

D LES NORMES DANS LE SYSTÈME COMMERCIAL MULTILATÉRAL

La présente section traite des textes juridiques et de la jurisprudence de l'OMC qui concernent les normes. Elle commence par un examen des textes eux-mêmes, suivi d'un exposé détaillé de quelques-uns des concepts essentiels relatifs aux normes qui figurent dans l'Accord OTC et l'Accord SPS ainsi que dans le GATT de 1994. Ces accords sont ensuite placés dans le contexte de l'analyse économique présentée dans les sections précédentes, et l'on se réfère aussi à la jurisprudence qui s'est accumulée au sujet des normes.¹²⁵ Comme le sujet concerne les normes de produits, on n'examinera que les textes juridiques et la jurisprudence de l'OMC qui se rapportent aux «marchandises». Il importe de noter que l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) contient aussi des dispositions relatives aux normes pour les services, notamment aux paragraphes 4 et 5 de l'article VI.

Les deux Accords de l'OMC qui concernent les normes – l'Accord OTC et l'Accord SPS – doivent être considérés à l'intérieur de l'ensemble plus large des accords du système commercial multilatéral, notamment le GATT de 1994 et le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord), auxquels ils sont intégralement liés. Ces liens sont parfois très clairs – comme par exemple à l'article 14 de l'Accord OTC et à l'article 11 de l'Accord SPS, qui indiquent de quelle façon les différends relatifs à ces accords doivent être réglés conformément au Mémoire d'accord. D'autres liens sont moins évidents mais tout aussi importants, tels ceux qui concernent l'obligation fondamentale énoncée à l'article I^{er} (Traitement général de la nation la plus favorisée – NPF), l'article III (Traitement national), l'article XI (Élimination générale des restrictions quantitatives) et l'article XX (Exceptions générales) du GATT de 1994.

Le but des Accords OTC et SPS est de faire en sorte que les gouvernements qui poursuivent des objectifs autres que commerciaux au moyen de normes le fassent de manière à désorganiser le moins possible le commerce. Les obligations relatives au traitement NPF et au traitement national – obligations de non-discrimination – constituent un rempart important contre les normes dont l'application reviendrait à accorder à des fournisseurs étrangers un traitement moins favorable qu'aux fournisseurs nationaux ou à d'autres fournisseurs étrangers. Le mécanisme de règlement des différends permet aux pays de régler leurs désaccords concernant la compatibilité de telle ou telle norme avec les prescriptions des Accords OTC et SPS et les obligations découlant du GATT de 1994.

Dans quelques études récentes, on a cherché à expliquer pourquoi il y avait des accords internationaux sur les normes.¹²⁶ Mais il y a une explication plus simple, qui est celle qu'avancent les économistes pour justifier la coopération internationale en matière de droits de douane. Si les pays poursuivent des politiques commerciales unilatérales, il en résultera vraisemblablement des guerres commerciales. Chaque pays tentera de faire pencher les termes de l'échange en sa faveur en appliquant les meilleurs droits de douane possibles, mais cela incitera inévitablement ses partenaires commerciaux à user de rétorsion. Le monde finira donc par s'appauvrir, avec une protection moyenne plus grande et des volumes d'échanges plus faibles. Une situation similaire peut se produire au sujet des normes de produits, chaque pays essayant d'atteindre ses propres objectifs au moyen des normes, sans tenir compte du coût imposé à ses partenaires commerciaux.

Cet argument illustre les similitudes entre les normes et les droits de douane, dans le sens où des normes et des droits optimaux du point de vue national ne le sont pas nécessairement du point de vue mondial. Il y a aussi une différence importante entre les deux moyens d'action. Alors qu'un droit de douane a clairement pour but et pour effet d'établir une discrimination entre les produits importés et les produits nationaux, il

¹²⁵ Comme on l'a indiqué dans la section IIB.1, la terminologie économique relative aux normes ne correspond pas exactement à la terminologie juridique. Dans la présente section, on continuera à utiliser la terminologie économique, mais on se servira de la terminologie juridique chaque fois qu'il sera directement question de l'Accord OTC ou de l'Accord SPS (voir le tableau 1).

¹²⁶ Ainsi, Battigalli et Maggi (2003) invoquent la notion de contrats incomplets pour expliquer la nature des accords internationaux relatifs aux normes de produits. Un contrat incomplet est un accord qui ne peut spécifier l'obligation contractuelle de chaque partie pour tout état possible du monde. Dans le cas des normes de produits, l'accord est incomplet parce qu'il est impossible de prévoir quels types de normes existeront à l'avenir. L'évolution de la technologie, de la demande des consommateurs et de l'intégration internationale entraînera l'apparition de nouvelles normes de produits. La réglementation publique relative aux normes risque aussi de changer selon les préoccupations de la population. Il est donc impossible de rédiger à l'avance des accords prévoyant toutes les situations qui peuvent se produire dans le domaine des normes et du commerce. Les auteurs font valoir que, dans ces conditions, l'ensemble optimal d'accords internationaux concernant les normes de produits comprendra une structure en trois parties: i) des dispositions mentionnant les normes relatives aux produits existants; ii) une règle de non-discrimination (traitement national); et iii) une procédure de règlement des différends.

peut être assez difficile concrètement de déterminer le but et l'effet d'une norme. Il peut donc arriver qu'un gouvernement prétende introduire une norme pour remédier à des imperfections du marché comme celles qui sont examinées dans la section IIB, alors qu'en réalité elle a été conçue pour conférer un avantage artificiel aux producteurs nationaux. Autrement dit, les normes peuvent être utilisées comme une forme «déguisée» de protectionnisme. On notera qu'en principe, cela n'est pas dans l'intérêt du pays qui impose une telle norme, puisque les consommateurs tendent à pâtir des politiques protectionnistes. Comme les gouvernements s'appuient généralement sur les renseignements donnés par les producteurs lorsqu'il s'agit de concevoir des normes (voir la section IIC), le risque qu'un gouvernement soit influencé par le secteur privé semble réel.

1. LES NORMES DANS LES ACCORDS DE L'OMC

Des normes bien conçues peuvent jouer un rôle important pour garantir le bon fonctionnement des marchés. Les normes établies au niveau national sont généralement destinées à faciliter les transactions sur le marché national. Mais elles peuvent également influencer l'issue des transactions internationales et accroître ou diminuer les échanges. Il peut aussi y avoir des normes conçues pour réduire les importations et protéger les producteurs nationaux. Dans les préambules des Accords OTC et SPS, il est dit que les Membres ne doivent pas appliquer leurs normes d'une manière qui constituerait une «restriction déguisée au commerce international».

a) Accord OTC

L'Accord OTC porte sur les règlements techniques, les normes et l'évaluation de la conformité (voir la définition exacte de ces termes dans l'encadré 14). L'une des grandes différences entre un règlement technique et une norme est que le respect du règlement est obligatoire. L'Accord OTC s'applique à un large éventail d'organismes et de systèmes, aux niveaux local, national, régional et international, ainsi que gouvernemental et non gouvernemental. Les droits et obligations qui y sont énoncés dépendent du type d'organisme visé. Ainsi, les règlements techniques établis par des institutions du gouvernement central sont ceux qui font l'objet des obligations les plus strictes au titre de l'Accord.

Encadré 14: Quelques définitions employées dans l'Accord OTC

Un *règlement technique* est un document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés.

Une *norme* est un document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés.

On entend par *procédure d'évaluation de la conformité* toute procédure utilisée, directement ou indirectement, pour déterminer que les prescriptions pertinentes des règlements techniques ou des normes sont respectées.

Source: Annexe I de l'Accord OTC.

L'Accord OTC reconnaît que les gouvernements peuvent imposer des règlements techniques pour atteindre des objectifs légitimes tels que la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, 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'environnement. Mais l'élaboration, l'adoption ou l'application de ces règlements ne doivent pas avoir pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Les règlements techniques ne doivent donc pas être plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime.

L'article 2 de l'Accord OTC énonce un ensemble de principes qui doivent être respectés lors de l'élaboration, de l'adoption et de l'application de règlements techniques par des institutions du gouvernement central. Ces principes sont les suivants:

- appliquer le traitement NPF et le traitement national;
- utiliser les normes internationales pertinentes comme base des règlements techniques. Chaque fois qu'un règlement est conforme au contenu technique des normes internationales pertinentes et élaboré pour l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés, il est présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international;
- participer pleinement à l'élaboration des normes internationales par les organismes internationaux de normalisation;
- accepter comme équivalents les règlements techniques des autres Membres s'ils remplissent de manière adéquate les objectifs des règlements nationaux;
- définir les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives;
- informer à l'avance les autres Membres et discuter avec eux de leurs observations chaque fois qu'un règlement technique projeté n'est pas conforme aux normes internationales pertinentes et si le règlement peut avoir un effet notable sur leur commerce; et
- publier dans les moindres délais ou rendre accessibles tous les règlements techniques adoptés.

La plupart des principes énoncés dans l'Accord OTC au sujet des règlements techniques s'appliquent également aux normes volontaires visées par le *Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes* (Annexe 3 de l'Accord). Conformément à l'article 4.1, les Membres doivent prendre «toutes mesures raisonnables» en leur pouvoir pour que les organismes de normalisation qui se trouvent sur leur territoire ou auxquels ils sont liés acceptent et respectent ce code de pratique. Ils doivent en outre s'abstenir de prendre des mesures ayant pour effet d'obliger ou d'encourager ces organismes à agir d'une manière incompatible avec le Code de pratique. Outre les obligations contractées par les Membres, les organismes de normalisation qui ont accepté le Code de pratique sont soumis aux disciplines générales de l'Accord OTC.

Le Comité des obstacles techniques au commerce a adopté un ensemble de principes garantissant la transparence, l'ouverture, l'impartialité, le consensus, la pertinence, l'efficacité, la cohérence et la prise en compte des intérêts des pays en développement, qui précisent et renforcent le concept de norme internationale dans le cadre de l'Accord et contribuent à la réalisation de ses objectifs.¹²⁷ Ces principes étaient jugés pertinents aussi pour l'élaboration de normes, guides et recommandations internationaux relatifs aux procédures d'évaluation de la conformité. Les organismes qui ont des procédures ouvertes, impartiales et transparentes, permettant un consensus entre toutes les parties intéressées sur le territoire d'au moins tous les Membres, semblent mieux à même d'élaborer des normes efficaces et pertinentes à l'échelle mondiale, contribuant ainsi à la réalisation de l'objectif de l'Accord, qui est d'éviter les obstacles non nécessaires au commerce.

Une grande partie de l'Accord OTC traite des procédures d'évaluation de la conformité, qui sont des procédures techniques – telles que l'essai, la vérification, l'inspection et la certification – destinées à confirmer que les produits répondent aux prescriptions établies dans les normes et les règlements techniques. L'élaboration,

¹²⁷ Voir l'Annexe 4 du document de l'OMC G/TBT/9 du 13 novembre 2000.

l'adoption ou l'application des procédures d'évaluation de la conformité ne doivent avoir pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Ces procédures ne doivent donc pas être plus strictes ni appliquées de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour donner une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou aux normes applicables.

L'article 5 de l'Accord OTC indique les principes à respecter par les institutions du gouvernement central pour l'évaluation de la conformité. Ces principes sont, entre autres, les suivants:

- appliquer le traitement NPF et le traitement national aux divers aspects des procédures d'évaluation de la conformité, tels que la rapidité, les demandes de renseignements, le caractère confidentiel des renseignements relatifs aux produits, les redevances, le choix de l'emplacement des installations utilisées pour les procédures d'évaluation de la conformité et le prélèvement des échantillons, les procédures d'examen des plaintes, etc.;
- utiliser les guides ou recommandations pertinents émanant d'organismes internationaux de normalisation comme fondement des procédures d'évaluation de la conformité;
- participer à l'élaboration par les organismes internationaux de normalisation des guides et recommandations concernant ces procédures;
- chaque fois qu'il n'existera pas de guide ni de recommandation pertinent émanant d'un organisme international de normalisation et si la procédure d'évaluation de la conformité peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, faire paraître assez tôt un avis informant les autres Membres, leur fournir le texte de la procédure proposée et leur donner un délai raisonnable pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, discuter de ces observations si demande leur en est faite, et tenir compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions;
- publier dans les moindres délais ou rendre autrement accessibles toutes les procédures d'évaluation de la conformité qui ont été adoptées.

Comme on l'a indiqué dans les sections IIB et IIC, la multiplicité des essais sur les produits renchérit le commerce international. Aussi l'article 6 de l'Accord OTC prescrit-il aux Membres de faire en sorte que les résultats des procédures d'évaluation de la conformité d'autres Membres soient acceptés, à condition bien sûr d'avoir la certitude que ces procédures offrent une assurance de la conformité équivalente à leurs propres procédures. À cette fin, les Membres sont encouragés à conclure des accords de reconnaissance mutuelle des résultats de leurs procédures d'évaluation de la conformité. Mais, pour qu'un ARM soit efficace, il faut que chaque partenaire ait une grande confiance dans les organismes d'essai et de certification de l'autre. C'est pourquoi il est dit dans l'Accord OTC que des consultations préalables pourront être nécessaires pour arriver à un accord mutuellement satisfaisant au sujet des compétences des organismes d'évaluation de la conformité.

Étant donné que les pays en développement peuvent rencontrer des difficultés pour élaborer et appliquer les normes, l'Accord prévoit à leur intention une assistance technique et un traitement spécial et différencié.

L'article 11 vise l'assistance technique qui doit être apportée aux autres Membres de l'OMC. Il indique que cette assistance portera sur un éventail d'activités telles que l'élaboration de règlements techniques, la création d'organismes nationaux de normalisation et leur participation aux travaux des organismes internationaux de normalisation, la création d'organismes réglementaires ou d'organismes d'évaluation de la conformité aux règlements techniques et aux normes, la création des institutions et du cadre juridique qui leur permettront de remplir les obligations que comporte la qualité de membre des systèmes internationaux ou régionaux d'évaluation de la conformité ou la participation à ces systèmes, etc.

Aux termes des dispositions de l'article 12 relatives au traitement spécial et différencié, les Membres de l'OMC doivent faire en sorte que leurs règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres, reconnaître que l'on ne saurait attendre de ces pays qu'ils utilisent, comme base de leurs règlements techniques, de leurs normes ou de leurs méthodes d'essai, des normes internationales qui ne sont pas appropriées aux besoins de leur développement, et prendre des mesures raisonnables pour que les organismes internationaux de normalisation

et les systèmes internationaux d'évaluation de la conformité facilitent la participation des organismes compétents de tous les Membres, en tenant compte des problèmes spéciaux des pays en développement.

b) Accord SPS

L'Accord SPS s'applique aux mesures sanitaires et phytosanitaires qui peuvent, directement ou indirectement, affecter le commerce international (voir la définition de ces mesures dans l'encadré 15).

Encadré 15: Qu'est-ce qu'une mesure SPS?

On entend par mesure SPS toute mesure appliquée:

- i) pour protéger, sur le territoire du Membre, la santé et la vie des animaux ou préserver les végétaux des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, maladies, organismes porteurs de maladies ou organismes pathogènes;
- ii) pour protéger, sur le territoire du Membre, la santé et la vie des personnes et des animaux des risques découlant des additifs, contaminants, toxines ou organismes pathogènes présents dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux;
- iii) pour protéger, sur le territoire du Membre, la santé et la vie des personnes des risques découlant de maladies véhiculées par des animaux, des plantes ou leurs produits, ou de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites; ou
- iv) pour empêcher ou limiter, sur le territoire du Membre, d'autres dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites.

Source: Annexe A de l'Accord SPS.

Les Membres ont plusieurs obligations fondamentales au titre de l'Accord SPS (article 2). La première est de faire en sorte que leurs mesures SPS ne soient pas appliquées de manière à établir une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent les mêmes conditions ou à constituer une restriction déguisée au commerce international. Deuxièmement, les mesures en question ne doivent être appliquées que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, elles doivent être fondées sur des principes scientifiques et elles ne doivent pas être maintenues sans preuves scientifiques suffisantes.

