Document generated on 06/01/2025 4:12 a.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

L'Accord de libre-échange face aux normes environnementales relatives à la pollution industrielle

Anne Legars

Volume 6, Number 1, 1989

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1101268ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1101268ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Legars, A. (1989). L'Accord de libre-échange face aux normes environnementales relatives à la pollution industrielle. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *6*(1), 83–97. https://doi.org/10.7202/1101268ar

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1989

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'Accord de libre-échange face aux normes environnementales relatives à la pollution industrielle

Anne LEGARS*

I.- Le régime applicable aux normes de produits
A.- Les solutions apportées par le GATT
B.- Les solutions apportées par l'Accord de libre-échange

II.- Le régime applicable aux normes de production
A.- Les solutions apportées par le GATT
B - Les solutions apportées par l'Accord de libre-échange

Nous assistons sur le plan international en cette fin de siècle sinon à un mouvement vers un libre-échange mondial, du moins à la multiplication des zones régionales de libre-échange. Parallèlement, scientifiques et citoyens pressent les pouvoirs publics nationaux des pays développés de durcir les normes de produits et de rejets polluants[1]. Or le développement de ces normes comporte le risque de freiner les échanges internationaux en engendrant un nouveau type de barrières non-tarifaires, d'autant plus insidieuses qu'elles semblent au-dessus de tout soupçon protectionniste. À l'inverse, les environnementalistes peuvent craindre que l'internationalisation des échanges et la concurrence accrue qui s'ensuit ne forcent à un nivellement des normes vers le bas.

Les problèmes rencontrés en matière de commerce international des produits polluants ou fabriqués selon des procédés polluants sont complexes :

-sur qui doit reposer la charge de la preuve scientifique de la nocivité du produit ou du procédé?

-quel degré de preuve doit-on exiger : la certitude de dommages directs, ou l'éventualité de dommages indirects?

-pourquoi accepter un produit non polluant fabriqué selon des procédés polluants? Est-il nécessairement plus écologique qu'un produit polluant fabriqué selon des procédés propres?

-des substituts non encore testés sont-ils nécessairement moins dangereux que des produits ou des procédés interdits?

-quel est le rôle des traités environnementaux et des organisations environnementales ou sanitaires internationales dans l'application des traités commerciaux?

Un cadre global de réflexion demande encore à être défini. Ainsi que nous allons le souligner dans la suite de cet article, les solutions apportées pour l'instant, dans le cadre nord-américain du moins, pèchent par leurs incertitudes. L'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*[2] apporte cependant des avancées intéressantes par rapport aux différents textes de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*[3].

L'Accord canado-américain s'étant explicitement placé sous le signe du GATT[4], nous allons donc comparer ces deux textes, et confronter les solutions qu'ils préconisent avec les problèmes de normes qui se sont déjà posés en pratique, que ces normes aient trait à des produits ou à des procédés de production. En effet, il est essentiel, en matière de commerce international, de distinguer le problème des produits polluants de celui des procédés polluants, car les coûts du premier type de pollution sont supportés par le pays de destination, tandis que les coûts du second sont supportés par le pays d'origine[5]. C'est pourquoi, reprenant à notre compte la *summa divisio* adoptée par le GATT lui-même[6], nous distinguerons successivement le régime applicable aux normes qui visent à limiter l'utilisation de produits polluants du régime applicable aux normes qui visent à limiter l'utilisation de procédés polluants.

* L.L. M. (Université de Montréal).

1 Dans le cadre de leur politique environnementale, les pouvoirs publics ont en effet le choix entre plusieurs stratégies : par le biais d'une politique de normes, ils peuvent refuser l'accès au marché de produits polluants, ou fabriqués selon des procédés polluants. Par le biais des finances publiques, ils peuvent jouer sur la position concurrentielle de certains produits sur le marché, soit en subventionnant produits et technologies propres, soit en taxant la consommation de produits polluants ou la production polluante de produits. Nous nous arrêterons ici à l'étude de la politique de normes, en ce qui concerne les produits industriels. Pour une vision plus panoramique : voir A. LEGARS, *Les droits de l'environnement en tant que barrières non-tarifaires : l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, Faculté de Droit, 1990.

2 [1989] R.T. Can. n° 3 [ci-après dénommé Accord de libre-échange, Accord canado-américain ou Accord]

3 (1950) 55 R.T.N.U. 187; [1947] R.T. Can. n° 27 [ci-après dénommé Accord général ou GATT].

4 Accord, art. 104.1. Sur la filiation Accord-GATT, Voir P. RAWORTH, «Economic Integration, the GATT and Canada-United States Free Trade», (1986) 18 *Ott. L. R.* 259-306; I. BERNIER, «Les négociations sur le libre-échange Canada/États-Unis et leurs liens avec le GATT», (1986) 3 *R.Q.D.I.* 27-48 et M. M. HART, «GATT Article XXIV and Canada-United States Trade Negociations», (1987) 1 *R.I.B.L.* 317-355.

5 C. PEARSON, dans *Environment and Trade: the Relation of International Trade and Environmental Policy*, Totowa, Allanheld, Osmun & Co Publishers, 1982, pp. 46-63.

6 GATT, *Lutte contre la pollution industrielle et commerce international*, Études sur le commerce international, n° 1, Genève, Juillet 1971.

Revue québécoise de droit international, vol 6 nº 1, pp. 83-97.
(1989-90) 6 *R.Q.D.I.* 83-97.

I.- Le régime applicable aux normes de produits

Ce qui nous intéressera ici sera de voir comment et dans quelle mesure l'un ou l'autre pays peut désormais restreindre ou empêcher la vente sur son territoire de produits fabriqués chez son partenaire, au motif que ces produits présentent un danger pour la santé ou l'environnement[7].

L'*Accord relatif aux obstacles techniques au commerce*[8] étant expressément incorporé dans l'Accord de libre-échange[9], nous nous pencherons d'abord sur les solutions apportées par le GATT, avant de voir en quoi l'Accord de libre-échange va plus loin.

A.- Les solutions apportées par le GATT

Si la libéralisation des échanges est considérée comme devant être la règle, le texte de base de l'Accord général énonce toute une série d'exceptions[10] que peut valablement invoquer tout État dont les politiques ont une influence négative sur le commerce international :

> Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié [...] 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 [...].[11]

Bien que le mot «environnement» ne soit pas cité en tant que tel, la définition très englobante de l'article XXb) recouvre tout à fait les politiques environnementales[12]. Mais pour rester légitimes au regard du droit du commerce international, les normes environnementales doivent respecter certaines conditions :

-elles ne doivent pas avoir été adoptées dans un but protectionniste;

-elles restent soumises aux conditions générales du GATT, soit la règle du traitement national[13] et celle de la nation la plus favorisée[14], selon lesquelles les parties contractantes doivent traiter sur un pied d'égalité tous leurs partenaires commerciaux qui sont eux aussi partie à l'Accord général[15].

Rares ont été les différends portés devant cette institution au titre de l'interprétation ou de l'application de l'article XXb)[16]. Il faudrait se garder d'en déduire que les problèmes à ce sujet aient été quasiment inexistants au cours des quarante dernières années. Il faudrait plutôt y voir le témoignage de la désaffection des parties contractantes pour les procédures multilatérales de règlement des différends. On expliquerait mal, sinon, pourquoi les parties contractantes auraient ressenti la nécessité de négocier un *Accord relatif aux obstacles techniques au commerce* à l'occasion du Tokyo Round[17]. Ce texte, qui se situe dans le droit fil de l'inspiration de l'article XXb), le développe considérablement, et crée une nouvelle structure de règlement des différends.

Ce Code réaffirme avec force[18] le principe de la légitimité des normes environnementales[19], tout en rappelant les conditions de fond (traitement national, clause de la nation la plus favorisée, objectif non protectionniste) auxquelles celles-ci doivent se soumettre[20]. Le Code prône l'harmonisation internationale des normes[21] et invite ses signataires à adopter les normes internationales existantes lorsqu'ils décident d'instaurer des normes à l'intérieur de leurs frontières[22]. Cependant, en matière d'environnement, de protection de la santé ou de la sécurité des personnes, des animaux, et de la préservation des végétaux, les États ont le droit d'adopter des normes nationales différentes des normes internationales existantes. Par définition, ils peuvent donc adopter des normes plus sévères. C'est dire que l'existence de normes internationales n'empêche pas les normes environnementales nationales de constituer des barrières non-tarifaires légitimes.

Si les normes environnementales sont donc reconnues «légitimes» en principe, *in concreto*, cette légitimité n'est pas absolue : tout dépend de la façon dont ces normes sont appliquées. Aussi le Code insiste-t-il sur la transparence

---

7 M. BOETHE, «La relation entre le droit international de la santé et le droit international de l'environnement», (1985) 2 *R.Q.D.I.* 125-137.

8 (1980) 1186 R.T.N.U. 277; [1980] R.T. Can. n° 41 [ci-après dénommé Code ou Accord sur les obstacles techniques].

9 Accord, art. 602.

10 Le Chili a récemment fait remarquer que l'article XX ne devrait pas devenir une règle générale, car il constitue en soi une exception aux règles du GATT : voir GATT, «Initiative concernant l'environnement», (1991) 78 *Gatt Focus* 3. Rappelons par ailleurs qu'en droit les exceptions doivent être interprétées restrictivement.

11 Accord général, art. XX.

12 M. PRIEUR, «Environmental Regulations and Foreign Trade Aspects», (1987) 3 *Florida I.L.J.* 86.

13 Accord général, art. III.1 et III.4.

14 *Id.*, art. I.

15 Sauf cas de traité régional de libre-échange ou d'union douanière; voir. *Id.*, art. XXIV.

16 Et en tout état de cause, aucun n'a trait à cette partie de notre étude.

17 Accord sur les obstacles techniques.

18 *Id.*, préambule : «Reconnaissant que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires [...] à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, *à la protection de l'environnement*, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre des pays où règnent les mêmes conditions, soit une restriction déguisée au commerce international [...]» (Le souligné est de l'auteur).

19 Le Code distingue la «norme» («spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire») du «règlement technique» («spécification technique, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont l'observation est obligatoire») : voir *id.*, annexe 1: «Termes et définitions pour les besoins spécifiques de l'Accord». L'Accord de libre-échange ne parle pour sa part que de «normes techniques», et n'en donne aucune définition. Par contre, sa définition des «mesures normatives» inclut les «spécifications techniques, les règlements techniques, les normes et les règles des systèmes de certification qui s'appliquent aux produits ainsi qu'aux procédés et aux méthodes de production» (voir Accord, art. 609). Par hypothèse, les «normes» visées par l'Accord de libre-échange recouvrent aussi bien celles dont l'observance est obligatoire que celles dont l'observance est facultative. Afin de simplifier la lecture de ce qui suit, nous emploierons donc uniquement le terme générique de «norme» au sens de cet Accord, le régime juridique des normes et des règlements techniques étant par ailleurs équivalent au regard du Code.

20 Code, art. 2.1.

21 *Id.*, art. 2.3.

22 *Id.*, art. 2.2.

qu'elles doivent revêtir à tous les stades, c'est-à-dire de leur conception à leur mise en oeuvre:

-Ces normes ne doivent pas être adoptées arbitrairement, ni trop rapidement. La transparence des normes au niveau de leur adoption exige à la fois une notification préalable[23], un droit de réponse des autres parties[24] et la publication des normes, une fois adoptées[25].

-Le Code prévoit que la partie réglementante doit laisser à ses partenaires un délai d'adaptation[26], et qu'elle doit gérer l'application de ces normes d'une façon non discriminatoire envers les produits étrangers[27].

-Le Code préconise la reconnaissance mutuelle des résultats d'essai, que ces derniers émanent d'organismes compétents du ressort territorial d'autres parties ou qu'il s'agisse de l'auto-certification de producteurs établis sur le territoire d'autres parties, même lorsque les méthodes d'essai diffèrent des leurs, surtout en ce qui concerne les denrées périssables et autres produits susceptibles d'altération pendant le transport[28].

