



CLAUSE D'EXCEPTION ENVIRONNEMENTALE ET LE MERCOSUR

*Liziane Paixão Silva Oliveira**

Resumé

Face a l'intensification du rapport entre la protection de l'environnement et la libre circulation des marchandises, cet article propose d'analyser l'application de la "clause d'exception environnementale" au sein du Mercosur. Afin d'approfondir cette étude, il revient sur les exceptions au libre-échange dans l'article XX du GATT et l'article 36 du Traité de l'Union Européenne, ainsi que les principales décisions rendues sur application de la clause d'exception environnementale.

Mots-clés

Mercosud. Environnement. Libre échange.

Resumo

Face a intensificação da relação entre a proteção do meio ambiente e a livre circulação de mercadorias, o presente artigo tem por objetivo refletir sobre a aplicação da "cláusula de exceção ambiental" no âmbito do Mercosul. Com o fito de aprofundar esse debate, discorre-se sobre as exceções ao livre comércio do artigo XX do GATT e do artigo 36 do Tratado da União Européia, bem como das principais decisões emitidas sobre a aplicação da cláusula de exceção.

Palavras-chave

Mercosul. Meio Ambiente. Livre comércio.

1. CONSIDERATIONS INICIALES

Parmi les dérogations possibles au libre-échange dans le Mercosur¹, figurent certaines mesures de protection de la santé, de la vie des personnes et des animaux, ou visant à la préservation des végétaux, nonobstant le fait que l'application de telles mesures exige de remplir certains prérequis.

Les États parties au Mercosur, comme ceux des autres accords régionaux, sont conscients qu'il existe des situations dans lesquelles la protection de certaines valeurs non commerciales doit primer sur l'objectif de

* Professora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Doutora em Direito pela Universidade Aix-Marseille III. Mestre em Direito pela UnB.

¹ Article 50. du Traité de Montevideo, référence de l'article 2 du Annexe I du TA.

libéralisation des échanges commerciaux. Ils ont donc institué des exceptions au principe du libre commerce . mais si des exceptions sont admises, elles sont interprétées de façon restrictive.

2. LES CLAUSES D'EXCEPTIONS

On peut identifier principalement trois modèles de clauses d'exceptions générales : celles qui s'inspirent de l'Article XX du GATT de 1994², celles qui s'appuient sur l'article 30 du TCE (actuellement article 36 du TFUE) et enfin celles qui sont structurées de manière différente.³ S'agissant des exceptions applicables dans le cadre du Mercosur, elles se rapprochent, à certains égards, des modèles du GATT et de la UE, mais s'en distinguent à d'autres égards.

La clause d'exception générale du GATT permet aux États membres de l'OMC d'appliquer des mesures contraires aux règles définies dans l'Accord général lorsque de telles mesures visent la protection de valeurs non-économiques.

Le traité de création du Mercosur ne contient pas de clause spécifique d'exception générale qui pourrait peser notablement sur la libre circulation des marchandises comme l'ont fait l'OMC (article XX du GATT), l'UE (article 36 du TFUE)⁴ ou l'ALENA (article 2101 de l'Accord de Libre Échange Nord-Américain)⁵. Il renvoie seulement aux exceptions présentes dans le Traité de

² « Interpretation of Article XX by the Appellate Body indicates that the World Trade Organization ("WTO") has taken the policies and interests that are outside the realm of trade liberalization, such as the environment, much more seriously than its GATT predecessor. In its decisions, the Appellate Body has recognized that it is no longer possible for the WTO to uphold the free trade goals of the GATT 1994, such as promoting market access, above all other goals and concerns-e.g., health, the environment, and the objectives of sustainable development» (ALAI, Padideh. «Free Trade or sustainable development? An Analysis of the WTO Appellate Body's Shift to a More Balanced Approach to Trade Liberalization», *Review American University International Law*, 1999, n° 14, p. 1131. Disponible sur : <http://www.auilr.org/pdf/14/14-4-5.pdf>).

³ OCDE. *L'environnement et les accords commerciaux régionaux*, OCDE, 2007, p. 148.

⁴ L'article 36 du Traité UE, admet certains obstacles au principe de libre circulation. Dans certains cas, le droit de l'union européenne laisse la possibilité aux Etats d'établir des règles internes de production ou de commerce, limitant les échanges intracommunautaires, si les hypothèses énumérées sont observées. Les exceptions permises visent à sauver les intérêts considérés comme entièrement nationaux, et sont justifiées par des « raisons de moralité publique, d'ordre public, et de sécurité publique ; de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ».

⁵ L'ALENA possède deux caractéristiques importantes : il s'agit d'un accord qui se limite à libéraliser les échanges et à protéger les investissements, et qui inclut des thèmes nouveaux comme les marchés publics et la propriété intellectuelle, voire très nouveaux comme le droit du travail et l'environnement.

Montevideo (TM)⁶, en précisant que « *les mesures prises dans les cas prévus à l'article 50 du Traité de Montevideo de 1980* »⁷ ne sont pas considérées comme des restrictions. L'accord se réfère directement à des règles du droit de l'ALADI qui, pour sa part, renvoie à une disposition du droit du GATT, lesquelles s'insèrent de cette manière dans le droit du Mercosur.

Lorsque les négociateurs du Mercosur ont établi les restrictions, ils ont exclu de cet ensemble de barrières celles destinées à garantir les intérêts non-économiques énoncés à l'article 50 du TM de 1980. Ce dispositif établit que : « No provision of this Treaty shall be construed as an impediment to the adoption and execution of measures relating to: (a) Protection of public morality; (b) Application of security laws and regulations; (c) Control of imports or exports of arms, ammunition and other war material and, in exceptional circumstances, of all other military items; (d) Protection of human, animal and plant life and health; (e) Imports and exports of gold and silver bullion; (f) Protection of national resources of artistic, historical and archaeological value; and (g) Exportation, utilization and consumption of nuclear materials, radioactive products and any other material which may be used in the development or exploitation of nuclear energy »⁸.

Ces motivations, justifiées par le régime d'exception, énumérées aux différents paragraphes de l'article 50 du TM, abordent des aspects importants ayant trait à l'administration d'un pays. C'est, par exemple, le cas des « importations ou exportations d'armes, de munitions et autres matériels de guerre ». Considérant le caractère primordial des sujets abordés, les États parties préfèrent conserver une marge plus ample d'autonomie lorsqu'il s'agit de la réglementation interne de ces questions, mais tentent aussi de préserver la possibilité de s'opposer à la libéralisation du commerce quand celle-ci peut nuire à l'une des valeurs qu'ils souhaitent protéger.

Une première lecture permet d'observer que les États parties au Mercosur souhaitaient une harmonisation avec les principes définis par

⁶ Le Traité de Montevideo de 1980 (ALADI) prévoit dans son article 49 que: « Los países miembros podrán establecer normas complementarias de política comercial que regulen, entre otras materias, la aplicación de restricciones no arancelarias, el régimen de origen, la adopción de cláusulas de salvaguardia, los regímenes de fomento a las exportaciones y el tráfico fronterizo. » (Texte original du Traité de Montevideo de 1980. Disponible sur : <http://www.aladi.org/nsfaladi/juridica.nsf/vtratadoweb/tm80>).

⁷ Traité d'Asunción, article 2. de l'Annexe 1.

