesures se fondent sur des engagements internationaux des États. La portée et la validité de ces

226. B. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 224, A-9.

interventions dépendent toujours des clarifications qui seront apportées par le Comité de l'OMC sur l'environnement et le commerce. Cependant, l'OMC ayant endossé le principe du développement durable, plusieurs observateurs s'attendent que soit reconnu un certain « unilatéralisme créateur », au soutien de ce principe²²⁷. Déjà, à la fin du cycle de négociations de l'Uruguay, il apparaissait clair que les États, ne pouvant s'en tenir au *statu quo*, devaient élaborer de nouvelles règles sur les mesures commerciales et donner leur appui au développement durable²²⁸.

Le Comité de l'OMC sur l'environnement et le commerce devra également se pencher à nouveau sur la question de l'harmonisation des normes. À plusieurs égards, l'adoption de standards internationaux apparaît plus que souhaitable aux États du Sud, aux prises avec les différents programmes de labellisation écologique et avec les normes relatives aux procédés et modes de production²²⁹. En ce domaine, l'équité doit-elle être assurée au moyen de normes internationales uniformisées ? Plusieurs tentatives d'harmonisation pratiquées par les États vont en ce sens, particulièrement en ce qui concerne les critères d'éco-label, pour lesquels il existe maintenant des forums internationaux²³⁰. La question, fort controversée, figure à l'ordre du jour de l'OMC. Il faut donc s'attendre que le Comité de l'OMC sur l'environnement et le commerce devienne un forum permanent pour la discussion de l'ensemble de ces questions²³¹.

La réception de ces discussions et rapports par les États membres de l'OMC se fait malheureusement dans le contexte de l'affaiblissement du droit de l'environnement hors la sphère des traités multilatéraux. De plus, malgré le grand nombre d'organisations internationales préoccupées par la protection de l'environnement, aucune d'entre elles ne représente l'ensemble de ces intérêts, de manière à faire face à l'OMC, à titre de protagoniste. Les enjeux sont importants et les pronostics, faibles. Certes, le développement durable ne peut se passer de normes environnementales, mais celles-ci se développent de plus en plus à l'extérieur du droit de l'environnement, à l'écart de toute participation publique.

227. « There should be a place for « creative » unilateralism within the GATT/OMC system to further the principle of sustainable development » : T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 301 ; E. BROWN WEISS, « Environment and Trade as Partners in Sustainable Development : A Commentary », (1992) 86 *Am. J. Int'l L.* 728, 732.

228. D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 236.

229. V. REGE, *loc. cit.*, note 138, 163.

230. Ces forums sont l'International Organization for Standardisation (ISO) et l'United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), notamment. C. TIETJE, *loc. cit.*, note 137, 157.

231. T.J. SCHOENBAUM, *loc. cit.*, note 24, 313 ; D.C. ESTY, *op. cit.*, note 25, p. 240.