L'Accord SPS encourage les Membres à harmoniser le plus largement possible leurs mesures sanitaires et phytosanitaires sur la base des normes internationales (article 3), car cette harmonisation peut empêcher qu'elles soient utilisées pour créer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres ou une restriction déguisée au commerce international.¹²⁸ En outre, les normes internationales reconnues (Codex, CIPV et OIE) reposent sur des preuves scientifiques suffisantes. Pour réaliser cette harmonisation, les Membres doivent établir leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales, dans les cas où il en existe (voir dans l'encadré 16 des exemples des normes, directives et recommandations mentionnées dans l'Accord SPS). En fait, les mesures conformes aux normes internationales sont réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux et compatibles avec les dispositions de l'Accord SPS.

Mais, comme il n'existe pas de normes internationales dans tous les cas, il peut arriver que les Membres de l'OMC adoptent des mesures SPS différentes. Ils doivent toutefois s'assurer que leurs mesures sont fondées sur une évaluation des risques pour la santé. En outre, pour que ces mesures n'entravent pas le commerce, ils doivent accepter les mesures SPS des autres Membres comme équivalentes aux leurs si le Membre exportateur démontre au Membre importateur qu'avec ses mesures le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire dans le Membre importateur est atteint (article 4).

¹²⁸ Rapport de l'Organe d'appel CE – Hormones, paragraphe 177.

L'obligation de procéder à une évaluation des risques et celle de fournir des preuves scientifiques suffisantes sont essentielles pour maintenir l'équilibre négocié dans l'Accord SPS entre les intérêts partagés quoique parfois divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains et des animaux et préserver les végétaux.¹²⁹ Un Membre de l'OMC peut donc maintenir ou introduire des mesures qui se traduisent par des normes supérieures aux normes internationales courantes s'il y a une justification scientifique ou si cela découle du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'il juge approprié.

L'article 5 de l'Accord SPS indique les procédures et les critères à employer pour évaluer les risques et déterminer les niveaux appropriés de protection sanitaire ou phytosanitaire. Pour évaluer le risque et déterminer la mesure à appliquer en vue d'obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, il faut tenir compte de facteurs à la fois techniques et économiques. Les facteurs techniques sont, entre autres, les preuves scientifiques disponibles, les procédés et méthodes de production, les méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai, et la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques. Les facteurs économiques sont, entre autres, le dommage potentiel en termes de perte de production ou de ventes dans le cas de l'entrée d'un parasite ou d'une maladie, le coût de la lutte ou de l'éradication sur le territoire du Membre importateur, et le rapport coût-efficacité d'autres approches qui permettraient de limiter les risques. Lorsqu'ils déterminent le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres doivent tenir compte de l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce.

Toutefois, l'Accord SPS reconnaît aussi à l'article 5:7 qu'il peut y avoir des cas où les preuves scientifiques sont insuffisantes. Les Membres de l'OMC peuvent alors adopter provisoirement des mesures SPS d'urgence ou de précaution, mais ils doivent obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et réexaminer leurs mesures dans un délai raisonnable.

Comme les pays en développement peuvent avoir des difficultés à élaborer et appliquer des mesures SPS, l'Accord prévoit à leur intention une assistance technique et un traitement spécial et différencié. Lorsque le risque autorise l'adoption de mesures SPS, le traitement spécial et différencié prévoit des délais de mise en conformité plus longs pour les produits dont l'exportation intéresse ces pays et, sur demande, des exemptions limitées dans le temps de certaines obligations découlant de l'Accord.

Encadré 16: Normes, directives et recommandations internationales

Pour l'innocuité des produits alimentaires, les normes, directives et recommandations établies par la Commission du Codex Alimentarius en ce qui concerne les additifs alimentaires, les résidus de médicaments vétérinaires et de pesticides, les contaminants, les méthodes d'analyse et d'échantillonnage, ainsi que les codes et les directives en matière d'hygiène;

Pour la santé des animaux et les zoonoses, les normes, directives et recommandations élaborées sous les auspices de l'Office international des épizooties;

Pour la préservation des végétaux, les normes, directives et recommandations internationales élaborées sous les auspices du Secrétariat de la Convention internationale pour la protection des végétaux en coopération avec les organisations régionales opérant dans le cadre de ladite Convention; et

Pour les questions qui ne relèvent pas des organisations susmentionnées, les normes, directives et recommandations appropriées promulguées par d'autres organisations internationales compétentes ouvertes à tous les Membres et identifiées par le Comité.

Source: Annexe A de l'Accord SPS.

¹²⁹ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Hormones*, paragraphe 177.

c) Relation avec le GATT de 1994

Le GATT de 1994 comprend 38 articles, auxquels s'ajoute une jurisprudence étalée sur une longue période. Il y a donc une certaine simplification à n'étudier ici que trois articles: l'article III (Traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieure), l'article XI (Élimination générale des restrictions quantitatives) et l'article XX (Exceptions générales). Néanmoins, les différends qui portent sur les Accords OTC et SPS sont presque toujours accompagnés d'allégations selon lesquelles les mesures contestées sont incompatibles avec l'un ou l'autre de ces articles.

L'article III, qui est l'une des dispositions les plus importantes du GATT de 1994, interdit aux Membres de l'OMC d'appliquer des taxes ou des réglementations intérieures à des produits importés de manière à protéger la production nationale. Un Membre doit donc accorder aux produits importés un traitement qui ne sera pas moins favorable que le traitement accordé aux produits nationaux similaires. Il y a là un lien important avec les Accords OTC et SPS, qui exigent que les règlements techniques et les mesures SPS ne soient pas utilisés comme des moyens de protéger la production nationale.

L'article XI du GATT interdit aux Membres d'appliquer aux importations de tout autre Membre des prohibitions ou des restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions. Le lien avec les Accords OTC et SPS est que l'application d'un règlement technique ou d'une mesure SPS revient à interdire ou à restreindre l'importation des produits qui ne sont pas conformes à ce règlement ou à cette mesure.

Enfin, l'article XX du GATT autorise les Membres à adopter ou à appliquer des mesures destinées à atteindre toute une série d'objectifs – dont la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux et la conservation des ressources naturelles épuisables –, à condition que ces mesures ne soient pas appliquées de manière à établir une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent les mêmes conditions ou à constituer une restriction déguisée au commerce international. Certains des objectifs cités à l'article XX sont identiques à ceux que citent les Accords OTC et SPS, et les Membres peuvent invoquer l'article XX pour justifier leurs actions dans le domaine des OTC. Toutefois, l'Accord SPS dit expressément qu'il précise les règles relatives à l'application de l'article XX b) et que les mesures SPS qui sont conformes à l'Accord seront présumées satisfaire aux obligations incombant aux Membres en vertu des dispositions du GATT relatives aux mesures SPS. Il est donc considéré comme plus spécifique que l'article XX b) du GATT et doit prévaloir sur cet article en ce qui concerne les mesures SPS.

2. CONCEPTS ESSENTIELS DU POINT DE VUE ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE

Les Membres de l'OMC se sont engagés à faire en sorte que les règlements techniques et les normes ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce international, tout en reconnaissant qu'on ne peut empêcher les gouvernements d'utiliser les normes pour atteindre des objectifs légitimes. Cela veut dire qu'en cas de différend, un groupe spécial peut avoir à faire la distinction entre une norme «légitime» et une norme «illégitime», c'est-à-dire incompatible avec le droit de l'OMC. Les textes juridiques sur lesquels reposeront toute décision en la matière ont été brièvement présentés ci-dessus. Dans la présente sous-section, on examine de plus près certains des concepts essentiels qui peuvent jouer un rôle dans l'analyse juridique d'un différend portant sur des normes, et l'on s'efforce de comparer ces concepts avec les concepts connexes tirés de l'analyse économique présentés dans la section IIB.

a) Ménager un équilibre ou maximiser le bien-être

L'exposé de la section IIB a montré qu'une norme destinée à remédier à une défaillance du marché – qu'il s'agisse d'une dissymétrie d'information sur la sécurité d'un produit ou d'un effet externe de la production sur l'environnement – peut avoir des effets défavorables sur le commerce. La correction d'une défaillance du marché a un effet bénéfique sur l'économie, alors qu'un effet défavorable sur le commerce tend à entraîner des pertes pour l'économie pertinente. La mise en œuvre de la norme implique aussi généralement des coûts et donc une perte pour l'économie. Du point de vue de l'économiste, le «moyen d'action optimal» est celui qui ménage le

meilleur équilibre possible entre, d'une part, les effets positifs dus à un meilleur fonctionnement du marché et, de l'autre, les coûts entraînés par l'application de la norme et les éventuels effets défavorables sur le commerce.¹³⁰

La notion d'équilibre à ménager est aussi présente dans la jurisprudence de l'OMC. Bien que le GATT ne parle pas expressément d'un critère d'équilibre, la nécessité de «mettre en balance» une série de facteurs a été mentionnée expressément, par exemple, dans des affaires où l'on a eu recours à l'article XX d) du GATT pour interpréter le terme «nécessaire». Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a dit ceci:

«En somme, pour déterminer si une mesure qui n'est pas «indispensable» peut néanmoins être «nécessaire» au sens de l'article XX d), il faut dans chaque cas soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations.»

Cet exercice de «mise en balance» comporte, dans les deux cas, des éléments similaires: l'effet positif de la norme sur l'objectif visé et l'effet négatif qu'elle peut avoir sur le commerce. Dans le premier cas, il s'agit de déterminer la politique qui maximise le bien-être de l'économie nationale (censé prendre en compte le bien-être de tous les agents économiques). Dans le second, il s'agit de déterminer si la politique est compatible avec le droit de l'OMC.

Dans certains écrits, on estime que les deux exercices devraient donner des résultats similaires, dans le sens où un moyen d'action qui n'est pas optimal du point de vue du bien-être national devrait être suspecté d'incompatibilité avec le droit de l'OMC.¹³¹ Cet argument est logique si l'on suppose que le droit commercial multilatéral a pour but d'empêcher l'adoption de mesures utilisées pour donner artificiellement un avantage compétitif aux producteurs nationaux. Ces mesures protectionnistes tendent généralement à être mauvaises également du point de vue du bien-être national, car ce sont les consommateurs nationaux qui finissent par en payer le prix en ne pouvant plus acheter de produits étrangers meilleur marché. Leur préjudice tend à l'emporter sur les gains potentiels des producteurs nationaux.¹³² En conséquence, les politiques conçues de cette manière ne seraient pas des politiques optimales du point de vue du bien-être national. En pareil cas, le système commercial multilatéral contribuerait implicitement à protéger les gouvernements et, en fin de compte, les consommateurs contre les effets potentiellement préjudiciables pour l'économie des pressions exercées par les producteurs.

Toutefois, cet argument néglige le fait que ce qui est bon pour un pays ne l'est pas nécessairement pour ses partenaires commerciaux ni pour l'ensemble du système commercial multilatéral. Face à des défaillances du marché telles que celles qui sont exposées dans la section IIB, il se peut que des politiques optimales du point de vue national portent préjudice aux partenaires commerciaux. Il se peut aussi que ce préjudice l'emporte sur les avantages procurés au pays qui a mis en place la politique. Autrement dit, des politiques optimales du point de vue national ne le sont pas nécessairement du point de vue mondial.¹³³ La question se pose donc de savoir si de telles politiques doivent être considérées comme compatibles ou non avec le système commercial multilatéral.

Dans la sous-section suivante, on examine de façon plus détaillée l'approche économique de la «mise en balance» dans le contexte de la maximisation du bien-être national, puis on analyse la jurisprudence de l'OMC à ce sujet.

¹³⁰ Pour être plus précis, le moyen d'action optimal vise à égaliser les gains marginaux et les pertes marginales de bien-être causés par la mesure.

¹³¹ Voir Mattoo et Subramanian (1998). Les auteurs appliquent en fait cet argument à l'article III du GATT, mais il serait simple de l'appliquer aussi à l'article XX. Jansen et Keck (2005) examinent les différences et les ressemblances qui existent dans les interprétations des articles III et XX du GATT figurant dans la jurisprudence et les études pertinentes.

¹³² Il y a des exceptions à cette règle, comme le montrent les écrits sur la politique commerciale stratégique (par exemple Brander et Spencer, 1985) ou dans le cas des grands pays (argument du droit de douane optimal).

¹³³ Voir l'approche exposée par Battigalli et Maggi (2003), mentionnée précédemment.

i) Les moyens d'action qui «maximisent le bien-être»

Si l'on admet que l'exercice de mise en balance qui consiste à déterminer le moyen d'action optimal du point de vue national peut servir de référence pour l'analyse juridique des différends relatifs aux normes soulevés à l'OMC, la question se pose de savoir comment appliquer une telle approche. Autrement dit, la question est de savoir si et dans quelle mesure le raisonnement économique relatif aux moyens d'action optimaux peut être utilisé pour l'analyse juridique lorsqu'il s'agit de différends portant sur des normes. Malheureusement, il n'est pas toujours possible de mesurer les effets de tous les facteurs qui jouent un rôle dans la détermination du moyen d'action optimal. Il est donc généralement difficile aux économistes de définir la conception exacte du meilleur choix possible en matière de politique. Mais les économistes ont quand même certaines idées sur la question de savoir quand un moyen d'action ménage un meilleur équilibre qu'un autre.

Prenons le cas de la sécurité des produits. Il existe toute une série de moyens d'action permettant de garantir un certain degré de sécurité. Différents moyens supposent différents niveaux d'intervention des pouvoirs publics, différents mécanismes pour résoudre le problème d'information et différents effets sur le fonctionnement des marchés.

Dans bien des cas, les fournisseurs ont les moyens de signaler la qualité d'un produit, par exemple grâce à la garantie. En offrant une garantie supérieure, le fournisseur signale une confiance supérieure dans la qualité, en l'occurrence la sécurité, de son produit et corrige dans une certaine mesure la dissymétrie d'information. L'intervention des pouvoirs publics dans ce type de moyen d'action est très limitée et se borne à instaurer le régime juridique dans lequel fonctionneront les garanties offertes par les fournisseurs. La correction de la défaillance du marché est donc laissée essentiellement à l'initiative privée, et ce moyen d'action n'aura sans doute pas de grands effets de distorsion sur le marché en général ni sur les courants commerciaux en particulier. Il est peu probable qu'il conduise à des résultats souhaitables en matière de politique dans le cas des «biens de confiance».

Les systèmes d'étiquetage privés peuvent permettre aux consommateurs de faire la différence entre des produits plus ou moins sûrs. Comme dans le cas des garanties, les fournisseurs signalent la qualité du produit aux consommateurs. Dans la plupart des cas, l'étiquetage sera lié aux caractéristiques du produit, garanties par le fournisseur. Alors que la garantie est donnée par un fournisseur en particulier, c'est généralement un groupement de fournisseurs qui adhère à un système d'étiquetage privé. L'intervention des pouvoirs publics est nécessaire pour définir le contexte juridique dans lequel fonctionnera le système. Par rapport à la garantie, l'étiquetage privé peut avoir plus d'effets sur le commerce, car il oblige les producteurs étrangers à choisir le système auquel ils adhèrent, ou à n'adhérer à aucun système, alors que, dans le cas de la garantie, ils sont entièrement libres de choisir une politique individuelle. Mais l'application des systèmes d'étiquetage privés aux biens de confiance risque d'être aussi limitée.

Les systèmes d'étiquetage publics volontaires fonctionnent de façon très similaire aux systèmes d'étiquetage privés, la principale différence étant que les pouvoirs publics décident quelles caractéristiques du produit méritent quel type d'étiquette et qu'ils contrôlent l'utilisation de la politique d'étiquetage. L'étiquetage public peut être moins souple que l'étiquetage privé, de sorte que les politiques d'étiquetage public s'adapteront plus lentement à l'évolution du marché. Mais ce type d'intervention des pouvoirs publics se comprend sur les marchés de produits ayant des caractéristiques de biens de confiance. On a montré dans les sections précédentes que, sur ces marchés, les systèmes d'étiquetage privés peuvent ne pas fonctionner, car les producteurs sont incités à tricher.