⁸ ALADI. Traité de Montevideo, 1980, Texte original en anglais tiré du Recueil des traités, vol. 1329, I-22309, Nations Unies, p. 269. La rédaction de cet article s'est inspirée de l'article 42 de l'Accord de Carthagène qui a constitué le Pacte Andin et qui a été signé à Bogota le 26 mai 1969 entre les gouvernements de Colombie, Bolivie, Chili, Équateur et Pérou. Cet accord a été modifié par le Protocole de Quito le 12 mai 1987. Il convient de souligner que la rédaction de l'Accord de Carthagène s'est fondée sur l'article XX du GATT de 1947.

l'ALADI qui font directement référence à l'article 50 du TM. Toutefois, les accords plus récents, passés entre le Mercosur et les autres blocs ou pays, font directement référence à l'article XX du GATT⁹. On peut en conclure que la tendance actuelle du bloc est de suivre le système multilatéral des exceptions générales.

Compte tenu du fait qu'au sein du Mercosur les exceptions générales à l'article 50 du TM ne sont pas considérées comme des restrictions, c'est-à-dire que les mesures imposées aux États-parties dans l'intention de protéger la santé et la vie des personnes et des animaux, ou d'assurer la préservation des végétaux, entre autres, sont légitimes¹⁰, il convient de rechercher si les exceptions énoncées à l'article 50 doivent être interprétées de façon large ou restrictive, et si telle liste est ouverte ou fermée.

3. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 50 DU TRAITÉ DE MONTEVIDEO EST-IL RESTRICTIF ?

L'article 50 du TM fournit une liste de motifs pouvant justifier une limitation du libre commerce. L'étude minutieuse de cet article permet de déterminer si cette énumération des motifs est exhaustive ou illustrative. Une liste est illustrative, ouverte, lorsque le législateur fournit des paramètres, des repères, des exemples et permet l'adéquation, l'inclusion d'autres aspects. En revanche, dans le cas d'une liste exhaustive, le législateur précise dans le texte de la loi toutes les possibilités n'en permettant pas une éventuelle extension. L'utilisation de l'expression « entre autres » fera clairement considérer une disposition comme ouverte. À cet égard, la liste contenue à l'article 50 du TM ne peut pas être considérée comme ouverte ; elle est exhaustive. En ce sens, le Tribunal d'arbitrage ad hoc du Mercosur a conclu que son interprétation devait être limitée.¹¹ Toutefois, l'interprétation peut évoluer et les États membres du Mercosur, tout comme leurs institutions, peuvent établir de nouveaux droits, ceux-ci devant être protégés sur la base des objectifs assignés au bloc.

Avant la décision du Tribunal du Mercosur, au niveau multilatéral, le Groupe spécial chargé de l'affaire États Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930, a admis : « l'article XX d) prévoit ainsi une exception limitée et

⁹ Article 1. du Chapitre XII, d'Accord sur libre échange entre le Mercosur et l'État d'Israël, MERCOSUR / CMC / Déc. 050/2007. Suscripción del Tratado de Libre Comercio entre el MERCOSUR y el Estado de Israel.

¹⁰ TAHM. Sentence arbitrale du 28 avril 1999, affaire relative aux Comunicados n° 37 du 17 décembre 1999 et n° 7 du 20 février 1998 du Département des Opérations du commerce extérieur (DECEX) et du Secrétariat du commerce extérieur (SECEX). Application de mesures restrictives au commerce réciproque, Argentine c. Brésil, Para VII P.33.

¹¹ TAHM. Sentence arbitrale du 19 avril 2002, affaire relative aux Obstacles à l'entrée de produits phytosanitaires argentins dans le marché brésilien, Argentine c. Brésil, para. 9.4.

conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions »¹². L'Organe d'appel de l'OMC a également dit :

il ressort clairement du texte introductif que chacune des exceptions prévues aux paragraphes a) à j) de l'article XX constitue une exception limitée et conditionnelle aux obligations de fond contenues dans les autres dispositions du GATT de 1994¹³.

Par ailleurs, il y a un large consensus en faveur d'une interprétation stricte de l'article XX¹⁴. Dans la mesure où il constitue une exception à des obligations fondamentales de l'OMC, une interprétation large serait contraire à l'objet et au but de l'organisation.

Dans le contexte européen, les États membres sont enclins à revendiquer la dérogation au principe du libre commerce sur la base de l'intérêt général. Les restrictions nationales d'importation (ou d'exportation) échappent à l'interdiction de l'article 34 (ex-article 28 du TCE) ou de l'article 35 (ex-article 29 du TCE) lorsqu'elles sont justifiées, aux termes de l'article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La CJCE a reconnu à plusieurs reprises que les exceptions prévues à l'article 36 (ex-article 30 TCE) devaient être interprétées strictement, en tant que dérogation au principe fondamental du libre commerce¹⁵. Ainsi, aucun autre justificatif ne peut être ajouté à la liste limitative¹⁶. Dans cet ordre d'idées, C. Blumann rappelle que « les atteintes à ce principe ne peuvent résulter que de la lettre des traités (art. 30 pour la libre circulation des marchandises) ou des exigences impératives (ou impérieuses, s'agissant des personnes) d'intérêt général, sous la triple réserve de l'interprétation stricte et du respect des critères de nécessité et de proportionnalité »¹⁷.

En accord avec l'adage *exceptio est strictissima interpretatio*¹⁸, associé au principe selon lequel il n'est pas admis qu'une norme dérogoire

¹² GATT. Groupe spécial, Rapport, *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930 (L/6439) du 7 novembre 1989*, paragraphe 5.9.

¹³ OMC. Organe d'appel, Rapport. *États-Unis – Prohibitions à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (WT / DS58 / AB / R)* du 12 octobre 1998, para. 157.

¹⁴ KLABBERS, Jan. «Jurisprudence in International Trade Law: Article XX of GATT», *Journal of World Trade*, 1992, vol. 26, n° 2, p. 63, 88.

¹⁵ CJCE. 10 janvier 1985, *Association des Centres Distributeurs Édouard Leclerc c. Sté. Thouars distribution*, Affaire 229/83, Rec. p.1. CJCE, 19 mars 1991, *Commission c Grèce*, aff. C-205 – 89, Rec. 1991, p. I-1361, pt.9.

¹⁶ CJCE. Arrêt du 17 juin 1981, *Commission c. Irlande (Souvenirs d'Irlande)*, Aff. 113/80, Rec. p. 1625. CJCE. Arrêt du 9 juin 1982, *Commission c. Italie*, aff. 95/81, Rec., p. 2187. CJCE. Arrêt du 7 févr. 1984, *Duphar BV et autres c. Etat néerlandais*, aff. 238/82, Rec., p. 523.

¹⁷ BLUMANN, Claude. « Objectifs et principes en droit communautaire », in *Le droit de l'Union européenne en principes*, Paris, Apogée, 2006, p. 64.

¹⁸ L'existence de l'adage latin *Exceptiones strictissimae interpretationis sunt* montre que ce principe est traditionnellement établi dans la pensée juridique.

soit étendue à des situations qu'elle n'a pas elle-même expressément prévues, et au regard des décisions énoncées supra, l'article 50 doit incontestablement faire l'objet d'une interprétation restrictive.¹⁹

4. L'ÉTUDE COMPARÉE DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES ENVIRONNEMENTALES DES ACCORDS COMMERCIAUX

L'article XX du GATT établit que

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; 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 nationales²⁰.