-Lorsque la partie réglementante instaure un système de certification, elle doit notifier à l'avance aux autres parties et au secrétariat du GATT son projet d'instauration d'un tel système, leur laisser un délai pour leur permettre de faire valoir leurs observations, publier les règles des systèmes de certification qui auront été adoptées[29] et enfin, gérer ces systèmes d'une façon non discriminatoire vis-à-vis des produits importés[30].

Ces obligations s'adressent principalement aux institutions des gouvernements centraux[31]. Cependant, ces dernières doivent faire en sorte que les institutions publiques locales ainsi que les organisations non gouvernementales de leur ressort territorial, s'y conforment[32]. Le manuel du GATT faisant la synthèse des négociations de 1979 énonce que les États fédéraux adoptent ici un second niveau d'obligations[33] :

> Les dispositions de l'Accord qui concernent le règlement des différends pourront être invoquées dans les cas où un autre adhérent considère que «tous les moyens raisonnables» utilisés n'ont pas abouti à des résultats satisfaisants, et que ses intérêts commerciaux sont affectés de façon importante. Il doit être procédé à l'évaluation des résultats comme si l'organisme en question était lui-même un adhérent et ces résultats devront être équivalents à ceux qui sont envisagés dans la partie du texte se rapportant aux institutions du gouvernement central. Comme dans le cas de tout autre différend concernant les dispositions de l'Accord, le Comité des obstacles techniques au commerce, s'il juge les circonstances suffisamment graves pour justifier une telle action et qu'aucune autre ne serait utile, peut en dernier ressort autoriser le pays plaignant à suspendre des obligations qui lui incombent en vertu de l'Accord, afin de rétablir l'avantage économique mutuel, et l'équilibre des droits et obligations.[34]

Si de nombreux auteurs ont pu croire que l'article XXIV.6 de l'Accord général ne représentait qu'une obligation de moyens pour les États fédéraux[35], avec le Code cette obligation serait devenue une obligation de résultat. A toutes fins utiles, selon le Code, ce sont les institutions des gouvernements centraux qui seront les interlocutrices des autres parties contractantes lorsque ces dernières voudront obtenir des renseignements[36] ou faire valoir leurs observations[37]. Les institutions publiques locales et les organisations non gouvernementales n'ont cependant pas à notifier leur réglementation au secrétariat du GATT[38].

23 Toutes les fois où, sauf cas d'urgence (*Id.*, art. 2.6.4), un gouvernement envisage d'adopter des normes qui diffèrent des normes internationales existantes, et que l'adoption de ces normes est susceptible d'influer de manière notable sur les échanges commerciaux d'autres parties, le gouvernement fait paraître dans une publication un avis par lequel il informe les Parties intéressées qu'il se propose d'adopter une norme déterminée (*Id.*, art.2.5.1), et il notifie au secrétariat du GATT les produits qui seront touchés par cette réglementation, dont il indique brièvement l'objet et la raison d'être (*Id.*, art. 2.5.2).

24 Entre le moment de cette notification aux autres Parties, et le moment de l'adoption du règlement, la Partie qui réglemente doit prévoir un «délai raisonnable» qui permette aux autres Parties de demander et d'obtenir tous renseignements pertinents (*Id.*, art. 2.5.4 et 2.5.5) et le cas échéant, de faire valoir leurs observations (*Ibid.*) et d'entamer une discussion avec la Partie réglementante (*Ibid.*). Cette dernière doit tenir compte des observations qui lui auront été faites et des discussions subséquentes, lorsqu'elle adoptera la réglementation projetée (*Ibid.*).

25 *Id.*, art. 2.7. Toutes les Parties sont tenues d'instituer un point d'information qui soit en mesure de répondre à toutes les «demandes raisonnables» de renseignements émanant de Parties intéressées établies sur le territoire d'autres Parties et portant sur les normes ou les systèmes de certification adoptés ou prévus sur leur territoire, - que ces normes ou ces systèmes de certification émanent du gouvernement central, d'institutions publiques locales ou d'organismes non gouvernementaux - (*Id.*, art. 10.1 à 10.1.5).

26 Sauf cas d'urgence (*Id.*, art. 2.6), la Partie réglementante doit ménager un «délai raisonnable» entre la publication d'un règlement et son entrée en vigueur, afin de laisser aux producteurs établis dans les pays exportateurs, le temps d'adapter leurs produits aux exigences du pays importateur (*Id.*, art. 2.8).

27 Lorsque la procédure d'homologation du produit est gérée par le pays importateur, ce dernier doit veiller à ce que les produits importés bénéficient du traitement national, notamment quant aux conditions d'essai du produit (*Id.*, art. 5.1.1), à la diligence de la procédure administrative (*Id.*, art. 5.1.2), au montant des redevances exigées comme participation aux frais de contrôle (*Id.*, art. 5.1.3), au choix de l'emplacement des installations d'essai (*Id.*, art. 5.1.5) et au caractère confidentiel des renseignements concernant les produits (*Id.*, art. 5.1.6). Sur le problème du traitement confidentiel de l'information sur les produits lors des procédures d'homologation, Voir C. R. WUNSCH, «Trade Secret Confidentiality and Toxic Substances Regulation : A Non-tariff Trade Barrier in the Chemical Trade», (1981) 14 *Cornell I.L.J.* 173-193.

28 Code, art. 5.2. Sur le problème de la gestion discriminatoire des dossiers; *Voir* E. M. STERN, «The Impact of Pollution Abatement Laws on the International Economy : An Overview of the Hydra», (1975) 7 *J. L. & Pol'y in Intl. Bus.* 203-272.

29 Code, art. 7.1, 7.3 et 7.5.

30 *Id.*, art. 7.1 et 7.2.

31 *Id.*, art. 2.

32 *Id.*, art. 3 et 4.

33 GATT, *Les négociations commerciales multilatérales du Tokyo Round*, Genève, 1979, p. 77.

34 *Id.*, p. 78.

35 Accord général, art. XXIV.6 : «Chaque Partie contractante prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que les autorités gouvernementales ou administratives, régionales et locales, de son territoire observent les dispositions du présent Accord». Voir A. L. C. DE MESTRAL, «L'application aux gouvernements et administrations régionaux et locaux de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et des accords et décisions issus des négociations commerciales multilatérales», (1984) 1 *R.Q.D.I.* 105-116.

36 Code, art. 3 (institutions publiques locales).

37 *Ibid.* En ce qui concerne les normes établies par des ONG, les parties intéressées établies sur le territoire d'autres parties doivent pouvoir participer aux discussions (*Id.*, art. 4.1).

38 *Id.*, art. 3 et 4.

Une Partie qui estimerait qu'une autre Partie utilise indûment des normes «environnementales» à des fins protectionnistes - ou qu'elle mène une gestion discriminatoire des procédures d'attribution de licences et de certificats - engagera des consultations avec la Partie «protectionniste»[39]. En cas d'échec des consultations, la Partie lésée pourra porter l'objet de son désaccord devant le Comité des obstacles techniques au commerce[40]. Si aucune solution satisfaisante n'est trouvée à l'issue de ces nouvelles consultations, un groupe d'experts techniques pourra être constitué pour examiner la question à la demande d'une Partie[41]. Et si, à l'issue de la délivrance du rapport de ce dernier, le différend subsiste, un groupe spécial sera alors institué[42]. Ce n'est qu'après épuisement des procédures de règlement des différends prévues au Code que la partie lésée pourra demander au Comité l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion commerciales[43]. Elle ne saurait donc en adopter unilatéralement avant.

Aucune décision relative à notre sujet n'a été rendue au sein du GATT au titre de l'article XX, ni au titre de l'Accord sur les obstacles techniques. De plus, les plaintes déposées concernaient le domaine agricole.

Bien que les négociations de l'Uruguay Round soient en cours, et que les communiqués qui en émanent soient extrêmement laconiques, nous sommes particulièrement intéressés par l'*Accord Final de Genève*, lequel prévoit au point 20.2) de son volet «agriculture» :

> [le] renforcement de l'article XX, de façon que les mesures destinées à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux soient en concordance avec des preuves scientifiques solides et s'appuient sur des principes d'équivalence appropriés.[44]

Cette disposition vise les réglementations sanitaires et phytosanitaires, et on peut y voir une réponse au contentieux qui opposait la C.É.E. aux États-Unis quant à la viande de boeuf aux hormones. Cependant, si cette disposition est appelée à s'insérer dans l'article XX, elle s'appliquera, à notre sens, tout autant aux produits industriels qu'aux produits agricoles. Or en matière industrielle, et en particulier vis-à-vis des composantes chimiques des produits, comment va-t-on évaluer la légitimité de la crainte de l'État qui établit des restrictions à l'utilisation de certains produits? Va-t-on prendre en compte la certitude d'un danger immédiat, ou l'existence d'un risque plus ou moins important et plus ou moins immédiat? En effet, en matière environnementale, la «certitude» scientifique n'existe pas toujours[45], et lorsqu'elle existe, c'est souvent parce que le dommage est devenu irrémédiable[46]. Les politiques environnementales doivent donc agir avant que la relation de cause à effet ne soit totalement mise en évidence, et au stade où seule l'existence d'une probabilité est démontrée[47]. Un autre problème vise les produits qui ne sont pas nocifs individuellement, mais qui sont susceptibles de le devenir lorsque combinés à d'autres produits. Si l'objectif des négociations actuelles relativement à une nouvelle version de l'article XX[48] n'apporte pas vraiment de solution[49] à cette question, les négociations relatives au texte révisé de l'Accord sur les obstacles techniques devraient en clarifier «de facon substantielle» les disciplines actuelles. Le texte révisé du Code - qui ne sera vraisemblablement pas disponible avant le résultat final de l'Uruguay Round - prévoit en effet la clarification de la notion d'«obstacle non-nécessaire» et introduit des critères permettant de déterminer si une mesure est nécessaire.

B.- Les solutions apportées par l'Accord de libre-échange

L'Accord se démarque du régime du GATT sur cinq points : présomption de barrières non-tarifaires à l'encontre des normes environnementales, compatibilité des normes et des procédures d'approbation, reconnaissance mutuelle des tests et procédés de vérification, échange d'informations préalables à l'adoption de normes, destinataires de ces obligations.

En ce qui concerne la présomption de barrières non-tarifaires à l'encontre des normes environnementales, l'article 603 de l'Accord énonce :

39 *Id.*, art. 14.1 et 14.2.

40 *Id.*, art. 14.4.

41 *Id.*, art. 14.9 à 14.13.

42 *Id.*, art. 14.14 à 14.22.

43 *Id.*, art. 14.21 et 14.23.

44 GATT, «Examen à mi-parcours : accord final à Genève», (1989) 61 *Gatt Focus* 6 [ci-après dénommé Accord final].

45 A. R. THOMPSON, dans Canadian Institute of Resources Law, *Environmental law in the 1980's : a New Beginning*, Actes du Colloque de Banff, 27-29 nov. 1981, Faculté de droit de Calgary, 1981, p. 53 :

«[O]n one hand, the expectations of science as a source of solutions to human problems is unrealistically high and, on the other hand, the use of science as a basis for decisions is unexpectedly low. It is remarkable that two recent studies, one canadian, and the other american, both ... ...reveal, contrary to our expectations, that scientific research and analysis play relatively peripheral roles in governement decision-making in such fields as health and safety. [...] Since scientific evidence remains uncertain, regulators need a way to deal with this uncertainty just as much they need better scientific evidence».

46 O.C.D.E., *L'environnement : les défis pour les années 80*, Comité de l'environnement de l' O.C.D.E., Paris, 1981.

47 O.C.D.E., *L'état de l'environnement*, Paris, 1985, p. 50-51.

48 Accord final : «Les Ministres approuvent l'harmonisation des réglementations nationales en tant qu'objectif à long terme et un programme de travail contenant les objectifs suivants : [...]