La différence entre les systèmes d'étiquetage publics obligatoires et les systèmes volontaires est que, dans le premier cas, les produits de qualité inférieure (en l'occurrence de sécurité inférieure) sont étiquetés alors que, dans le second, ce sont les produits de qualité supérieure qui le sont. Le recours à une politique ou à l'autre ne devrait pas avoir d'effets notables sur le marché. Dans les deux cas, les produits «plus sûrs» seront vraisemblablement plus chers. Mais les deux politiques peuvent avoir des conséquences différentes lorsqu'il s'agit de savoir quels producteurs devront payer les frais d'étiquetage.

Une norme minimale a plus d'effets sur le marché, car elle en élimine fondamentalement certains produits. Pour pouvoir être mis sur le marché, les produits doivent offrir un minimum de sécurité. Ceux qui ne peuvent

répondre à ces critères ne peuvent être vendus. Une telle politique tend à avoir une incidence plus forte sur les courants commerciaux que les politiques susmentionnées, mais elle peut se justifier si les consommateurs qui utilisent des produits de moindre qualité courent des risques importants. Dans une telle situation, les pouvoirs publics peuvent vouloir supprimer toute possibilité que des produits dangereux soient consommés en les retirant simplement du marché.

Les paragraphes ci-dessus montrent que des moyens d'action différents peuvent avoir des effets plus ou moins restrictifs sur le commerce. Les économistes tendent à accepter le recours à des moyens d'action d'autant plus restrictifs pour le commerce que la défaillance du marché est grave (par exemple les biens de confiance par rapport aux biens d'expérience) et que l'effet néfaste d'un produit à risque sur les consommateurs est plus probable et plus grand.¹³⁴ Le moyen d'action qui maximise le bien-être sera celui qui met à égalité (qui «équilibre» parfaitement) le coût marginal de sa mise en place, y compris ses éventuels effets défavorables sur le commerce, et ses avantages marginaux en termes de réduction des risques.

ii) *La notion d'équilibre dans la jurisprudence de l'OMC*

Comme on l'a indiqué précédemment, le GATT ne contient pas de disposition autorisant expressément le recours à un critère d'équilibre, mais la «mise en balance» d'une série de facteurs a été mentionnée expressément, par exemple, dans des affaires où l'on a eu recours à l'article XX d) du GATT pour interpréter le terme «nécessaire». Ce terme figure aussi à l'article XX b). L'article XX b) et d) dit ceci:

«Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures ...

- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; ...
- d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur;»

Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* (voir l'encadré 17), l'Organe d'appel a dit ce qui suit: «l'interprète d'un traité qui apprécie une mesure dont on prétend qu'elle est nécessaire pour assurer le respect d'une loi ou d'un règlement compatible avec l'Accord sur l'OMC peut, s'il y a lieu, tenir compte de l'importance relative de l'intérêt commun ou des valeurs communes que la loi ou le règlement que l'on veut faire respecter est censé protéger». Et d'ailleurs, il fixe de façon assez explicite un critère d'équilibre en examinant l'apport de la mesure à la réalisation de l'objectif recherché: «Plus cet apport est grand, plus il sera facile de considérer que la mesure peut être «nécessaire».»¹³⁵

¹³⁴ Cela suppose qu'on procède à une évaluation des risques pour déterminer l'ampleur potentielle de ces effets néfastes et leur probabilité. Voir à la sous-section c) une analyse plus détaillée de l'évaluation des risques.

¹³⁵ Voir aussi la citation susmentionnée de l'Organe d'appel tirée du rapport *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*.

Encadré 17: «Mise en balance» dans l'affaire Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf (WT/DS161, 169)

L'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* visait plusieurs mesures adoptées par la Corée qui affectaient les importations de viande de bœuf et le marché intérieur de la viande de bœuf du pays. L'une de ces mesures avait conduit à l'établissement d'un double système de vente au détail de viande de bœuf. Dans le cadre de ce système, la majeure partie de la viande de bœuf importée devait être vendue soit dans des magasins spécialisés qui ne vendaient que de la viande de bœuf importée (bien qu'ils puissent vendre d'autres produits carnés, d'origine étrangère et nationale), soit dans des magasins du type des grands magasins, où la viande de bœuf importée devait être conservée dans des espaces de vente séparés. Les magasins qui vendaient de la viande de bœuf importée devaient arborer l'enseigne «magasin spécialisé dans la viande de bœuf importée» pour les distinguer des commerçants qui vendaient de la viande de bœuf nationale.

S'agissant de ce double système de vente au détail, le Groupe spécial a constaté que cette mesure entraînait un traitement moins favorable pour les importations, en violation de l'article III:4 du GATT, et qu'elle n'était pas justifiée au regard de l'article XX d) du GATT. La Corée a fait appel de cette constatation, mais l'Organe d'appel a confirmé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le double système de vente au détail de la Corée n'était pas «nécessaire» pour assurer le respect de la Loi coréenne sur la concurrence déloyale et qu'il n'était donc pas justifié au regard de l'article XX d) du GATT.

La Loi coréenne sur la concurrence déloyale visait entre autres choses à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur. En l'espèce, les pratiques de nature à induire en erreur alléguées que le double système de vente au détail était censé empêcher, étaient la déclaration mensongère de l'origine de la viande de bœuf, c'est-à-dire le fait de vendre de la viande importée pour de la viande coréenne, pratique qui était commercialement rentable à cause de la différence de prix.

Le Groupe spécial a fait valoir que pour démontrer que le double système de vente au détail était «nécessaire» pour assurer le respect de la Loi sur la concurrence déloyale, la Corée devait montrer qu'aucune autre mesure compatible avec l'Accord sur l'OMC n'était raisonnablement disponible à l'heure actuelle pour lutter contre les déclarations mensongères sur le marché de détail quant à l'origine de la viande de bœuf. Le Groupe spécial a estimé que la Corée ne s'était pas acquittée de cette charge pour deux raisons étroitement liées. Premièrement, la Corée n'avait pas jugé «nécessaire» d'établir des «doubles systèmes de vente au détail» pour empêcher l'apparition de cas similaires de déclaration mensongère de l'origine dans d'autres secteurs de son économie, par exemple dans le cas de la viande de bovins de race laitière nationale. Deuxièmement, la Corée n'avait pas démontré de manière satisfaisante pour le Groupe spécial que les mesures autres que le double système de vente au détail, compatibles avec l'Accord sur l'OMC, n'étaient pas suffisantes pour lutter contre les déclarations mensongères de l'origine concernant la viande de bœuf importée. Dans ce contexte, un certain nombre d'autres mesures avaient été examinées, y compris l'étiquetage, la tenue de registres, les poursuites et les amendes, qui seraient efficaces pour détecter et prévenir les pratiques de nature à induire en erreur quant à l'origine de la viande de bœuf.

L'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial et a noté que le «processus de soupesage et de mise en balance» décrit dans le texte principal de la présente section était compris dans l'approche du Groupe spécial.

Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel s'est référé à la décision qu'il avait rendue dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, en disant ceci:

«En l'espèce, l'objectif poursuivi par la mesure est la protection de la vie et de la santé des personnes au moyen de la suppression ou de la réduction des risques pour la santé bien connus et extrêmement graves que présentent les fibres d'amiante. La valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point. Il ne reste donc plus qu'à savoir s'il existe une autre mesure qui permettrait d'atteindre le même objectif et qui a moins d'effets de restriction des échanges qu'une interdiction.»

On examine dans l'encadré 18 l'affaire de l'amiante en rapport avec le critère de la nécessité.

Encadré 18: L'affaire CE – Amiante (WT/DS135) et le critère de la nécessité

Contexte

En décembre 1996, la France a adopté un décret interdisant l'amiante afin de protéger la santé des travailleurs et des consommateurs. L'amiante est le nom d'un groupe de minéraux très fibreux constitués de fibres séparables, longues et minces. En 1998, le Canada, qui est le premier exportateur et le deuxième producteur (après la Russie) d'amiante dans le monde, a allégué que le décret français constituait une violation de plusieurs articles du GATT et de l'Accord OTC, et a donc porté plainte devant l'ORD.

Nécessité

Parmi les questions examinées dans cette affaire, la question de la nécessité en relation avec l'article XX du GATT s'est avérée être d'une importance cruciale. À cet égard, le Groupe spécial a constaté que le décret était justifié au titre de l'article XX b) du GATT en tant que mesure nécessaire «à la protection de la santé et de la vie des personnes [...]». Dans son appel formé en octobre 2000, le Canada a contesté cette conclusion pour deux motifs.

Premièrement, le Canada a contesté les éléments de preuve selon lesquels l'amiante représentait un risque pour la santé publique. En l'espèce, selon le Canada, une mesure qui protégeait la vie ou la santé n'était pas nécessaire. L'Organe d'appel a toutefois confirmé la décision du Groupe spécial au motif que selon l'opinion scientifique majoritaire, l'amiante représentait un risque grave pour la santé des personnes.

Deuxièmement et contrairement à la constatation du Groupe spécial, le Canada a allégué qu'une «utilisation contrôlée» de l'amiante constituait une autre mesure raisonnablement disponible. Sur ce point, l'Organe d'appel a également rejeté l'argument du Canada pour deux motifs. Premièrement, dans la logique de l'analyse de l'article XX b) faite dans l'affaire *Corée – Viande de bœuf* (voir l'encadré 17), l'Organe d'appel a examiné l'objectif recherché, à savoir la protection de la vie ou de la santé des personnes, considérée «comme étant à la fois vitale et importante au plus haut point» et a, par conséquent, affirmé qu'il devrait être plus facile pour les CE de prouver la nécessité de la mesure en cause, à savoir l'interdiction de l'amiante. Deuxièmement, l'Organe d'appel a fait valoir qu'il restait encore à démontrer l'efficacité d'une «utilisation contrôlée» pour réaliser l'objectif recherché. Par conséquent, il a conclu qu'aucune autre mesure raisonnablement disponible n'existait et a confirmé la décision du Groupe spécial selon laquelle les CE avaient démontré que le décret était réellement nécessaire au sens de l'article XX b) du GATT. Le rapport de l'Organe d'appel a été adopté en avril 2001.

La nécessité d'un équilibre est aussi exprimée à l'article 2.2 de l'Accord OTC, qui dit que «les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait». Certains ont dit qu'il serait raisonnable de s'attendre à ce que l'interprétation de cet article soit parallèle à celle qui a été élaborée au titre du critère de la nécessité de l'article XX.¹³⁶ Il faut noter que, vers la fin des négociations du Cycle d'Uruguay, une note de bas de page avait été ajoutée au texte provisoire de l'article 2.2, disant ceci: «Cette disposition est destinée à assurer une proportionnalité entre les règlements et les risques que la non-réalisation des objectifs légitimes entraînerait.» Mais cette note n'a pas été retenue dans le texte actuel de l'Accord.

Dans l'Accord SPS, l'idée d'«équilibre» semble exprimée à l'article 5:6, où il est dit que «les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique».¹³⁷ Et la note de bas de page 3 relative à cet article ajoute ceci: «Aux fins du paragraphe 6 de l'article

¹³⁶ Marceau et Trachtman (2002).

¹³⁷ Cette notion figure aussi à l'article 2:2 de l'Accord SPS: «Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux...».

5, une mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis à moins qu'il n'existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire approprié et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce.»

Selon ce que l'Organe d'appel a dit, dans l'affaire *Australie – Saumons*, l'article 5:6, et en particulier la note de bas de page y relative, «établit clairement un triple critère pour déterminer s'il y a violation de l'article 5:6». La partie plaignante doit prouver qu'il existe une autre mesure qui «1) est raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique; 2) permet d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire jugé approprié par le Membre; et 3) est sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure SPS contestée.» Et l'Organe d'appel a ajouté ceci:

«Ces trois éléments sont cumulatifs en ce sens que, pour que l'incompatibilité avec l'article 5:6 soit établie, ils doivent tous être présents. Si l'un de ces éléments est absent, la mesure faisant l'objet du différend est censée être compatible avec l'article 5:6. Ainsi, s'il n'existe pas d'autre mesure applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique, ou si l'autre mesure ne permet pas d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire jugé approprié par le Membre, ou si cette mesure n'est pas sensiblement moins restrictive pour le commerce, on peut dire que la mesure faisant l'objet du différend est compatible avec l'article 5:6.»

Encadré 19: L'affaire *Australie – Saumons (WT/DS18)* et l'article 5 de l'Accord SPS

En 1975, l'Australie a institué une mesure quarantenaire exigeant que les produits à base de saumons frais, réfrigérés ou congelés soient traités thermiquement pendant des durées prescrites et à certaines températures avant d'être importés dans le pays. Cette mesure visait à empêcher la dissémination de maladies du poisson dans la population de saumons en Australie. Par conséquent, les importations de saumons ont été limitées aux saumons fumés et en conserve.

En 1994, le Canada a instamment demandé à l'Australie de procéder à une évaluation des risques liés à l'importation de saumons sauvages du Pacifique. Pour justifier sa demande, le Canada a allégué entre autres choses que l'éviscération des saumons (par opposition au traitement thermique) était une pratique largement acceptée pour prévenir efficacement la dissémination de maladies et que, par conséquent, aucune autre mesure ne devrait être requise. Bien que deux avant-projets du rapport sur l'évaluation des risques liés à l'importation effectuée par l'Australie aient conclu que les importations de saumons devraient être permises, la version finale du rapport, publiée en 1996, a recommandé le maintien de l'interdiction.

En 1997, le Canada a déposé une plainte auprès de l'ORD. En 1998, le Groupe spécial a constaté que l'interdiction de l'Australie concernant les saumons frais, réfrigérés et congelés en provenance du Canada était incompatible avec les articles XI et XIII du GATT et avec les articles 2, 3 et 5 de l'Accord SPS. Cela étant, selon la hiérarchie établie entre les Accords de l'OMC, il suffisait pour le Groupe spécial de prouver l'incompatibilité avec l'article le plus spécifique et le plus pertinent de l'Accord le plus spécifique et le plus pertinent, à savoir en l'espèce l'article 5 de l'Accord SPS. Le Groupe spécial a conclu que la mesure en cause était incompatible avec l'article 5:1 (et, par implication, de l'article 2:2) en ce sens qu'elle n'était pas fondée sur une évaluation des risques. Le Groupe spécial a également constaté que la mesure constituait une violation de l'article 5:5 (et, par implication, de l'article 2:3), car elle établissait des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection dans des situations différentes mais comparables qui entraînaient une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international. Enfin, le Groupe spécial a fait valoir que la mesure constituait une violation de l'article 5:6, puisqu'elle était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire. L'Australie a fait appel de la décision du Groupe spécial.

S'agissant de l'article 5:1, l'Organe d'appel a infirmé la décision du Groupe spécial, indiquant que celui-ci avait examiné la mauvaise mesure (la «prescription en matière de traitement thermique») au lieu de la

«prohibition à l'importation». Toutefois, quand il a examiné la mesure «correcte», l'Organe d'appel a conclu qu'elle aussi constituait une violation de l'article 5:1, car elle n'était pas fondée sur une évaluation des risques, qui exigeait: 1) l'identification des maladies potentielles qui devaient être évitées grâce à une mesure SPS; 2) l'évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies et des conséquences qui pourraient en résulter; 3) l'évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies dans le cadre de diverses mesures SPS applicables. L'Organe d'appel a noté que l'Australie ne satisfaisait pas à la deuxième et à la troisième prescription. En conséquence, l'Organe d'appel est parvenu à la même conclusion que le Groupe spécial.

L'Organe d'appel a également constaté que la mesure en cause ne satisfaisait pas à tous les éléments (cumulés) énoncés à l'article 5:5: 1) le Membre adoptait des niveaux appropriés de protection sanitaire qui étaient différents dans plusieurs «situations différentes»; 2) ces niveaux de protection présentaient des différences qui étaient «arbitraires ou injustifiables»; 3) la mesure concrétisant ces différences entraînait «une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international». L'Organe d'appel a examiné d'autres importations de produits de la pêche (harengs, morues, églefins, etc.) comparables aux importations de saumons pour ce qui est des risques qu'elles présentent. Il a noté que l'Australie traitait ces situations différentes de façon bien moins rigoureuse par rapport aux importations de saumons, et que ces distinctions étaient «arbitraires et injustifiables» et constituaient une «restriction déguisée au commerce international». Il a par conséquent constaté, comme le Groupe spécial l'avait fait, que l'Australie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5:5 (et, par implication, avec l'article 2:3).

Enfin, l'Organe d'appel a noté que trois éléments conduisaient à la violation de l'article 5:6: 1) il existait une mesure qui était raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique; 2) cette mesure permettait d'obtenir le niveau de protection SPS approprié du Membre; 3) cette mesure était sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée. Bien que le Groupe spécial ait constaté que ces autres mesures existaient, l'Organe d'appel a noté que les renseignements factuels figurant dans le rapport final de 1996 et ayant trait au niveau de protection assuré par ces autres mesures étaient insuffisants pour conclure que ces autres mesures permettraient d'obtenir le même niveau de protection, à savoir un niveau «risques nuls», comme le faisait la prohibition à l'importation de saumons. Par conséquent, l'Organe d'appel n'a pas confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'Australie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5:6.

b) Cohérence

En dépit de la préférence exprimée pour les normes internationales, les Membres de l'OMC ont la faculté de déterminer leur niveau approprié de protection sanitaire contre les risques pour la santé ou la vie des personnes, pour celles des animaux ou pour la préservation des végétaux.¹³⁸ Toutefois, des mesures SPS ne peuvent être maintenues «sans preuves scientifiques suffisantes», et elles doivent être établies sur la base d'une évaluation des risques.¹³⁹ L'article 5:5 de l'Accord SPS dit notamment ceci:

«En vue d'assurer la cohérence dans l'application du concept du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre les risques pour la santé ou la vie des personnes, pour celles des animaux ou pour la préservation des végétaux, chaque Membre évitera de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux qu'il considère appropriés dans des situations différentes, si de telles distinctions entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international.»

Cette obligation a trait à l'objectif qui consiste à assurer la cohérence dans le niveau de risque qu'un Membre peut accepter pour des «situations différentes». Elle a pour but d'éviter les circonstances dans lesquelles un Membre imposerait – sans faire de distinctions explicites fondées sur l'origine – un très haut niveau de protection pour une

¹³⁸ Voir le paragraphe 199 du rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, et aussi OMC (2000a).

¹³⁹ Articles 2:2 et 5:1 à 5:3 de l'Accord SPS (voir l'examen plus détaillé dans la sous-section suivante).

situation ou un produit, tout en étant très permissif pour une autre situation ou un autre produit, alors que les deux représentent le même danger (ou que les premiers représentent même plus de danger que les seconds).¹⁴⁰ Un tel comportement «incohérent» devrait à tout le moins faire soupçonner que l'objectif de la mesure SPS est d'instituer une discrimination à l'encontre des fournisseurs étrangers et non de protéger la vie ou la santé dans le pays.

La jurisprudence dit qu'il faut trois éléments pour qu'il y ait violation de l'article 5:5 de l'Accord SPS:

1. le Membre intéressé doit adopter des niveaux appropriés de protection sanitaire qui sont différents dans plusieurs «situations différentes»;
2. ces niveaux de protection doivent présenter des différences qui sont «arbitraires ou injustifiables»; et
3. la mesure concrétisant ces différences doit entraîner «une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international».¹⁴¹

Les deux premiers points se rapportent très directement à la notion de «cohérence». La question se pose en particulier de savoir comment interpréter la notion de «situations différentes». Dans l'affaire *CE – Hormones*, le Groupe spécial a constaté que les situations à comparer étaient celles «dans lesquelles il s'agit de la même substance ou du même effet négatif sur la santé».¹⁴² Dans cette affaire, la réglementation relative aux hormones administrées au bétail à des fins anabolisantes a été comparée à la réglementation relative aux mêmes hormones présentes naturellement dans le bétail et dans d'autres produits (tels que le lait et les œufs) ou administrées à d'autres fins, ainsi qu'à l'emploi d'anabolisants antimicrobiens non hormonaux dans la production porcine. Dans l'affaire *Australie – Saumons*, l'Organe d'appel a constaté que les situations qui comportaient un risque de «maladies identiques ou similaires», ainsi que les situations comportant un risque de «conséquences biologiques et économiques [pouvant] en résulter qui étaient identiques ou similaires» avaient suffisamment d'éléments communs pour être comparables au titre de l'article 5:5 de l'Accord SPS. Comme les harengs, les poissons d'ornement vivants et les saumons avaient au moins une maladie en commun, le Groupe spécial a comparé les différents «niveaux appropriés de protection» choisis par l'Australie pour ces trois produits. C'est-à-dire qu'il a comparé la prohibition à l'importation des saumons aux quelques contrôles pratiqués à l'entrée des harengs entiers congelés utilisés comme appât et à l'importation autorisée de poissons d'ornement vivants.¹⁴³

Encadré 20: L'affaire *CE – Hormones* (WT/DS26, WT/DS48) et le critère de la cohérence

Contexte

Les Communautés européennes (CE) ont adopté un ensemble de Directives du Conseil qui ont entraîné une prohibition concernant l'importation et la commercialisation de viandes et de produits carnés traités avec l'une des six hormones utilisées à des fins anabolisantes. Trois de ces hormones sont naturellement produites par les animaux (oestradiol-17 β , progestérone et testostérone), alors que les autres sont d'origine artificielle (trenbolone, zéranol et acétate de mélangestrol).

En 1996, dans le cadre de leur plainte auprès de l'ORD, d'abord les États-Unis et ensuite le Canada ont fait valoir que cette prohibition constituait une violation des articles 2, 3 et 5 de l'Accord SPS et de l'article 2 de l'Accord OTC. Les États-Unis ont également allégué que les mesures en cause violaient les articles I^{er} et III du GATT, alors que le Canada a fait valoir qu'elles violaient les articles III et XI du GATT.

¹⁴⁰ Pauwelijn (1999).

¹⁴¹ *Australie – Saumons*, rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.108; rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 140.

¹⁴² Paragraphe 8.176 du rapport du Groupe spécial pour les États-Unis et paragraphe 8.179 du rapport du Groupe spécial pour le Canada. On notera que ce critère juridique a été confirmé par l'Organe d'appel, mais que son application par le Groupe spécial a été infirmée (voir l'encadré 20).

¹⁴³ Cette interprétation assez large de la notion de «situations différentes» dans les affaires *CE – Hormones* et *Australie – Saumons* s'oppose aux notions plus restrictives de produits «similaires» et «directement concurrents ou directement substituables» figurant dans le GATT (Pauwelijn, 1999, et Pienaar, 2003).

Étant donné que les mesures contestées par les États-Unis et le Canada étaient les mêmes, un seul Groupe spécial a été établi. Deux rapports similaires, mais pas identiques, ont été publiés, concluant tous deux que les mesures communautaires étaient incompatibles avec les articles 3:1, 5:1 et 5:5 de l'Accord SPS. Les CE ont fait appel de la décision en septembre 1997.

Cohérence

La constatation selon laquelle les mesures communautaires en cause constituaient une violation de l'article 5:5 est un exemple pertinent de la façon dont la conformité avec le principe de la cohérence a été évaluée.

Dans son rapport, l'Organe d'appel a indiqué que trois éléments étaient nécessaires pour une constatation de violation de l'article 5:5: 1) le Membre adoptait des niveaux appropriés de protection sanitaire qui étaient différents dans plusieurs «situations différentes»; 2) ces niveaux de protection présentaient des différences qui étaient «arbitraires ou injustifiables»; 3) la mesure concrétisant ces différences entraînait «une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international».

Lorsqu'il a examiné le premier élément, l'Organe d'appel a noté que les situations étaient comparables s'il s'agissait de la même substance ou du même effet négatif sur la santé. L'Organe d'appel s'est fié au Groupe spécial qui avait recensé cinq situations qui étaient comparables mais présentaient des niveaux de protection différents: 1) le niveau de protection pour les hormones naturelles lorsqu'elles étaient utilisées à des fins anabolisantes; 2) le niveau de protection pour les hormones naturelles dont la présence dans la viande et d'autres produits alimentaires était endogène; 3) le niveau de protection pour les hormones naturelles lorsqu'elles étaient utilisées à des fins thérapeutiques ou zootechniques; 4) le niveau de protection pour les hormones de synthèse (zéranol et trenbolone) lorsqu'elles étaient utilisées à des fins anabolisantes; et 5) le niveau de protection pour les agents antimicrobiens (carbadox et olaquinox).

L'Organe d'appel a ensuite examiné le deuxième élément, à savoir si les niveaux de protection présentaient des différences arbitraires et injustifiables dans le traitement de ces situations différentes. Selon lui, il y avait une distinction fondamentale entre les hormones ajoutées utilisées à des fins anabolisantes (situations 1) et 4)) et les hormones produites naturellement (situation 2)), ce qui justifiait les différents niveaux de protection dans chaque situation car il était impossible dans le dernier cas de limiter les résidus. À cet égard, l'Organe d'appel était en désaccord avec le Groupe spécial qui décrivait comme étant «arbitraires ou injustifiables» les différences de traitement entre ces trois situations. Toutefois, l'Organe d'appel a constaté que les niveaux de protection dans les situations 1) et 4) présentaient effectivement des différences arbitraires et injustifiables par rapport à ceux de la situation 5). Sur ce point, l'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial.

Après avoir constaté qu'il y avait des différences «arbitraires ou injustifiables» entre les niveaux de protection dans au moins deux situations comparables, il restait pour le Groupe spécial à examiner si la troisième prescription était remplie, c'est-à-dire si les mesures en cause entraînaient une discrimination ou une restriction déguisée pour le commerce international. En l'espèce, l'Organe d'appel a contesté la constatation du Groupe spécial selon laquelle «l'interdiction d'importer de la viande traitée et l'interdiction d'utiliser dans les Communautés les hormones en cause à des fins anabolisantes dans le secteur de la viande de bœuf n'étaient pas réellement destinées à protéger la population contre le risque de cancer, mais visaient à écarter la viande de bœuf américaine et canadienne traitée aux hormones et, dès lors, à protéger les producteurs de viande de bœuf communautaires». (Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe XII.245). En conséquence, l'Organe d'appel a conclu que les mesures ne satisfaisaient pas à la troisième prescription.

Globalement, étant donné ce dernier point, l'Organe d'appel a infirmé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les mesures en cause étaient incompatibles avec l'article 5:5.

Afin de clarifier les incidences pratiques des prescriptions de l'article 5:5, les Membres de l'OMC ont adopté le 18 juillet 2000 des «Directives pour favoriser la mise en œuvre de l'article 5:5 dans la pratique».¹⁴⁴ Ces directives, qui s'inspirent dans une certaine mesure de la jurisprudence relative aux mesures SPS et de la pratique des Membres, contiennent des variables supplémentaires à utiliser pour donner effet à l'article 5:5.¹⁴⁵

Ni le GATT ni l'Accord OTC ne contiennent de prescriptions explicites au sujet de la cohérence, mais certains ont dit que le critère de la nécessité figurant à l'article XX du GATT contenait une prescription «souple» en matière de cohérence.¹⁴⁶ Plus particulièrement, dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a dit ceci:

«L'application par un Membre de mesures d'exécution compatibles avec l'Accord sur l'OMC pour lutter contre le même genre de pratiques illégales – faire passer un produit pour un autre – en ce qui concerne des produits similaires, ou du moins semblables, indique qu'une mesure de rechange dont on pourrait «raisonnablement s'attendre» à ce qu'elle soit utilisée peut fort bien être disponible. L'application de ce genre de mesures pour lutter contre les mêmes pratiques illégales en ce qui concerne des produits similaires, ou du moins semblables, jette le doute sur la nécessité objective d'une mesure d'exécution différente, beaucoup plus rigoureuse et incompatible avec l'Accord sur l'OMC.»¹⁴⁷

L'emploi du terme «semblable» montre que, dans cet argument, la «comparabilité» peut s'appliquer à une catégorie plus large de produits que dans le contexte où l'on cherche à déterminer si des produits sont «similaires» ou «directement concurrents ou directement substituables». Dans l'affaire *Corée – Viande de bœuf*, l'Organe d'appel traite de l'utilisation de différentes mesures d'exécution dans des situations comparables alors que, dans le cas de l'article 5:5 de l'Accord SPS, il s'agit de justifier des «niveaux appropriés de protection» différents dans des «situations comparables».

c) Preuves scientifiques et préférences des consommateurs

Lorsqu'il s'agit de différends relatifs à des normes, il n'y a généralement pas de désaccord sur la légitimité des objectifs revendiqués par le défendeur. La protection de la santé des personnes ou des animaux, par exemple, ou la protection de l'environnement sont des objectifs largement admis. Il peut toutefois y avoir désaccord, au sein d'une société ou entre des sociétés, sur le degré de protection souhaitable. Il peut aussi y avoir désaccord sur l'existence d'un lien entre un bien échangeable (par exemple la viande bovine traitée aux hormones) et l'objectif poursuivi (par exemple la sécurité sanitaire des produits alimentaires) et sur le degré de ce lien. Et surtout, il peut y avoir désaccord sur la mesure dans laquelle un moyen d'action déterminé tel qu'une norme permet concrètement d'atteindre un objectif déterminé.

Dans les préambules des Accords OTC et SPS, il est dit que les Membres de l'OMC ont la faculté de déterminer ce qu'ils considèrent comme leur «niveau approprié de protection».¹⁴⁸ Cette faculté a été confirmée par la jurisprudence de l'OMC, également à propos du GATT.¹⁴⁹ Les différends relatifs aux normes et à leurs effets sur les courants commerciaux peuvent toutefois résulter d'un désaccord sur deux autres aspects: le lien entre un produit échangé et l'objectif revendiqué, et l'opportunité de recourir à un certain type de norme dans la situation considérée.¹⁵⁰

Les preuves scientifiques peuvent jouer un rôle important en éclairant quelque peu ces deux aspects. Par exemple, dans de nombreux pays, toute une série de produits tels que les médicaments ou les produits

¹⁴⁴ OMC (2000a).

¹⁴⁵ Voir Marceau et Trachtman (2002).

¹⁴⁶ Marceau et Trachtman (2002).

¹⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, paragraphe 172.

¹⁴⁸ Cela se traduit par le fait que c'est au pays qui conteste une norme de prouver qu'elle est incompatible avec les règles de l'OMC, même si les deux parties admettent que la norme nationale contestée est plus stricte qu'une norme internationale existante.

¹⁴⁹ Voir Marceau et Trachtman (2002).

¹⁵⁰ Théoriquement, une quatrième question peut se poser même si les Membres sont d'accord sur les trois aspects susmentionnés. C'est la question de savoir si la mesure choisie par un Membre pour atteindre son niveau approprié de protection devrait être celle qui maximise le bien-être national ou celle qui maximise le bien-être mondial (voir la sous-section a)).

chimiques doivent être soumis à des procédures d'essai bien établies pour pouvoir être distribués sur le marché intérieur. Les preuves scientifiques jouent aussi un rôle dans les Accords de l'OMC. C'est le cas, dans une certaine mesure, pour l'Accord OTC, mais surtout pour l'Accord SPS.¹⁵¹ La présente section portera donc davantage sur l'Accord SPS. On présente dans l'encadré 21 quelques différences majeures entre l'Accord OTC et l'Accord SPS, notamment en ce qui concerne la pertinence des preuves scientifiques.