Cette disposition « précise[nt] à quelles conditions et dans quel cadre les États peuvent adopter des mesures qui contreviennent à leurs obligations en matière de non-discrimination »²¹. Il est toutefois incontestable que les ACR ont suivi l'exemple du GATT en incluant dans leurs traités constitutifs originaux la possibilité de déroger aux dispositions de libéralisation commerciale²².

Par-delà leur parenté, les textes présentent des différences. Tandis que l'OMC stipule que des mesures visant à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux sont nécessaires, l'UE exige que les mesures soient justifiées. Toutefois, certains auteurs concluent que, dans le même cas concret, les procédures énoncées à l'article XX b) du GATT et 36 du TFUE conduiraient à des résultats analogues.²³ On note ensuite que le Traité de l'UE ne fait pas référence à la conservation des ressources naturelles épuisables, prévue à l'article XX g) du GATT. Un tel dispositif est importante car il permet aux États sur un autre support pour « justifying certain environmental measures and is all the more important since measures falling under Article XX(g) of the GATT do not

¹⁹ Cf. MAURITIUS, SUPREME COURT. *The Mauritius reports: being judgments of the Supreme Court of Mauritius, of the judges and master thereof*. Government Printer, 1942, p. 178. MAYRAND, Albert. *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montréal, Guérin 1972, p. 56).

²⁰ Article XX du GATT.

²¹ BÉGUIN Jacques ; MENJUCQ, Michael (dir.). *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005, p. 101.

²² KAZEKI, Jun. « Les restrictions à l'exportation in OCDE » (org.), *Au-delà des tarifs : le rôle des obstacles non tarifaires dans le commerce mondial*, OCDE, 2005, p.226- 254, p. 231.

²³ OCDE. *L'environnement et les accords commerciaux régionaux*, OCDE, 2007, p.156, note.5.

need to pass the ‘necessity’ test (on the interpretation of this requirement, see further below) »²⁴ .

Les clauses d’exception prévues par le Mercosur se distinguent de ce qui existe dans les autres accords examinés. Tout d’abord, ils ne prévoient ni la conservation des ressources naturelles, ni la protection de l’environnement comme une exception ou une dérogation au libre-échange. De ce fait, on constate sur ce point que la préservation de l’environnement figure de façon restreinte au nombre des intérêts légitimes énoncés à l’article 50 du TM. Ensuite, le texte du Mercosur ne fait pas état du critère de nécessité ; il n’exige pas non plus de justification pour l’application de mesures exceptionnelles. Ceci devrait faciliter l’application des exceptions par les États parties du Mercosur, du fait que ceux-ci ne sont pas contraints de se plier aux mêmes conditions que celles définies par l’OMC. Toutefois, en pratique, « l’exigence de protection de l’environnement peut justifier, voire masquer purement et simplement, de nouvelles restrictions commerciales et de nouveaux protectionnismes »²⁵.

L’UE et le Mercosur ont prévu, pour justifier les exceptions, les seules raisons de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et de préservation des végétaux, alors que le GATT a inclus la conservation des ressources naturelles épuisables et que l’ALENA a prévu la protection de l’environnement et des ressources naturelles épuisables et renouvelables. Ainsi, on peut conclure que, parmi les articles analysés, l’ALENA attribue la plus large marge de manœuvre aux États puisqu’il fait figurer la protection de l’environnement au rang des exceptions générales au libre commerce.

Si, au vu de la lecture comparative des articles afférents aux exceptions, il apparaît que les règles de l’OMC et de l’ALENA accordent une place plus importante à la protection de l’environnement, cette réalité se trouve altérée lorsqu’on étudie, dans le droit de UE, les possibilités de recours aux mesures de protection environnementale qui se trouvent fondées sur des motifs d’intérêt général²⁶ ou des exigences impératives²⁷.

²⁴ NEUMAYRER, Eric. « Greening the WTO agreements can the treaty establishing the European Community be of guidance ? », *Journal of world trade*, vol. 35, p.145-166, 2001, p. 149.

²⁵ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. « L’OMC et la protection de l’environnement international », in MICHELOT, Agnès. (coord) *Environnement et commerce*, Suisse, UNITAR, 2006, p. 109.

²⁶ « La notion de «raisons impérieuses d’intérêt général» à laquelle se réfèrent certaines dispositions de la présente directive a été élaborée par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative aux articles 43 et 49 du traité et est susceptible d’évoluer encore. Cette notion, au sens que lui donne la jurisprudence de la Cour, couvre au moins les justifications suivantes: l’ordre public, la sécurité publique et les anti publiques au sens des articles 46 et 55 du traité, le maintien de l’ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires des services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de

S'appuyant sur l'affaire Cassis de Dijon²⁸, la CJCE a ajouté à la liste d'exceptions de l'actuel article 36 TFUE une nouvelle possibilité, pour les États, d'établir des restrictions à la liberté de circulation des marchandises, justifiée par la protection de motifs supérieurs d'intérêt général. La protection de l'environnement est reconnue comme une exigence impérative d'intérêt général dans le célèbre arrêt Brûleurs d'huiles usagées²⁹. Mais c'est dans l'affaire Bouteilles danoises que la Cour considère pour la première fois que « la protection de l'environnement constitue une exigence impérative pouvant limiter l'application de l'article 30 du Traité (actuellement article 36 du TFUE) »³⁰. Autrement dit,

dès 1985, la protection de l'environnement a été admise comme une exigence impérative en matière de libre circulation des marchandises, solution confirmée en 1988, puis en 1992. Le principe en a encore été rappelé en 2001 dans l'affaire Preussen-Elektra dans la partie de l'argumentation relative à l'article 28 CE³¹.

En outre, la Cour reconnaît, dans l'arrêt Konsumentombudsmannen, qu'une mesure restrictive peut être considérée comme nécessaire « pour satisfaire à des exigences impératives tenant à l'intérêt général ou à l'un des objectifs énumérés à l'article 30 du TCE (actuellement article 36 du TFUE) »³².

l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire » (CJCE. Arrêt du 14 juillet 1998, *Aher Waggon GmbH*, Aff. 389/96, Rec. p. 4473).

DIRECTIVE 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

²⁷ CJCE. Arrêt du 12 octobre 2000, *Snellers Auto's BV*, Aff. 314/98, Europe, décembre 2000, comm. n° 381.

²⁸ CJCE. Arrêt de la Cour du 20 février 1979, *Rewe-Zentral, Cassis de Dijon*, C-120/78, Rec. 1979, p. 644.

²⁹ CJCE. Arrêt du 7 février 1985, *Procurateur de la République c. Association de défense de brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, aff. 240/83, Rec. 1985, p. 531, 549, n° 15.

³⁰ CJCE. Arrêt du 7 février 1985, *Procurateur de la République c. Association de défense de brûleurs d'huiles usagées (ADBHU)*, aff. 240/83, Rec. 1985, p. 4607, 4632, n° 20-22, points 8 et 9. L'affaire dispose qu'un système de consigne et de reprise d'emballage, mis en place bien qu'il entrave le commerce et qu'il soit contraire à l'article 28 du CE, peut ainsi être maintenu. L'importance de cette décision est considérable, même si la réglementation est finalement jugée disproportionnée puisqu'elle exige un agrément préalable des emballages.

³¹ IDOT, Laurence. *Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de Justice*. Disponible sur : http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgcrf/02_actualite/ateliers_concu/environnement7.pdf

³² CJCE. Arrêt du 9 juillet 1997. *Konsumentombudsmannen (KO) contre De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) et TV-Shop i Sverige AB*, Aff. C-35/95 et C-36/95, Rec. I-03843.