2) renforcement de l'article XX, de façon que les mesures destinées à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux soient en concordance avec des preuves scientifiques solides et s'appuient sur des principes d'équivalence appropriés».

49 Le problème de la légitimité d'une norme est, à un certain point, plus «politique» que scientifique : voir STERN, *loc. cit. supra*, note 28, p. 264; W. LEISS, «Political Aspects of Environmental Issues», dans *Ecology versus politics in Canada*, University of Toronto Press, 1976, p. 264. L'Accord sur les obstacles techniques fut traduit dans la législation américaine du commerce sous le titre IV du Trade Agreement Act. Commentant cette loi, S. J. Rubin nota (dans *Environment and Trade: the Relation of International Trade and Environmental Policy*, *op. cit. supra*, note 5, p. 9) : «The US implementing legislation lays great stress on the issue of whether a standard is genuinely an environmental protection measure or is a disguised restriction on trade. Again, the language requires definition, and different Parties may well differ on the validity of the health, safety, security, environmental or consumer interest that is invoked in justification of the restricting measure». Nous ne pensons pas que la nouvelle définition proposée par le GATT suffise à régler ce problème.

> Ni l'une ni l'autre Partie ne maintiendra ou n'adoptera de mesures normatives ou de procédures d'approbation des produits qui créeraient des obstacles inutiles à leur commerce bilatéral. Il ne sera pas réputé y avoir de tels obstacles :
>
> a) s'il peut être prouvé que la mesure ou procédure a pour objet de réaliser un objectif intérieur légitime,
>
> b) si la mesure ou procédure n'est pas appliquée de façon à exclure les produits de l'autre Partie qui répondent à cet objectif intérieur légitime.

Ceci signifie donc que toute norme technique ou toute procédure relative à la mise en conformité avec une norme technique est présumée constituer une barrière non-tarifaire contraire à l'Accord. C'est à la partie réglementante de prouver que cette mesure a été adoptée à des fins légitimes de politique intérieure[50].

Par rapport à l'Accord général, on a le sentiment d'un renversement du fardeau de la preuve. En effet, si, à l'origine de cet Accord, on pouvait considérer que la libre-circulation en était le principe, et les barrières non-tarifaires l'exception, la pratique a eu tendance à rendre ce postulat beaucoup moins évident. À la lumière du peu de conflits présentés au GATT[51], on retire l'impression que c'est à la Partie qui invoque l'existence d'une barrière non-tarifaire d'en prouver l'existence, ainsi que de prouver les visées protectionnistes de l'autre Partie. La nouvelle rédaction de l'article XX renverserait cette tendance, et s'alignerait sur les dipositions de l'Accord de libre-échange en ce qui concerne la charge de la preuve. Par contre, les moyens de «preuve» dont dispose l'État défendeur apparaissent plus importants dans l'Accord canado-américain que dans la future version de l'article XX du GATT. Autrement dit, le texte de l'Accord de libre-échange nous semble équilibrer mieux l'objectif environnemental et l'objectif commercial que ne le fait le futur article XX[52].

L'Accord prévoit par ailleurs que les parties feront leur possible pour rendre compatibles leurs mesures normatives et leurs procédures d'approbation des produits[53]. Cependant, ce faisant, les deux pays doivent tenir compte des activités internationales de normalisation. Rappellons d'ailleurs que l'Accord sur les obstacles techniques énonce que les Parties signataires ne sauraient se prévaloir de leur appartenance à une organisation régionale pour échapper à leurs obligations[54]. Les États-Unis et le Canada ne pourraient donc, sous couvert de libre-échange, adopter des normes environnementales communes ayant comme finalité de protéger le marché nord-américain contre la concurrence mondiale.

Relativement à la reconnaissance mutuelle des tests et procédés de vérification, ce qui s'apparente à un voeu pieux dans l'Accord sur les obstacles techniques[55] fait l'objet d'obligations beaucoup plus impératives dans l'Accord de libre-échange. La reconnaissance mutuelle des systèmes d'accréditation, des installations et des organismes d'inspection ou de certification devient la règle[56]. Le refus d'acceptation devient l'exception, et doit être motivé par écrit[57].

On remarquera qu'une telle reconnaissance mutuelle des accréditations existait déjà en matière de crustacés[58]. La reconnaissance mutuelle suppose nécessairement une grande confiance dans la loyauté commerciale de son partenaire[59].

En ce qui a trait à l'échange d'informations préalablement à l'adoption de normes, l'article 607 de l'Accord prévoit que «[...] chaque Partie fournira promptement à l'autre Partie les textes intégraux des projets fédéraux de mesures normatives et de procédures d'approbation des produits publiés dans les journaux officiels, de manière à donner aux personnes de l'autre Partie au moins soixante jours pour préparer des observations et en discuter avec les organismes de réglementation avant de les soumettre».

Par rapport à l'Accord sur les obstacles techniques, l'Accord de libre-échange renforce donc la «transparence» des

---

50 Fins légitimes de politique intérieure : santé, sécurité, environnement et protection des consommateurs : voir, Accord, art. 609.

51 Après consultation de l'Index du GATT, un seul apparaît : États-Unis - Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada, *Rapport du Groupe spécial adopté le 22 février 1982* (L/5198), I.B.D.D. S29/96.

52 On soulignera par ailleurs que le principe n° 21 de la *Charte mondiale de la Nature*, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 28 octobre 1982, résolution 37/7 (cité dans A. KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pédone, 1989, p. 18), prône l'adoption de normes à tous les niveaux, tout en soulignant la coopération et la coordination nécessaires :

«Les États et, dans la mesure où ils en ont la possibilité, les autres autorités publiques, les organisations internationales, les particuliers, les associations et les entreprises :

a) Coopéreront à la conservation de la nature par des activités communes et autres actions appropriées, notamment par des échanges d'informations et par des consultations;

b) Établiront des normes pour les produits et procédés de fabrication risquant d'avoir des effets nuisibles sur la nature, ainsi que des méthodes d'évaluation de ces effets;

c) Mettront en oeuvre des dispositions juridiques internationales applicables en vue d'assurer la conservation de la nature et la protection de l'environnement;

d) Feront en sorte que des activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage aux systèmes naturels situés à l'intérieur d'autres états, ni dans les zones situées en dehors des limites de juridiction nationale;

e) Sauvegarderont et conserveront la nature dans les zones au-delà des limites de juridiction nationale» (Le souligné est de l'auteur).

53 Accord, art. 604.

54 Code, art. 2.1.0.

55 *Id.*, art. 5.2.

56 Accord, art. 605.1 : «Chaque Partie fera en sorte de reconnaître les systèmes d'accréditation des installations d'essai et des organismes d'inspection et de certification de l'autre Partie».

Accord, art. 605.2 : «Ni l'une ni l'autre Partie n'exigera comme condition préalable à l'accréditation que les installations d'essai et les organismes d'inspection ou de certification soient situés ou établis sur son territoire ou qu'ils y prennent leurs décisions».

Accord, art. 605.3 : «Chaque Partie pourra faire payer aux installations d'essai et aux organismes d'inspection ou de certification qui cherchent à se faire accréditer un droit raisonnable ne dépassant pas le coût approximatif des services rendus, à condition de traiter sur un pied d'égalité, à cet égard, les installations d'essai et les organismes d'inspection ou de certification de l'une ou l'autre Partie. Pendant la période de transition, les Parties peuvent exonérer de ce droit les installations d'essai et les organismes d'inspection et de certification intérieurs».

57 *Id.*, art. 606.

58 *Échange de notes (4 mars et 30 avril 1948) entre le Canada et les États-Unis d'Amérique concernant les mesures d'hygiène dans les industries de crustacés et certaines questions connexes*, [1948] R.T. Can. n° 10.

59 Lire à propos précisément du laxisme canadien vis-à-vis des mollusques destinés au marché américain : «Les mollusques du Québec font peur aux Américains : contrôles bactériens insuffisants», *Le Devoir* (Montréal), 4 décembre 1987, 1.

normes environnementales. En effet, au «délai raisonnable» préconisé par le Code, il oppose la garantie d'un délai d'au moins soixante jours pour contester le projet. D'autre part, il prévoit que des «personnes» de l'autre partie pourront faire valoir leurs observations, alors que le Code n'envisage que les observations endossées par une autre partie. C'est dire que les possibilités de contestation d'une norme sont plus ouvertes dans le cadre de l'Accord que dans celui du Code.

Les obligations relatives aux normes sont donc plus rigoureuses sous le régime de l'Accord que sous celui du Code. Cependant, elles ne s'appliquent pas aux gouvernements des provinces et des États[60]. Voilà qui n'est pas indifférent, parce que les provinces et les États bénéficient de compétences qui leur permettent de réglementer les conditions de mise en vente des produits sur leur territoire[61]. Si donc une province canadienne ou un État américain vient à bannir la vente d'un produit polluant sur son territoire, et que cette interdiction affecte les intérêts commerciaux de l'autre État fédéral, ce dernier ne pourra contester la proscription que par référence aux règles du GATT, lesquelles lui sont moins favorables que celles de l'Accord. Les dispositions du Code qui se rapportent au règlement des différends pourront être invoquées dans le cas où le pays lésé considère que tous les «moyens raisonnables»[62] mis en oeuvre par son partenaire fédéral n'ont pas abouti à un résultat satisfaisant, et que ses intérêts commerciaux sont affectés de façon importante. Il sera procédé à l'évaluation des résultats comme si l'organisme en question était lui-même un signataire de l'Accord sur les obstacles techniques, et ces résultats devront être équivalents à ceux qui sont envisagés dans la partie du Code se rapportant aux institutions du gouvernement central[63]. Comme dans le cas de tout autre différend concernant les dispositions de l'Accord général, le Comité des obstacles techniques au commerce, s'il juge les circonstances suffisamment graves pour justifier une telle action et qu'aucune autre ne serait utile, peut en dernier ressort autoriser le pays plaignant à suspendre des obligations qui lui incombent en vertu de l'Accord général, afin de rétablir l'avantage économique mutuel et l'équilibre des droits et obligations[64].

L'affaire du monopole provincial des alcools au Québec et en Ontario a d'ailleurs montré qu'un pays fédéral ne saurait, dans le cadre du GATT, arguer de sa répartition interne des compétences pour échapper à ses obligations internationales[65]. Si, par la faute d'un ou plusieurs gouvernements locaux, le pays fédéral viole ses obligations internationales, son partenaire commercial pourra donc prendre des mesures de rétorsion qui, elles, toucheront le pays dans son entier, et pas seulement le ou les États ou provinces «délinquant(e)s».

Bien que les normes «environnementales» prises par des gouvernements locaux ne soient pas à l'abri de la contestation, le fait qu'elles relèvent du GATT et non de l'Accord de libre-échange - donc d'un régime «lourd» et de surcroît sous les feux de l'opinion publique internationale -, les rend relativement moins vulnérables que les normes adoptées au niveau fédéral. D'autant plus que sous le régime du GATT, seuls les États Parties peuvent contester une norme, ce que des «personnes» (entreprises ou individus) sont admise à faire sous l'Accord[66].

Un différend a failli naître quelques mois avant l'entrée en vigueur de l'Accord, à l'occasion de l'adoption de la nouvelle loi pan-canadienne sur les produits toxiques[67]. Cette nouvelle loi oblige en effet tous les fournisseurs de produits toxiques (étrangers comme canadiens) à inscrire le nom des ingrédients dangereux sur les produits qu'ils vendent au Canada. Les entreprises américaines ont donc dû consulter la liste des 2 400 ingrédients qu'Ottawa juge dangereux, et étiqueter en conséquence les centaines de milliers de produits chimiques qu'elles vendent annuellement. Au moment où cette loi fut adoptée, l'administration américaine a fait savoir que la venue de nouvelles normes cadrait mal avec les visées d'harmonisation de l'Accord de libre-échange[68]. Dans une note envoyée au gouvernement canadien, les états-Unis ont averti Ottawa que l'entrée en vigueur prévue du système d'information sur les matières dangereuses utilisées au travail ne serait en accord ni avec les dispositions ni avec l'esprit de l'Accord. Ce télégramme a été envoyé aux ministères de la santé, du travail, de la consommation et des corporations, tous touchés par la nouvelle loi. La protestation américaine a provoqué une longue réunion entre fonctionnaires américains et canadiens. Les représentants canadiens ont fait valoir, avec

60 Accord, art. 601.2 : «[L]es Parties n'ont pas besoin de veiller à leur observance par les États, provinces et administrations locales».