Encadré 21: Distinction entre les normes OTC et SPS

L'Accord OTC a une portée considérablement plus large que celle de l'Accord SPS. S'agissant de l'introduction de règlements techniques, de normes ou de procédures d'évaluation de la conformité, il énonce également des objectifs bien plus larges et moins étroitement définis que ceux de l'Accord SPS.

L'Accord SPS s'applique à toutes les mesures dont l'objet est de protéger la santé des personnes et des animaux contre les risques d'origine alimentaire; de protéger la santé des personnes contre les maladies véhiculées par les animaux ou les végétaux; de protéger les animaux et les végétaux contre les parasites ou les maladies, ou d'empêcher ou de limiter d'autres dommages causés à un pays par l'entrée, l'établissement ou la dissémination de parasites. L'Accord OTC porte sur tous les règlements techniques, les normes dont le respect est volontaire et les procédures d'évaluation de la conformité visant à en assurer le respect, exception faite des mesures sanitaires ou phytosanitaires telles qu'elles sont définies par l'Accord SPS. C'est donc le type de mesure qui détermine l'applicabilité de l'Accord OTC, mais c'est l'objet de la mesure qui est pertinent pour déterminer si elle est visée par l'Accord SPS. La plupart des prescriptions en matière d'étiquetage, des allégations et préoccupations relatives à la nutrition et des règlements en matière de qualité et d'emballage ne sont généralement pas considérés comme étant des mesures sanitaires ou phytosanitaires et sont donc normalement assujettis à l'Accord OTC.

Les deux accords ont certains éléments en commun, par exemple l'obligation fondamentale d'assurer la non-discrimination et des prescriptions similaires concernant la notification préalable des mesures projetées et la création de bureaux d'information («points d'information»). Cela étant, nombre de règles de fond sont différentes. Par exemple, les deux accords encouragent l'utilisation des normes internationales. Toutefois, aux termes de l'Accord SPS, le choix de normes qui sont plus rigoureuses que celles que préconisent les organismes internationaux à activité normative doit être justifié par des arguments scientifiques découlant d'une évaluation des risques potentiels pour la santé. Par ailleurs, les pouvoirs publics ne peuvent imposer des mesures SPS que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, sur la base de renseignements scientifiques. Au titre de l'Accord OTC, les Membres de l'OMC peuvent déroger aux normes internationales lorsqu'ils jugent qu'elles sont inappropriées ou inefficaces pour réaliser un objectif légitime, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux. Les preuves scientifiques peuvent être pertinentes, selon l'objectif légitime spécifique recherché, et la raison spécifique pour laquelle un Membre a dérogé à une norme internationale. L'Accord OTC exige également que les mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire.

i) *Préférences des consommateurs, preuves scientifiques et moyens d'action optimaux*

Alors que plusieurs Accords de l'OMC donnent expressément aux Membres le droit de mettre en œuvre des politiques ayant des effets potentiels de distorsion sur les échanges pour protéger la santé de leurs citoyens et l'environnement dans des contextes particuliers, il reste difficile de s'entendre sur ce en quoi consisterait une intervention optimale des pouvoirs publics quant au type, au moment et à l'ampleur d'une telle intervention. La notion de défaillance du marché développée dans la section IIB donne des indications sur la façon de répondre à ces questions.

¹⁵¹ Cette différence tient surtout au fait que l'Accord SPS a une portée plus réduite que l'Accord OTC, puisqu'il concerne la sécurité sanitaire des produits alimentaires et les mesures destinées à empêcher l'entrée et la dissémination des parasites et des maladies.

Il existe un certain nombre de défaillances du marché en matière de protection de la santé ou de l'environnement. Comme on l'a expliqué dans une section précédente, ces défaillances peuvent tenir à une information imparfaite (par exemple pour les biens de confiance) ou à des effets externes (par exemple la pollution). Dans ces situations, l'intervention des pouvoirs publics peut se justifier pour contrebalancer le fait que la prise en compte de la santé publique ou de l'environnement au niveau national laisse à désirer. Dans le cas des médicaments, par exemple, les patients ne peuvent pas connaître les possibles effets positifs ou négatifs sur la santé sans l'avis de médecins ou les informations figurant sur les notices d'utilisation. Le marché des médicaments souffre d'une dissymétrie d'information, et il faut des mécanismes du type de ceux examinés dans la section IIB pour lui permettre de fonctionner efficacement. De même, il peut être impossible d'avoir une offre d'aliments sains sans intervention des pouvoirs publics. La manipulation incorrecte des produits alimentaires, par exemple, peut entraîner une contamination par des microbes tels que la salmonelle. Il se peut que les personnes qui manipulent les aliments ne soient pas au courant et ne tiennent pas compte de l'étendue complète du dommage que des problèmes comme la contamination peuvent causer à d'autres individus. Et les consommateurs n'ont pas non plus de renseignements complets sur les caractéristiques sanitaires de ces produits.

Pour déterminer le type et le niveau appropriés d'intervention, les pouvoirs publics doivent prendre une série de décisions. Dans un premier temps, pour déterminer les objectifs de leur politique, ils doivent mettre en balance les préférences de divers groupes ayant des opinions différentes sur le résultat optimal de la politique. En matière de santé ou d'environnement, ce résultat se présente généralement sous la forme d'un niveau de risque souhaité pour la santé des personnes ou l'environnement. Dans les modèles économiques, ces types de jugements de valeur doivent représenter l'attitude des consommateurs à l'égard du risque et du lien de cause à effet. Autrement dit, dans l'analyse économique, les préférences des consommateurs déterminent en grande partie si les pouvoirs publics doivent intervenir et avec quel moyen d'action.¹⁵² Les intérêts des producteurs jouent aussi un rôle dans une telle décision. Par rapport aux consommateurs, les producteurs peuvent, par exemple, préférer des politiques plus souples qui leur permettraient d'adopter des stratégies souples de respect de la réglementation. Dans le contexte d'une analyse économique de ces politiques, on se préoccupera aussi des coûts associés à la mise en œuvre d'une certaine politique et des effets de cette politique sur l'objectif. Lorsqu'on met au point des systèmes d'étiquetage [publics/privés] pour informer le consommateur, par exemple au sujet de biens de confiance, il n'est peut-être pas optimal, ou faisable, de donner tous les renseignements qui pourraient intéresser le consommateur.

Les preuves scientifiques sont probablement l'un des facteurs qui déterminent l'opinion des consommateurs. Cela soulève d'importantes questions sur la possibilité pour les consommateurs d'y accéder, sur leur qualité et sur leur communication en temps utile.¹⁵³ Ainsi, on en sait beaucoup plus de nos jours sur les effets du tabac sur la santé qu'à l'époque où la cigarette a été mise sur le marché. Le retrait récent du marché de certains médicaments contre l'arthrite illustre aussi la question du moment opportun de la recherche scientifique et de la façon dont elle est conçue.

L'opinion des consommateurs est aussi influencée par d'autres acteurs et d'autres phénomènes tels que la couverture médiatique. En conséquence, les préférences en matière de risque ne correspondent pas toujours au risque véritable et peuvent refléter un préjugé ou une interprétation erronée des faits. Les consommateurs peuvent, par exemple, avoir une aversion disproportionnée pour le risque et préférer éviter tout risque, même si cela revient cher. Dans certaines situations, ils peuvent croire qu'il existe un lien de causalité direct entre la consommation d'un produit et un résultat donné, qu'ils aient ou non des preuves scientifiques de l'existence d'un tel lien. En pareil cas, les pouvoirs publics doivent peser les avantages actuels de l'adoption d'une mesure déterminée par rapport à son coût et aux avantages qu'elle pourrait apporter à l'avenir en termes de réduction des risques. Les avantages futurs seront inférieurs à ce que les consommateurs escomptent aujourd'hui s'ils ont mal interprété les risques réels. Autrement dit, des politiques fondées sur l'opinion erronée des consommateurs au sujet des risques peuvent se révéler très coûteuses pour la société.

¹⁵² En termes plus techniques, l'attitude des consommateurs à l'égard du risque et du lien de cause à effet est généralement implicite dans la fonction d'utilité. La fonction d'utilité est, quant à elle, l'un des principaux déterminants de la politique de maximisation du bien-être (voir IIB.2 b)).

¹⁵³ Voir par exemple Martin (2004).

L'évaluation comparée des coûts et des avantages d'une politique est souvent difficile également en raison du moment où celle-ci produira ses effets. Dans le cas des biens environnementaux, par exemple, les effets n'apparaîtront peut-être qu'à long terme. En outre, les prévisions concernant la réaction de l'environnement à une action donnée sont incertaines. La science joue aussi un rôle important dans l'évaluation des effets possibles d'une intervention des pouvoirs publics sur des objectifs nationaux.

ii) *Rôle de la science dans les Accords et la jurisprudence de l'OMC*

Aux termes de l'Accord SPS, les Membres ont le droit de mettre en œuvre des mesures pour protéger la santé des personnes et des animaux, préserver les végétaux et protéger l'environnement. Aux termes de l'Accord OTC, ils ont le droit de mettre en œuvre des règlements qui ne doivent donc pas être «plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime». Ces objectifs légitimes sont, entre autres, «la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, 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'environnement». Les preuves scientifiques jouent un rôle important dans la détermination du caractère justifié ou non d'une mesure SPS, tandis que la justification scientifique exigée aux termes de l'Accord OTC n'est pas définie de façon aussi rigoureuse. Toutefois, dans les deux accords, ce droit est contrebalancé par des obligations, afin d'empêcher l'utilisation de ces mesures à des fins protectionnistes. Le texte de ces accords, divers rapports établis par des groupes spéciaux, des décisions issues des conférences ministérielles et des lignes directrices élaborées par des comités donnent aux Membres des indications sur le rôle de la science dans la justification de mesures qui peuvent avoir des effets de distorsion sur les échanges.

Selon l'Accord SPS, les Membres de l'OMC ont le droit de déterminer leur niveau approprié de protection et doivent éviter de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables quant aux niveaux qu'ils considèrent appropriés dans des situations différentes, si de telles distinctions entraînent une restriction déguisée au commerce international. Dans la jurisprudence, il est dit que «le niveau de protection considéré approprié par le Membre établissant une mesure sanitaire ... est une prérogative revenant au Membre concerné».¹⁵⁴ La détermination du niveau approprié de protection est donc considérée séparément du choix et de l'application des mesures destinées à atteindre ce niveau.

Comme on l'a indiqué précédemment, il est reconnu, dans le préambule de l'Accord OTC, que les Membres de l'OMC ont le droit de déterminer le niveau de protection qu'ils considèrent approprié, sous réserve que leurs mesures ne soient pas appliquées «de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international». L'Accord offre aux Membres une grande flexibilité pour l'élaboration, l'adoption et l'application de leurs règlements techniques, mais il modère cette flexibilité en exigeant, à l'article 2.2, que «l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international». Cet article dit aussi que «les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait». Et il ajoute ceci: «Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits.»

Au sujet des mesures SPS, les Membres ont tout un éventail de possibilités pour atteindre leur niveau approprié de protection. À l'extrémité permissive, ils peuvent choisir des interventions limitées et donc autoriser les échanges de tous produits alimentaires et agricoles sans restrictions fondées sur les risques pour la santé ou l'environnement. Mais ils ont aussi le droit de limiter le commerce de ces produits sous certaines conditions. L'Accord SPS (article 2:2) dispose qu'une mesure SPS doit être fondée sur des principes scientifiques et ne doit pas être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, sauf dans le cas où les preuves scientifiques sont insuffisantes (comme l'autorise l'article 5:7 examiné plus loin). Toutefois, les Membres sont encouragés à choisir des mesures conformes aux normes ou directives internationales. En pareil cas, il est présumé – cette

¹⁵⁴ *Australia – Saumons*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 199.

présomption étant réfutable – que la mesure choisie est conforme à toutes les disciplines applicables aux mesures SPS, y compris les prescriptions relatives aux «preuves scientifiques suffisantes» et à l'«évaluation des risques».¹⁵⁵

Même si les consommateurs peuvent préférer des normes très strictes en matière de sécurité sanitaire des produits alimentaires, l'Accord SPS oblige les Membres à justifier les normes qu'ils imposent, soit en les établissant sur la base des normes internationales, comme on l'a vu précédemment, soit en procédant à leur propre évaluation des risques. En ce qui concerne l'Accord, la possibilité que les préférences des consommateurs amènent les normes de sécurité sanitaire des produits alimentaires jusqu'au niveau de tolérance zéro en matière de risque est contrebalancée par l'obligation qu'ont les Membres de ne maintenir que des mesures fondées sur des principes scientifiques. Par conséquent, même si les Membres ont le droit de fixer des seuils de risque très stricts pour certains produits, ces seuils doivent être liés à un risque démontrable.

L'article 2:2 de l'Accord SPS interdit de maintenir des mesures SPS «sans preuves scientifiques suffisantes». Dans l'affaire *Japon – Produits agricoles*, l'Organe d'appel a dit ceci:

«Le sens ordinaire de «suffisant» est «ayant la quantité, l'étendue ou la portée qui convient pour un certain but ou objet». Nous pouvons en conclure que le «caractère suffisant» est un concept relationnel. Le «caractère suffisant» exige l'existence d'une relation suffisante ou adéquate entre deux éléments, en l'espèce, entre la mesure SPS et les preuves scientifiques. ... l'obligation selon laquelle une mesure SPS ne doit pas être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes exige qu'il y ait un lien rationnel ou objectif entre la mesure SPS et les preuves scientifiques.»¹⁵⁶

Dans le cas de ce différend, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont conclu que l'obligation imposée par le Japon de demander une autorisation d'importation séparément pour chaque variété de fruit était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes. La jurisprudence relative aux différends confirme que la justification scientifique d'une mesure doit être déterminée au cas par cas.

L'Accord SPS (article 5) indique les facteurs dont les Membres doivent tenir compte lorsqu'ils évaluent les risques. Ces facteurs incluent des preuves scientifiques qui se rapportent notamment à la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques, à l'existence de zones exemptes de parasites ou de maladies et aux conditions écologiques et environnementales pertinentes. Ils servent de fondement pour déterminer les risques que présenterait un produit particulier s'il était mis sur le marché sans intervention préventive des pouvoirs publics. L'article 5 indique en outre que les Membres doivent examiner les éléments qui concernent la politique gouvernementale et la production, notamment l'existence de régimes de quarantaine ou autre, les procédés et méthodes de production pertinents, et les méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes.

L'Accord SPS (paragraphe 4 de l'Annexe A) fait la distinction entre l'évaluation des risques d'origine alimentaire et l'évaluation des risques liés aux maladies ou aux parasites. Dans l'affaire *Australie – Saumons*, l'Organe d'appel a dit ceci:

«Alors que [l'évaluation des risques d'origine alimentaire] ne requiert que l'évaluation des effets négatifs que pourraient avoir sur la santé des personnes et des animaux (...), [l'évaluation des risques liés aux maladies ou aux parasites] exige une évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'une maladie et des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter.»¹⁵⁷

¹⁵⁵ Voir Pauwelijn (1999). En un sens, les normes internationales représentent le niveau de risque préféré au plan «mondial». Toutefois, les pays en développement peuvent avoir des difficultés à participer effectivement aux travaux des organismes internationaux de normalisation faute de moyens humains et financiers. Par conséquent, les normes négociées peuvent correspondre non pas au consensus mondial sur les préférences en matière de risque, mais plutôt aux préférences des pays riches. Comme la richesse entraîne une plus grande exigence quant à des caractéristiques telles que la qualité de l'environnement, le manque de représentation des pays en développement dans les organismes internationaux de normalisation peut conduire à l'adoption de normes plus strictes, qui auront des effets défavorables sur le commerce de ces pays (Drahos, 2004). Voir aussi l'exposé figurant dans la section IIC.

¹⁵⁶ *Japon – Produits agricoles*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphes 73 et 84.

¹⁵⁷ *Australie – Saumons*, rapport de l'Organe d'appel, note de bas de page 69.