Ainsi, la différence entre le régime d'exigences impératives et celui des exceptions de l'article 36 réside en la flexibilité des justifications possibles. De fait, les raisons impératives « constituent une liste ouverte et donc évolutive, tandis que celles de l'article 30 relèvent d'une énumération limitative »³³.

D'après le droit européen, les États qui désirent mettre en place des mesures en faveur de la protection de l'environnement risquant d'entraver le libre échange et de violer l'article 34 du TFUE bénéficient donc de deux échappatoires possibles : l'exception de l'article 36 ou les exigences impératives. Le recours à la première s'avère cependant plutôt limité en raison de l'interprétation stricte qu'en fait la CJUE. C'est par conséquent en vertu de la jurisprudence sur les exigences impératives d'intérêt général que les mesures étatiques à but environnemental ont généralement plus de chances d'être reconnues conformes au droit européen.

La politique de protection de l'environnement qui, dans le Mercosur, passe par l'application de clauses d'exceptions au libre commerce pourrait être mieux formulée. La référence au développement durable, dès le préambule du TA, aurait pu laisser envisager que soient expressément légitimées les mesures de conservation des ressources naturelles, ainsi que les mesures de protection environnementale.

4.1 La protection de l'environnement est-elle une exception générale dans le Cône Sud ?

Nous avons vu supra que l'expression « protection de l'environnement » ne figure pas explicitement parmi les motifs d'exceptions énumérés par le traité du Mercosur. Une telle omission peut résulter de l'intention délibérée de ne pas mentionner la protection de l'environnement ou encore de la volonté de s'inspirer des clauses d'exception du GATT et de l'UE, ces deux institutions n'ayant pas non plus fait figurer dans leur rédaction la protection de l'environnement en tant que telle. En réalité, le souci de la protection de l'environnement tout comme la définition du concept d'environnement³⁴ est récent, au regard des débuts du GATT ou de

³³ MOLINIER, Joel; GROVE-VELDEYRON, Nathalie de. *Droit du marché intérieur européen*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 74.

³⁴ L'article 2 de la La Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement définit l'environnement comme comprenant : « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs; les biens qui composent l'héritage culturel; et les aspects caractéristiques du paysage » (Lugano, 21.VI.1993).

« L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des

l'UE. De fait, cette absence découle « plutôt d'un manque de reconnaissance de tels intérêts au moment de la rédaction du traité »³⁵ que d'une volonté délibérée de nier l'importance de la protection de l'environnement.

À la fin du XIX^{ème} siècle, les États ont commencé à adopter des réglementations sanitaires et phytosanitaires. Il est donc compréhensible que le GATT, la CE, l'ALENA et le Mercosur conservent parmi leurs exceptions générales une disposition relative aux mesures sanitaires et phytosanitaires. Instituée plus récemment, après la prise de conscience de l'importance du développement durable et de la protection de l'environnement, l'ALENA rend explicite la possibilité de l'exception au principe de libre commerce, pour autant qu'elle est la conséquence de l'application des mesures de protection environnementale nécessaires pour la protection de la santé et de la vie. Le Mercosur, fondé presque à la même période que l'ALENA, ne contient pas de dispositions sur les exceptions générales mais se réfère seulement au dispositif obsolète du TM, institué au cours des années 80.

Alors que, initialement, on utilisait, pour l'interprétation de l'article XX b) du GATT, le terme sanitaire, favorisant ainsi une interprétation restrictive de cet alinéa³⁶, actuellement on estime que les actions visant à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de même qu'à la préservation des végétaux peuvent autant faire l'objet de mesures sanitaires que de mesures environnementales,³⁷ comme, par exemple, celles prévoyant l'élimination des déchets dangereux ou encore la réduction de la pollution sonore. Dans ses grandes lignes, « le contenu de l'Accord général, adopté en 1947, ne fait pas une place très importante à la protection de l'environnement, qu'il fait tout de même entrer au rang des 'exceptions générales' que les États peuvent invoquer pour déroger à ses dispositions »³⁸.

Dans le même ordre d'idée, le Rapport de l'Organe d'appel, dans l'affaire de l'Essence, a établi, qu'

il est spécifiquement reconnu qu'il importe de coordonner les politiques relatives au commerce et à l'environnement. Les Membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour

zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement » (CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil 1996, p.241-242, § 29).

³⁵ PICOD, Fabrice. « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », in *La Communauté européenne et l'environnement*, Travaux du Colloque d'Angers de la CEDECE, 1997, p. 405-423, p. 413.

³⁶ Document des Nations Unies, NU E/CONF2/C3/SR35, p. 10 et NU EPCT/A/PV/30, p. 7-13.

³⁷ Pour S. Charnovitz, « la protection sanitaire et phytosanitaire ne peut être séparée de la protection écologique » (CHARNOVITZ, Steve. « Exploring the Environmental Exceptions in GATT Article XX », *Journal of World Trade*, n° 25, 1991, p. 39).

³⁸ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. « L'OMC et la protection de l'environnement international », in MICHELOT, A. (coord) *Environnement et commerce*. Suisse, UNITAR, 2006, p. 99-113, p. 101. Cf. FLORY, Thiebaut, *L'OMC, droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 55.

déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (y compris la relation entre l'environnement et le commerce), leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en œuvre. En ce qui concerne l'OMC, cette autonomie n'est limitée que par la nécessité de respecter les prescriptions de l'Accord général et des autres accords visés.³⁹

Plus tard, statuant sur l'importation de pneumatiques rechapés, le rapport de l'Organe d'appel Brésil-Mesures a conclu que la protection de la santé et de l'environnement ne correspondent pas à des protections similaires compte tenu du fait que le premier aspect a été déclaré « vital et important au plus haut point » tandis que le second a seulement été qualifié d'« important »⁴⁰. En somme, l'Organe d'appel a établi une hiérarchie entre ces deux droits fondamentaux en classant la protection de la santé à un degré plus élevé que la protection environnementale.

Les politiques environnementales contribuent de manière directe ou indirecte à la protection de la vie et de la santé, en d'autres termes ces politiques y contribuent indirectement, dans les cas des mesures destinées à mesurer l'impact sur l'environnement ou encore des mesures relatives à la responsabilité pour les dommages occasionnés à l'environnement, elles ne peuvent être considérées comme des exceptions au libre commerce⁴¹. Toutefois, lorsque les normes environnementales ont pour finalité la conservation des espèces de la faune et de la flore sauvage⁴², elles peuvent être considérées comme des exceptions légitimes au principe du libre commerce. Le critère utilisé afin de différencier un ensemble de mesures d'un autre serait donc le résultat lui-même de la restriction ou de l'interdiction. Une telle distinction peut être illustrée de la façon suivante sur la base du droit européen: l'interdiction de la commercialisation de boucles d'oreilles fabriquées en nickel afin de prévenir les allergies serait une mesure relevant de l'article 36 du TFUE. Toutefois, les mesures prévoyant des restrictions pour les produits qui contiennent des CFC, et visant ainsi à contribuer à la protection de la couche d'ozone de la haute atmosphère et, en conséquence, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et de la vie végétale ne figureraient pas parmi les hypothèses

³⁹ OMC. Affaire États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, Rapport de l'Organe d'Appel du 26 avril 1996, p. 34.

⁴⁰ OMC, Affaire Brésil-Mesures visant l'importation de pneumatiques réchapés, WT/DS332/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, 3 décembre 2007, para. 179.