61 D. TINGLEY (dir.), *Environmental Protection and the Canadian Constitution : Proceedings of the Canadian Symposium on Jurisdiction and Responsability for the Environment*, Edmonton, Environmental Law Center, 1987; J. PIETTE, «La protection de l'environnement au Canada et aux États-Unis», (1988) 29 *C. de D.* 425-445.

62 Code, art. 3.1, 6.1 et 8.

63 *Id.*, art. 3.1.

64 *Id.*, art. 14.21; Cf. GATT, *op. cit. supra*, note 33, pp. 77-78.

65 GATT, «Adoption du rapport sur les pratiques canadiennes relatives aux boissons alcooliques importées», (1988) 54 *Gatt Focus* 1; I. BERNIER, «Le GATT et le problème du commerce d'état dans les pays à économie de marché : le cas des monopoles provinciaux des alcools au Canada», (1975) 13 *A.C.D.I.* 98-155; DE MESTRAL, *loc. cit. supra*, note 35; I. BERNIER, «La Constitution canadienne et la réglementation des relations économiques internationales au sortir du Tokyo Round», (1979) 20 *C. de D.* 673-694.

66 Accord, art. 607 - échange d'informations

«1. Chaque Partie fournira promptement à l'autre Partie les textes intégraux des projets fédéraux de mesures normatives et de procédures d'approbation des produits publiés dans les journaux officiels, de manière à donner aux personnes de l'autre Partie au moins soixante jours pour préparer des observations et en discuter avec les organismes de réglementation compétents avant de les soumettre. [...]

3. Dans la mesure du possible, chaque Partie [...]

c) s'efforcera, par tout moyen à sa disposition, de fournir aux personnes de l'autre Partie des renseignements qui faciliteraient la présentation d'observations aux autorités compétentes de l'État ou de la province de même que les discussions avec celles-ci; [...]» (Les soulignés sont de l'auteur).

Accord, art. 201 - Définitions d'application générale :

«1. Aux fins du présent Accord, et sauf stipulation contraire :

«entreprise» désigne toute entité juridique supposant un engagement financier aux fins de la réalisation d'un bénéfice commercial; [...]

«national» désigne un individu qui est citoyen ou résident permanent d'une Partie et, dans le cas des États-Unis d'Amérique, comprend également la notion de «national» définie dans les dispositions existantes de l'Immigration and Nationality Act des États-Unis d'Amérique; [...]

«personne d'une Partie» désigne un national ou une entreprise constitué(e) légalement sur le territoire de la Partie ou y menant la majeure partie de ses activités».

67 *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), c. H-3.

68 P. DES RIVIERES, «Les produits toxiques : Washington a voulu se soustraire à la loi canadienne», *Le Devoir* (Montréal), 19 octobre 1988, 1.

succès semble-t-il, l'argument selon lequel l'Accord de libre-échange, s'il prévoit l'harmonisation des normes, n'empêche pas un pays d'avoir des lois pour protéger la sécurité des travailleurs[69]. Cette rencontre entre les représentants des deux pays a permis aux Américains d'obtenir des réponses à leurs questions, de manière à leur permettre d'informer correctement leurs exportateurs quant à ce qu'ils doivent inscrire sur les produits qu'ils destinent au marché canadien. Le «différend» a donc été tué dans l'oeuf, et la loi canadienne est entrée en vigueur à la date prévue.

Cette «ombre» de différend est cependant intéressante en ce qu'elle a permis de tester l'esprit de l'Accord avant même son entrée en vigueur. En effet, en vertu des lettres d'entente échangées entre les deux pays, lettres faisant partie intégrante de l'Accord, mais entrées en vigueur le 2 janvier 1988, le Canada et les États-Unis sont convenus de :

> [...] faire preuve de prudence pendant la période précédant l'entrée en vigueur [de l'Accord], de façon à ne pas compromettre le processus d'approbation ni porter atteinte à l'esprit et aux avantages réciproques de l'Accord de libre-échange.[70]

Après l'entrée en vigueur de l'Accord, un second différend opposant les deux pays vis-à-vis de normes environnementales relatives à des produits industriels s'est manifesté. En effet, le 25 juillet 1989, l'Environmental Protection Agency américaine (E.P.A.) publiait un règlement par lequel elle se fixait un calendrier pour éliminer graduellement toutes les utilisations de l'amiante sur son territoire d'ici 1997[71]. Le Canada, l'un des premiers producteurs d'amiante du monde, qui exporte 95% de sa production, dont une part non négligeable (15% environ) vers les États-Unis, s'estima particulièrement touché par cette décision. L'opinion dominante au Canada était que l'administration Reagan livrait une bataille par normes environnementales interposées, en faveur de l'industrie américaine des substituts de l'amiante[72]. Or ces substituts n'ont pas fait l'objet d'études aussi poussées que l'amiante, en dépit de leur nocivité apparente.

Dès 1986, l'E.P.A. avait commencé à tenir des audiences publiques en vue d'interdire l'amiante. Le Canada avait fait valoir son opposition systématique, s'appuyant en particulier sur la décision rendue le 19 juin 1986 par la Conférence internationale du Travail : le Comité sur l'amiante de la Conférence internationale du Travail avait en effet refusé de préconiser le bannissement de l'amiante, mais s'était au contraire prononcé en faveur de son utilisation de façon sécuritaire[73]. Le ministre fédéral canadien Jake Epp aurait indiqué dans un communiqué que le Canada avait demandé à plusieurs reprises à l'E.P.A. de convoquer un groupe d'experts internationaux pour étayer la preuve de ses prétentions. L'E.P.A. aurait refusé[74]. La position tant du Québec (la province la plus touchée) et du Canada, que de l'industrie et des syndicats de l'amiante, était que l'administration américaine avait agi dans un but protectionniste plus que dans un but «purement» environnemental. Si les mouvements écologistes exultaient à Washington[75], on pouvait par contre lire sous la plume d'un éditorialiste, au nord de la frontière :

> Si la décision de l'E.P.A. de bannir l'amiante du sol américain était essentielle à la qualité de l'environnement, il faudrait se résigner, la mort dans l'âme. Mais ce n'est pas le cas. Le choix d'interdire progressivement l'utilisation de l'amiante aux USA d'ici 1997 sauf dans le cas de certains produits stratégiques, n'est pas une décision environnementale. C'est une décision politique, tout à fait arbitraire, et que le Canada devra contester.[...] L'amiante est l'incarnation du produit dangereux, néfaste pour la santé et pour l'environnement. Mais ce qu'on doit savoir, c'est que ces symboles chargés portent essentiellement sur les ravages liés à la façon dont on utilisait l'amiante il y a 10, 20, ou 30 ans. Depuis, le monde de l'amiante, comme celui de la plupart des produits dangereux, a profondément changé, et ne représente plus le même risque [...]. Pourquoi alors l'agence américaine a-t-elle banni l'amiante? On ne peut y voir qu'une interprétation politique. Les problèmes environnementaux majeurs sont presque insolubles à court terme en raison de leur impact économique, comme les mises à pied dans la lutte aux pluies acides, ou l'absence de solutions de rechange, comme le transport du pétrole par bateaux. Pour compenser la frustration légitime des citoyens préoccupés par l'environnement et insatisfaits de la lenteur des progrès, tout État qui se respecte cherche des gestes d'éclat, aux effets visibles et aux conséquences minimes[76]. L'amiante, impopulaire, est une cible rêvée. «Plus d'amiante dans sept ans», c'est clair, ça sonne bien. Et en plus, ce minerai est importé et ne décime pas des industries ou des régions américaines. Enfin, son interdiction encourage les industries américaines qui fournissent des produits de remplacement. Et voilà, le tour est joué.[77]

69 *Ibid.* Cette information est tirée d'une déclaration d'un responsable du secrétariat d'État canadien, qui a préféré garder l'anonymat 57 *Id.*, art. 606.

70 Lettre de Pat Carney à Clayton Yeutter, du 2 janvier 1988, et lettre de Clayton Yeutter à Pat Carney, du 2 janvier 1988, publiées à la fin du texte de l'Accord.

71 Presse Canadienne, «Washington bannirait graduellement l'amiante d'ici à 1997», *La Presse* (Montréal), 6 juillet 1989, A1; P. DES RIVIERES, «Québec et Ottawa se liguent contre les U.S.A. pour sauver l'amiante», *Le Devoir* (Montréal), 25 juillet 1989, 1.

72 L.-G. FRANCOEUR, «L'E.P.A. propose de bannir l'amiante québécois des États-Unis d'ici dix ans», *Le Devoir* (Montréal), 24 janvier 1986, 1. La nouvelle politique ne touche aucune compagnie américaine. Par contre le Canada, et en particulier le Québec, est le principal fournisseur du marché américain (94%); *Voir* M. GIRARD, «Le bannissement de l'amiante entre en vigueur aux États-Unis», *Le Devoir* (Montréal), 4 septembre 1990, 3.

73 Conférence internationale du Travail, 72ème session, *Convention no 162, concernant la sécurité dans l'utilisation de l'amiante au travail*, Genève, BIT, compte rendu des travaux, 1986, pp. XVII à XLII.

74 R. LE COURS, «Amiante : Québec conteste la décision de Washington», *La Presse* (Montréal), 7 juillet 1989, A1.

75 M. GIRARD, «Amiante : la contestation de la décision des autorités américaines s'organise», *La Presse* (Montréal), 8 juillet 1989, A12.

76 Dans ce sens, Voir R. W. HAHN et K. R. RICHARDS, «The Internationalization of Environmental Regulation», (1989) 30 *Harv. I.L.J.* 440 : «[T]wo of the factors that drive United States international environmental policy are domestic environmental politics and the ability to postpone economic costs»; Voir aussi A. A. FRAENKEL, «The Convention on Long Range Transboundary Air Pollution : Meeting the Challenge of International Cooperation», (1989) 30 *Harv. I.L.J.* 447-476.

77 A. DUBUC, «Poussière d'amiante ou poudre aux yeux?», *La Presse* (Montréal), 7 juillet 1989, B2.

On se situe visiblement dans une hypothèse visée par l'article 603 de l'Accord de libre échange. La possibilité est donc ouverte pour le Canada de demander aux États-Unis de prouver le bien-fondé de leur interdiction. Ce n'est pourtant pas sur ce terrain juridique que s'est organisée la contestation: officiellement, d'après le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral, la décision de l'administration américaine n'avait «strictement rien à voir avec l'Accord de libre-échange»[78]. C'est donc sur le terrain du droit administratif américain que cette réglementation a été contestée[79]. Pourquoi? Il semblerait que s'il est théoriquement possible d'utiliser l'amiante de façon sûre (position canadienne[80]), les mesures de contrôle et les précautions à prendre dans l'utilisation et la manipulation de l'amiante seraient tellement complexes, qu'il serait pratiquement impossible de garantir un usage du produit en toute sécurité[81]. La position de l'E.P.A. serait donc peut-être soutenable, et la contester dans le cadre de l'Accord de libre-échange serait très mauvais pour l'image internationale du Canada, État dynamique dans les forums internationaux sur la protection de l'environnement, mais qui tenterait, dans la pratique, de faire prévaloir ses intérêts économiques immédiats sur les intérêts environnementaux de ses voisins...

L'affrontement judiciaire sur l'amiante a débuté en janvier 1990 et est toujours en cours[82]. D'un point de vue juridique, la question débattue en est essentiellement une de procédure : l'E.P.A. a-t-elle bien pris en compte tous les paramètres que lui impose la loi américaine sur les subtances dangereuses[83]? Le gouvernement du Québec et celui du Canada ont tenté de s'introduire dans le débat judiciaire américain par le biais de la procédure d'*amicus curiae*. Paradoxalement, le gouvernement du Canada y faisait valoir l'argumentation selon laquelle «en raison de la faiblesse de ses fondements scientifiques[84], la décision de l'E.P.A. contredit les engagements pris par les États-Unis dans les ententes sur le commerce international»[85]. L'E.P.A. conteste que les gouvernements du Québec et du Canada puissent intervenir dans cette affaire, et fait valoir qu'ils devraient plutôt présenter leur requête devant le GATT, ou devant le secrétariat bi-national constitué en vertu de l'Accord de libre-échange pour le règlement des différends. Par ailleurs, l'E.P.A. souligne que la loi habilitante ne lui demande pas de tenir compte, dans son processus décisionnel, des répercussions qu'un arrêté pourrait avoir sur l'économie d'un pays étranger, et qu'en conséquence, il n'en avait pas été tenu compte[86].

Cette affaire est intéressante à au moins deux points de vue. Elle démontre que le texte de l'Accord doit être traité avec circonspection : ce n'est pas parce que les barrières non-tarifaires environnementales lui sont présumées contraires que l'on peut en déduire que le partenaire commercial va systématiquement se prévaloir de cette présomption pour demander à la partie réglementante de faire la preuve de la nécessité de sa réglementation. Cette affaire montre également que la prohibition d'un produit polluant n'est pas nécessairement le gage d'un environnement plus sain, si les substituts disponibles et non interdits n'ont pas prouvé leur innocuité. Il semblerait donc juridiquement rationnel, et écologiquement souhaitable, que les états ne puissent interdire des produits en vertu de la qualification physique de ces derniers, mais en vertu de leurs effets sur le vivant. Ainsi, l'amiante en tant que telle ne serait pas interdite, mais ne seraient autorisées que les fibres dont l'innocuité aurait été démontrée. Ceci aboutirait peut-être à l'interdiction de l'amiante, mais également à celle de substituts dangereux[87]. Ces derniers jouissent présentement d'une formidable promotion du seul fait de l'interdiction de l'amiante, promotion que l'on pourrait quasiment assimiler à de la fausse représentation.

II. Le régime applicable aux normes de production

Si les problèmes reliés aux normes de produits polluants sont relativement «bien» balisés par les textes, voire par la pratique, il en va différemment en ce qui concerne les problèmes découlant des normes de production polluante[88].

78 S. BLANCHARD, «La bataille judiciaire de l'amiante s'annonce longue et ardue aux États-Unis», *Le Devoir* (Montréal), 13 septembre 1989, 13.

79 Presse canadienne, «L'industrie canadienne de l'amiante a été la troisième personne à intenter des procédures en vue de contester le bannissement», *La Presse* (Montréal), 12 septembre 1989, A10. Le gouvernement fédéral, celui de Terre-Neuve et celui du Québec interviendraient auprès de la Cour d'appel de la Nouvelle-Orléans, en vertu de la procédure de l'*amicus curiae*, qui permet l'intervention d'un tiers auprès de la Cour, dans le but de soutenir une partie directement impliquée; *Voir* BLANCHARD, *loc. cit. supra*, note 77.

80 D. N. DEWEES, *On Petition for Review of a Rule of the Environmental Protection Agency - Brief Amicus Curiae of the Government of Canada*, 22 mai 1990, p. 3 : «In place of such a ban, the Governement of Canada supports a policy of controlled use, in which exposures to asbestos or the other respirable fibres are regulated to reduce risks to acceptable levels. Such a policy would recognize that substitutes for asbestos may present risks, and would not ban one type of respirable durable fibre when substitute fibres that are also respirable and durable are unregulated [...]».

81 Presse canadienne, «Le Canada contesterait à tort le bannissement de l'amiante», *La Presse* (Montréal), 18 septembre 1989, B7.

82 BLANCHARD, *loc. cit. supra*, note 78.

83 H.-M. VUILLARD, *E.P.A. ban of Asbestos Regulation (memo)*, Montréal, Institut Canadien de l'Amiante, 7 juin 1990. L'art. 19 du *Toxic Substances Control Act* prévoit spécifiquement la possibilité de «judicial review» : la Cour ne peut qu'annuler la décision de l'Agence, et non lui substituer une autre décision. Le Natural Defense Council, l'Environmental Defense Fund, le Labourers International Unions of North America et le Labourers National Health & Safety Trust Fund ont été admis par la Cour d'appel à intervenir en tant qu'*amici curiae*. On ne s'attend pas à une décision finale avant 1992.

84 Le gouvernement du Canada s'appuie sur la recommandation de 1986 de la Conférence internationale du Travail (voir note 73); DEWEES, *op. cit. supra*, note 80, p. 8.

85 DEWEES, *op. cit. supra*, note 80, p. 4 : «To the extent that this rule bans products that do not cause unreasonable risks to health, the ban is not necessary to protect health or safety, and undermines US commitments under the GATT, the Agreement on Technical Barriers to Trade, and under the Canada-US FTA»; M. GIRARD, «Le bannissement de l'amiante viole les traités du GATT et du libre-échange, soutient le Canada», *Le Devoir* (Montréal), 10 septembre 1990, 2.

86 M. GIRARD, «L'E.P.A. conteste les représentations juridiques du lobby canadien de l'amiante», *Le Devoir* (Montréal), 12 novembre 1990, 6.

87 En ce sens, Voir C. TRUDEL, «Un colloque syndical souhaite des pratiques sécuritaires face à toutes les fibres minérales», *Le Devoir* (Montréal), 22 septembre 1990, A2.

88 Encore que l'O.C.D.E. se soit livrée à des études comparatives : O.C.D.E., *Normes d'émission pour les principaux polluants de l'air provenant des installations de production d'énergie dans les pays membres de l'O.C.D.E.*, Paris, 1984, pp. 17-18 (Canada) et 27-28 (E.U.); Voir ...

On peut s'étonner de ce vide juridique relatif, dans la mesure où l'une des causes majeures de la timidité des politiques environnementales provient de la sensibilité des élus au discours des groupes de pression industriels, suivant lesquels des normes plus strictes en matière de rejets compromettraient gravement leur compétitivité sur le plan international et occasionneraient de nombreuses mises à pied. Nous nous étonnons également que la doctrine se soit aussi peu penchée sur ce problème crucial pour l'efficacité de la cause environnementale. Sans avoir la prétention de pouvoir faire le tour de la question dans le cadre de cette étude, nous montrerons en quoi, par rapport aux textes du GATT qui pèchent sérieusement par leurs lacunes, l'Accord de libre-échange apporte des solutions intéressantes.

Vu que l'Accord de libre-échange réaffirme les droits et obligations des parties en vertu de l'Accord du GATT relatif aux obstacles techniques au commerce[89], nous examinerons d'abord les solutions proposées par le GATT, avant de nous pencher sur celles qui nous sont proposées par l'Accord canado-américain.

A.- Les solutions apportées par le GATT

Le manque de textes et de différends relatifs à ce problème n'est, à notre sens, pas représentatif des potentialités que le système du GATT recèle en la matière.

En ce qui concerne le texte de l'Accord général, une intéressante - mais brève - étude du GATT est venue en préciser l'applicabilité en matière de normes de production[90]. Cette étude souligne que l'intérêt de la question vient du fait que ces normes s'appliquent à la «fabrication de produits dont l'utilisation n'est pas nuisible en soi», et que la restriction des importations ne procédera pas du souci d'éviter la pollution dans le pays étranger, mais du désir de dédommager les producteurs nationaux, ou l'économie nationale toute entière, des frais supplémentaires qu'ils auront assumés pour lutter contre la pollution[91]. Si l'article XX s'applique aux produits polluants[92], aucun article de l'Accord général n'empêcherait la restriction à l'importation de marchandises produites suivant des procédés polluants, à condition que ces restrictions respectent l'économie générale de cet Accord, soit le principe du traitement national, et celui de la nation la plus favorisée[93].

Cette étude relève que l'adoption de mesures intérieures aux fins de lutte contre la pollution pourrait théoriquement revêtir deux formes : soit un contrôle visant uniquement les marchandises nationales et importées qui sont effectivement produites au moyen de procédés non-conformes aux normes, soit un contrôle visant toutes les marchandises produites par des industries dont les procédés ont parfois des effets polluants, indépendamment de la façon dont lesdites marchandises ont été effectivement produites. L'étude se prononce contre l'adoption du premier type de politique, estimant que :

> [...] établir une distinction entre des marchandises dont les caractéristiques physiques et l'utilisation sont identiques pour le seul motif que leurs coûts de production diffèrent reviendrait à enfreindre presque certainement le principe de la nation la plus favorisée et soulèverait en outre des difficultés pratiques insurmontables.[94]

Par contre, il serait possible, et compatible avec l'Accord général, de soumettre aux mêmes conditions restrictives tous les produits des industries «susceptibles» d'avoir des procédés de production polluants, que ces produits soient d'origine locale ou importée[95].

L'application de l'Accord sur les obstacles techniques de 1979 aux normes de production peut jusqu'à présent paraître douteuse. En effet, si ses dipositions principales, qui se rapportent à des obligations positives des États (obligation de transparence, obligation de non-discrimination, etc.), visent expressément des normes de produits[96], l'article 14.25 énonce :

> Les procédures de règlement des différends énoncées ci-dessus pourront être invoquées dans le cas où une Partie estimerait que des obligations découlant du présent Accord seraient tournées [sic] par l'élaboration de prescriptions fondées sur des procédés et des méthodes de production plutôt que sur les caractéristiques des produits.

Les parties seraient donc libres d'adopter des normes de production, et n'auraient pas à respecter, dans ce cas, toutes les obligations spécifiques du Code. Elles devraient cependant respecter les dispositions de l'Accord général, et pourraient être assujetties de ce fait à la procédure de règlement des différends. Ce n'est que dans le cas où elles déguiseraient des normes de produits en normes de production dans le but de se soustraire au Code que les parties lésées pourraient invoquer la procédure de règlement des différends du Code, afin que lesdites normes soient finalement «requalifiées». L'Accord sur les obstacles techniques ne ferait donc guère avancer l'état du droit en ce qui concerne les normes de production, lesquelles resteraient soumises au régime général de l'Accord général, tel que décrit par l'étude du GATT sur la pollution industrielle.

Les négociations de l'Uruguay Round prévoient d'étendre les disciplines de l'Accord aux proscriptions fondées sur les procédés et méthodes de production, reconnaissant ainsi implicitement que ceux-ci n'y sont pas soumis pour l'instant[97].

Nous n'avons relevé aucun différend portant sur les procédés de production industriels dans le cadre du GATT. Le problème des différences de coût engendrées par les différences entre normes de production est-il si peu important qu'il ne mérite pas qu'on s'y attarde, ou au contraire est-il si lourd de conséquences qu'il vaut mieux ne pas y toucher si l'on ne veut pas remettre en question le système même du GATT?

...aussi US Department of Commerce, *The Effects of Pollution Abatement on International Trade*, III, Avril 1975, pp. 4-7.

89 Accord, art. 602.

90 GATT, *op. cit. supra*, note 6.

91 *Id.*, p. 18

92 *Id.*, p. 16.

93 *Id.*, p. 22 et 23.

94 *Id.*, p. 23.

95 *Ibid.*

96 Exemples : Code, art. 2.1 (obligations relatives aux normes de produits); art. 5.1 (obligations relatives à l'assurance de conformité aux normes de produits).