Le différend relatif aux saumons a été l'occasion de clarifier les critères de l'évaluation des risques liés aux maladies ou aux parasites. L'Organe d'appel a en effet déterminé qu'une évaluation des risques réalisée dans le cadre de l'Accord SPS devait permettre:

- 1) d'identifier la ou les maladies dont un Membre veut empêcher l'entrée, l'établissement ou la dissémination sur son territoire ainsi que les conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter;
- 2) d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies ainsi que des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter; et
- 3) d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées.»¹⁵⁸

Le Membre doit en outre démontrer l'existence d'un lien rationnel entre la mesure SPS et les preuves scientifiques, et l'évaluation des risques doit «associer la possibilité d'effets négatifs à un antécédent ou à une cause».

L'affaire *CE – Hormones* est la première dans laquelle des arguments relatifs à l'Accord SPS ont été examinés. À ce propos, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont tous deux établi des déterminations relatives à l'article 5:1 en tant qu'il se rapportait aux arguments en l'espèce. Ils ont constaté qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre les mesures communautaires et les preuves scientifiques présentées au sujet de cinq des hormones en cause. Pour la sixième, aucune évaluation scientifique n'avait été présentée. Six experts invités ont été consultés, dont des experts spécialisés dans la santé animale et la sécurité sanitaire des produits alimentaires (voir l'encadré 20).

Dans l'affaire *Japon – Pommes*, les États-Unis ont fait valoir que le Japon avait maintenu des mesures à l'encontre de leurs exportations de pommes «sans justification scientifique suffisante». Après avoir entendu le témoignage de divers experts de la préservation des végétaux, le Groupe spécial a conclu que «les preuves scientifiques indiquaient que le risque de transmission du feu bactérien par les pommes était négligeable». Il a aussi examiné l'opinion selon laquelle les pommes pourraient constituer une filière permettant l'entrée, l'établissement ou la dissémination du feu bactérien au Japon et a conclu qu'elle n'était pas étayée par des preuves scientifiques. Il a alors tiré des conclusions sur la base de ces preuves scientifiques et des éléments de la mesure japonaise paralysant les importations qui étaient jugés «disproportionnés» par rapport au risque (voir l'encadré 22).¹⁵⁹

Encadré 22: Les «preuves scientifiques» dans l'affaire *Japon – Pommes* (WT/DS245)

Contexte

Dans une tentative visant à empêcher la dissémination d'une maladie des plantes causée par la bactérie responsable du feu bactérien à sa production nationale de pommes, le Japon a imposé des restrictions à l'importation de pommes en provenance des États-Unis. La bactérie en question affecte un certain nombre de plantes hôtes, y compris les pommiers, mais pas les humains. Dans le cadre des restrictions imposées par le Japon, les importations de pommes en provenance des États-Unis demeuraient possibles à condition que certaines prescriptions concernant la production, la manipulation et l'exportation soient remplies.

Selon les États-Unis, il n'y avait jamais eu de preuve scientifique établissant que les pommes récoltées transmettaient le feu bactérien. Dans la communication qu'ils ont présentée à l'ORD en 2002, les États-Unis ont allégué que la mesure restrictive pour les importations appliquée par le Japon était incompatible avec un certain nombre d'articles du GATT, de l'Accord SPS et de l'Accord sur l'agriculture. Pour des raisons d'économie jurisprudentielle, le Groupe spécial a décidé d'examiner uniquement la mesure en question au regard des articles 2:2 (nécessité de la mesure et nécessité des preuves scientifiques),

¹⁵⁸ *Australie – Saumons*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 121.

¹⁵⁹ L'Accord SPS n'exige pas de comparer les «produits similaires» ni de distinguer les caractéristiques des «produits par rapport à celles des procédés». L'analyse permettant de déterminer si un produit fait l'objet d'une discrimination doit plutôt porter sur la justification de cette discrimination (Marceau et Trachtman, 2002).

5:1 (évaluation des risques), 5:2 (évaluation des risques fondée sur des preuves scientifiques), 5:7 (dispositions ayant trait aux preuves scientifiques insuffisantes), ainsi que de l'article 7 et de l'Annexe B (transparence des règlements SPS) de l'Accord SPS.

Preuves scientifiques

Les États-Unis ont soutenu devant le Groupe spécial que la mesure était contraire à l'article 2:2, qui disposait qu'aucune mesure SPS ne devait être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui était prévu à l'article 5:7. Le Groupe spécial a conclu qu'en l'espèce, les preuves scientifiques «indiquaient que le risque de transmission du feu bactérien par les pommes était négligeable» et que «les preuves scientifiques n'étaient pas l'opinion selon laquelle les pommes constituaient probablement une filière permettant l'entrée, l'établissement ou la dissémination du feu bactérien au Japon». Une mesure est censée être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes s'il n'y a pas de lien rationnel ou objectif entre la mesure et les preuves scientifiques pertinentes. En l'espèce, le Groupe spécial a conclu que la mesure était «manifestement disproportionnée au risque [négligeable] identifié, compte tenu des preuves scientifiques». (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.198). À la suite d'un appel formé par le Japon, l'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure était contraire à l'article 2:2.

S'agissant de l'article 5:7, le Japon a fait valoir ce qui suit devant le Groupe spécial: «si le Groupe spécial devait constater que les preuves scientifiques étaient insuffisantes pour étayer [la] mesure [du Japon] au titre de l'article 2:2, la mesure pourrait être considérée comme une mesure provisoire au titre de l'article 5:7 [...]». L'article 5:7 dispose que «[d]ans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles [...]». Le Groupe spécial a objecté qu'il existait une grande quantité de preuves scientifiques pertinentes de qualité concernant le risque de transmission du feu bactérien par les pommes. En conséquence, le Groupe spécial a conclu qu'il ne s'agissait pas là d'une situation dans laquelle les preuves scientifiques étaient insuffisantes et que, de ce fait, l'article 5:7 n'était pas d'application.

Dans tous les différends qui ont mis en jeu l'Accord SPS, des experts ont été invités à donner des conseils scientifiques aux groupes spéciaux. Ces experts n'ont pas à représenter la science conventionnelle. Ils sont choisis à l'issue d'une discussion entre le groupe spécial et les parties au différend. Généralement, le groupe spécial sollicite des recommandations auprès des organismes internationaux à activité normative ainsi que des parties. Les parties peuvent contester tel ou tel expert pour des motifs légitimes, mais le choix final revient au groupe spécial, qui peut passer outre les objections des parties. Bien entendu, la science ne donne pas toujours une interprétation unique d'un même ensemble de faits, et les experts peuvent très bien donner des informations contradictoires au groupe spécial.

L'article 5:7 autorise l'application de mesures provisoires lorsque les preuves scientifiques sont insuffisantes. En pareil cas, les Membres doivent agir sur la base des renseignements disponibles et s'efforcer d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque. Dans l'affaire *Japon – Pommes*, le Groupe spécial a donné une interprétation plus précise de cet article, en expliquant que des preuves scientifiques insuffisantes ne devaient pas être interprétées comme une incertitude scientifique. Dans cette affaire, l'allégation du Japon selon laquelle sa mesure était provisoire a été jugée sans fondement, car il existait de nombreuses études relatives au feu bactérien.

L'une des préoccupations souvent invoquées dans le contexte des mesures relatives à la santé des personnes ou à l'environnement qui peuvent limiter le commerce est que, étant donné l'incertitude scientifique relative à des événements ou à des risques particuliers, et étant donné le risque de conséquences très néfastes, les Membres voudraient conserver le droit de mettre en œuvre des mesures destinées à prévenir ces conséquences.¹⁶⁰ Bien

¹⁶⁰ Voir, d'une part, Harremoës et al. (2002) et Martin (2004) et, de l'autre, Marchant et Mossman (2004), qui présentent des points de vue différents sur le rôle du «principe de précaution» dans ce contexte.

que le principe de précaution ne figure pas expressément dans l'Accord SPS, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté, dans l'affaire *CE – Hormones*, qu'il était «esquissé dans» l'Accord SPS, notamment à l'article 5:7, et que le fait de l'invoquer ne prévalait pas sur les obligations énoncées à l'article 5:1.

Les rapports élaborés à l'issue des différends *Japon – Produits agricoles*¹⁶¹ et *Japon – Pommes* donnent tous deux des éclaircissements sur la mise en œuvre appropriée des mesures provisoires dans le contexte de l'Accord SPS. Premièrement, les Membres doivent s'efforcer d'obtenir des renseignements même après avoir mis en œuvre une mesure sur la base de l'article 5:7. Par conséquent, l'adoption d'une mesure provisoire ne dispense pas de l'obligation d'en rechercher la justification scientifique. En outre, dans l'affaire *Japon – Pommes*, l'Organe d'appel a déterminé que l'incertitude n'était pas identique à des preuves scientifiques insuffisantes. Dans cette affaire, il existait de nombreuses études scientifiques sérieuses. Il était toujours possible que, dans les cas où il existait de nombreuses études scientifiques peu sérieuses, l'article 5:7 s'applique.

d) Normes de produits et normes de procédés

Dans la section IIB, on a dit que la distinction entre produit et procédé était devenue importante dans le contexte du système commercial multilatéral, notamment pour les normes de procédés qui comportent des procédés et méthodes de production (PMP) non incorporés. Plusieurs différends en matière d'environnement concernant l'imposition de normes de type PMP ont été portés devant le GATT et l'OMC. On présente ci-après une analyse économique des normes de produits par rapport aux normes de procédés, puis on examine comment les affaires relatives à des PMP ont été réglées au GATT et à l'OMC et comment différents Accords de l'OMC s'appliquent aux PMP.

i) Analyse économique

En dehors des études relatives au commerce extérieur, il y a peu de controverses au sujet des normes appliquées à un produit et des normes appliquées au procédé de fabrication d'un produit. Par exemple, lorsqu'on a affaire à un effet sur l'environnement, la question habituelle est de savoir si une taxe ou une mesure ne reposant pas sur les prix, comme une norme, rétablit au mieux l'efficacité économique et non s'il vaut mieux une norme de procédé ou une norme de produit. Comme on l'a expliqué dans la section IIB, les normes environnementales sont largement utilisées. Et il se trouve que bon nombre d'entre elles sont des normes de procédés. Pour des raisons environnementales, les organismes de réglementation imposent souvent des normes concernant l'évacuation des eaux usées, les émissions de fumées ou la consommation d'énergie des entreprises. Dans le secteur minier, par exemple, il existe une multitude de normes qui réglementent le type de produits chimiques employés pour séparer les minéraux précieux des minerais et le traitement des rejets miniers. La raison de ces normes de procédés est que le coût environnemental est lié au procédé de production et non à la consommation du produit fini. Dans les cas où l'effet externe est dû à la consommation du produit fini, on peut recourir à une norme de produit. Par exemple, l'utilisation d'essence dans les véhicules automobiles entraîne le dégagement de grandes quantités de plomb dans l'air. Comme cela représente un risque majeur pour la santé, la plupart des pays imposent l'utilisation d'essence sans plomb. Ainsi, normes de produits et normes de procédés sont justifiées sur le plan économique, selon la source de l'effet externe. Les raisons pour lesquelles la distinction entre les deux types de normes a donné lieu à des litiges commerciaux internationaux ne sont pas liées à la justification économique des normes. Elles ont plutôt à voir avec les difficultés qu'il y a à contrôler et à faire respecter les normes relatives aux PMP appliquées aux lieux de production à l'étranger.

Prenons le cas, examiné dans la section IIB.2, d'une ressource environnementale (le bois) qui sert à fabriquer un produit fini (les meubles) échangé au niveau international. Au début, deux pays commercent ensemble, le pays exportateur vendant les meubles fabriqués au moyen du bois coupé dans ses forêts. Mais un groupement de citoyens du pays importateur s'inquiète de la façon dont le bois est récolté. L'abattage non viable à long terme dans le pays exportateur constitue pour eux un effet externe néfaste, bien qu'ils soient disposés à soutenir la récolte de bois dans des concessions où la gestion forestière serait «écologique». Toutefois, en raison des différences de dotations en ressources et de niveaux de développement, les citoyens du pays exportateur sont loin d'avoir les mêmes préoccupations quant à la façon dont leurs forêts sont exploitées. Pour eux, l'utilisation des arbres pour fabriquer des meubles n'entraîne pas d'effet externe néfaste – au contraire, cette industrie représente simplement une source de revenus.

¹⁶¹ WT/DS76.

Supposons que les autorités de chacun des deux pays souhaitent uniquement maximiser le bien-être national. L'autorité du pays exportateur adoptera une politique de laisser-faire à l'égard de son industrie du bois. Mais celle du pays importateur, du fait que certains de ses citoyens s'inquiètent de l'incidence des coupes de bois sur le bien-être, voudra prendre des mesures pour réduire cette activité. L'une des mesures envisageables sera l'adoption d'une norme de procédé en vertu de laquelle tous les meubles, même importés, devront être fabriqués au moyen de bois récolté de façon durable. C'est un exemple de PMP non incorporés, puisque le fait que le bois utilisé pour fabriquer les meubles a été récolté de manière durable n'est pas incorporé dans les meubles ni discernable au moyen d'un test. L'imposition de la norme obligatoire dans le pays importateur risque de créer un différend commercial. Le pays importateur a remédié à ce qu'il considère comme un effet externe néfaste relevant de sa souveraineté. Le pays exportateur juge la mesure inacceptable, car elle traduit une intention protectionniste ou impose une obligation extraterritoriale.

Bien que cette question soit présentée sous la forme d'un effet sur l'environnement, il n'y a aucune raison *a priori* pour que les marchés ne puissent fonctionner suffisamment bien pour gérer de tels problèmes. Le théorème de Coase dit qu'en l'absence de coûts de transaction, la négociation entre les parties aboutira à un résultat efficient sur le plan économique, c'est-à-dire que les coûts associés à l'effet externe seront réduits au minimum. Si la préférence des consommateurs pour les meubles fabriqués au moyen de bois récolté de façon durable est suffisamment forte dans le pays importateur, il n'y a aucune raison pour que les fabricants de meubles du pays exportateur ne répondent pas à cette demande. S'ils y répondent, le passage du procédé de gestion précédent qui n'était pas viable à long terme au nouveau procédé constitue une réaction volontaire due à la recherche de profits supérieurs. L'adoption d'un procédé différent de fabrication des meubles dans le pays exportateur serait ainsi provoquée par les forces du marché et non par une norme imposée par un État étranger. Il est très probable que, si cette série d'événements avait eu lieu dans notre exemple, l'imposition d'une norme de procédé par le pays importateur aurait créé beaucoup moins de difficultés.

Une raison importante pour laquelle le marché peut ne pas réagir dans les circonstances exposées ci-dessus est l'existence d'une dissymétrie d'information. Les consommateurs ne sont pas en mesure de dire si un meuble a été fabriqué au moyen de bois provenant d'une forêt exploitée de façon durable ou non. Cette dissymétrie est suffisamment forte pour empêcher l'établissement d'un marché international de meubles fabriqués au moyen de bois récolté de façon durable. Mais, là encore, il y a des moyens grâce auxquels le mécanisme du marché lui-même peut apporter une réponse sous la forme de systèmes d'étiquetage privés.¹⁶²

Un système d'étiquetage privé serait moins restrictif pour le commerce qu'une norme obligatoire, car il permettrait la coexistence de différents types de bois sur le marché. Il en serait de même pour un système d'étiquetage public. L'une des différences importantes entre les deux moyens d'action publics et un système privé est la façon de les faire respecter. Dans la plupart des cas, on ne peut faire confiance aux producteurs pour respecter les prescriptions, car ils sont incités à tricher et à déclarer qu'une norme de type PMP est respectée, même si ce n'est pas le cas. Dans le cas d'un système public, ce sera donc, dans une certaine mesure, au gouvernement du pays importateur de le faire respecter, ce qui pourra susciter des préoccupations quant à la souveraineté du pays exportateur. Mais, dans le cas d'un système d'étiquetage privé également, il faut des organismes indépendants pour le faire respecter. Ces organismes doivent avoir accès aux lieux de production du pays exportateur et jouir de la confiance des autorités du pays importateur.

ii) *Jurisprudence de l'OMC*

Comment la jurisprudence de l'OMC traite-t-elle la question des PMP? Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* (voir l'encadré 23), le différend portait sur une mesure des États-Unis (article 609 de la Loi générale n° 101-162) qui interdisait l'importation des crevettes ou des produits à base de crevettes pêchées au moyen de techniques de pêche commerciale qui pouvaient nuire aux espèces protégées de tortues marines. Pour éviter cette interdiction, le pays exportateur devait certifier que sa flotte de pêche utilisait des techniques réduisant au minimum le risque d'attraper des tortues marines. Cette mesure est un exemple de PMP, car il s'agit d'une norme appliquée à la façon dont les crevettes sont pêchées plutôt qu'aux crevettes elles-mêmes. C'est aussi un exemple de PMP non incorporés, car on ne peut discerner, au moyen d'une inspection ou d'un test sur les crevettes, si elles ont été pêchées à l'aide d'une technique écologique ou non.

¹⁶² Voir la note de bas de page relative aux insuffisances des systèmes d'étiquetage concernant les PMP.

Cette mesure a été examinée au titre de l'article XX (Exceptions générales) du GATT de 1994. Appliqué aux questions d'environnement, l'article XX dit que, tant qu'une mesure n'est pas appliquée de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le GATT n'empêche les Membres d'adopter ou d'appliquer «des mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales».

Dans le premier différend, soulevé par l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande, l'Organe d'appel a décidé que, bien que la mesure des États-Unis serve un objectif environnemental reconnu comme légitime au regard de l'article XX du GATT de 1994, elle avait été appliquée d'une façon qui constituait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres de l'OMC. Les États-Unis n'avaient pas engagé avec ces Membres des négociations générales sérieuses en vue de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux pour la protection et la conservation des tortues marines. Ils avaient négocié sérieusement au sujet de la certification avec certains Membres qui exportaient des crevettes vers leur territoire, mais pas avec d'autres. Leur mesure était donc incompatible avec le texte introductif de l'article XX, en vertu duquel les mesures ne doivent pas être appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres. Les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel ont été adoptés par l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC.

À la suite de cela, les États-Unis ont remanié les directives portant application des dispositions pertinentes de l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, en fixant de nouveaux critères pour la certification des pays qui exportaient des crevettes vers leur territoire. Mais les négociations avec l'une des parties au différend (la Malaisie) sur un accord relatif à la certification ont échoué. La Malaisie a donc engagé une nouvelle action devant l'OMC en alléguant que les États-Unis ne s'étaient pas conformés aux recommandations de l'ORD. Toutefois, le Groupe spécial qui a examiné cette seconde affaire a décidé que les directives révisées étaient appliquées d'une manière qui ne constituait pas un moyen de «discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent» et faisaient partie des mesures autorisées au titre de l'article XX. Il a constaté que les États-Unis étaient certes obligés de négocier un accord international relatif à la protection des tortues marines, mais qu'il n'y avait pas d'obligation de conclure un tel accord. L'Organe d'appel a ensuite confirmé la détermination du Groupe spécial selon laquelle les directives révisées étaient justifiées au regard de l'article XX.

Le traitement des PMP dans la jurisprudence de l'OMC semble clair. Dans le rapport du premier Groupe spécial sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*, il est dit que l'article XX ne peut justifier qu'un Membre impose des «mesures subordonnant l'accès à son marché pour un produit déterminé à l'adoption par les Membres exportateurs de certaines politiques». Mais, en appel, l'Organe d'appel a exprimé une opinion différente sur cet aspect de la mesure:

«... l'assujettissement de l'accès au marché intérieur d'un Membre au respect ou à l'adoption par les Membres exportateurs d'une politique ou de politiques prescrites unilatéralement par le Membre importateur peut, jusqu'à un certain point, être un élément commun aux mesures relevant de l'une ou l'autre des exceptions a) à j) prévues à l'article XX.»¹⁶³

L'une des interprétations possibles de cette opinion est que les normes de type PMP sont autorisées (voir Marceau et Trachtman, 2002), à condition bien entendu qu'elles soient conformes aux alinéas a) à j) de l'article XX et ne soient pas appliquées de manière à établir une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent les mêmes conditions.

¹⁶³ *États-Unis – Crevettes*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 121.

Encadré 23: L'affaire États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (WT/DS58)

En application de la Loi de 1973 sur les espèces menacées d'extinction, les États-Unis ont publié des règlements obligeant tous les crevettiers des États-Unis à utiliser des dispositifs d'exclusion des tortues marines ("DET") approuvés ou à réduire le temps de chalutage dans des zones déterminées où la mortalité des tortues marines dans les chaluts à crevettes était élevée.

En ce qui concerne les crevettiers des autres nations, l'article 609 de la Loi générale n° 101-162 prévoyait des négociations en vue de conclure avec eux des accords destinés à protéger les tortues marines et à assurer leur conservation. L'article 609 imposait une interdiction d'importer les crevettes pêchées avec des techniques de pêche commerciale susceptibles de nuire aux tortues marines. Cependant, cette interdiction ne s'appliquait pas aux pays de pêche qui avaient obtenu, auprès du Département d'État des États-Unis, une certification selon laquelle a) leur environnement halieutique ne comportait pas une menace de prise accidentelle de tortues marines lors de la pêche à la crevette ou b) qui disposaient d'un programme de réglementation régissant la prise accidentelle de tortues marines lors du chalutage des crevettes qui était comparable à celui des États-Unis et dont les bateaux avaient un taux moyen de prises accidentelles comparable à celui des bateaux des États-Unis.

Le premier différend découlait d'une plainte déposée par l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande au sujet de l'interdiction à l'importation imposée par les États-Unis au titre de l'article 609 relatif à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes en provenance de ces pays.

Le Groupe spécial a décidé que l'interdiction à l'importation de crevettes et de produits à base de crevettes n'était pas compatible avec l'article XI:1 du GATT de 1994 et ne pouvait pas être justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994. Les États-Unis ont fait appel de la décision selon laquelle la mesure ne pouvait pas être justifiée au regard de l'article XX. Les dispositions pertinentes de l'article XX sont les suivantes: Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures:

- g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales;

L'Organe d'appel a conclu que la mesure répondait aux conditions requises pour être provisoirement justifiée au regard de l'article XX g). Les tortues marines étaient une ressource naturelle épuisable, la mesure des États-Unis se rapportait à la conservation de la ressource naturelle épuisable et la mesure était appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales.

Cela étant, l'Organe d'appel a décidé que la mesure ne satisfaisait pas aux prescriptions du texte introductif de l'article XX et, partant, n'était pas justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994. L'article 609 avait été appliqué d'une manière qui constituait une «discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent». L'article 609 contraignait tous les autres exportateurs à adopter la même politique que celle qui avait été appliquée aux crevettiers des États-Unis. Les États-Unis n'autorisaient pas les importations de crevettes même si celles-ci étaient pêchées par des crevettiers opérant à l'échelle commerciale équipés de DET si ces crevettes provenaient des eaux de pays non certifiés, conformément à l'article 609. Les États-Unis n'avaient pas engagé avec les intimés des négociations générales sérieuses dans le but de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux pour la protection ou la conservation des tortues marines. En outre, ils avaient mené des négociations sérieuses au sujet de la certification avec

certaines Membres, mais pas avec d'autres qui exportaient des crevettes vers les États-Unis. En raison de l'adoption d'un programme de réglementation qui était essentiellement le même que celui des États-Unis, sans que l'on s'assure du bien-fondé de ce programme au regard des conditions existant dans les pays exportateurs, l'application de la mesure a été jugée comme constituant une "discrimination arbitraire".

En conséquence, le Département d'État des États-Unis a publié un ensemble de directives révisées portant application de l'article 609 de la Loi générale n° 101-162 concernant la protection des tortues marines au cours des opérations de pêche de la crevette au chalut. Toutefois, la Malaisie a déposé une seconde plainte. Les États-Unis et la Malaisie n'avaient pas conclu d'accord sur la certification permettant à la Malaisie d'exporter des crevettes vers les États-Unis. Le Groupe spécial chargé de ce second différend a constaté que les États-Unis étaient certes obligés de négocier un accord international relatif à la protection des tortues marines, mais qu'ils n'étaient pas obligés de conclure un tel accord. Les directives révisées étaient appliquées d'une manière qui ne constituait pas un moyen de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" et faisaient partie des mesures autorisées au titre de l'article XX. Lorsque la Malaisie a fait appel, l'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure révisée des États-Unis était justifiée au regard de l'article XX aussi longtemps que des efforts sérieux de bonne foi continuaient d'être faits en vue de parvenir à un accord multilatéral.

e) Harmonisation

Comme on l'a expliqué dans les sections précédentes, l'harmonisation est l'un des moyens de résoudre les problèmes qui peuvent se poser dans le commerce international lorsque les normes des pays exportateurs et celles des pays importateurs diffèrent. L'harmonisation n'est rien de plus que la décision d'appliquer une norme commune (existante ou nouvelle) dans une situation où il y avait jusque-là des normes différentes selon les juridictions. Une telle norme peut être qualifiée de «norme internationale».

Les Accords OTC et SPS, on l'a vu, font référence aux normes internationales. L'Accord OTC oblige les Membres à utiliser les normes internationales pertinentes comme base de leurs règlements techniques et des normes nationales, sauf lorsque ces normes internationales seraient inefficaces ou inappropriées pour réaliser leurs objectifs, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques ou de problèmes technologiques. Un exemple souvent cité est celui des normes internationales en matière de construction, qui ne sont pas nécessairement appropriées dans les zones sujettes aux tremblements de terre. De même, l'Accord SPS oblige les Membres à établir leurs mesures SPS sur la base des normes internationales, sous réserve de certaines exceptions. Et surtout, un pays peut avoir des mesures SPS qui entraînent un niveau de protection supérieur à celui que procure la norme internationale, s'il existe une justification scientifique¹⁶⁴ ou si le niveau de protection qu'il juge approprié exige de telles mesures conformément à l'évaluation des risques effectuée.¹⁶⁵

L'importance (juridique) des normes internationales est soulignée par le fait que les mesures SPS (et les prescriptions OTC) qui sont conformes aux normes internationales sont présumées ne pas constituer des obstacles au commerce.¹⁶⁶ Outre cet avantage important lié à l'utilisation de normes internationales, les deux

¹⁶⁴ Selon la note de bas de page 2 relative à l'article 3 de l'Accord SPS, il y a une justification scientifique si, sur la base des renseignements scientifiques disponibles, un Membre détermine que les normes internationales pertinentes ne sont pas suffisantes pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'il juge approprié.

¹⁶⁵ Ce paragraphe paraphrase approximativement certaines obligations essentielles énoncées à l'article 2.4 et au paragraphe F du Code de pratique de l'Accord OTC, ainsi qu'aux articles 3:1, 3:3 et 5 de l'Accord SPS. Il omet d'autres obligations ainsi que certaines nuances juridiques qui peuvent avoir une importance.

¹⁶⁶ Là encore, il ne s'agit que d'une représentation grossière de l'article 2.5 de l'Accord OTC et de l'article 3:2 de l'Accord SPS. Il faut noter que seules les normes conformes aux normes internationales, c'est-à-dire qui ne sont pas simplement basées sur elles, bénéficient de cette présomption de conformité – qui peut être réfutée. Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a clarifié la différence entre l'expression «sur la base de» employée à l'article 3:1 de l'Accord SPS et l'expression «conforme à» employée à l'article 3:2. «Une mesure qui est «conforme à» une norme du Codex et qui l'incorpore est, bien entendu, établie «sur la base de» cette norme. Cependant, une mesure établie sur la base de la même norme peut ne pas être conforme à cette norme lorsque, par exemple, seulement quelques-uns des éléments et non pas tous les éléments de la norme ont été incorporés à la mesure.» (OMC, 1998, paragraphe 163; voir aussi les paragraphes 164 à 166).

accords autorisent les Membres à définir des «objectifs légitimes» (Accord OTC) – dont une liste illustrative et non exhaustive figure à l'article 2.2 – ou un «niveau approprié de protection» (Accord SPS) qui peuvent exiger des prescriptions OTC plus strictes ou des mesures SPS plus rigoureuses que celles qui sont sanctionnées par une norme internationale donnée. L'Accord OTC (article 2.2 et 2.4) dit qu'un règlement technique non basé sur une norme internationale doit être évalué sous deux angles: premièrement, eu égard à ses effets sur le commerce, il ne doit pas être plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif (censé être légitime); et deuxièmement, eu égard à son efficacité, les risques qu'entraînerait la non-réalisation de son objectif doivent être évalués compte tenu, entre autres facteurs, des données scientifiques et techniques disponibles, des techniques de transformation connexes ou des utilisations finales prévues pour les produits.

En vertu de l'article 2:2 de l'Accord SPS, une mesure SPS ne peut être appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, elle doit toujours être fondée sur des principes scientifiques, et elle ne doit pas être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes (sauf pour les mesures de «précaution» prévues à l'article 5:7). Elle doit aussi comporter une évaluation des risques contre lesquels le Membre souhaite se protéger (article 5:1 à 5:4).¹⁶⁷

Dans l'ensemble, les prescriptions imposées au sujet des mesures SPS non conformes aux normes internationales semblent plus strictes que celles qui sont imposées au sujet des mesures OTC, surtout en ce qui concerne l'obligation de fournir des preuves scientifiques et d'effectuer, pour chaque mesure, une évaluation des risques. Dans ce contexte, il faut noter que l'Accord SPS contient des indications claires sur ce en quoi consiste une norme internationale. À l'article 3:4 et au paragraphe 3 de l'Annexe A, les normes de trois organismes seulement sont concrètement désignées comme telles (voir l'encadré 16). En revanche, aucun organisme international de normalisation n'est mentionné dans l'Accord OTC. L'Annexe 1.4 de cet accord ne contient que la mention assez large d'un «organisme ou système international» défini par le fait qu'il est ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres. Des indications supplémentaires sur l'identification de ces organismes figurent dans une décision du Comité OTC (OMC, 2000b, Annexe 4, pages 24 à 27), qui établit des principes concernant la transparence, l'ouverture, l'impartialité et le consensus, la pertinence et l'efficacité, la cohérence, et les intérêts des pays en développement, de façon à préciser la notion de norme internationale aux fins de l'Accord OTC.

Dans les sections précédentes, on a montré qu'une norme commune pouvait faciliter le commerce international en rendant les produits plus substituables, en renforçant la confiance des consommateurs dans certaines caractéristiques des produits, en assurant la compatibilité entre produits, etc. Dans la mesure où des normes différentes ont artificiellement segmenté le marché intérieur par rapport aux marchés étrangers, l'harmonisation doit normalement accroître le commerce et la concurrence et, en fin de compte, abaisser les prix et/ou améliorer la qualité. Toutes ces raisons peuvent expliquer le ferme soutien exprimé dans les Accords OTC et SPS en faveur de l'harmonisation et de l'adhésion aux normes internationales. Mais l'exposé figurant dans la section IIB a aussi montré que l'harmonisation et la moindre diversité des produits qui pouvait en résulter n'étaient pas toujours souhaitables. D'où l'importance de la flexibilité offerte aux Membres dans les deux accords pour s'écarter des normes internationales s'ils donnent sur ce point une justification suffisante.

Dans la jurisprudence de l'OMC, il est fait référence aux normes internationales à propos de l'affaire *CE – Sardines* (voir l'encadré 24). Dans cette affaire, le Pérou contestait le Règlement CE qui interdisait l'utilisation du terme «sardines» sur les boîtes pour des espèces autres que *Sardina pilchardus* (espèce pêchée principalement au large des côtes européennes). Une norme de commercialisation relative aux conserves de sardines édictée par la Commission FAO/OMS du Codex Alimentarius (Codex Stan 94) autorise l'emploi du

¹⁶⁷ Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a formulé l'observation succincte suivante: «De manière générale, l'objet et le but de l'article 3 consistent à favoriser l'harmonisation la plus large possible des mesures SPS des Membres, tout en reconnaissant que les Membres ont le droit et le devoir de protéger la vie et la santé de leur population et en leur garantissant ce droit. L'harmonisation des mesures SPS a pour ultime objectif d'empêcher que ces mesures exercent une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres ou qu'elles constituent une restriction déguisée au commerce international, sans pour autant empêcher les Membres d'adopter ou de faire appliquer des mesures qui sont à la fois «nécessaires à la protection» de la vie et de la santé des personnes et «fondées sur des principes scientifiques», et cela sans les obliger à modifier leur niveau de protection approprié. L'obligation de procéder à une évaluation des risques, qui est faite à l'article 5:1, et la prescription relative aux «preuves scientifiques suffisantes» énoncée à l'article 2:2, sont essentielles pour maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'Accord SPS entre les intérêts partagés quoique parfois divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains.» (OMC, 1998, paragraphe 177).

terme «sardines» (assorti toutefois d'un qualificatif, par exemple le nom du pays ou de l'espèce) pour un certain nombre d'espèces autres que *Sardina pilchardus*, parmi lesquelles *Sardinops sagax*, qui vit dans l'océan Pacifique oriental et qui est pêchée par le Pérou. Les questions essentielles soulevées au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC étaient de savoir si Codex Stan 94 était une norme internationale pertinente, si elle avait été utilisée comme base de la mesure contestée et, sinon, pourquoi elle ne l'avait pas été – c'est-à-dire pourquoi elle était jugée inefficace ou inappropriée pour réaliser l'objectif recherché.

Sur la première question, les arguments des CE ont été rejetés. Elles avaient allégué que Codex Stan 94 n'était pas une norme internationale pertinente parce qu'elle n'avait pas été adoptée par consensus et visait des produits différents de ceux visés par le Règlement CE. L'Organe d'appel a confirmé la décision du Groupe spécial selon laquelle, aux fins de l'Accord OTC, la définition d'une «norme» figurant à l'Annexe 1.2 de l'Accord n'exigeait pas qu'il y ait eu approbation par consensus s'agissant de normes adoptées par un «organisme reconnu» de la communauté internationale à activité normative. Il a aussi confirmé l'idée selon laquelle la norme du Codex «est relative, se rapporte ou est adaptée au Règlement CE». Elle devait donc être considérée comme une norme internationale pertinente, car elle avait des conséquences pour d'autres espèces de poissons qui pourraient être vendues comme sardines en conserve, y compris *Sardinops sagax* (OMC, 2002, paragraphes 227, 232 et 233). Puis, l'Organe d'appel a examiné si la norme du Codex avait été utilisée «comme base» du règlement technique des CE, c'est-à-dire si elle était le «principal élément constitutif» de ce règlement.¹⁶⁸ Il a conclu que ce n'était pas le cas car, à tout le moins, le règlement technique en question ne devrait pas contredire la norme internationale pertinente. Or, au titre du Règlement CE, les espèces telles que *Sardinops sagax* ne pouvaient être appelées «sardines» même si ce terme était accompagné du nom d'un pays, d'une espèce, etc., comme le prévoyait Codex Stan 94. Enfin, l'Organe d'appel a estimé que la capacité d'une mesure d'accomplir les objectifs déclarés – son efficacité – et l'adéquation d'une mesure pour la réalisation de ces objectifs – son caractère approprié – étaient «toutes les deux influencées de manière déterminante par les perceptions et les attentes des consommateurs dans les Communautés européennes en ce qui concerne les produits à base de sardines en conserve» (OMC, 2002, paragraphe 289). Rien ne prouvait, selon lui, que les consommateurs des CE avaient toujours associé le terme «sardines» exclusivement à *Sardina pilchardus*. Il a aussi fait remarquer qu'au titre de Codex Stan 94, *Sardinops sagax* pouvait comporter une désignation distincte de celle de *Sardina pilchardus* et que le but même de ces règles en matière d'étiquetage pour les sardines des espèces autres que *Sardina pilchardus* était de garantir la transparence du marché (OMC, 2002, paragraphe 290). Il en a donc conclu que Codex Stan 94 n'était pas inefficace ni inappropriée pour réaliser les objectifs légitimes recherchés par le Règlement CE: transparence du marché, protection du consommateur et concurrence loyale.

Comme on l'a indiqué précédemment, la valeur de l'harmonisation dépend essentiellement du fait que les pays intéressés ont les moyens financiers et les compétences nécessaires pour participer aux activités internationales de normalisation. L'affaire CE – *Sardines* a souligné l'importance qu'il y a à participer à ces activités. Les Accords OTC et SPS obligent tous deux les Membres et leurs organismes de normalisation à prendre part à l'élaboration des normes internationales dans les limites de leurs ressources (article 2.6 et paragraphe G du Code de pratique de l'Accord OTC et article 3:4 de l'Accord SPS). De gros efforts ont été faits pour surveiller l'utilisation des normes internationales (conformément aux articles 3:5 et 12:4 de l'Accord SPS)¹⁶⁹ et faciliter la participation des pays en développement aux travaux des organismes compétents, notamment depuis la Décision de Doha sur la mise en œuvre. En novembre 2000, les Membres ont invité le Directeur général à étudier avec les organisations internationales à activité normative et les organisations intergouvernementales compétentes des mécanismes financiers et techniques permettant de favoriser la participation des pays en développement aux activités de normalisation (Compte rendu de la réunion du Conseil général tenue le 18 octobre 2000, WT/GC/M/59, 13 novembre 2000, paragraphes 11 et 14). En 2001 et 2002, le Directeur général a pris contact à cette fin avec plusieurs organisations internationales à activité normative et organisations intergouvernementales et a rédigé un rapport résumant les renseignements qu'elles lui avaient communiqués. Dans la Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre adoptée à Doha le 14 novembre 2001, les Ministres ont pris note des mesures prises jusque-là par le Directeur général pour faciliter la participation accrue des Membres ayant des niveaux de développement différents aux travaux des organisations internationales à activité normative, ainsi

¹⁶⁸ L'Organe d'appel a trouvé quatre autres synonymes dans les dictionnaires usuels et il s'est aussi inspiré de la décision connexe qu'il avait rendue dans l'affaire CE – *Hormones*. Voir OMC (2002), paragraphes 244 et 245, et OMC (1998), paragraphe 163.

¹⁶⁹ Voir aussi la documentation sur ce sujet, notamment OMC (2004).

que des efforts qu'il avait faits pour assurer la coordination avec ces organisations et les institutions financières afin de définir les besoins d'assistance technique liée aux mesures OTC et SPS et la meilleure façon d'y répondre. Le Directeur général a en outre été chargé de poursuivre ses efforts de coopération avec ces organisations et institutions, y compris en vue d'accorder la priorité à la participation effective des pays les moins avancés et de faciliter l'octroi d'une assistance technique et financière à cette fin.¹⁷⁰ Du côté des mesures SPS, cette décision a entraîné, par exemple, la création d'un fonds (le Mécanisme pour l'élaboration des normes et le développement du commerce), établi par la Banque mondiale et administré par l'OMC en partenariat avec la FAO, l'OIE, l'OMS et la Banque mondiale. D'autres organisations internationales ont créé leurs propres mécanismes dans les domaines OTC et SPS, par exemple le Fonds fiduciaire pour la participation des pays en développement et des pays en transition aux activités de la Commission du Codex Alimentarius, établi par la FAO et l'OMS. Ces activités de renforcement des capacités ont été examinées plus en détail dans la section IIC.

Encadré 24: Un différend réglé dans le cadre de l'OMC: l'affaire *Communautés européennes - Désignation commerciale des sardines*

Ce différend a surgi lorsque les Communautés européennes ont interdit l'utilisation de l'expression «sardines péruviennes» sur les boîtes de conserve contenant des espèces de poissons de type sardines (*Sardinops sagax*) pêchées aux larges des côtes péruviennes. Le Règlement CE pertinent disposait que seuls les produits préparés à partir de *Sardina pilchardus* (la «sardine européenne») pouvaient être commercialisés sous forme de conserves de sardines. Autrement dit, le mot «sardines» ne pouvait figurer dans l'appellation figurant sur le récipient que pour les produits à base de poissons de cette espèce.

Le Groupe spécial, dont la décision a été confirmée en septembre 2002 par l'Organe d'appel, s'est prononcé en faveur du Pérou. Il a constaté qu'une norme définie par la Commission du Codex Alimentarius pour les produits à base de sardines constituait une «norme internationale pertinente» au sens de l'Accord OTC. La norme du Codex énonçait des dispositions spécifiques en matière d'étiquetage pour les conserves de sardines préparées à partir de poissons figurant dans une liste de 21 espèces, y compris *Sardina pilchardus* et *Sardinops sagax*. Le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont établi que cette norme n'avait pas été utilisée comme base du Règlement CE et que la norme n'était pas «inefficace ou inappropriée» pour réaliser les objectifs légitimes recherchés par le Règlement CE. En conséquence, ce règlement a été déclaré incompatible avec l'article 2.4 de l'Accord OTC.

En juillet 2003, le Pérou et les CE ont informé l'Organe de règlement des différends de l'OMC qu'ils étaient parvenus à une solution mutuellement convenue au sujet du différend. Selon le Règlement CE modifié, les sardines péruviennes pouvaient être commercialisées dans les CE sous une désignation commerciale comprenant le mot «sardines» ainsi que le nom scientifique de l'espèce, à savoir «Sardines – *Sardinops sagax*».

¹⁷⁰ Voir OMC (2001), paragraphes 3.5 (SPS) et 5.3 (OTC), et OMC (2003), pages 13 à 15, au sujet des activités entreprises pour donner suite à cette décision.

3. CONCLUSIONS

Dans cette section, on a présenté les textes juridiques relatifs aux normes et l'on a analysé certains concepts essentiels en rapport avec les normes figurant dans les Accords OTC et SPS ainsi que dans le GATT de 1994. On a comparé ces concepts à des concepts analogues ou similaires figurant dans l'analyse économique présentée dans la section IIB et l'on s'est aussi référé à la jurisprudence de l'OMC. Cet examen montre que le raisonnement économique et le raisonnement juridique suivent des voies très semblables. Mais il attire aussi l'attention sur les questions non résolues indiquées ci-après.

Maximisation du bien-être national ou du bien-être mondial

Les normes destinées à remédier à l'une quelconque des défaillances du marché mentionnées dans la section IIB peuvent avoir un effet nuisible sur le commerce. Si tel est le cas, la norme peut diminuer le bien-être des partenaires commerciaux du pays qui l'impose. Il se peut aussi que le préjudice l'emporte sur les avantages retirés par le pays qui impose la norme. Autrement dit, la norme ne maximise pas le bien-être mondial. Le rôle exact de l'OMC dans un tel contexte ne semble pas avoir été défini de manière explicite.

L'OMC est une organisation multilatérale et son rôle a souvent été défini en termes de maximisation du bien-être mondial. Or, lorsqu'il s'agit de l'utilisation de normes, les textes juridiques et la jurisprudence de l'Organisation indiquent clairement que les Membres ont le droit de définir leur «niveau approprié de protection». Il s'agit d'une notion liée à la maximisation du bien-être national. On a aussi fait valoir que des politiques optimales du point de vue du bien-être national devraient être considérées comme conformes aux Accords de l'OMC. Toutefois, il faut reconnaître que la maximisation du bien-être mondial serait concrètement difficile dans ce contexte, car elle exigerait que l'on compare différents «niveaux appropriés de protection» entre les Membres.

Rôle des intérêts des consommateurs et des preuves scientifiques

Les préférences des consommateurs jouent un rôle décisif dans l'analyse économique lorsqu'il s'agit de déterminer la politique nationale appropriée. Les preuves scientifiques sont probablement l'un des facteurs qui déterminent l'opinion des consommateurs, ce qui soulève d'importantes questions sur la possibilité pour les consommateurs d'y accéder, sur leur qualité et sur leur communication en temps utile. Mais les consommateurs ne s'inspirent pas seulement des preuves scientifiques. Leur opinion est influencée par d'autres sources d'information telles que les médias. Il se peut aussi qu'ils n'aient tout simplement pas accès aux preuves scientifiques pertinentes. Leur opinion au sujet de certaines politiques nationales, par exemple en matière de sécurité sanitaire des produits alimentaires ou de protection de l'environnement, serait donc «faussée» du point de vue des preuves scientifiques. Ils peuvent, par exemple, surestimer le risque qu'un certain produit alimentaire représente pour la santé.

Dans cette situation, un gouvernement bien informé doit peser le coût de la mesure par rapport aux avantages actuels et futurs de la réduction des risques. Les avantages futurs seront vraisemblablement inférieurs à ce que les consommateurs attendent aujourd'hui, car ils jugent mal le risque réel. Autrement dit, des politiques fondées sur des opinions erronées des consommateurs au sujet du risque peuvent se révéler très coûteuses pour une société. Mais les avantages actuels pour les consommateurs peuvent néanmoins être suffisamment importants pour qu'un État prenne une mesure qui s'écarte de celle qui semblerait la plus opportune d'un point de vue purement scientifique. À cet égard, les pouvoirs publics ont un rôle à jouer dans l'amélioration de la qualité des informations diffusées aux consommateurs. Toutefois, cet exemple soulève une question particulièrement intéressante qui a aussi été posée dans les études sur ce sujet. Que se passe-t-il si un défenseur fait valoir que la protection de la santé n'est qu'un objectif et que la mesure est fondée en réalité sur des préoccupations des consommateurs ou sur des critères moraux? La mesure devrait-elle alors être considérée comme une mesure SPS? Cette question est importante, car l'Accord SPS dit très clairement qu'une mesure doit être justifiée au moyen de preuves scientifiques, alors que, dans l'Accord OTC, l'exigence d'une justification scientifique est définie de façon moins rigoureuse.

Rôle des normes internationales

Dans l'exposé économique figurant dans la section IIB, on concluait que l'harmonisation internationale des normes n'était pas toujours un objectif souhaitable, tant du point de vue national que du point de vue mondial. Dans la présente section, on a montré que les Accords de l'OMC encourageaient la création et l'application de normes internationales. Plus particulièrement, les pays qui appliquent une norme internationale sont présumés appliquer des politiques compatibles avec les règles de l'OMC, au titre aussi bien de l'Accord SPS que de l'Accord OTC. Faut-il en conclure que les Accords de l'OMC sont en contradiction avec la pensée économique?

Pas nécessairement. Aucun des deux accords n'exclut que l'on puisse s'écarter des normes internationales. Ces écarts peuvent être conformes aux règles de l'OMC s'ils correspondent à des objectifs légitimes. En outre, l'Accord SPS exige que soit apportée la preuve de l'existence d'un lien rationnel entre la mesure en cause et l'objectif, ou plus précisément le «niveau approprié de protection» du Membre. Toutes ces exigences ont un sens du point de vue économique. En particulier, l'accent mis sur les preuves scientifiques dans l'Accord SPS semble justifié compte tenu du fait que cet accord ne traite que des mesures obligatoires. L'exposé figurant dans la section IIB a montré que les mesures obligatoires tendaient à avoir de fortes incidences sur les transactions du marché en général et sur les courants commerciaux en particulier. Les considérations relatives à la maximisation du bien-être conduiraient sans doute un économiste à conclure que ces mesures doivent reposer sur des preuves très solides.

Comment faire respecter les normes de procédés dans le système commercial multilatéral?

Le système commercial multilatéral a longtemps hésité à s'occuper des PMP non incorporés, mais avec la décision rendue dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, on peut dire que ces mesures font désormais partie du système. Toutefois, les préoccupations relatives à leur respect demeurent. Les PMP non incorporés ne peuvent être contrôlés à la frontière: ils doivent l'être sur le lieu de production du pays exportateur. Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, il s'agissait des bateaux mais, dans d'autres cas, il s'agira d'autres lieux de production. Il n'est pas certain que les pays exportateurs acceptent d'une manière générale que des inspecteurs des pays importateurs viennent inspecter les lieux de production sur leur territoire.