⁴¹ KRAMER, Ludwig. «Environmental protection and article 30 EEC Treaty», *Common Market Law Review*, n° 30, 1993, pp 111-143.

⁴² CJCE. 13 juil. 1994, Commission c/ RFA, aff., C-131/93: Rec. CJCE 1994, I, p. 3303, pt 17.

énumérées à l'article 36.⁴³ En outre, selon l'analyse de Claire Vial, le recours à la technique d'exception en matière de protection de l'environnement est limité également « dans le domaine des déchets »⁴⁴.

Même si, à première vue, on est amené à conclure à l'impossibilité de l'application de l'article 36 pour légitimer une mesure adoptée dans un but de préserver l'environnement, il semble que cette utilisation ne soit viable que dans des circonstances particulières.⁴⁵ Les décisions de la CJUE semblent flexibles en ce qui concerne l'acceptation de mesures de préservation de l'environnement au titre d'exceptions au principe de libre circulation. Dans l'affaire *Commission contre Danemark*, la CJUE a reconnu le droit de tout État membre de fixer des règles de protection de l'environnement, même si de telles mesures s'avèrent restrictives pour la libre circulation des biens⁴⁶.

4.2 L'application de l'article 50 et la protection de l'environnement

Les règles prévues dans les paragraphes de l'article 50 du TM visent à protéger les intérêts publics communs des conséquences de la libéralisation du commerce. Comme il a été indiqué supra, parmi ces paragraphes figure celui qui a trait à « la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux et des végétaux (article 50 d)) lequel 'peut résumer globalement le concept d'exception environnementale' ». ⁴⁷ Il convient de souligner que de telles mesures, destinées à protéger un intérêt général, sont situées au même niveau juridique que les principes du libre commerce auxquels elles se réfèrent⁴⁸.

En ce sens, tout obstacle non tarifaire de nature sanitaire, phytosanitaire ou autre, ayant pour but de protéger la santé et la vie est a priori légitime. Pour que les mesures environnementales puissent faire partie des possibilités autorisées à l'article 50 d) du TM, il est nécessaire qu'il y ait des risques véritables pour la santé et la vie.

Récemment, le Tribunal ad hoc du Mercosur a eu l'occasion de statuer dans le cadre d'un conflit entre le principe du libre échange et celui de la

⁴³ KRAMER, Ludwig. «Environmental protection and article 30 EEC Treaty», *Common Market Law Review*, n° 30, 1993, p. 118.

⁴⁴ VIAL, Claire. *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 173.

⁴⁵ LAVRYSEN, Luc. «The European Court of Justice and the implementation of environmental law», in MACRORY, Richard (ed.) *Reflections on 30 years of EU environment law : a high level of protection?*, 2006, p. 422.

⁴⁶ CJCE. Case 302-86, *Commission V. Dinamarca*, 20.09.1988, Rec. 1988,4607.

⁴⁷ TPR. Sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, *Uruguay c. Argentine*. Notre traduction du para 8.

⁴⁸ FLORY, Thiebaut. *L'OMC, droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 55.

protection de l'environnement. La contestation a été présentée par l'Uruguay, à l'encontre de l'Argentine, au sujet de l'interdiction d'importation, en Argentine, de pneus rechapés en provenance d'Uruguay. L'Argentine a fait valoir que l'adoption de la loi argentine n°25.626 (2002) interdisant l'importation de pneus rechapés était fondée sur l'article 50 d) du TM, celle-ci cherchant à éviter, à titre préventif, les dommages causés à l'environnement, ainsi qu'à la santé et à la vie des personnes, des animaux et des végétaux. Dans son argumentation, l'Argentine a souligné son engagement vis-à-vis des règles qui garantissent la libre circulation des marchandises dans le Mercosur mais allégué que la limitation de cette liberté en faveur de la préservation de l'environnement est légitime⁴⁹. L'Uruguay, à son tour, a reconnu, dans ses allégations, l'importance du principe de protection de l'environnement ; il a toutefois fait valoir que, dans le cas des pneus rechapés, il existait un abus dans l'application des exceptions de l'article 50 sur la protection de l'environnement. L'Uruguay a ainsi mis en évidence, de manière opportune, les entraves commerciales déguisées fondées sur ces arguments⁵⁰. Le Tribunal a reconnu que « la défense de l'environnement, dès que fondée sur des raisons justes, peut être utilisée comme exceptions aux normes générales d'intégration régionale, et particulièrement celles qui régissent le libre commerce dans le Mercosur »⁵¹.

Le Tribunal arbitral du Mercosur a fait un premier pas en évoquant l'utilisation des normes qui garantissent la préservation environnementale et la santé des personnes, des animaux et des végétaux dans le bloc, en accord avec l'article 50 du TM. Il reste toutefois une lacune : toutes les mesures environnementales, nécessaires et non discriminatoires, sont-elles susceptibles de limiter le principe de libre circulation, ou seules les normes environnementales destinées à protéger directement la santé et la vie peuvent-elles entrer dans les exceptions ? De l'étude précédente, nous avons conclu que seules les règles de l'environnement visant à protéger la vie et la santé des personnes, des animaux et des végétaux peuvent être considérées comme des exceptions valables au libre-échange, toutefois d'autres règlements de protection environnementale, qui ne touchent pas directement la protection de la vie et la santé, ne constituent pas une exception.

⁴⁹ TAHM. Sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 53.

⁵⁰ Ibidem, para 54.

⁵¹ Ibidem, Notre traduction du texte original : « a defesa do meio ambiente, desde que fundada em justas razões, pode ser usada como exceções às normas gerais da integração regional, e particularmente aquelas que regulam o livre comércio entre os países do Mercosur ».

5. LES LIMITES POSÉES À L'APPLICATION DES EXCEPTIONS ENVIRONNEMENTALES

5.1 La nécessité

À la lecture du TA, on constate immédiatement l'absence de conditions générales⁵² relatives à l'utilisation des exceptions au libre commerce. Cette omission nous conduit à penser que l'utilisation des mesures d'exception dans le Mercosur serait plus facile que dans le cadre de l'OMC ou de l'UE, puisque ces institutions ont instauré des critères spécifiques. Cette lacune permet de conclure qu'il suffirait qu'un État membre invoque, par exemple, la protection de la santé et de la vie pour que l'exception soit légitime. Cette interprétation simpliste mènerait à l'abus dans l'usage de cette dérogation et au non-respect de l'une des finalités du bloc : la libre circulation des biens, des services et des facteurs productifs. Néanmoins, cette lacune du traité constitutif a été comblée par le droit dérivé et la jurisprudence. Ainsi, le Mercosur a introduit le texte même de l'article XX du GATT dans les accords ratifiés ultérieurement⁵³.

Enfin, les clauses d'exception au principe du libre-échange sont encadrées. Conformément à ce qui a été vu auparavant, la mesure dérogatoire doit correspondre aux exceptions générales définies par l'accord. Ensuite, une mesure de protection de la santé et de la vie doit être nécessaire et proportionnelle. Enfin, elle doit satisfaire à certaines conditions générales comme le fait de ne pas être un moyen de discrimination arbitraire ou non justifiable, ni une restriction déguisée au commerce.

Après avoir constaté que la mesure environnementale qui fait entrave au libre-échange a pour objet la protection de la santé et de la vie, on en vient à l'examen de sa nécessité⁵⁴. Cette condition de nécessité n'a pas été fixée par le TA, mais ressort du droit dérivé et de la jurisprudence des tribunaux, Arbitral et Permanent, de Révision du Mercosur.