97 Voir GATT, «Les premières offres d'accès aux marchés sont évaluées et de nouveaux projets sur les droits de propriété intellectuelle sont présentés», (1990) 72 *Gatt Focus* 2 et GATT, «Les négociateurs s'entendent pour réviser trois accords issus du Tokyo Round», (1990) 75 *Gatt Focus* 5.

Dans son étude de 1971, le GATT souligne qu'une protection fondée sur le fait que les coûts de production sont plus élevés que ceux qui prévalent, ou sont réputés prévaloir ailleurs, est précisément ce que l'Accord général cherche à limiter, afin d'assurer l'utilisation la plus efficace des ressources sur une base mondiale :

> Le fait que les nouvelles différences de coût dues à la lutte contre la pollution résulteraient directement de réglementations officielles ne les rendrait pas uniques en leur genre : les normes nationales en matière de travail, de sécurité sociale, de fiscalité et de sécurité ont déjà sur les coûts des effets variables d'un pays à l'autre, que le GATT ne reconnaît pas comme des motifs suffisants pour justifier une protection.[98]

Bref, la position orthodoxe est que la vision libérale du GATT s'accommodant mal de déviations en tous genres, aucune exception ne devrait être faite en faveur de l'environnement.

Puisque le GATT fait lui-même le parallèle entre les distorsions créées par les normes de travail et les distorsions créées par les normes environnementales de production, nous pouvons continuer dans cette voie et montrer que des précédents existent en matière de normes de travail. Dans les deux cas (normes environnementales et normes de travail), ces distorsions sont dues aux différences de coûts de production, et le produit fini présente les mêmes caractéristiques physiques, qu'il soit fabriqué conformément aux normes de production ou non. Les parties se sont montrées très récalcitrantes à examiner l'éventualité de l'instauration d'un régime dérogatoire au régime général à ce sujet.

Ainsi les États-Unis ont toujours été préoccupés par les différences qui existent entre les différents pays en matière de droit du travail. Dès 1953, ils ont fait une proposition informelle auprès du GATT afin d'ajouter une clause «Normes du travail déloyales», mais aucun consensus n'ayant pu être atteint sur ce qu'il fallait entendre par «déloyal», cette proposition ne se traduisit pas dans l'Accord général[99].

En 1978, les États-Unis posèrent à nouveau le problème de façon informelle aux négociations du GATT, mais ils recueillirent très peu de soutien de la part des autres pays. Le seul soutien actif leur provenait des pays nordiques, qui auraient été d'accord pour légaliser des mesures de sauvegarde sélective contre les pays ayant des normes de travail au-dessous de l'acceptable. Mais les pays en voie de développement étaient hostiles à de telles normes internationales du travail, en l'absence de réformes structurelles[100].

En 1979, la proposition officielle des États-Unis était de mettre au point des normes internationales minimales, qui pourraient être :

-d'interdire l'importation de produits fabriqués dans des secteurs qui ont des normes relatives au travail inférieures à celles des autres secteurs;

-d'établir des niveaux maxima d'exposition à des substances toxiques dangereuses pour la santé, à court ou à plus long terme[101].

En 1980, la Commission Brandt recommanda que des normes loyales sur le travail («Fair Labour Standards») soient adoptées à l'échelon international, afin d'éviter la concurrence déloyale et de faciliter la libéralisation des échanges commerciaux.

En 1987, les États-Unis demandèrent au GATT que soit établi un groupe de travail chargé d'examiner les rapports entre les droits internationalement reconnus des travailleurs et le commerce international. Cette proposition devait donner lieu à des consultations[102]. Il faut croire que celles-ci ne furent guère fructueuses puisqu'en 1990, les États-Unis durent réitérer leur demande, appuyés en cela par de nombreux pays développés. Les pays en voie de développement y furent par contre opposés dans l'ensemble, et arguèrent que ce type de problème relevait plus du Bureau international du Travail que du GATT[103].

Les réticences du GATT à se pencher sur cette question n'ont pas empêché les États-Unis de modifier, unilatéralement, leur législation sur le commerce international afin d'y inclure des dispositions relatives aux normes de travail en vigueur dans les pays exportateurs : le *Caribbean Basin Initiative* de 1983 prévoit l'exemption de droits de douane en faveur des pays éligibles et en 1984 le Congrès lia l'éligibilité au système généralisé de préférence au respect des normes du travail[104] (en fait, selon les critères retenus par le Bureau international du Travail[105]). Même si, à l'occasion de ses négociations multilatérales, le GATT a refusé de consacrer la vision qui sous-tend maintenant les dispositions législatives américaines pré-citées, aucun litige n'est survenu postérieurement à l'adoption de cette législation : s'agit-il d'une reconnaissance tacite de la légitimité de telles dispositions, ou bien d'une manifestation de la *pax americana*? Si elle n'interdit pas la vente sur son territoire de produits similaires à ceux dont l'importation est interdite, sous prétexte que les produits autorisés ont été fabriqués en conformité avec un «droit du travail-plancher», cette législation viole bel et bien l'Accord général tel qu'interprété par l'étude du GATT de 1971.

Quoi qu'il en soit, peut-on imaginer des initiatives semblables en matière de normes environnementales relatives à la production? Le préambule de la Constitution de l'*Organisation internationale du Travail*[106] énonce que le fait qu'une nation ne réussisse pas à adopter des conditions de travail humaines est un obstacle à l'adoption de telles normes par les autres nations. *Mutatis mutandis*, cette déclaration est tout à fait applicable en matière de normes environnementales de production :

98 GATT, *op. cit. supra*, note 6, p. 18.

99 *Staff Papers Pre.p.a.red for the Commission on Foreign Economic Policy*, février 1954, cité dans S. CHARNOVITZ, «Fair Labour Standards and International Trade», (1986) 20 *J.W.T.L.* 64-65.

100 *Id.*, p. 65.

101 CHARNOVITZ, *loc. cit. supra*, note 99, p. 66. Ces critères ne sont pas sans rappeler ceux qui servent à déterminer si une subvention constitue une subvention à l'exportation, ce qui montre le côté ambigu de la norme de production, laquelle pourrait, conceptuellement, être rattachée au régime des subventions/taxations plutôt qu'à celui des normes de produits; Voir LEGARS, op. cit. supra, note 1.

102 GATT, (1987) 50 *Gatt Focus* 8.

103 GATT, «Les États-Unis insistent pour que les rapports entre les normes de travail et le commerce soient examinés», (1990) 75 *Gatt Focus* 3.

104 *Trade and Tariff Act*, 1984 (P.L. 98-573), sec. 503.(a).

105 CHARNOVITZ, *loc. cit. supra*, note 99, p. 62.

106 (1948) 15 R.T.N.U. 41.

> Lorsqu'un pays rejette des polluants dans l'environnement - patrimoine commun de l'humanité -, il en résulte une déséconomie «extra-nationale» au même titre qu'il y a déséconomie externe lorsqu'une entreprise rejette des polluants sans que les coûts qui en découlent ne soient répercutés sur elle. En pareil cas, les activités du pays en question tendent à dépasser le niveau optimal correspondant à l'internalisation des coûts externes, et partant, risquent d'entraîner une dégradation de l'environnement global.[107]

C'est pourquoi un certain nombre d'auteurs se prononcent contre le fait que l'environnement soit considéré au regard du droit du commerce international comme un intrant économique comme les autres : oui à la redistribution des industries polluantes vers des sites où elles créent moins de dommages car les facteurs naturels y sont plus favorables, mais non à la création de «paradis pour industries polluantes» (à l'image des «paradis fiscaux»)[108]. La gravité et la persistance des effets liés à la pollution leur fait dire que le commerce doit être considéré comme un moyen, plutôt que comme une fin en lui-même. La protection de la santé et de l'environnement devrait avoir préséance sur les avantages qu'offre un système mondial d'échanges ouverts[109].

Les problèmes juridiques que soulève l'interdiction d'importation de produits non polluants fabriqués à partir de procédés jugés polluants risquent de se poser avec une acuité toute particulière au Canada en ce qui concerne les produits et sous-produits de la filière bois. En effet, depuis quelque temps, la Communauté européenne se préoccupe de façon informelle de la façon dont les forêts sont exploitées au Canada. La pratique de la coupe à blanc, jugée écologiquement indésirable, pourrait éventuellement provoquer un boycott européen des produits canadiens du bois. Le précédent des bébés phoques[110] donne à réfléchir, d'autant plus que l'*opinio juris* semble établie qu'il y a urgence à ce que des initiatives soient prises afin de ralentir le réchauffement de la planète[111].

Nous soulignerons qu'en dehors du cadre du GATT, les États peuvent bien-sûr adopter des conventions interdisant la fabrication et la vente de produits dont les procédés de fabrication sont polluants. On en trouve un exemple avec le Traité adopté par la Conférence internationale du Travail de Berne en 1906[112], traité qui interdit la fabrication, l'importation et la vente d'allumettes contenant du phosphore blanc : les ouvriers de cette industrie étaient en effet touchés par l'empoisonnement au phosphore, une maladie qui désagrégeait les os des mâchoires.

Le *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone* aurait pu innover encore plus qu'il ne l'a fait, s'il avait inclus une disposition interdisant la vente et l'importation de produits fabriqués grâce à des C.F.C., comme les puces d'ordinateurs, par exemple[113]. Cependant, les parties doivent se mettre d'accord avant 1994 sur une liste de produits qui ne contiennent ni C.F.C. ni halons, mais qui sont fabriqués avec l'une ou l'autre de ces substances, afin d'en interdire l'importation[114]. De plus, les parties s'engagent d'ores et déjà à décourager la prolifération de la technologie utilisant C.F.C. et halons, et ce en interdisant l'exportation de ce type de technologie vers des pays non parties au Protocole[115].

On le voit, le lien, à notre avis nécessaire, entre procédés de production non polluants et droit du commerce international commence à se faire doucement en droit international de l'environnement. Il n'est pas absurde de penser que les futurs traités environnementaux s'attachant à la «pollution globale» reprennent cette idée et aillent plus loin dans ce sens que ne le fait le Protocole de Montréal sur la couche d'ozone. Plutôt que d'ignorer cet aspect du droit du commerce international, le GATT devrait peut-être essayer de clarifier sa position à ce sujet afin d'établir des passerelles entre son régime et les régimes institués par les traités environnementaux.

En novembre 1971, un Groupe permanent sur les mesures environnementales et le commerce international avait été mis sur pied au sein du GATT. Il avait pour mandat :

> [...] «d'examiner, sur demande, toutes questions spécifiques relevant des problèmes de politique commerciale liés aux mesures destinées à lutter contre la pollution et à protéger l'environnement, notamment au regard de l'application des dispositions de l'Accord général, en tenant compte des problèmes particuliers des pays en voie de

107 Allocution de S. OKITA, ancien Ministre japonais des Affaires étrangères, «Les problèmes globaux de l'environnement, défis et responsabilités», dans O.C.D.E., *L'environnement : les défis pour les années 80*, Comité de l'environnement de l'O.C.D.E., Paris, 1981, p. 20.

108 PEARSON, *loc. cit. supra*, note 5, p. 58.

109 RUBIN, *loc. cit. supra*, note 49, pp. 3 et 12.

110 Sur lequel nous ne nous sommes pas penchés dans le cadre de cette étude qui se limite aux produits industriels.

111 P.-A. COMEAU, «Le traitement de nos forêts : l'Europe remet en question notre style d'exploitation sylvicole», *Le Devoir* (Montréal), 6 janvier 1990, A6; A. BELLEMARE, «Un nouveau régime s'appliquera désormais à l'exploitation des forêts québécoises», *Le Devoir* (Montréal), 4 septembre 1990, 2; Presse Canadienne, «Une menace de boycott plane sur l'industrie forestière canadienne», *Le Devoir* (Montréal), 25 mai 1990, 2 : «A cause de la perception, très répandue en Europe, que le Canada est en voie de détruire inconsidérément ses forêts, de plus en plus de voix s'élèvent sur le vieux continent pour promouvoir l'idée d'un boycott des exportations canadiennes de bois et autres produits forestiers. «On a même commencé à comparer le Canada et l'Amazonie», a ajouté un haut fonctionnaire fédéral. La menace est prise au sérieux : tout le monde a à l'esprit le boycott lancé par les Européens contre les peaux de phoques, d'autant plus que les Européens pourraient aisément se passer de bois, de pulpe et de pâte du Canada, en se trouvant d'autres fournisseurs, notamment en U.R.S.S. et dans les pays scandinaves. La gestion des forêts suscite un intérêt grandissant depuis quelques années, particulièrement... ...depuis que l'on a démontré que la coupe à blanc des forêts contribue à l'effet de serre. Les arbres vivants absorbent et emmagasinent le gaz carbonique. Lorsqu'ils sont abattus, on se trouve à libérer ce gaz, qui emprisonne la chaleur solaire autour du globe terrestre».

112 CHARNOVITZ, *loc. cit. supra*, note 99, p. 62.

113 *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, reproduit dans (1988) 7 *D.J.I.* 147 [ci-après dénommé Protocole de Montréal]; H. C. SORRENSEN, «Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer», (1988) 29 *Harv. I.L.J.* 190. Voir aussi A. KISS, «Du nouveau dans l'air : des pluies acides à la couche d'ozone», (1985) *A.F.D.I.* 812; A. M. CAPRETTA, «The Future's So Bright, I Gotta Wear Shades : Future Impacts of the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer», (1988) 29 *Virginia J.I.L.* 211-248; K. J. VANDEVELDE, «International Regulation of Fluorocarbons», (1977) 2 *Harv. Envtl. L.J.* 474-489.

114 Protocole de Montréal, art. 4 (4); *Protocole additionnel à la Convention pour la protection de la couche d'ozone*, reproduit en version anglaise dans (1987) 26 *I.L.M.* 1516.

115 Protocole de Montréal, art. 4(5) et 4(6).

> developpement», et de présenter un rapport au Conseil.[116]

Aucune demande spécifique ne lui ayant été adressée, ce Groupe n'a donc jamais eu qu'une existence purement formelle. Les membres de l'Association Européenne de Libre-échange (A.E.L.E.) ont cependant récemment saisi le Conseil afin que ce dernier réactive ledit groupe de travail. Au nom de l'A.E.L.E., l'Autriche a noté la multiplication des accords internationaux concernant l'environnement, et a suggéré que le GATT examine la possibilité de présenter une contribution à la *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement* qui se tiendra au Brésil en 1992. Cette suggestion a été favorablement accueillie par de nombreux pays développés, tandis que l'Inde et les pays de l'ANASE traduisaient une certaine réticence à voir le GATT s'engager dans un domaine qui ne relève pas clairement de son mandat initial[117]. Il faudra probablement beaucoup de tact politique aux membres de l'A.E.L.E. pour réussir à faire accepter le principe d'une réflexion qui nous apparaît juridiquement et écologiquement nécessaire.

B - Les solutions apportées par l'Accord de libre-échange

Bien que l'article 601 de l'Accord de libre-échange (produits industriels) ne vise, expressément, que les «normes techniques liées aux produits autres que les produits agricoles», l'article 603 énonce que:

> Ni l'une ni l'autre Partie ne maintiendra ou n'adoptera de *mesures normatives* ou de procédures d'approbation des produits qui créeraient des obstacles inutiles à leur commerce bilatéral.[118]

Or, l'article 609 de l'Accord définit les mesures normatives comme incluant les normes s'appliquant aux produits ainsi qu'aux procédés et aux méthodes de production. Autrement dit, en matière industrielle, ces deux types de normes tombent sous le même régime juridique - ce qui n'est pas le cas dans le cadre du GATT -, et les obligations de consultation préalable, de notification et de publication s'appliquent aux normes de production. De même, la présomption de barrières non-tarifaires est la même à l'encontre des normes de production adoptées dans un but environnemental : c'est à la Partie qui les adopte d'en prouver le bien-fondé.

Ainsi, dans le cadre de l'Accord de libre-échange, un État fédéral, une province ou un État pourrait légitimement interdire la vente sur son territoire de marchandises produites chez son partenaire, si ces marchandises ont été produites grâce à un procédé reconnu polluant, et si ce procédé est interdit sur le territoire de celui qui a pris la mesure restrictive. Comme en matière de normes de produits industriels, cet article n'entraîne d'obligations qu'à la charge des deux États fédéraux. Les normes adoptées par les provinces ou les états restent soumises aux obligations, plus floues, du GATT. En effet, si un État ou une province décide d'interdire la vente sur son territoire de produits industriels dont le mode de production est polluant - tout en autorisant la vente des produits similaires dont le mode de production n'est pas polluant -, et que l'État fédéral voisin estime que cette législation porte atteinte à ses intérêts commerciaux, il n'aura que deux fondements juridiques sur lesquels baser sa contestation :

-soit au titre du texte de l'Accord général (clause de la nation la plus favorisée, combinée à l'article XXIV.12) : il reprochera alors à son partenaire fédéral de n'avoir pas pris «toutes les mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements ou administrations régionaux ou locaux observent les dispositions [de l'Accord général]». L'issue d'un tel différend n'est pas clair, d'une part parce que le texte de cet Accord ne se prononce pas explicitement sur le régime applicable aux normes de production, et que la solution que nous avons exposée plus haut est tirée de l' étude du GATT de 1971, laquelle ne lie pas les parties, - autrement dit, il faudrait déjà prouver qu'il existe une obligation en matière de normes de production au regard de l'Accord de 1947 -; d'autre part, cette obligation existerait-elle, il faudrait également prouver qu'au regard de cet Accord, l'État fédéral est tenu à une obligation de résultat en ce qui concerne les agissements de ses subdivisions politiques.

-soit au titre de l'article 14.25 de l'Accord sur les obstacles techniques, lequel énonce que la procédure de règlement des différends prévue par le Code est applicable dans les cas de norme de production «déguisée» en norme de produit. Là non plus, l'issue d'un tel débat n'est pas claire, car l'on peut se demander dans quelle mesure il est possible de s'appuyer sur un article de procédure pour régler un problème de fond[119].

La situation serait certainement plus simple si le GATT et l'Accord de libre-échange avaient adopté le même type d'approche, mais l'Accord général a fait sa distinction majeure entre les normes de produits et les normes de production, tandis que l'Accord canado-américain a fait la sienne entre les produits agricoles et les produits industriels.

La distinction que fait le GATT entre produits et méthodes de production apparaît tout à fait bien fondée au regard de la théorie générale du commerce international. Si elle se justifie également pour une bonne part en matière environnementale (pollution supportée dans le pays consommateur/pollution supportée dans le pays producteur), elle ne prend pas assez en compte l'inter-relation qu'il peut y avoir souvent entre un procédé et un produit polluant, d'un point de vue écologique. Ainsi, en matière de pesticides, lutter contre la concentration de résidus chimiques dans le produit consommable entraîne nécessairement interdiction

116 GATT, *loc. cit. supra*, note 10, p. 5.

117 *Id.*, p. 3.

118 Accord, art. 603 (Le souligné est de l'auteur).

119 Le Comité des obstacles techniques a été saisi de cette question en 1980 à l'occasion de l'affaire sur les volailles réfrigérées, et ne s'est jamais prononcé sur ce point : *Rapport du Comité des obstacles techniques au commerce présenté aux PARTIES CONTRACTANTES à leur trente-cinquième session* (L/5068), I.B.D.D. 27S/39, point n° 9 et COMITÉ DES OBSTACLES TECHNIQUES, *Rapport (1982) présenté aux PARTIES CONTRACTANTES à leur trente-huitième session* (L/5407), I.B.D.D. 29S/39, point n° 11.

d'un certain type de production, et vice versa[120]. Et en matière de «pollution globale» (couche d'ozone, réchauffement de l'atmosphère, etc.), le pays consommateur-pollueur aussi bien que le pays producteur-pollueur contribue à la diminution d'une ressource planétaire.

Aussi l'approche adoptée par l'Accord de libre-échange nous paraît-elle conceptuellement beaucoup plus intéressante. Hasard d'une rédaction qui visait d'autres buts[121] ou choix délibéré, l'Accord apparaît «environnementalement» plus cohérent que le GATT, du moins en ce qui concerne le chapitre des normes. En effet, l'Accord ne fait pas de différence de régime entre les produits et les procédés. Cette unité de régime pourrait favoriser une «certification produits-verts» qui prendrait en compte à la fois le procédé de fabrication et les caractéristiques intrinsèques du produit bénéficiant de ce label[122].

En revanche, l'Accord ne règle pas le problème de la barrière non-tarifaire que peut représenter l'interdiction «arbitraire» d'un type de procédé de fabrication stigmatisé «polluant» par rapport à d'autres procédés, tout aussi nocifs mais non interdits[123]. Nous estimons ici encore que la solution la plus logique d'un point de vue juridique, et la plus souhaitable d'un point de vue écologique, s'attacherait à interdire certains types de procédés de production en raison de leurs impacts sur le vivant, non en raison de leurs caractéristiques techniques individuelles.

***

Est-il possible de s'entendre sur une définition commune du risque innaceptable?

Pas plus le droit international que l'Accord de libre-échange ne définissent selon quels critères doit être appréciée la gravité du risque pouvant justifier l'adoption de normes : doit-il s'agir d'un risque grave, certain et imminent, ou d'un risque possible, même lointain? On se contentera de remarquer que tant le Canada[124] que les États-Unis[125] ont opté pour le critère du «risque acceptable» (idée du coût/bénéfice) dans leur droit interne de normalisation environnementale. Le droit international de l'environnement semble plutôt opter pour l'adoption de normes en fonction du risque seul[126]. Et le GATT ne s'est pas encore prononcé sur ce point, bien que les États-Unis et le Canada y militent en faveur du critère de la certitude scientifique, ainsi que l'a montré l'affaire du boeuf aux hormones.

En 1987, les États-Unis demandaient la création d'un groupe d'experts techniques au titre de l'article 14.9 de

120 En 1979, un rapport du General Accounting Office des États-Unis estimait que, vu les pratiques des pays étrangers, un grand nombre d'aliments importés contenaient probablement des résidus nocifs de pesticides. Certains pays autorisent l'usage de pesticides dont les homologations avaient été annulées par l'E.P.A. : l'Équateur, le Guatemala, le Costa-Rica et l'Inde autorisent l'utilisation d'aldrine, dieldrine, kepone, chlordane, heptachlore et DDT, interdits aux États-Unis. Les substances sont utilisées pour traiter les bananes, café, cacao, sucre et thé importés aux états-Unis. Le plus intéressant est que ces produits chimiques proviennent des États-Unis, où ils peuvent être fabriqués si c'est pour exportation; R. W. FINDLEY et J. C. JURGENSMEYER , «La législation sur les pesticides aux États-Unis», (1987) 2 *Rev. Jur. de l'Env't* 179.

121 Le Canada et les États-Unis avaient présenté à leurs partenaires commerciaux l'Accord de libre-échange comme un modèle et une source d'inspiration pour les négociations de l'Uruguay Round, en particulier en ce qui concerne le volet «agriculture». Cependant, l'intégration des marchés, qui apparaît comme techniquement plus facile à réaliser en matière agricole vu la fongibilité extrinsèque des produits, dépend largement de leur fongibilité intrinsèque (intrants chimiques), donc de l'harmonisation des méthodes de production. Autrement dit, libéraliser les échanges agricoles ne peut se faire sans harmonisation des méthodes de production. Cette solution n'est cependant pas directement applicable en matière de produits industriels, lesquels sont trop nombreux, trop diversifiés, et sujets à une obsolescence trop rapide.

122 Par exemple, du papier fabriqué à partir de bois par une usine «propre» est-il moins écologique que du papier fabriqué à partir de papier recyclé, mais selon des procédés polluants? Après avoir investi 300 millions dans la construction d'une nouvelle usine non polluante afin d'avoir l'appui des environnementalistes qui faisaient la guerre aux furannes et aux dioxines, Temboard se retrouve encore perdante puisque la mode porte désormais sur les papiers et cartons recyclés. «Tout le monde parle de recyclage, et ça nous pose des problèmes. Il y a un an, on ne parlait que de dioxines et de furannes. Nous nous disions qu'avec cette usine nous aurions alors l'avantage environnemental. Mais aujourd'hui il y a une préoccupation exagérée pour les produits recyclés. Pourvu que ce soit recyclé, se dit-on, on utilise n'importe quoi avec n'importe quoi dedans» déclare F. A. Dottori, président de Tembec, cité par C. TURCOTTE, «Temboard fait la guerre aux dioxines mais pâtit de la mode du papier recyclé», *Le Devoir* (Montréal), 1 octobre 1990, 5.

123 G. PAQUIN, «Des solutions technologiques pour réduire la pollution de Noranda», *Le Devoir* (Montréal), 5 mars 1990, 9. Il semble en effet qu'un des efforts louables de Foresterie Noranda pour alléger la pression industrielle sur la coupe de bois, la création d'une usine de recyclage du papier, pollue, à son tour, de ses effluents, le cours d'eau où on les rejette.

124 A. P. GRIMA et al., *Risk Management and EIA : Research Needs and Opportunities*, Hull, Ministère de l'approvisionnement et des services, 1986; D. G. BOLDUC, G. LEVESQUE et al., «Les DSC du Québec désirent une meilleure réglementation des pesticides au Canada», *Le Soleil* (Québec), 18 avril 1990, A17; I. ELRIFI, «Protection of the Ozone Layer : A Comment on the Montreal Protocol», (1990) 35 *Mc Gill L.J.* 387-423.

125 Exemple: *Toxic Subtances Control Act*, 15 USC 2601, § 2605 : Regulation of hazardous chemical substances and mixtures :

«(a) Scope of regulation

If the Administrator finds that there is a reasonable basis to conclude that the manufacture, processing, distribution in commerce, use, or disposal of a chemical substance or mixture, or that any combination of such activities, presents or will present an unreasonable risk of injury to health or the environment, the Administrator shall by rule apply one or more of the following requirements to such substance or mixture to the extent necessary to protect adequately against such risk using the least burdensome requirements : [...]

(c) Promulgation of subsection (a) rules

(1) In promulgating any rule under subsection (a) of this section with respect to a chemical substance or mixture, the Administrator shall consider and publish a statement with respect to

(A) the effects of such substance or mixture on health and the magnitude of the exposure of human beings to such substance or mixture

, (B) the effects of such substance or mixture on the environment and the magnitude of the exposure of the environment to such substance or mixture,

(C) the benefits of such substance or mixture for various uses and the availability of substitutes for such uses, and

(D) the reasonably ascertainable economic consequences of the rule, after consideration of the effect on the national economy, small business, technological innovation, the environment, and public health».

126 *La Charte mondiale de la Nature*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 28 octobre 1982, Résolution 37/7, prône l'adoption de normes à tous les niveaux, tout en soulignant la coopération et la coordination nécessaires :

«Les États, et dans la mesure où ils en ont la possibilité, les autres autorités publiques, les organisations internationales, les particuliers, les associations et les entreprises : [...]

b) établiront *des normes pour les produits et procédés* de fabrication *risquant* d'avoir des effets nuisibles sur la nature, ainsi que des méthodes d'évaluation de ces effets» (Les italiques sont de l'auteur). *Voir* KISS, *op. cit. supra*, note 52.

l'Accord sur les obstacles techniques, afin que ce groupe se prononce sur la validité de la réglementation de la C.É.E. interdisant l'administration de substances hormonales aux animaux de boucherie[127]. La réglementation litigieuse était une directive selon laquelle, à compter du 1er janvier 1988, la vente et l'importation de viandes traitées aux hormones seraient interdites sur tout le territoire communautaire[128]. La C.É.E. a bloqué pendant 18 mois l'examen de cette question par le Comité des obstacles techniques, refusant l'arbitrage scientifique exigé par les États-Unis. Elle admettait que l'interdiction des hormones dans l'alimentation des animaux était basée sur des questions politiques et non pas scientifiques, mais invoquait en sa faveur l'article XXb) du GATT[129] : l'acceptation d'un risque pour la santé humaine relevait de sa souveraineté[130]. Elle comparait son ban à la réglementation américaine, qui exige que le brie soit fabriqué à partir de lait pasteurisé : cette réglementation reflétait la préférence qu'avaient les Américains pour l'hygiène d'un produit plutôt que pour son goût, et bien que le fondement scientifique de cette décision soit douteux, elle n'avait jamais été soumise à l'examen d'un groupe d'experts scientifiques[131].

L'interdiction, dont l'adoption avait été retardée d'un an, afin de permettre aux deux parties de négocier - les États-Unis ayant menacé de prendre des mesures de rétorsion -, entra finalement en vigueur le 1er janvier 1989.

Les États-Unis décidèrent alors unilatéralement de relever leurs droits de douane à l'encontre de plusieurs produits originaires de la C.É.E., ce à quoi cette dernière répondit en saisissant le Conseil, lui demandant d'élaborer un avis sur les questions juridiques que soulevait ce cas ainsi que sur l'action qu'il jugerait appropriée pour remédier à la situation[132]. L'opinion du Canada dans cette affaire était partagée. Touché lui-aussi dans ses intérêts commerciaux par la mesure européenne, il estimait que cette dernière n'avait pas de base scientifique et constituait un obstacle injustifié au commerce. Mais il reconnaissait que ce litige soulevait plusieurs questions de principe sur l'application de normes techniques au secteur agricole, et regrettait que les États-Unis répondent à une mesure unilatérale par une autre mesure unilatérale[133]. Les deux protagonistes ont finalement trouvé une solution temporaire à leur différend : la C.É.E. accepta de soumettre sa réglementation à un groupe scientifique et d'augmenter le quota d'importation de boeuf américain *high grade*, tandis que les États-Unis acceptaient de respecter le ban et de lever leurs mesures de rétorsion jusqu'à la décision du groupe scientifique[134]. Les négociations de l'Uruguay Round ont indirectement résolu la question. Le texte adopté à Genève à l'occasion du mi-parcours des négociations[135] prévoit aux points 20.2) et 20.5), le :

> [...] renforcement de l'article XX, de façon que les mesures destinées à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux soient en concordance avec des preuves scientifiques solides et s'appuient sur des principes d'équivalence appropriés;
>
> [l'] amélioration de l'efficacité du processus multilatéral de règlement des différends dans le cadre du GATT, de façon que l'on dispose des compétences et des jugements scientifiques nécessaires, en faisant appel aux organisations internationales compétentes.

Il était bien entendu jusqu'à présent que les normes adoptées par les organisations internationales visées avaient une valeur incitative, et non une valeur juridique obligatoire. Certes, les auteurs estimaient que même si, en droit, ces décisions ne lient pas, en fait leur valeur «morale» légitime le comportement des États qui s'y conforment[136]. Leur force coutumière ne serait donc pas à négliger. Mais, à notre sens, les nouvelles dispositions auraient pour effet d'accroître l'autorité des organisations internationales scientifiques. Peut-on aller jusqu'à conclure que le nouveau régime impliquerait que soient considérées comme barrières non-tarifaires légitimes uniquement les normes consacrées par des organisations internationales? Si oui, cela reviendrait à en faire des normes quasi-obligatoires, ce qui accélérerait le processus d'adoption des normes internationales. Bien-sûr, l'uniformisation des normes peut être considérée comme «la» solution aux distorsions que les différences entre réglementations peuvent occasionner au commerce international[137], mais l'unanimité est loin de régner sur ce principe même[138]. D'après l'O.C.D.E. en effet, la fixation de

127 COMITÉ DES OBSTACLES TECHNIQUES, *Rapport (1987) présenté aux PARTIES CONTRACTANTES à leur quarante-troisième session* (L/6240), I.B.D.D. 34S/195, point n° 12.

128 *Directive du Conseil du 31 décembre 1985 interdisant l'utilisation de certaines substances à effet hormonal dans les spéculations animales*, (1985) J.O.C.E. (n° L 382) 228.

129 GATT, *loc. cit. supra*, note 102 et GATT, «Viande aux hormones : la C.É.E. se plaint de l'accroissement des droits américains», (1989) 59 *Gatt Focus* 3.

130 GATT, «Directive de la C.É.E. sur les hormones», (1988) 58 *Gatt Focus* 2.

131 Comparaison faite par Sir R. Denman, dans «Brie & Hormones», *The Economist*, 7 janvier 1989, 21.

132 GATT, *loc. cit. supra*, note 129.

133 *Ibid.*

134 M. B. FROMAN, «The United States-European Community Hormone Treated Beef Conflict», (1989) 30 *Harv. I.L.J.* 549-556.

135 Accord final, *supra*, note 44.

136 A. SPRINGER, *The International Law of Pollution: Protecting the Global Environment in a World of Sovereign States*, Westport et Londres, Quorum Books, 1983, pp. 105-109; B. CONFORTI dans «Résumé des débats», (1984) *Colloque de l' Académie de droit de la Haye*, 245 : «Les recommandations, les normes incitatives ne créent certes pas d'obligations strictes à la charge des états, mais elles ont un effet de licéité sur le plan international, c'est-à-dire que si les états s'y conformaient, on ne pourrait alors jamais leur reprocher d'avoir commis un acte illicite en appliquant ces recommandations et normes incitatives. Ce même effet de licéité pourrait également jouer sur le plan interne, au niveau des tribunaux ou de toute autre instance chargée d'appliquer les règles de droit».

137 A. M. ABDELHADY, «Nécessité d'établir des normes uniformes relatives à l'environnement», (1984-85) 54-56 A.A.A. 229-250; P.CONTINI et P. H. SAND, «Methods to Expedite Environment Protection : International Ecostandards», (1972) 66 *A.J.I.L.* 38-39.

138 SPRINGER, *op. cit. supra*, note 136, p. 102; O.C.D.E., *Les normes relatives à l'environnement : définitions et besoins d'harmonisation internationale*, Paris, Direction de l'environnement de l'O.C.D.E., 1974 et *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, principe n° 23, reproduit dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public, notes et documents*, 2e éd., Montréal, Les Éditions Thémis,1987, p. 547

normes environnementales dépend à la fois de la qualité de l'environnement, des préférences sociales, de la structure démographique, des structures économiques et du cadre géographique[139]. Aussi il est non seulement difficile, mais parfois même peu souhaitable, de trouver une norme internationale uniforme.

Alors que les États-Unis face à la C.É.E. réfutent l'argument selon lequel le doute scientifique doit jouer en faveur de la validité d'une norme (affaire du boeuf aux hormones), ils soutiennent exactement l'argumentation inverse face au Canada (affaire de l'amiante). Ce double langage n'a rien de très exceptionnel : tous les États considèrent que leurs normes environnementales sont justifiées, et que leurs partenaires aux normes plus laxistes n'invoquent l'incertitude scientifique que pour justifier leur mauvaise foi environnementale. Ces mêmes États cependant critiqueront la faiblesse scientifique des motifs sous-tendant l'adoption de normes environnementales plus strictes chez leurs voisins, et crieront à la barrière non-tarifaire. Il serait donc nécessaire que le droit du commerce international en général, et que l'Accord de libre-échange en particulier, tranchent dans quel sens devrait jouer le doute. Si le doute devait jouer contre la validité de la norme - solution en faveur de laquelle pencherait la révision de l'article XX -, le libre-échange aurait préséance sur la protection de l'environnement. Dans l'hypothèse inverse solution en faveur de laquelle penche la C.É.E. dans l'affaire du boeuf aux hormones -, la protection de l'environnement primerait sur la libéralisation des échanges.

139 O.C.D.E., *op. cit. supra*, note 138.