La décision du CMC relative à l'Accès aux Marchés établit que le libre commerce de marchandises constitue un élément essentiel pour la configuration du marché commun annoncé par le Traité d'Asunción A et poursuit en affirmant que le besoin impérieux de garantir les principes fondamentaux de la protection de la vie et de la santé publique ne doit pas générer d'obstacles inutiles au commerce. Ensuite, l'article 4 de la même

⁵² Nous nous référons à les exigences générales énoncées dans le texte introductif de l'article XX du GATT.

⁵³ MERCOSUR/CMC/Dec. n° 50/2007. Acordo de livre comércio entre o Mercosur e o Estado de Israel, «Artigo 1 – Exceções Gerais Nada neste Acordo impedirá qualquer Parte Signatária de adotar ações ou medidas consistentes com os Artigos XX e XXI do GATT 1994, incluindo medidas que afetem re-exportações para não-partes ou re-importações de não-partes».

⁵⁴ MERCOSUR/CMC/Dec. N° 58/00.

décision souligne l'importance « de régler l'application, dans le Mercosur, des mesures adoptées sous le couvert de l'article 50 du Traité de Montevideo de 1980 »⁵⁵. Le Tribunal Permanent de Révision (TPR) reconnaît ainsi qu'afin d'invoquer les exceptions de l'article 50, les États parties du bloc doivent déterminer leur nécessité et leur proportionnalité⁵⁶, outre le fait de fixer, dans la même décision, que l'onus probandi appartiendra à l'État imposant la mesure d'exception⁵⁷. On en conclut que, si d'un côté la condition de nécessité a été exigée, de l'autre, on n'en a pas établi la signification. Dans le cadre de l'OMC, les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont eu à plusieurs reprises l'occasion de préciser cette notion.

Le mot « nécessaire » doit être examiné dans le contexte dans lequel il est employé, car il peut avoir des sens divers. Il peut impliquer un sentiment de nécessité matérielle absolue ou d'inévitabilité, ou il peut qualifier ce qui n'est que commode, utile, approprié, convenable, propice ou propre à favoriser la réalisation de l'objectif recherché. C'est un adjectif qui exprime des ordres de grandeur. Il peut signifier la simple commodité ou désigner ce qui est indispensable ou une nécessité matérielle absolue.⁵⁸ De ce point de vue, s'il est relativement facile de constater qu'une mesure vise à protéger la santé et la vie, déterminer la nécessité ou non de cette mesure est une tâche plus complexe. Pour éclairer son sens au sein du Mercosur, il est intéressant d'observer l'interprétation qui en est donnée dans le droit international. En effet, ce sujet n'a pas été amplement discuté dans le cadre du cône sud. Mais reconnaissant que le régime du bloc n'était pas conçu comme un système juridique autosuffisant, le Tribunal Arbitral du Mercosur s'est référé en plusieurs occasions au droit international, ainsi qu'aux rapports de l'OMC, afin de combler ses lacunes.

Le premier à traiter du caractère nécessaire de l'article XX b) a été le rapport du Groupe spécial du GATT dans le cas des cigarettes.⁵⁹ La Thaïlande avait interdit l'importation de cigarettes nord-américaines pour

⁵⁵ MERCOSUR/CMC/Dec. N° 57/00. Article 4.: « de regulamentar la aplicación en el MERCOSUR de medidas adoptadas al amparo del Artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 » (notre traduction).

⁵⁶ TPR. Sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine, p. 5.

⁵⁷ En ce qui concerne ce point, l'Organe d'appel a déclaré : « il appartient au Membre qui invoque l'article XX d) comme justification de démontrer que ces deux conditions sont remplies » (OMC, Rapport de l'Organe d'appel, Corée, Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, rapport de l'Organe d'appel adopté le 10 janvier 2001, WT/DS169/AB/R, para. 157).

⁵⁸ BLAC, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6ème ed., 1991, p. 714.

⁵⁹ BASSO, Maristela. « Livre circulação de mercadorias e proteção ambiental no Mercosur », in BASSO, Maristela. *Mercosur*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 399.

des raisons de santé publique, en affirmant que celles-ci contenaient certaines substances chimiques plus nocives à la santé que les cigarettes thaïlandaises. Le Groupe spécial a d'abord constaté que la mesure destinée à réduire la consommation de cigarettes était en adéquation avec l'exigence contenue à l'article XX b). Il s'est ensuite interrogé sur la nécessité de la mesure et a jugé que

«les restrictions à l'importation imposées par la Thaïlande ne pouvaient être considérées comme 'nécessaires' au sens de l'article XX b) que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles ou moins incompatibles avec l'accord général qu'elle pouvait raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de santé ⁶⁰.

Ensuite, le Groupe spécial, dans le rapport Amiante, a rappelé le test établi dans le rapport Cigarettes. Se référant au rapport « États-Unis - Article 337 de la Loi douanière de 1930 », il constate que, « pour déterminer si une mesure est nécessaire, il importe d'apprécier si des mesures compatibles ou moins incompatibles sont raisonnablement disponibles »⁶¹. Ainsi, l'expression « mesure nécessaire » signifie qu'il n'existe pas d'autre solution possible (principe d'impossibilité de substitution) ⁶² et que la solution employée s'avère la plus compatible avec les normes du GATT. En doctrine, l'expression 'mesure la moins incompatible' semble être interprétée comme « mesure la moins restrictive ». L'imposition de ces conditions pour la caractérisation de la nécessité a reçu diverses critiques puisqu'elle peut conduire à la non-application de l'exception.⁶³

Force est de constater que le test de nécessité a été assoupli dans le rapport Corée, viande de bœuf. L'Organe d'appel précisait alors que

pour qu'une mesure, au demeurant incompatible avec le GATT de 1994, soit justifiée provisoirement au titre du paragraphe d) de l'article XX, deux éléments doivent être réunis. Premièrement, la mesure doit avoir pour objet d'assurer le respect de lois ou de règlements qui ne sont pas eux-mêmes incompatibles avec l'une ou l'autre des dispositions du GATT de

⁶⁰ OMC. Groupe spécial, Affaire Thaïlande – restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, adopté le 7 novembre 1990, para. 73.

⁶¹ OMC. Groupe spécial, Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/R) du 18 septembre 2000, note 487, para. 8.206.

⁶² OMC. Rapport États Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930, para. 81. Cf. « Division du commerce et de l'environnement », OMC, *Le commerce et l'environnement*, OMC, p.57.

⁶³ Dans l'affaire CE - Amiante, pour la première fois l'article XX b) a satisfait au critère de nécessité. L'Organe d'appel a noté que « plus l'intérêt commun ou les valeurs communes (poursuivies) sont vitaux ou importants », plus il sera facile d'admettre la « nécessité » de mesures conçues pour atteindre ces objectifs (« Division du commerce et de l'environnement », OMC, *Le commerce et l'environnement*, OMC, p.57).

1994. Deuxièmement, la mesure doit être ‘nécessaire’ pour assurer ce respect⁶⁴.

L’analyse de cette question passe par l’interprétation « du mot ‘nécessaire’ dans son contexte et à la lumière de l’objet et du but de l’article XX »⁶⁵. Ceci étant, la portée du mot peut tout autant caractériser quelque chose d’indispensable qu’être utilisé au sens de favoriser quelque chose⁶⁶, ce qui fait qu’une mesure nécessaire n’est pas forcément une mesure indispensable⁶⁷.

En guise de conclusion, l’Organe d’appel souligne : « il nous semble que 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. Plus cet intérêt commun ou ces valeurs communes sont vitaux ou importants, plus il sera facile d’admettre la ‘nécessité’ d’une mesure conçue comme un instrument d’application ». ⁶⁸ Donc, le teste de nécessité est lié aux valeurs communes que la loi essaye de protéger, plus les intérêts commun sont vitaux plus les mesures sont nécessaires.

Pour revenir à l’interprétation du caractère nécessaire dans le cadre du Mercosur, il convient d’observer que les mesures visant à la protection de la vie et de la santé ne doivent pas servir d’excuse à l’imposition d’entraves inutiles au commerce.⁶⁹ En outre, bien que le caractère nécessaire de la mesure ne doive pas désigner seulement une mesure indispensable ou de nécessité absolue, ou encore l’inexistence d’une mesure qui serait moins restrictive au commerce, il est intéressant que le Mercosur prenne modèle sur les exemples multilatéraux, régionaux sans renoncer pour autant à définir ses

⁶⁴ OMC. Organe d’appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001, para. 157. Voir aussi OMC. Organe d’appel, *États-Unis - Normes concernant l’essence nouvelle et ancienne formules* (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, page 25.

⁶⁵ OMC. Organe d’appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001, para. 159.

⁶⁶ Selon l’Organe d’appel « une mesure ‘nécessaire’ se situe beaucoup plus près du pôle ‘indispensable’ que du pôle opposé: ‘favoriser’ simplement » (Ibidem, para. 161).

⁶⁷ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. La conformité aux textes de l’OMC de l’interdiction de l’amiante par la France (OMC, Organe d’appel, 12 mars 2001), *Petites affiches*, 30 avril 2002 n° 86.

⁶⁸ OMC. Organe d’appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001, para. 162.

⁶⁹ TAHM. Sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l’Interdiction d’importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 63.

propres critères adaptés à la réalité juridique, politique et économique de ses membres.⁷⁰

5.2 Ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée

Rappelons que l'article 50 du TM a énuméré les motifs admis au titre des entraves au libre commerce dans le Mercosur. De ce point de vue, cet article ressemble au texte des paragraphes de l'article XX du GATT et de l'article 36 du TFUE, comme nous l'avons vu auparavant. Le point clé pour la distinction entre ces dispositifs repose sur la deuxième partie de son exégèse, le « chapeau » des articles XX et 50 et la fin de l'article 36. Contrairement aux textes de l'OMC et de l'UE, le texte de l'article 50 du TM n'interdit pas aux États membres d'appliquer une mesure « de façon à » ce que celle-ci constitue soit « une discrimination arbitraire ou injustifiable », soit « une restriction déguisée au commerce international ».

Il convient de préciser que dans l'affaire États-Unis – Essence, l'Organe d'appel a reconnu que le but des mesures introduites par l'article XX était de prévenir l'abus.⁷¹ En prohibant de façon générale les discriminations arbitraires et injustifiables, ainsi que les restrictions déguisées au commerce, les États membres de l'OMC ont voulu établir une barrière contre leur usage excessif, veiller à ce que l'exception n'excède pas certaines limites.⁷²

Pendant, dès lors que le libellé de l'article 50 du TM⁷³ ne stipule pas d'exigences minimales en vue de l'utilisation des mesures exceptionnelles, il accorde aux États-parties une ample marge de manœuvre pour poursuivre une des politiques non commerciales reconnues dans le dispositif. En effet, l'omission de critères conduit à la conclusion qu'il suffirait qu'un État allègue une des hypothèses contenues dans les alinéas de l'article 50 pour que la mesure restrictive soit légitime. Une telle marge de manœuvre peut autant aider positivement à la protection des intérêts en jeu, dans la mesure où elle facilite l'adoption d'autres politiques fondamentales, que mener à une utilisation immodérée.

⁷⁰ OMC. Organe d'appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001, para. 162 et para. 161-164.

⁷¹ OMC. Organe d'appel, États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, page 25

⁷² PAYE, Olivier. *L'OMC et la protection de l'environnement*, Bruxelles, CRISP, 1996, p. 31. CARREAU, Dominique ; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*, 3ème éd. Paris, Dalloz, 2007, p. 265.

⁷³ L'article 50 se lit donc comme suit: « No provision of this Treaty shall be construed as an impediment to the adoption and execution of measures relating to: [...] » (Traité de Montevideo).

Il convient de rappeler que les dispositifs d'un traité doivent être exécutés de bonne foi.⁷⁴ L'exégèse de l'article 50 doit être analysée à la lumière de l'article 1 du TA et de son Annexe I qui fait de l'élimination des droits de douane et des restrictions l'une des finalités du bloc permettant la consécration du marché commun. Il s'agit de ce que Panayotis Soldatos désignait comme un continuum intégratif, dans lequel les divers éléments se réunissent pour composer une vision d'ensemble, une réalité ordonnée en fonction d'un processus d'intégration.⁷⁵ En conséquence, le chapeau de l'article 50 doit être interprété comme une dérogation à la règle générale, tout en considérant cependant l'objectif et le but du Mercosur.⁷⁶

Face aux difficultés d'interprétation de l'article 50, la délégation de l'Argentine a d'ailleurs proposé au CCM un projet de réglementation fondé sur les expériences de l'OMC. Ladite réglementation définirait quelles sont les exigences pour que soient validées les normes nationales visant à restreindre la libre circulation des marchandises dans le Mercosur. Selon cette proposition, la lecture de l'article 50 devrait tenir compte des exigences multilatérales, et les mesures ne devraient pas constituer une discrimination arbitraire ou injustifiée, ni des restrictions déguisées au commerce. Le Tribunal Arbitral, contribuant ainsi à résoudre cette impasse, allègue que «les exceptions à la libre circulation doivent résulter de textes formels et que, même les exceptions admises comme, par exemple, les mesures non-commerciales de l'article 50 du TM 80, doivent être destinées effectivement à leur finalité spécifique et dûment déclarée, afin de ne pas représenter une forme déguisée de restriction commerciale qui serait alors inadmissible»⁷⁷.

Il convient d'ajouter que l'Accord cadre visant à la protection de l'environnement dans le Mercosur (2001) contribue lui aussi à remplir cette lacune lorsqu'il détermine que les États doivent éviter l'adoption de mesures environnementales qui discriminent de manière arbitraire ou injustifiée le libre commerce des biens et des services⁷⁸. Prenant en compte l'exégèse de toutes les règles du Mercosur citées ci-dessus, nous arrivons à la conclusion que, même dans le cas où une mesure sert l'objectif environnemental reconnu comme légitime aux termes de l'article 50, elle ne peut être

⁷⁴ Artigo 26. de la Convention de Vienne sur le droit des Traités.

⁷⁵ TAHM. Sentence arbitrale du 28 avril 1999, affaire relative aux Comunicados nº 37 du 17 décembre 1999 et nº 7 du 20 février 1998 du Département des Opérations du commerce extérieur (DECEX) et du Secrétariat du commerce extérieur (SECEX). Application de mesures restrictives au commerce réciproque, Argentine c. Brésil, para. 50.

⁷⁶ BASSO, Maristela. «Livre circulação de mercadorias e proteção ambiental no Mercosur», in BASSO, Maristela. *Mercosur*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 400.

⁷⁷ TAHM. Sentence arbitrale du 21 mai 2001, affaire relative à l'application de droits antidumping à l'exportation de poulets entiers en provenance du Brésil, Argentine c. Brésil, para. 145, Notre traduction

⁷⁸ Article 3 de l'Accord-cadre visant à la protection de l'environnement dans le Mercosur.

appliquée de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable, ou encore une restriction déguisée au commerce entre les Membres du bloc. Nonobstant, une lacune subsiste au niveau des conditions d'application de l'article 50, vu que les expressions utilisées n'ont pas été définies. Ainsi, au regard de la similitude entre l'article 50, l'article XX du GATT et l'article 36 du TFUE, la jurisprudence de la CJUE peut nous aider à mieux comprendre le sens de chaque limitation imposée, même si le TAHM et le TPR du Mercosur pourraient, dans le futur, arriver à une interprétation distincte de celle qui a été produite par les organes de règlement des différends actuels.

6. REMARQUES FINALES

Bien que la protection de l'environnement ne soit pas explicitement citée dans les dispositions portant exceptions générales, celles-ci font référence à l'adoption de mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, de même qu'à la préservation des végétaux, ou encore, se rapportant à la conservation des ressources naturelles, pour appliquer des règles de protection de l'environnement. Pour qu'une politique environnementale, incompatible avec les dispositions du TA, se trouve justifiée en vertu de l'article 50, deux conditions doivent être remplies et ce, de manière cumulative.

La classification en tant qu'exception à une mesure environnementale est très complexe. Dans les grandes lignes, l'adoption de normes directement liées à la protection de la santé et de la vie serait considérée comme légitime. Toutefois, les mesures environnementales visant à la réglementation de la pollution de l'eau et de l'air, à la réduction de la pollution sonore, à l'accumulation des déchets, entre autres, et qui ont trait, de manière secondaire, à la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux et des végétaux, ne sont pas incluses dans les situations prévues à l'article .

Néanmoins, les États membres sont soumis au principe de proportionnalité, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent recourir à des mesures de protection drastiques qui seraient excessives par rapport à l'objectif poursuivi. Ainsi, les mesures de préservation de l'environnement qui restreignent le commerce ne sont autorisées que lorsqu'elles sont raisonnables.

RÉFÉRENCES

BASSO, Maristela. «Livres circulação de mercadorias e proteção ambiental no Mercosur», in BASSO, Maristela. Mercosur, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

BÉGUIN Jacques ; MENJUCQ, Michael (dir.). Droit du commerce international, Paris, Litec, 2005.

BLAC, Henry Campbell. Black's Law Dictionary, 6ème ed., 1991.

BLUMANN, Claude. « Objectifs et principes en droit communautaire », in Le droit de l'Union européenne en principes, Paris, Apogée, 2006.

CJCE. 10 janvier 1985, Association des Centres Distributeurs Édouard Leclerc c. Sté. Thouars distribution, Affaire 229/83, Rec. p.1. CJCE, 19 mars 1991, Commission c Grèce, aff. C-205 – 89, Rec. 1991, p. I-1361, pt.9.

CJCE. 13 juil. 1994, Commission c/ RFA, aff., C-131/93: Rec. CJCE 1994, I, p. 3303, pt 17.

CJCE. Arrêt du 12 octobre 2000, Snellers Auto's BV, Aff. 314/98, Europe, décembre 2000, comm. n° 381.

CJCE. Arrêt du 17 juin 1981, Commission c. Irlande (Souvenirs d'Irlande), Aff. 113/80, Rec. p. 1625.

CJCE. Arrêt du 7 février 1985, Procureur de la République c. Association de défense de brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), aff. 240/83, Rec. 1985, p. 531, 549, n° 15.

CJCE. Arrêt du 7 février 1985, Procureur de la République c. Association de défense de brûleurs d'huiles usagées (ADBHU), aff. 240/83, Rec. 1985, p. 4607, 4632, n° 20-22 .

FLORY, Thiebaut. L'OMC, droit institutionnel et substantiel, Bruxelles, Bruylant, 1999.

GATT. Groupe spécial, Rapport, États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930 (L/6439) du 7 novembre 1989.

KAZEKI, Jun. « Les restrictions à l'exportation in OCDE » (org.), Au-delà des tarifs : le rôle des obstacles non tarifaires dans le commerce mondial, OCDE, 2005, p.226- 254, p. 231.

KLABBERS, Jan. «Jurisprudence in International Trade Law: Article XX of GATT», Journal of World Trade, 1992, vol. 26, n° 2.

KRAMER, Ludwig. «Environmental protection and article 30 EEC Treaty», Common Market Law Review, n° 30, 1993, pp 111-143.

LAVRYSEN, Luc. «The European Court of Justice and the implementation of environmental law», in MACRORY, Richard (ed.) Reflections on 30 years of EU environment law : a high level of protection?, 2006.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. « L'OMC et la protection de l'environnement international », in MICHELOT, Agnès. (coord) Environnement et commerce, Suisse, UNITAR, 2006.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. La conformité aux textes de l'OMC de l'interdiction de l'amiante par la France (OMC, Organe d'appel, 12 mars 2001), Petites affiches, 30 avril 2002 n° 86.

MERCOSUR/ CMC/ Dec. N° 58/00.

MERCOSUR/CMC/Dec. N° 57/00.

MERCOSUR/CMC/Dec. n° 50/2007.

MOLINIER, Joel; GROVE-VELDEYRON, Nathalie de. Droit du marché intérieur européen, 2ème éd., Paris, LGDJ, 2008.

NEUMAYRER, Eric. « Greening the WTO agreements can the treaty establishing the European Community be of guidance ? », Journal of world trade, vol. 35, p.145-166, 2001.

OCDE. L'environnement et les accords commerciaux régionaux, OCDE, 2007.

OMC. Affaire États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, Rapport de l'Organe d'Appel du 26 avril 1996, p. 34.

OMC. Groupe spécial, Affaire Thaïlande – restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes, adopté le 7 novembre 1990.

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

OMC. Organe d'appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001.

OMC. Organe d'appel, Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, (WT/DS169/AB/R), 10 janvier 2001.

OMC. Organe d'appel, États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, page 25

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

OMC. Rapport États Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930, para. 81. Cf. « Division du commerce et de l'environnement », OMC, Le commerce et l'environnement, OMC.

PAYE, Olivier. L'OMC et la protection de l'environnement, Bruxelles, CRISP, 1996, p. 31. CARREAU, Dominique ; JUILLARD, Patrick. Droit international économique, 3ème éd. Paris, Dalloz, 2007, p. 265.

PICOD, Fabrice. « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », in La Communauté européenne et l'environnement, Travaux du Colloque d'Angers de la CEDECE, 1997, p. 405-423.

TAHM. Sentence arbitrale du 28 avril 1999, affaire relative aux Comunicados n° 37 du 17 décembre 1999 et n° 7 du 20 février 1998 du Département des Opérations du commerce extérieur (DECEX) et du Secrétariat du commerce extérieur (SECEX). Application de mesures restrictives au commerce réciproque, Argentine c. Brésil.

VIAL, Claire. Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises, Bruxelles, Bruylant, 2006.

TAHM. Sentence arbitrale du 21 mai 2001, affaire relative à l'application de droits antidumping à l'exportation de poulets entiers en provenance du Brésil, Argentine c. Brésil.

TAHM. Sentence arbitrale du 19 avril 2002, affaire relative aux Obstacles à l'entrée de produits phytosanitaires argentins dans le marché brésilien, Argentine c. Brésil.

TAHM. Sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine.

TPR. Sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine.