



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE



Ministère de l'Écologie
et du Développement Durable

Document de travail

ETUDES – METHODES - SYNTHESSES



COMPATIBILITE DE MESURES DE PROTECTION DE LA COMPETITIVITE D'UNE INDUSTRIE SOUMISE A REDUCTION DES EMISSIONS DE CARBONE AVEC LES REGLES DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

ANAÏS BERTHIER – CHRISTINE CROS

Site internet : <http://www.ecologie.gouv.fr>
20 avenue de Ségur – 75302 Paris 07 SP

SOMMAIRE

- Arial 10

RÉSUMÉ

Un pays souhaitant mener une politique de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre peut-il protéger son industrie et être en conformité avec l'organisation mondiale du commerce (OMC) ?

Notre analyse des règles concernant les ajustements de taxe à la frontière (ATF :remboursement de la taxe aux produits qui sont exportés et application à ceux qui sont importés) conclut que dans le cadre de l'article III du GATT, un ajustement ne pourrait être indexé sur un produit mais sur la quantité de gaz à effet de serre (GES) qui a été nécessaire à sa production (émissions spécifiques). L'application de la mesure nécessiterait qu'un niveau standardisé d'émissions spécifiques par secteur soit établi, charge à l'importateur de démontrer que son produit a généré moins d'émissions de GES que ce standard pour obtenir une réduction, voire une suppression de taxe. Ces conditions sont nécessaires mais ne suffiraient pas à garantir l'acceptation de la mesure par l'organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC car la possibilité de taxer des produits d'après leurs méthodes de production si elles ne laissent pas de trace dans le produit est controversée. Ceci étant, la jurisprudence de l'ORD concernant l'affaire des taxes sur le pétrole et des produits chimiques importés ouvre une incertitude favorable.

Les règles encadrant les subventions semblent davantage se préoccuper de l'impact de la mesure que de la mesure elle-même. Pour être acceptable, la subvention devrait être mise en place de manière concomitante avec la politique de lutte contre le changement climatique de manière à ce que les situations concurrentielles ne soient pas notablement affectées, et qu'ainsi aucun pays ne puisse prouver que son industrie a subi un dommage.

Le régime d'exception de l'OMC qui concerne l'environnement ouvre une autre possibilité. Il demande qu'une mesure soit proportionnée et directement liée à l'impact environnemental. En l'occurrence une taxe devrait porter sur les émissions spécifiques et laisser à un opérateur l'opportunité de prouver qu'il est plus efficace que le standard retenu pour établir la taxe. L'ORD a déjà accepté un effet d'extraterritorialité dans l'affaire de la crevette. Il faudrait toutefois que l'Etat désireux de mettre en place ce type de mesure négocie sérieusement avec ses partenaires de l'OMC avant de l'adopter. Il est difficile enfin de savoir si l'ORD accepterait le caractère nécessaire d'un ATF alors que l'objet principal de l'ATF est la protection de la concurrence ; cependant l'ORD pourrait accepter l'idée que l'ATF est nécessaire pour inciter les autres pays à lutter contre les émissions de CO₂.

INTRODUCTION

La question de la compétitivité internationale est tout à fait centrale dans le processus de construction d'une gouvernance mondiale des émissions de gaz à effet de serre : c'est essentiellement le risque de perte de compétitivité vis-à-vis de l'Inde, du Brésil et de la Chine qui a conduit les Etats-Unis à ne pas ratifier le protocole de Kyoto et c'est également le point qui rend les parties au protocole de plus en plus réticentes à l'idée de poursuivre des engagements de manière unilatérale. On voit naître ces réticences au sein même des Etats membres de l'Union européenne. Si nous voulons continuer à agir pour la préservation du climat même en commençant seuls et en pariant sur l'effet d'entraînement, il faut préserver la compétitivité des entreprises européennes. En effet des surcoûts unilatéraux pourraient conduire à des pertes de parts de marché et à des délocalisations progressives de la production : cela ne servirait à rien pour l'effet de serre car ce sont les installations non contraintes au titre des émissions qui assureraient la production. Ce fait a été souligné par le rapport de la mission d'information sur l'effet de serre de l'Assemblée nationale (Président M. Jean-Yves Le Déaut, Rapporteuse Mme Nathalie Kosciusko-Morizet).

Une politique de lutte contre l'effet de serre engendre des coûts. Le problème est de compenser le surcoût assumé par les industries nationales¹. Ce surcoût peut être visible lorsqu'une activité est taxée, le niveau de la taxe donnant alors le coût marginal du carbone. Le prix de marché donné par un système de quotas négociables joue aussi ce rôle de transparence sur les coûts. Le surcoût peut également être caché lorsque les industries sont amenées à réduire leurs émissions par le biais d'une réglementation, mais il n'en est pas moins réel.

Il s'agit donc de trouver le moyen de protéger l'industrie européenne de pertes de compétitivité internationale qui serait lié à ce surcoût pour pouvoir continuer à avancer en termes de politique climatique. Or la France et les Etats membres de l'Union européenne sont parties de l'organisation mondiale du commerce (OMC) et doivent à ce titre en respecter les règles en ce qui concerne des ajustements qui jouent sur la concurrence internationale. Ce rapport analyse les possibilités laissées par l'OMC à ses parties pour compenser un surcoût qui serait lié à la mise en place d'une politique de lutte contre le changement climatique. La première partie de ce rapport pose la question des possibilités ouvertes par les règles-mêmes de l'OMC. L'OMC permet d'adopter des règlements, des taxes ou des subventions dans un cadre bien défini que nous explorerons. La seconde partie questionne le régime d'exception établi par l'article XX de l'OMC qui permet de prendre des mesures non conformes au corpus de règles de l'OMC sous certaines conditions².

¹ Ce rapport ne distingue pas entre industrie nationale ou européenne, étant bien entendu que la France ne peut prendre une mesure d'ajustement commercial seule, mais qu'il s'agit d'une logique communautaire.

² Sur les liens entre OMC et environnement, voir les documents de travail de la D4E de la Série Etudes : 05-E05 Gabbay Ruth, « *Place de l'environnement dans le système juridique de l'OMC* » et

I. LES REGLES DE L'OMC

Un Etat qui souhaiterait prendre des mesures compensatoires a classiquement trois types de mesures à sa disposition : des règlements, des taxes ou des subventions.

I.1. Les règlements basés sur les procédés et méthodes de production (PMP)

Un pays qui impose certaines exigences à ses producteurs peut vouloir demander des exigences équivalentes aux produits qui entrent sur le marché national. Il doit en ce cas respecter les règles du traitement national et de la nation la plus favorisée de l'OMC qui assurent que la règle est la même pour tous : producteurs et importateurs quel que soit le pays d'origine des produits. L'article III :4 énonce que les produits importés « *ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne (...) tous les règlements (...) affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur* ». La note interprétative de l'article III, annexée au GATT, précise que le dispositif englobe les réglementations perçues ou imposées, dans le cas du produit importé, « *au moment ou au lieu de l'importation* ».

Les règles de l'OMC qui concernent les règlements sont relatives aux produits et ne sont pas explicites en ce qui concerne les PMP. Or ce qui intéresse un pays qui met en œuvre une réglementation sur les émissions de GES du point de vue concurrentiel, c'est que les produits qui entrent sur son territoire soient également produits dans des conditions qui internalisent le coût de réduction des émissions de GES.

La problématique levée par un règlement restreignant l'accès à son territoire sur la base de PMP a été abordée dans les rapports sur les restrictions à l'importation de thon I et II, adoptés respectivement par deux groupes spéciaux en 1991 et 1994³. Dans cette affaire, une loi américaine sur la protection des mammifères marins réglementait notamment la pêche au thon dans la zone tropicale orientale de l'océan pacifique dans le but de réduire la prise accidentelle de dauphins. La loi s'appliquait aux pêcheurs placés sous la juridiction américaine et aux pays qui pêchaient le thon dans la partie de l'Océan Pacifique visée par la loi. Cette loi permettait aux Etats-Unis d'interdire les importations de thons (et des produits dérivés) en provenance des pays dans l'incapacité de prouver qu'ils respectaient les normes de protection des dauphins fixées dans la loi américaine. Le Mexique se trouvant dans cette situation se vit interdire ses importations de thon aux Etats-Unis (affaire thon I) ainsi que la Communauté Européenne (affaire du thon II).

06-E02 Berthier Anaïs, « *Les accords multilatéraux sur l'environnement comprennent-ils des dispositions qui violent les règles de l'OMC ? Quelles implications en droit international ?* »

³ Etats-Unis – Restrictions à l'importation de thon, rapport du 3 septembre 1991 (non adopté) ; Etats-Unis – restrictions à l'importation de thon, rapport du 16 juin 1994 (non adopté).

Dans le premier rapport, le groupe spécial commence par constater que la loi ne vise pas les produits à base de thon en tant que tels, elle ne prescrit pas non plus de techniques de pêche qui ont un effet sur le thon en tant que produit. Il constate que les textes font référence au « produit » et en conclut que l'article ne prévoit pas la possibilité de distinguer les processus de production (rapport §90). Les Etats-Unis ne peuvent donc pas interdire les importations de produits à base de thon en provenance du Mexique au seul motif que la réglementation mexicaine n'est pas identique à la réglementation américaine. Cependant, les Etats-Unis pouvaient appliquer leur règlement relatif à la qualité ou à la teneur du produit à base de thon importé car ce point porte sur la produit final lui même.

Avant de conclure son rapport en 1991, le groupe spécial chargé d'examiner l'affaire des restrictions à l'importation de thon a affirmé qu'une partie contractante ne pouvait pas limiter les importations d'un produit simplement par ce que celui-ci provient d'un pays dont les politiques en matière d'environnement sont différentes des siennes⁴. Une taxe sur des produits importés en raison de leurs PMP confère un effet extra-territorial non autorisé aux politiques environnementales de l'Etat importateur.

Cette interprétation sera confirmée par le second groupe spécial en 1994. L'article III :4 et sa note interprétative ne s'appliquent pas aux réglementations qui ne peuvent pas affecter le produit en tant que tel et qui accorderaient un traitement moins favorable aux produits similaires dont le mode de production n'est pas conforme aux politiques intérieures du pays importateur. Les embargos américains opèrent une discrimination fondée sur les pratiques de pêche, or, de l'avis du groupe spécial, aucune de ces pratiques, politiques et méthodes ne peut avoir d'incidence sur le caractère inhérent du thon en tant que produit. Les mesures sont donc rejetées.

Il est à noter que ces deux rapports n'ont pas été adoptés car les parties étaient chaque fois parvenues à un accord amiable et d'après Lafranchi, l'organe d'appel n'accorde aucune valeur aux rapports non adoptés⁵.

L'argumentation qui sous tendait cette décision était que « donner raison aux Etats-Unis reviendrait à permettre à tout pays d'interdire les importations d'un produit en provenance d'un autre pays au seul motif que le pays exportateur a des politiques environnementales, sanitaires ou sociales différentes des siennes. Cela aurait laissé la voie quasiment libre pour qu'un pays applique unilatéralement des restrictions commerciales et qu'il le fasse non pas simplement pour faire respecter sa législation sur son territoire, mais pour imposer ses propres normes aux autres pays. Ce serait là laisser la porte ouverte à une vague éventuelle de mesures protectionnistes abusives. Ce serait contraire au but principal du système commercial

⁴ M-P. Lafranchi, Ibid, p.85.

⁵ M-P. Lafranchi, Ibid.

multilatéral, à savoir assurer la prévisibilité par le biais des règles commerciales »⁶. La majorité des Etats Membres de l'OMC adoptent la même position aujourd'hui.

Non seulement une telle mesure ne répondrait qu'à une partie du problème (la concurrence sur le territoire national et pas la concurrence sur la scène internationale), et en outre cette affaire donne plutôt un signal négatif concernant la possibilité de prendre des mesures reposant sur les PMP.

I.2. Ajustement des taxes à la frontière

Le rapport de la mission parlementaire sur l'effet de serre propose (pp.169-170) de réfléchir à l'idée de mettre en place un mécanisme d'ajustements fiscaux à la frontière. Il s'agit de rembourser les produits des impositions dont ils sont redevables et de taxer les produits importés d'un même montant. Le rapport précise que :

Pour qu'un tel dispositif soit compatible avec les règles de l'OMC, il faut, d'une part, que l'ajustement concerne les coûts des certificats correspondant à la production réalisée avec la meilleure technique disponible et non avec une technique moyenne, d'autre part de ne tenir compte que des matériaux de base servant à la production et en exclure la composante énergétique. L'ajustement fiscal à la frontière ne prend tout son sens que dans la mesure où les certificats d'émission de CO₂ sont vendus ou mis aux enchères et non alloués gratuitement, c'est-à-dire après 2012 lorsqu'expirera l'obligation d'allouer au moins 90% de tous les quotas à titre gratuit aux termes de l'article 10 de la directive européenne de 2003.

Les ajustements de taxe à la frontière (ATF) ont été étudiés dans le cadre du groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière du GATT en 1970. Une définition de l'ATF de l'OCDE a été adoptée. Il s'agit de « *toutes mesures fiscales qui donnent effet, complètement ou partiellement, au principe du pays de destination, c'est-à-dire qui permettent d'exonérer en totalité ou en partie, les produits exportés de la taxe grevant dans le pays exportateur les produits nationaux similaires vendus aux consommateurs sur le marché intérieur et de prélever, en totalité ou en partie, sur des produits importés vendus aux consommateurs la taxe grevant dans le pays importateur les produits nationaux similaires*⁷ ». Les importations doivent être imposées au point de vente ou de consommation du produit⁸.

I.2.1. La taxe pèse sur le produit

L'article II :2 du GATT réglemente l'imposition de taxes et dispose qu'« *aucune disposition du présent article n'empêchera une partie contractante de percevoir à tout moment, à l'importation d'un produit :*

⁶ Site OMC Mexique etc./Etats-Unis : l'affaire « thons-dauphins I », Environnement : différend 4, p.3.

⁷ OMC, Guide des règles et pratiques du GATT, Vol.1, Genève, 1995, p.155.

⁸ Rapport du groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, S18/105, §5.

a) *une imposition équivalant à une taxe intérieure frappant, en conformité du paragraphe 2 de l'article III, un produit national similaire ou une marchandise qui a été incorporée dans l'article importé ».*

Le système d'ajustement de taxes à la frontière concerne des taxes pesant sur les produits. Le choix européen s'est porté sur un système de quotas de gaz à effet de serre et non pas une taxe. Une allocation gratuite de quota ne pourrait pas donner lieu à un ajustement de taxe à la frontière. Seule une allocation par mise aux enchères, avec livraison à prix unique, pourrait être assimilée à une taxe. Il faudrait alors organiser un système d'enchères une fois par an, et en déduire le montant de la taxe de manière équivalente.

Cette déduction est moins simple qu'il n'y paraît, car il ne s'agit pas simplement de considérer que le prix des enchères est le niveau de taxe : l'assise de la taxe doit bien porter sur les produits. Il faut donc déduire, en fonction des consommations d'énergie, le coût incorporé de la taxe, en fonction des émissions spécifiques des installations. Or si un marché de quotas assure que le coût marginal de réduction des émissions est le même pour toutes les installations soumises au marché, il n'assure pas que le coût marginal sur le produit soit le même. Au contraire, il n'y a pas deux installations qui aient des processus technologiques identiques et qui émettent donc les mêmes émissions par unité de production. Le coût pesant sur le produit dépend de l'efficacité énergétique des processus de production et sera nécessairement différent. Il est donc difficile d'en tirer un niveau de « taxe produit » qui serait le niveau retenu pour les ajustements à la frontière.

Dans cette optique, il serait plus facile de taxer les émissions spécifiques des industries, ou d'organiser des marchés de quotas d'émissions spécifiques, étant entendu que ces deux instruments ne pourraient être que sectoriels car les unités d'émission spécifique ne sont pas les mêmes suivant les secteurs. Cette restriction limite l'efficacité économique du système interne.

Par ailleurs, il faudrait que l'ajustement à la frontière concerne les émissions générées pour produire une unité. Cette information est impossible à détenir au niveau international. La solution proposée par Ismer et Neuhoff (2004) est de retenir un niveau équivalent à la meilleure technologie disponible. Cette notion est intéressante du fait de son unicité quelle que soit la provenance mais en tire également ses limites car la meilleure technologie disponible est une construction qui est toujours très contestable à un niveau national, et a fortiori à un niveau international : les technologies indiennes sont différentes des australiennes ou sud-africaines. Un pays s'estimant lésé pourra vraisemblablement soulever ce point comme étant une discrimination entre pays (cf. §1.2.2.).

Il sera par ailleurs très difficile de détaxer les produits car chaque installation aurait une détaxation différente à moins qu'on choisisse encore une standardisation pour la détaxation, faite également au niveau de la meilleure technologie disponible. Cette solution ne permettrait

pas de compenser l'intégralité du surcoût subi mais aurait l'avantage de la facilité de mise en œuvre, et permettrait de faire un ajustement à l'exportation de même niveau que la taxe sur les importations.

I.2.2. La même taxe quels que soient les opérateurs

L'imposition de taxes est régi par deux principes fondamentaux de l'OMC qui sont :

- le principe du traitement national : l'article III incarne le principe du traitement national et prescrit à son paragraphe 1 que les taxes et autres impositions intérieures ainsi que les règlements ne devront pas être appliqués aux produits importés et nationaux de manière à protéger la production nationale ;
- le principe de la nation la plus favorisée : cela signifie que la taxe doit être identique entre les produits nationaux et les importations, et ceci quelle que soit l'origine du produit importé. Autrement dit, il n'est pas possible de discriminer entre pays parties au protocole de Kyoto et pays non parties au protocole de Kyoto, ou parties ayant pris des engagements quantitatifs ou non.

En termes juridiques, on peut considérer qu'un pays n'a pas à se préoccuper si les importations viennent d'un pays partie ou non au protocole :

- les pays non parties ne subissant pas de coûts de réduction des émissions, la mesure remet les produits à niveau en termes de concurrence ;
- les pays parties n'ont qu'à établir le même type d'ajustement à la frontière, et le système de double compensation rétablira la situation de concurrence. C'est ce qui se passe pour la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)⁹.

Toutefois cette mesure pourrait poser un premier problème politique car elle tend à imposer aux parties au protocole ayant souscrit des engagements quantitatifs le choix des politiques de réduction des émissions industrielles. Le protocole fixe des objectifs nationaux quantitatifs, charge aux Etats de choisir les moyens. Un pays peut choisir de réglementer ses installations industrielles. Dans ce cas, il ne pourrait pas pratiquer d'ajustement de taxe à la frontière, car même si ses industries subissent des coûts, seules les taxes peuvent être compensées, pas les sur-coûts liés à des réglementations différentes. On peut apporter une réponse politique à cette question politique : il est de la responsabilité de l'autre partie d'adopter

⁹ Goh insiste sur les difficultés techniques qu'engendre l'ATF ainsi que sur le risque d'imposer une double pénalité sur les Etats exportateurs qui ont déjà mis en place un dispositif réglementaire ou des taxes afin de réduire leurs émissions de GES dans leur pays. Nous ne retenons pas l'argument car il revient aux pays de choisir leurs modalités de politique et de protection concurrentielle éventuelle. L'exemple de la TVA illustre la non pertinence de l'argument : un pays qui ne détaxerait pas les produits exportés pénaliserait ses produits nationaux sur la scène internationale. Cette question n'empêche pas l'ensemble des pays de détaxer les produits qu'ils exportent. Le fait qu'un pays pourrait y perdre s'il n'adoptait pas le même comportement, loin d'être un frein à l'organisation internationale des échanges a eu pour conséquence d'homogénéiser les comportements vers un système qui est en définitive fonctionnel pour tous.

des modalités de réduction des émissions qu'elle pourra compenser par le biais d'ajustements à la frontière compatibles avec l'OMC ou non.

Le problème politique serait beaucoup plus fort vis-à-vis des parties au protocole de Kyoto n'ayant pas souscrit d'engagements quantitatifs. En effet, s'ils n'ont pas d'engagements quantitatifs, c'est qu'il a été reconnu politiquement qu'ils n'ont pas à subir de coûts de réduction des émissions au nom de leur droit au développement, or la taxation de leurs produits au nom de la quantité d'émissions de gaz à effet de serre incorporée est une remise en question unilatérale de l'équilibre politique de l'accord auquel le pays mettant en place les ajustements à la frontière et le pays les subissant ont tous deux souscrit.

1.2.3. Les produits sont similaires

Le paragraphe 2 de l'article III dispose par ailleurs que : « *Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires* ».

Le fait qu'un Etat agisse en conformité avec l'article II :2(a) n'engendre pas une présomption de compatibilité avec l'article III :2. En vertu de l'article III, il s'agit de comparer les produits finals. Le principe de la nation la plus favorisée impose que tous les avantages accordés par un Etat à un produit soient étendus à tout produit similaire originaire ou à destination de tout autre Etat (article I du GATT)¹⁰. La notion de « *similarité* » occupe donc une place centrale dans le droit de l'OMC. Lorsque les produits ne sont pas similaires, l'Etat importateur peut imposer des taxes à condition qu'elles soient compatibles avec les autres règles de l'OMC.

La question qui se pose est d'identifier les critères d'appréciation retenus par les instances et de définir le champ de la similarité : est-il limité aux produits ou inclut-il les PMP¹¹ ? Il s'agit de déterminer s'il est possible de traiter de manière différente le produit « acier » en fonction de son procédé de production alors qu'il présente les mêmes caractéristiques finales que l'acier produit selon un procédé différent.

Aucun des accords de l'OMC ne définit la notion de similarité. Cependant des critères ont été dégagés par la jurisprudence, particulièrement dans l'affaire Japon – Boissons alcooliques.

¹⁰ Article I du GATT : « *Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions(...)* ».

¹¹ M-P. Lafranchi, Ibid, p.79.

Quatre critères permettent de déterminer si deux produits sont similaires. Le groupe spécial se réfère au rapport du groupe de travail sur les "*ajustements fiscaux à la frontière*", adopté par les parties contractantes en 1970, qui pose le principe fondamental pour l'interprétation de la formule "*produits similaires*" en général dans les diverses dispositions du GATT de 1947 :

... l'interprétation de cette formule devrait être examinée cas par cas. Ainsi pourront être équitablement évalués dans chaque espèce les différents éléments qui permettent de reconnaître un produit "similaire". Certains critères ont été suggérés à cet effet : utilisations finales du produit sur un marché donné ; goûts et habitudes des consommateurs, variables d'un pays à un autre ; propriétés, nature et qualité du produit.

Les « *propriétés* » du produit sont comprises comme ses propriétés physiques et n'incluent donc pas les PMP non incorporés. D'après ces critères il est impossible de discriminer les produits en fonction de leurs PMP. C'est-à-dire qu'il est impossible de taxer différemment deux produits ayant les mêmes caractéristiques physiques, comme l'acier par exemple, mais dont la production de l'un engendre des niveaux d'émissions de GES beaucoup plus importants que l'autre. Le texte même de l'article II.2 a) confirme cette position puisqu'il ne vise que les taxes sur un « *produit national similaire ou une marchandise qui a été incorporée dans l'article importé* »¹². Ce qui exclue les taxes sur le carbone et l'énergie.

I.2.4. Les taxes s'appliquent directement au produit

L'article III.2 ne remet pas en cause la liberté des Etats en matière fiscale, dès lors qu'elle s'exerce dans le cadre défini par cette disposition. Le libellé de l'article laisse supposer qu'il couvre à la fois les taxes qui frappent directement les produits et celles qui ne les frappent qu'indirectement. Après s'être penché sur la question, le groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière écrit : « *on s'accorde à estimer que les taxes qui frappent directement les produits peuvent faire l'objet d'un ajustement fiscal ; sont dans ce cas, par exemple, les droits d'accise spécifiques, les taxes sur les ventes, les impôts en cascade et la taxe sur la valeur ajoutée...* ». En revanche le groupe de travail précise qu' « *on s'accorde à estimer que certaines impositions qui ne frappent pas directement les produits ne peuvent faire l'objet d'un ajustement fiscal ; telles sont par exemple, les cotisations que doivent acquitter employés et employeurs au titre de la sécurité sociale ou les impôts sur salaire.* »

Alors que les conditions d'imposition des produits finals importés semblent claires, celles de l'imposition des produits en raison de leurs PMP tels que l'énergie utilisée pendant la production, le sont moins. Le groupe de travail de 1970 n'est pas arrivé à adopter une conclusion sur la légalité de ces mesures et a observé « *une divergence de vues* » sur le point

¹² Voir notamment Bierman and Brohm, « Implementing the Kyoto Protocol without the United-States : The Strategic Role of Energy Tax Adjustments at the Border », *Global Governance Working Paper* n°5, Global Governance Project, 2003, p.20 ; G. Goh, "The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustments at the Border", *Journal of World Trade*, n°38(3), 2004, p.412.

de savoir si certaines catégories de taxes peuvent faire l'objet d'ajustements fiscaux à la frontière¹³. Ces taxes sont appelées des « *taxes occultes* » et sont définies par l'OCDE comme étant des taxes à la consommation payées au titre des biens d'équipement, des matières auxiliaires ou des services utilisés dans la fabrication ou le transport des produits eux-mêmes. Par exemple, les taxes perçues sur la publicité, sur l'énergie, sur les machines et sur le transport sont considérées comme des taxes occultes¹⁴.

Même si les taxes sur les émissions de GES n'étaient pas considérées comme des taxes occultes, il resterait à définir si elles doivent être considérées comme frappant directement ou indirectement les produits¹⁵. Il semblerait qu'elles fassent plutôt partie des taxes indirectes que directes. Cependant, un marché de quotas qui porterait sur des échanges d'émissions spécifiques pourrait être compris comme touchant directement le produit.

I.2.5. L'affaire taxes sur le pétrole et certains produits d'importation

L'affaire *Taxes sur le pétrole* a provoqué un réexamen de la question des PMP. Ce rapport adopté en 1987 conduit à apprécier la portée des obligations découlant de l'article III :2. Dans cette affaire qui oppose le Canada, la Communauté Européenne et Economique (CEE) et le Mexique aux Etats-Unis, le groupe spécial devait examiner la légalité de la loi américaine sur « le fonds spécial » qui créait une éco-taxe frappant certains produits chimiques nationaux et importés. La fabrication de ces produits était source de pollution. Les Etats-Unis taxaient cette pollution en appliquant un impôt sur les produits chimiques nationaux et sur les produits importés similaires. Les exportations de ces substances étaient détaxées. Il s'agissait bien d'un ajustement fiscal à la frontière. L'intérêt de cette affaire est que les substances taxées ne devaient pas nécessairement être incorporées dans le produit final. La taxe était calculée en fonction de la quantité des substances chimiques utilisées dans le processus de fabrication¹⁶. Il s'agissait donc de PMP non-incorporés.

La taxe était calculée de trois manières différentes : les importateurs étaient tenus de fournir des renseignements suffisants concernant les matières premières chimiques des produits taxables pour permettre aux autorités fiscales de fixer le montant de la taxe à appliquer. Or, l'exigence d'informations commerciales fournies par les industriels sur les produits chimiques utilisés dans les procédés et méthodes de production est source de difficultés dans la mesure où les industriels risquent de refuser de fournir des informations hautement confidentielles. En outre, livrer ces renseignements à la concurrence représenterait un risque de décourager le commerce¹⁷. Si l'importateur ne fournissait pas ces renseignements,

¹³ Rapport du groupe de travail, §15.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Z. Zhang, "Open trade with the United States without compromising Canada's ability to comply with its Kyoto target", *Journal of World Trade*, 2004, p.171.

¹⁶ OCDE, "The Political Economy of Environmentally Related Taxes", 18 November 2005, p.91.

¹⁷ G. Goh, Ibid, p.405.

il lui était appliqué une taxe équivalant à 5 % de la valeur appréciée du produit au moment où il est importé aux Etats-Unis, pour y être consommé, utilisé ou entreposé. Toutefois, le Secrétaire au Trésor pouvait prescrire par règlement, au lieu du taux de 5 %, un taux qui était égal au montant qui était appliqué si le produit était fabriqué par la méthode de production la plus courante.

La CEE considérait que cette taxe ne pouvait faire l'objet d'un tel ajustement car produits importés et produits nationaux n'étaient pas dans la même situation puisque la pollution créée par la fabrication des produits importés n'avait pas lieu aux Etats-Unis. En outre, la CE faisait valoir qu'un ajustement fiscal était impossible puisque la taxe visait à taxer des activités polluantes menées aux Etats-Unis et à financer des programmes de protection de l'environnement dont seuls bénéficiaient les producteurs américains. De la même manière, il était inapproprié d'exempter les ventes à l'exportation de la taxe puisque la pollution se produisait aux Etats-Unis. La taxe, dans les deux cas, ne correspondait pas à sa finalité environnementale ; qui plus est, elle n'était pas conforme au principe pollueur-payeur, tel qu'adopté par le conseil de l'OCDE en 1972¹⁸. Conformément à ce principe, les Etats-Unis n'auraient dû taxer que les produits d'origine nationale car seule la production de ces produits posait des problèmes environnementaux aux Etats-Unis.

Le groupe spécial s'est référé au rapport de 1970 et conclue que la distinction retenue est « *entre les taxes sur les produits et les taxes qui frappent indirectement des produits* » mais « *les règles de l'accord général (...) n'établissent pas de distinction en raison de l'objet de ces taxes* ». En d'autres termes, la finalité fiscale ou environnementale d'une taxe n'a pas à être prise en compte pour déterminer si elle peut faire l'objet d'un ajustement fiscal à la frontière. Le panel a d'ailleurs refusé, « *en raison de son mandat limité* »¹⁹, de se prononcer sur la compatibilité de la loi fiscale avec ses objectifs environnementaux ou avec le principe du pollueur-payeur et rappelle que la CEE pourrait poser ses questions au groupe sur les mesures relatives à l'environnement et au commerce international.

Le groupe spécial a décidé que « *la taxe sur certains produits chimiques, en ce qu'elle frappait directement des produits, pouvait faire l'objet d'un ajustement fiscal à la frontière, indépendamment de son objet* ». Toutefois, il rappelle que certaines conditions doivent être respectées et que le GATT fixe des « *limites maximales d'ajustement (compensation) qui, sous réserve qu'elles ne soient pas dépassées, laissent à chaque partie contractante toute latitude de moduler le degré de compensation accordé, à condition que les autres dispositions de l'accord général soient respectées.* » Or, les produits d'origine nationale supportaient une charge fiscale correspondant à la taxe sur les produits chimiques utilisés pour leur production. Il conclue que les produits importés supportaient la même charge fiscale puisque la taxe sur les produits importés était égale à celle qui aurait été appliquée aux produits chimiques utilisés dans la

¹⁸ Etats-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, rapport du 17 juin 1987, §3.2.7.

¹⁹ Ibid, § 5.2.6.

production des produits importés s'ils avaient été fabriqués aux Etats-Unis. Ainsi, « *dans la mesure où la taxe sur les produits importés était équivalente à la taxe frappant les produits similaires d'origine nationale* »²⁰, elle était compatible avec l'article III :2.

Notons que la conclusion du panel ne se prononce pas sur l'acceptabilité d'une taxe relative aux PMP. Il n'a pas examiné le caractère incorporé ou non des produits chimiques soumis à la taxe étaient dans le produit final. Il n'a pas examiné non plus la similarité des produits importés et nationaux soumis à la taxe conformément à la première phrase de l'article III : 2.

Les conclusions du panel donne une ouverture sur la capacité à faire un ATF sur des PMP. Il permet d'imaginer une solution qui taxerait les importations de manière uniforme, sur la base des meilleures technologies disponibles, par exemple, charge à l'importateur de prouver que son contenu carbone est moindre.

I.3. Les subventions

Un Etat qui souhaite rétablir pour ses entreprises la situation de concurrence qui prévalait avant la mise en place de la politique de lutte contre le changement climatique peut choisir un ajustement de taxe à la frontière, ou subventionner son industrie exportatrice à hauteur du surcoût financier qu'elle subit. Rappelons que la détaxation des exportations dans le cadre d'un ATF n'est pas considérée comme une subvention par l'OMC²¹. On peut envisager dans ce cadre une subvention à la production ou une subvention à l'exportation. On est dans une situation où l'Etat a taxé ou instauré un système de quotas négociables pour limiter les émissions de GES : le coût marginal de réduction est donc révélé et un coût total peut-être calculé²². Si une subvention du même montant est redistribuée aux producteurs au prorata de leur production, le surcoût est compensé bien que l'incitation à réduire les émissions soit maintenue. Les conditions de concurrence internationale sont rétablies que ce soit sur le territoire national ou sur la scène internationale. Une subvention aux seuls exportateurs rééquilibre les conditions concurrentielles sur la scène internationale, mais pas sur le territoire national et ne répondrait donc que partiellement à l'enjeu.

Les subventions sont régies au sein de l'OMC par l'Accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires (SMC). Les subventions auxquelles s'applique cet accord sont les « *subventions spécifiques* » : ce sont celles réservées à une entreprise, à une branche de production, à un groupe d'entreprises, ou à un groupe de branches de production dans le pays qui accorde la subvention.

²⁰ Ibid, § 5.2.8.

²¹ Note interprétative ad article XVI, voir Guide des règles et pratiques du GATT, pp.155-157 et 484.

²² En toute rigueur, le coût total devrait être l'intégrale des coûts marginaux collectifs. La courbe de coût marginal total est très difficile à construire et la plupart du temps inconnue. On peut toutefois établir un coût total par multiplication des réductions d'émissions réalisées et du coût marginal de réduction. Il s'agit de la borne haute du coût total.

L'accord distingue deux catégories de subventions : les subventions prohibées et les subventions pouvant donner lieu à une action.

- L'article 3.1 de l'accord décrit les subventions prohibées : ce sont les subventions assorties de l'obligation pour les bénéficiaires d'atteindre certains objectifs à l'exportation ou d'utiliser des produits nationaux à la place de produits importés. Elles sont prohibées car elles sont considérées comme destinées à fausser le commerce international et risquent de créer des distorsions de concurrence.
- L'article 5 décrit les subventions pouvant donner lieu à action devant l'OMC : ce sont les subventions qui peuvent léser les exportateurs d'un autre pays du fait que les deux pays se font concurrence sur des marchés tiers ou celles qui peuvent léser les exportateurs d'un autre pays qui entrent en concurrence sur le marché intérieur. Pour que la subvention soit condamnée et donc retirée, le pays plaignant doit démontrer que la subvention a un effet défavorable sur ses intérêts faute de quoi elle est autorisée. Les effets défavorables susceptibles d'être causés sont :
 - a) un dommage à une branche de production nationale d'un autre Membre ;
 - b) l'annulation ou la compromission des avantages résultant directement ou indirectement du GATT de 1994 pour d'autres Membres ;
 - c) un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre.

Des subventions qui auraient pour but de compenser un surcoût climat ne sont pas prohibées. Elles seraient toutefois susceptibles d'être dénoncées devant l'OMC par un pays qui considérerait que ses exportations sont lésées du fait de la mesure. Il reviendrait à l'Etat plaignant de démontrer qu'elles lui causent un dommage pour qu'elles soient jugées incompatibles.

Il n'y a pas de jurisprudence établie pour la question qui nous préoccupe. Les trois éléments semblent toutefois reposer davantage sur une analyse de l'impact de la mesure qu'une analyse de la mesure elle-même. C'est pourquoi, on peut souligner quelques points en raisonnant davantage sur une approche économique que juridique :

- a) Si les approches de mise en place d'une politique climat et de subvention à la production pour compenser le surcoût sont concomitantes, les effets concurrentiels devraient s'annuler, ce qui est bien l'objectif recherché. Les effets sur le marché étant neutres, les effets sur la production des autres Etats devraient également être neutres et un autre Etat ne devrait pas être en mesure de prouver qu'il subit un dommage à une branche industrielle particulière de son économie. Ce risque doit être pesé dans la définition des critères de distribution de la subvention : ils ne doivent pas être fondés sur les émissions pour garder l'incitation, mais ils ne doivent pas non plus en être trop éloignés pour ne pas modifier notablement les conditions de concurrence d'une branche particulière.

- b) Les résultats attendus étant la neutralité concurrentielle, ils ne devraient pas remettre en cause les avantages résultant directement ou indirectement du GATT, moyennant les remarques de précaution faites ci-dessus : les critères de distribution de la taxe ne doivent pas bouleverser les conditions d'exercice d'un secteur. Notons que cette remarque de précaution n'est pas que juridique, elle concerne la légitimité politique de la mesure : si les critères de distribution de la subvention ne permettaient pas de jouer un rôle de compensateur des surcoûts pour l'ensemble des secteurs, elle perdrait sa raison d'être.
- c) Le préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre est plus difficile à appréhender *a priori* et sans connaissance du pays se disant lésé. Il semble cependant encore une fois difficile de penser qu'une mesure pensée et mise en œuvre pour conserver un état de concurrence puisse entraîner un préjudice grave.

Ces réflexions supposent que l'organe de règlement des différends se référerait le cas échéant à la situation concurrentielle antérieure à la mesure, c'est-à-dire au couple des deux mesures (politique climat et subvention à la production), et non pas à une situation fictive « qui aurait été si le pays avait mis en place une politique climat et pas de subvention ».

Rappelons par ailleurs que des subventions, accordées en France ou à l'échelle de l'Union Européenne devraient respecter les conditions imposées par le droit communautaire en la matière car elles seraient considérées comme des aides d'Etat qui sont soumises à des conditions très restrictives.

II. LE REGIME D'EXCEPTION DE L'OMC : RECOURS A L'ARTICLE XX DU GATT

L'article XX constitue le régime d'exception de l'OMC et permet aux Etats Membres d'adopter des mesures de sauvegarde de l'environnement. Deux paragraphes de cet article concernent l'environnement, les paragraphes b et g. Si un ajustement fiscal à la frontière était jugé incompatible avec l'article III ou une autre disposition du GATT, il conviendrait néanmoins de déterminer si la mesure pourrait être considérée comme compatible avec l'article XX du GATT. Les critères de légalité de la mesure ne sont pas les mêmes sous l'article XX que sous l'article III. Ainsi, la question des PMP ne sera pas posée de la même manière.

L'article XX pose que :

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

- §b « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ».

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

L'organe d'appel a fixé la méthode d'interprétation de l'article XX. Il a décidé qu'il fallait dans un premier temps rechercher la justification provisoire de la mesure prise au regard des exceptions énoncées aux paragraphes (a) à (j), et que la mesure, afin d'être justifiée, devait non seulement relever d'une des exceptions des paragraphes (a) à (j), mais qu'elle devait aussi répondre aux conditions énoncées dans le texte introductif, le « chapeau ». Si la mesure litigieuse ne relève d'aucune des exceptions prévues aux différents paragraphes, la mesure est considérée comme illégale. Il a donc énoncé très clairement que l'« analyse est double » et qu'elle doit se faire dans cet ordre. L'intérêt du chapeau «*étant d'éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions aux règles de fond prévues à l'article XX* ».

Les mesures commerciales destinées à protéger l'environnement seront appréciées différemment selon qu'elles correspondent au paragraphe b ou au paragraphe g de l'article XX. Le choix entre les deux régimes d'exception revêt une grande importance car le lien entre les mesures commerciales restrictives et l'objectif qui les justifie n'est pas envisagé de la même manière par les deux. En vertu du paragraphe b), les mesures doivent être « nécessaires » à la protection. En revanche, le paragraphe g) utilise les termes « se rapportant à », condition qui semble être moins contraignante que le test de nécessité requis par le paragraphe b puisqu'il suffit qu'il existe « une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens ».²³

II.1. le critère de nécessité du paragraphe b

Les groupes spéciaux et l'organe d'appel ont interprété de manière étroite le critère de nécessité. Dans l'affaire de l'amiante, le groupe spécial s'est référé à l'affaire 337, dans laquelle il était précisé que : un Etat « ne peut justifier une mesure incompatible avec une disposition de l'Accord Général en la déclarant nécessaire au sens de l'article XX b) s'il dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'accord général ». Dans le cas où une autre mesure compatible avec le GATT « n'est pas raisonnablement disponible, l'Etat a l'obligation d'utiliser, parmi les mesures dont elle dispose raisonnablement », celle qui est la moins incompatible avec le GATT²⁴. Or, le protocole de Kyoto ne prévoit pas expressément de mesures commerciales particulières mais un large éventail de mesures pouvant être adopté par les gouvernements afin de lutter contre le changement climatique. L'ORD pourrait considérer que d'autres mesures moins incompatibles avec le GATT pourraient être envisagées par les Etats.

²³ Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule, rapport de l'organe d'appel du 20 mai 1996, p.21 ; Sadeleer et Born, Droit international et communautaire de la biodiversité, éd. Dalloz.

²⁴ Etats-Unis – Article 337, rapport du groupe spécial du 7 novembre 1989, §5.26.

Le groupe spécial dans l'affaire de l'amiante a apporté des précisions sur l'appréciation du caractère raisonnable de la disponibilité d'une autre mesure : « *une mesure administrativement moins difficile à mettre en œuvre qu'une autre ne signifie pas que cette autre mesure n'est pas raisonnablement disponible* »²⁵. Cette précision nous entraîne à nous interroger si pour un ajustement de taxe à la frontière, l'ORD pourrait imposer la prise en compte des émissions réelles de tous les producteurs, nationaux ou étrangers, comme base de calcul de la taxe et non pas une taxe se basant sur la meilleure technologie disponible.

Cette affaire prolonge les assouplissements déjà entrepris dans l'affaire du bœuf coréen dans laquelle l'organe d'appel affirmait que plus l'intérêt ou les valeurs communes que la mesure est censée protéger « *sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la 'nécessité'* » de la mesure²⁶. En outre, plus la mesure favorise la réalisation de l'objectif poursuivi, plus il sera facile de la considérer comme nécessaire.

L'ORD pourra se demander quel est le véritable objectif poursuivi par l'ajustement de taxe à la frontière. Un ajustement fiscal à la frontière est une mesure imposant une taxe sur les importations afin de compenser les taxes perçues sur la production nationale. La détaxation des exportations sert véritablement à contrer les distorsions de concurrence. L'ORD pourra donc décider que cette mesure est nécessaire à la protection de la production nationale mais pas à la préservation de la concentration atmosphérique en CO₂.

Toutefois, un ATF pourrait être considéré comme ayant pour objectif d'inciter, par exemple, les autres Etats à adopter des méthodes de production émettant moins de gaz à effet de serre et ainsi, inciter les Etats n'ayant pas encore pris de mesures de lutte contre le changement climatique à le faire. Dans cette optique « *l'intérêt* » protégé par la mesure serait important et même vital puisqu'il s'agirait de la concentration atmosphérique en CO₂, en d'autres termes du climat. Il serait donc facile d'admettre la nécessité de la mesure, l'urgence de lutter contre les changements climatiques étant aujourd'hui largement reconnue.

L'ORD examinera également l'impact de la mesure commerciale sur le climat et si elle contribue réellement à protéger l'« intérêt » en question. Certains Etats peuvent préférer payer la taxe plutôt que de changer leurs procédés de production. Le niveau de la taxe et son caractère incitatif à la réduction d'émissions de gaz à effet de serre ou non seront donc en jeu.

II.2 Les « ressources naturelles épuisables » (RNE)

Est-ce que la qualité de l'atmosphère est une ressource renouvelable ou épuisable ? L'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX g) « *doit être analysée à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection*

²⁵ CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du groupe spécial du 18 septembre 2000, §8.207.

²⁶ Corée – Viande de bœuf, rapport de l'organe d'appel, §§ 162-164.

et de conservation de l'environnement »²⁷. Dans l'affaire de la Crevette, l'organe d'appel a affirmé qu'il ne croyait « pas que les ressources naturelles « épuisables » et « renouvelables » s'excluaient mutuellement »²⁸ parce que des ressources naturelles renouvelables peuvent justement cesser de l'être de par les activités de l'homme, et donc devenir épuisables. Par conséquent, il ne faudrait pas, selon lui, considérer une ressource comme épuisable en soi, mais comme étant susceptible de le devenir.²⁹ Le terme épuisable devient donc presque inutile, et l'organe d'appel vise toutes les ressources naturelles, ouvrant par-là une porte importante et laissant entendre l'existence d'une certaine flexibilité quant à l'interprétation de ce terme. L'épuisement de la capacité régulatrice de la couche atmosphérique est bien causé par les activités de l'homme. Par ailleurs, le préambule de l'Accord Général, fait expressément référence à "*l'objectif de développement durable*".

Or aujourd'hui, le problème du changement climatique est largement reconnu et constitue une des préoccupations de la communauté internationale, la concentration atmosphérique en CO₂ endommagée par les émissions de GES pourrait être considérée comme une ressource naturelle épuisable.

L'affaire de l'essence³⁰ présente un intérêt dans la mesure où une loi des Etats-Unis sur la lutte contre la pollution atmosphérique était en cause et une réglementation sur l'essence. Dans cette affaire, l'air a été considéré comme une ressource naturelle épuisable par l'organe d'appel. Cette réglementation concernait la composition et les effets polluants de l'essence, son but était de réduire la pollution atmosphérique aux Etats-Unis. Cette réglementation autorisait uniquement la vente d'essence présentant un certain degré de propreté (« *essence nouvelle formule* ») dans les régions où la pollution atmosphérique était la plus élevée. Dans le reste du pays, on ne pouvait vendre que de l'essence qui n'était pas plus polluante que celle qui avait été vendue pendant l'année de base de 1990 (« *essence ancienne formule* »). La réglementation s'appliquait à tous les raffineurs, mélangeurs et importateurs d'essence des Etats-Unis. Elle exigeait que chaque raffineur national qui avait exercé une activité pendant au moins six ans en 1990 établisse un niveau de base individuel pour sa raffinerie, lequel représente la qualité de l'essence produite par ce raffineur en 1990. La loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique établissait un niveau de base réglementaire destiné à refléter la qualité moyenne de l'essence en 1990 aux Etats-Unis. Les raffineurs qui n'avaient pas été en activité pendant au moins six mois en 1990 étaient soumis au niveau de base réglementaire, de même que les importateurs et mélangeurs d'essence. Le respect des niveaux de base se mesurait en termes annuels moyens. Les Etats-Unis ont reconnu que la réglementation était incompatible

²⁷ Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'organe d'appel adopté le 6 octobre 1998, § 29.

²⁸ Rapport *Crevettes*, Ibid., §128.

²⁹ Rapport *Crevettes*, Ibid., § 128.

³⁰ Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule, décision adoptée le 20 mai 1996.

avec l'article III mais qu'elle était justifiée au titre des exceptions énoncées aux paragraphes b, g et d de l'article XX.

L'organe d'appel a considéré que les règles d'établissement des niveaux de base figurant dans la réglementation relevaient du paragraphe g de l'article XX car l'air était une ressource naturelle épuisable.

Cette décision nous permet d'affirmer qu'au même titre l'atmosphère pourrait également être qualifiée de ressource naturelle épuisable.

II.3. Article XX et extraterritorialité des mesures : l'affaire de la crevette

Les Etats-Unis avaient édicté une loi en vertu de laquelle les crevettiers nationaux devaient installer sur leurs filets des « *dispositifs d'exclusion des tortues* ». La loi s'appliquait aussi aux importations. Elle prévoyait, entre autres dispositions, que les crevettes pêchées avec des moyens technologiques susceptibles de nuire à certaines tortues marines ne pouvaient être importées aux Etats-Unis, à moins qu'il ne soit certifié que le pays concerné ait un programme réglementaire et un taux de prise accidentelle comparable à ceux des Etats-Unis, ou que son environnement halieutique particulier ne menaçait pas les tortues marines. La loi visait donc également la protection des tortues qui se trouvaient en dehors des eaux territoriales des Etats-Unis.

L'argument avancé par les Etats-Unis était que les tortues de mer « *pourraient représenter une ressource mondiale partagée du point de vue de la diversité biologique à la protection de laquelle (les Etats-Unis) peuvent avoir un intérêt légitime* »³¹. Le groupe spécial a repoussé l'argument en affirmant que si les tortues étaient une ressource mondiale partagée, la question devrait faire l'objet de négociation d'accords multilatéraux et être traitée par le biais de la coopération internationale. En revanche, l'organe d'appel a considéré que les tortues marines étaient des ressources naturelles épuisables et que la mesure américaine était compatible avec le paragraphe g de l'article XX³². L'organe d'appel permet donc l'adoption de mesures extra-territoriales à condition de respecter les conditions énoncées à l'article XX.

La décision de l'organe d'appel dans l'affaire de la *Crevette* permet la protection d'une ressource naturelle qui ne se trouve pas uniquement dans la juridiction de l'Etat auteur de la mesure. Dans l'affaire de l'essence, la loi américaine ne visait que la pollution aux Etats-Unis. Dans l'affaire de la *Crevette*, la loi des Etats-Unis sur les espèces menacées d'extinction interdit la « prise » sur le territoire des Etats-Unis, dans ses eaux territoriales et en haute mer de certaines espèces de tortues marines. Sa position dans cette affaire semble donc avoir évolué vers une possibilité de prise en compte des PMP dans les mesures visant les importations et ayant un but environnemental. Les PMP concernés étaient « *non incorporés* » puisqu'il

³¹ Rapport du groupe spécial *Crevettes I*, §7.53.

³² Rapport, *Crevettes I*, § 133.

s'agissait de la méthode de pêche utilisée par les Etats. Ces méthodes n'avaient aucun impact sur le produit final. Des mesures basées sur les PMP à condition qu'elles remplissent les conditions de l'article XX pourraient dès lors être permises³³. La solution retenue dans cette affaire contribue à atténuer la rigueur des articles III : 2 et III : 4 et l'interprétation rigide du champ de la similarité.

Si la position de l'organe d'appel était maintenue, il serait alors envisageable de discriminer des produits en fonction du caractère écologique de leurs PMP, et donc en fonction de leur contenu en carbone à condition de respecter les conditions énoncées par le chapeau et qu'elle se rapporte à la conservation de la RNE.

II.4 « se rapportant à » la conservation des ressources naturelles : la relation moyens/fin

L'organe d'appel a précisé la signification des termes « *se rapportant à* ». Dans l'affaire de l'Essence, il affirme qu'il existe une « *relation substantielle* » entre les règles américaines et la conservation de l'air pur aux États-Unis qui était « *une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens* ». En outre, l'organe d'appel continue en affirmant que les règles américaines « *ne peuvent pas être considérées comme ne visant qu'incidemment ou qu'accidentellement à la conservation de l'air pur*³⁴ ». Dans l'affaire de la Crevette, il parle d'une relation « *étroite et réelle* » entre la mesure et l'objectif et que « *les moyens correspondent raisonnablement à la fin* »³⁵.

La même question se pose que pour le critère de nécessité, c'est-à-dire : est-ce que l'ajustement de taxe à la frontière sera considéré par l'ORD comme « *se rapportant à la conservation de ressources naturelles épuisables* » dans la mesure où l'objectif premier de la taxe sera de rééquilibrer la concurrence et non pas de réduire les émissions de gaz à effet de serre ? Or, l'article XX ne permet pas d'utiliser des mesures commerciales pour corriger un problème de compétitivité.

Goh observe que les ajustements de taxes à la frontière sur les inputs en énergie sont conformes au principe du pollueur payeur dans la mesure où les pollueurs sont taxés indépendamment du lieu de production des produits³⁶. Toutefois, il affirme qu'une mesure, comme l'ATF, qui ne prend pas en compte les mesures fiscales ou autres prises afin de lutter contre le changement climatique dans le pays exportateur ne satisferait pas le critère de la correspondance entre les moyens et la fin de la mesure du paragraphe g. Cela reviendrait à imposer une double pénalité sur les producteurs des pays exportateurs et ne pourrait être considéré comme une solution au changement climatique. En revanche, si la taxe était calculée

³³ M. Joshi, « Are eco-labels consistent with WTO agreements ? », *Journal of World Trade*, vol.38, n°1, February 2004, p.79 ; WWF, note 11, p.23.

³⁴ Rapport *Essence*, 20 mai 1996, p.21.

³⁵ Rapport *Essence*, Ibid, § 141.

³⁶ G. Goh, Ibid, p.415.

sur la base des émissions réelles émises par opérateur, l'ORD serait plus susceptible de considérer la mesure comme se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables car la relation serait plus « étroite et réelle » entre l'ajustement et son objectif : la réduction des émissions de gaz à effet de serre. C'est d'ailleurs ce qu'il a décidé dans l'affaire de l'essence au sujet des niveaux de base utilisés afin de déterminer la qualité de l'essence. Il a reproché aux Etats-Unis de ne pas avoir cherché à prendre en compte les niveaux de base individuels des exportateurs (cf. *ultra*). Là encore, cela serait possible à condition de connaître les émissions réelles de gaz à effet de serre de chaque producteur.

II.5. De telles mesures doivent « être appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales »

Ce critère sera rempli si des restrictions sont imposées aux produits nationaux conjointement à celles imposées sur les importations. Dans le cadre de l'Union Européenne, la directive « quotas » instaure un système de quotas d'émissions de gaz à effet de serre échangeables. Pour être compatible avec l'article XX, il faudrait soit instaurer une taxe à la place des quotas soit faire payer l'allocation des quotas. L'allocation gratuite de quotas rendrait l'ATF incompatible avec l'article XX§g puisque la restriction imposée à la production nationale serait bien moindre que celle imposée aux producteurs étrangers.

II.6. Le « chapeau » : les critères dégagés par la jurisprudence

Les mesures de sauvegarde de l'environnement ont toutes été jugées discriminatoires par l'organe d'appel. La manière dont elles sont appliquées importe donc énormément. Des critères devant être respectés par ces mesures ont été dégagés par la jurisprudence.

II.6.1. Le critère de l'efficacité comparable des mesures prises par les autres Etats

Dans l'affaire de la *Crevette*, l'organe d'appel a décidé que l'objectif environnemental de la mesure était conforme au §g de l'article XX mais qu'elle avait été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les membres de l'OMC, ce qui était contraire au texte introductif de l'article XX. Les Etats-Unis n'ont pas eu gain de cause non pas parce qu'ils tentaient de protéger l'environnement mais parce qu'ils appliquaient la loi de manière discriminatoire à l'égard de certains Etats. Ils accordaient aux pays de l'hémisphère occidental une assistance technique et financière et des délais de transition plus longs qu'aux autres pays (Inde, Malaisie, Pakistan et Thaïlande) afin qu'ils se dotent du système de pêche reconnu.

Dans l'affaire de l'*Essence*, l'organe d'appel a également constaté que les règles d'établissement des niveaux de base figurant dans la réglementation relevaient du paragraphe g de l'article XX mais ne répondaient pas aux prescriptions du texte introductif. Les Etats-Unis

établissaient une discrimination à l'encontre des importations d'essence dans la mesure où des règles plus strictes étaient appliquées à l'essence importée que celles appliquées à l'essence raffinée aux Etats-Unis.

Les mesures unilatérales doivent être flexibles et appliquées avec flexibilité ; elles peuvent fixer des objectifs et un niveau de protection mais doivent laisser aux autres Etats le choix des méthodes et des moyens permettant « *d'atteindre le niveau d'efficacité requis* »³⁷. L'organe d'appel a clairement condamné l'absence de prise en compte des mesures prises dans les pays exportateurs afin d'atteindre les mêmes objectifs : « *il n'est pas acceptable, dans les relations commerciales internationales, qu'un Membre de l'OMC impose un embargo économique pour contraindre d'autres Membres à adopter essentiellement le même programme de réglementation global, afin de réaliser un objectif particulier, comme celui qu'il a défini sur son territoire, sans tenir compte des conditions différentes qui peuvent exister sur le territoire de ces autres Membres (§165)*».

La décision de l'organe d'appel dans l'affaire de la Crevette permet la protection d'une ressource naturelle qui ne se trouve pas uniquement dans la juridiction de l'Etat auteur de la mesure. Dans l'affaire de l'essence, la loi américaine ne visait que la pollution aux Etats-Unis. Dans l'affaire de la Crevette, la loi des Etats-Unis sur les espèces menacées d'extinction interdit la « prise » sur le territoire des Etats-Unis, dans ses eaux territoriales et en haute mer de certaines espèces de tortues marines.

Dans l'affaire Crevettes II³⁸, c'est bien parce que la nouvelle mesure américaine laissait une marge de manœuvre suffisante aux Etats qu'elle a trouvé grâce aux yeux de l'ORD. A cet égard, le rapport de l'organe d'appel apporte des précisions fondamentales :

Il y a une différence importante entre subordonner l'accès au marché à l'adoption d'essentiellement le même programme et subordonner l'accès au marché à l'adoption d'un programme comparable du point de vue de l'efficacité. Autoriser un membre importateur à subordonner l'accès au marché à la mise en place par les membres exportateurs de programmes de réglementation comparables du point de vue de l'efficacité à celui du membre importateur donne une latitude suffisante au membre exportateur en ce qui concerne le programme qu'il peut adopter pour atteindre le niveau d'efficacité requis. Cela permet au membre exportateur d'adopter un programme de réglementation qui est adapté aux conditions spécifiques existant sur son territoire »³⁹.

Aux yeux de l'ORD la mesure américaine n'a donc pas pour objet ou pour effet d'étendre ou d'imposer une méthode de pêche aux Etats tiers car la mesure ne remet pas en cause le libre choix des moyens. L'organe d'appel a ajouté qu'une mesure devrait être conçue de façon

³⁷ Rapport *Crevettes I*, §144.

³⁸ Rapport de l'organe d'appel du 21 novembre 2001, recours de la Malaisie à l'article 21.5, §144.

³⁹ Ibid, § 144.

à ce qu'il y ait une flexibilité suffisante pour tenir compte des conditions spécifiques existant dans tout Membre exportateur et continue en ajoutant :

Toutefois, cela ne revient pas à dire qu'il doit y avoir dans la mesure des dispositions spécifiques visant à traiter spécifiquement des conditions particulières existant dans chaque Membre exportateur pris individuellement. L'article XX du GATT de 1994 n'exige pas qu'un Membre anticipe et prévoie explicitement les conditions spécifiques qui existent et qui évoluent dans chaque Membre pris individuellement⁴⁰.

Le protocole de Kyoto laisse aux pays Annexe B le choix des moyens pour atteindre l'objectif de protection du climat. Le protocole reconnaît aussi la légitimité des pays non annexe B à ne pas prendre d'objectif quantitatif. L'accord politique sous-entend que les parties au protocole mettent en place des moyens comparables en fonction de leur responsabilité communes mais différenciées. Il serait difficile de justifier l'application d'une ATF aux parties du protocole de Kyoto avec des arguments d'efficacité environnementale.

Pour les autres pays, non parties au protocole de Kyoto, si la taxe est calculée sur la base des émissions réelles, cela permettrait de prendre davantage en compte les efforts fournis par les Etats dans la réduction de leurs émissions et éviterait une discrimination arbitraire ou injustifiable.

Dans l'affaire de l'essence, si l'organe d'appel a condamné les Etats-Unis, c'est notamment parce qu'il n'avait pas recherché à appliquer un niveau de base individuel aux raffineurs étrangers. Il a été reproché aux Etats-Unis de ne pas avoir pris les mesures qui auraient permis de faire face aux problèmes administratifs entraînés par la vérification et le contrôle des niveaux de base des raffineurs étrangers⁴¹.

Une autre proposition est de calculer la taxe en se basant sur la meilleure technologie disponible tout en permettant aux Etats exportateurs de démontrer qu'ils émettent moins d'émissions qu'avec cette technologie et obtenir ainsi une réduction de taxe voire une suppression⁴². Cette proposition pose des difficultés dans la détermination de la meilleure technologie disponible. Il existe en effet, de nombreuses technologies utilisées dans un même secteur au niveau national et elles se multiplient au niveau mondial. En outre, les technologies évoluent dans le temps. De plus, afin de connaître les émissions de GES réelles des différents exportateurs, les industriels seraient obligés de fournir des informations confidentielles sur leurs méthodes de production directement à la concurrence, ce qu'ils pourraient refuser de faire.

Un problème essentiel est qu'au-delà du caractère de proportionnalité, les Etats parties au Protocole de Kyoto ne peuvent pas discriminer des Etats exportateurs en fonction de leur

⁴⁰ Ibid, §149.

⁴¹ E. Robert, « L'affaire des normes américaines relatives à l'essence », *RGDIP*, n°1, 1997, p.136.

⁴² Ismer et Neuhoff, Ibid, p.11.

qualité de partie ou de non partie au protocole, en vertu du principe de non-opposabilité de traités aux tiers ne les ayant pas ratifiés. Le chapeau de l'article XX interdit de prendre une mesure constituant une discrimination arbitraire, injustifiable ou une restriction déguisée au commerce. La qualité de non-partie au protocole ne saurait justifier une telle discrimination. Néanmoins, le fait que les Etats-Unis et d'autres Etats ne soient pas parties au protocole n'empêchera pas un Etat partie plaignant devant l'ORD, dans le cadre d'un litige, de se référer au protocole⁴³. L'organe d'appel, dans l'affaire de la crevette, s'était référé à plusieurs accords multilatéraux sur l'environnement (la CITES, la Convention sur la Diversité Biologique et la Convention sur le Droit de la Mer) pour qualifier les tortues marines de ressources naturelles épuisables au sens du paragraphe g de l'article XX. La qualité de parties à ces conventions des Etats en cause n'était pas une condition nécessaire pour que l'organe d'appel s'y réfère.

II.6.2. Une obligation de négocier et de coopérer avec les Etats auxquels va s'appliquer la mesure

Dans l'affaire de la Crevette et de l'Essence, l'organe d'appel a clairement condamné l'unilatéralisme. Les mesures doivent s'accompagner de négociations sérieuses et de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral ; elles ne sont donc confortées qu'à titre provisoire⁴⁴. L'organe d'appel insiste aussi sur l'obligation de coopérer dans l'affaire de l'essence⁴⁵. L'organe d'appel s'est attaché à montrer qu'il aurait été possible pour les Etats-Unis de permettre aux raffineurs nationaux et étrangers d'appliquer un niveau de base individuel. L'organe d'appel affirme s'agissant des techniques courantes de vérification et de contrôle des activités présentant des facteurs d'extranéité :

qu'il aurait été nécessaire et approprié de conclure des arrangements de coopération avec les raffineurs étrangers et les gouvernements étrangers intéressés. Il ressort nettement (des explications données par l'EPA), de l'avis de l'organe d'appel, que les Etats-Unis n'ont pas étudié la possibilité de conclure des arrangements de coopération avec les gouvernements vénézuélien et brésilien ou, que, s'ils l'ont fait, ils ne sont pas allés jusqu'à rencontrer les gouvernements qui n'étaient pas disposés à coopérer⁴⁶.

Les Etats-Unis ont ainsi déclaré leur intention de coopérer avec les plaignants sur la base du rapport⁴⁷. Cette idée de la nécessaire coopération entre les Etats dans le commerce international n'est pas récente. Elle avait déjà été affirmée dans l'affaire du Thon⁴⁸.

Ismer et Neuhoff affirment que cette condition devrait être considérée comme remplie étant données les négociations importantes menées dans le cadre du protocole de Kyoto,

⁴³ G.Goh, Ibid.

⁴⁴ Rapport, *Crevettes*.

⁴⁵ Voir notamment E. Robert, Ibid.

⁴⁶ Rapport *Essence*, p.30-31

⁴⁷ E. Robert, Ibid, p.137. Déclaration des Etats-Unis à la réunion de l'ORD du 19 juin 1996, OMC Focus, n°11, juin-juillet 1996, p.2.

⁴⁸ Etats-Unis – Restrictions à l'importation de thon mexicain, rapport non adopté, 16 août 1991, § 6.4.

négociations que les Etats-Unis ne peuvent pas nier dans la mesure où même s'ils ne sont pas partie au protocole, ils l'ont signé⁴⁹. Cependant la négociation ayant eu lieu avant la ratification du protocole de Kyoto et celle exigée par l'organe d'appel ne portent pas sur le même objet. La négociation préalable à l'entrée en vigueur du protocole porte sur le contenu du protocole. Or, le Protocole de Kyoto n'invite pas expressément les parties à adopter des ajustements de taxes à la frontière. La négociation exigée par l'organe d'appel doit porter sur la mesure spécifique qu'un Etat envisage d'adopter afin de poursuivre l'objectif du protocole. Cette négociation devrait donc avoir lieu indépendamment de celle ayant eu lieu avant la ratification du protocole de Kyoto.

Un Etat sera donc quand même soumis à l'obligation de poursuivre des négociations sérieuses portant sur la mesure précise litigieuse car les ajustements de taxe à la frontière seront considérés comme des mesures nationales⁵⁰. Or, il y a de fortes chances que les négociations avec les Etats non parties au protocole, comme les Etats-Unis, sur une ATF n'aboutissent pas.

II.7. Le cas spécifique des Pays en développement (PED)

Toutes les affaires portant sur des mesures de sauvegarde de l'environnement ont été portées devant l'OMC par des pays en développement contre les Etats-Unis. Les membres de l'OMC qui proposent les ATF sont susceptibles de faire l'objet de pressions au niveau national et international afin de prévoir des exemptions au profit des PED. La convention cadre des Nations Unies et le protocole de Kyoto imposent tous les deux des obligations différentes en fonction du niveau de développement des parties. Cela s'explique en raison des responsabilités

⁴⁹ D'autres vont plus loin en affirmant qu'en refusant de ratifier le protocole de Kyoto, les Etats-Unis résistent ou même font obstruction à la coopération internationale relative aux changements climatiques et violent leur obligation internationale de coopérer en la matière. Ainsi, selon eux, les Etats-Unis perdraient toute légitimité à contester des mesures adoptées par des gouvernements plus proactifs en invoquant leur incompatibilité avec l'OMC. Ils s'appuient sur l'article 18 de la convention de Vienne sur le droit des traités qui prévoit que : « *Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but: a) lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité;* ». Cet article exige qu'un Etat signataire du traité mais ne l'ayant pas encore ratifié communique retrait à défaut de quoi il est tenu de ne pas priver le traité de son objet et de son but. Ils en déduisent qu'à moins que les Etats-Unis se retirent officiellement de la Convention Cadre sur le Climat, ils ne pourraient pas bénéficier de la protection des règles de l'OMC dans le cadre d'un litige les opposant à l'UE ou à d'autres Etats parties au protocole. Un panel ou l'organe d'appel pourrait en se basant sur la convention de Vienne et le droit coutumier international refuser aux Etats-Unis le droit de contester par exemple, des mesures d'application du protocole de Kyoto adoptées par l'UE⁵⁰. Nous ne retenons pas cette argumentation qui tend à confondre Convention climat et Protocole de Kyoto. Les Etats-Unis sont parties à la Convention mais n'ont pas ratifié le protocole de Kyoto et ont clairement affirmé leur intention de ne pas le ratifier. Le protocole de Kyoto, au même titre que tout autre traité, ne peut être imposé aux Etats ne l'ayant pas ratifié. En vertu de la convention de Vienne sur le droit des traités, les traités ne sont pas opposables aux Etats ne les ayant pas ratifiés. D'une part, le fait qu'une négociation ait été menée avant l'entrée en vigueur du protocole de Kyoto ne le rend pas pour autant opposable aux Etats ne l'ayant pas ratifié.

⁵⁰ Charnovitz dans G. Goh, p.418.

historiques différenciées concernant le réchauffement de la planète ainsi que de la reconnaissance d'un droit au développement des PED⁵¹.

En vertu de la Convention Cadre seulement les parties de l'annexe I (les pays industrialisés incluant les pays OCDE) sont soumis aux engagements spécifiques de réduction des émissions au niveau de celles 1990 d'ici l'an 2000. En vertu du Protocole seuls les pays de l'annexe I sont soumis à l'obligation de réduction des émissions pour la période 2008-2012. Les PED parties (ou les pays non visés par l'annexe I) ne sont pas soumis à une obligation de réduction spécifique.

Compte-tenu des différents niveaux d'obligations prévus par la Convention Cadre et le Protocole de Kyoto, la question qui se pose est de savoir si un membre de l'OMC peut s'appuyer sur le Protocole afin de justifier une discrimination en faveur des PED et les exempter de l'ATF. Cela semble difficile car une telle mesure est susceptible de contredire l'article I :1 du GATT, à savoir le principe de la nation la plus favorisée, en accordant un « *avantage, une faveur, un privilège ou une immunité* » à ces pays sous forme d'une exemption de taxe⁵². Cependant, comme nous l'avons déjà souligné, leur imposer un ATF contreviendrait à la logique du protocole de Kyoto. La question se pose également de savoir si la reconnaissance par le protocole de Kyoto – et par les accords de l'OMC – d'un traitement spécial et différencié des besoins des PED peut être justifiée par la phrase « *entre les pays où les mêmes conditions existent* » du chapeau de l'article XX. Les conditions (de développement, financières, de connaissances techniques et économiques) ne sont pas les mêmes dans les pays de l'annexe I que dans les PED. Ainsi, une discrimination serait peut-être possible et ne serait pas considéré comme « *arbitraire* » ou « *injustifiable* ».

En outre, un panel ou l'organe d'appel pourrait traiter le problème de manière à interpréter les accords de l'OMC et le protocole de Kyoto dans l'optique d'un soutien mutuel entre les deux, en évitant les conflits entre les droits et obligations découlant des deux espaces normatifs. Il est aussi possible de considérer que les Etats parties au Protocole l'ont ratifié en ayant une parfaite connaissance de leurs droits et obligations découlant de l'OMC, celle-ci existant avant le Protocole. Seul un litige porté devant l'OMC permettra de connaître sa position sur le sujet.

CONCLUSION

Nous avons exploré la compatibilité avec les règles et la jurisprudence de l'OMC des mesures que des pays qui souhaitent appliquer des mesures de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre pourraient envisager d'adopter afin de préserver la compétitivité internationale de leur industrie. Pour cette évaluation, il est possible de se référer soit aux

⁵¹ G. Goh, Ibid, p.419.

⁵² G. Goh, Ibid, p.419.

règles de l'OMC elles-mêmes soit au régime d'exception de l'OMC autorisant des dérogations dans des circonstances précises.

Il semble exclu d'adopter un règlement qui conditionnerait l'accès du marché intérieur à l'adoption de procédés de production comparables du point de vue des émissions de gaz à effet de serre.

La question est plus ambiguë pour ce qui concerne des ajustements de taxe à la frontière. Notre analyse des règles concernant les ATF nous incite à conclure qu'un ajustement ne pourrait être réalisé que par rapport à des émissions spécifiques, c'est-à-dire la quantité de GES qui a été nécessaire à la production du produit en question. Cela nécessiterait donc une refonte de la politique européenne pour que la détaxation puisse également être indexée sur les émissions spécifiques des producteurs communautaires. Le caractère pratique de la mesure nécessiterait qu'un niveau standardisé d'émissions spécifiques par secteur, les émissions de la meilleure technologie disponible par exemple, soit établi charge à l'importateur de démontrer que son produit a généré moins d'émissions de GES que ce standard pour obtenir une réduction, voire une suppression de taxe. Ces conditions semblent nécessaires mais ne suffiraient pas à répondre à la condition de similarité posée par le régime. Ceci étant, la jurisprudence de l'ORD concernant l'affaire des taxes sur le pétrole et des produits chimiques importés ouvre une incertitude favorable que seule une décision de l'ORD saurait trancher.

Une ATF poserait toutefois un problème politique essentiel en taxant de la même manière tous les pays, y compris ceux qui sont parties au protocole de Kyoto mais à qui on a reconnu le droit de ne pas avoir d'engagement quantitatif. Il semble donc qu'une telle solution ne pourrait correspondre à l'application de l'accord multilatéral mais serait plutôt une piste à tester dans le futur si l'accord qui sera conclu pour le post-2012 n'avait pas la même architecture que le protocole de Kyoto.

Il n'est pas possible de conclure définitivement sur l'instrument que constituent les subventions non plus. Les règles encadrant les subventions semblent davantage se préoccuper de l'impact de la mesure que de la mesure elle-même. Il serait alors nécessaire de mettre en place la politique de lutte contre le changement climatique de manière concomitante avec la subvention de manière à ce que les situations concurrentielles ne soient pas notablement affectées. Dans la mesure où l'Union européenne a déjà mis en place une politique de réduction des émissions industrielles sans système de subvention parallèle, cela suppose que ces mesures là ne seront pas compensées et seront la base de référence pour établir une potentielle politique future climat / compensation. Autrement dit, les surcoûts pris en application du protocole de Kyoto ont été acceptés en connaissance de cause et il est trop tard pour établir une politique de subventions compensatrices, mais cela pourrait être envisageable dans le cadre d'un renforcement des mesures dans le futur. Ici encore seule une décision de l'ORD saurait nous éclairer définitivement.

La lecture des possibilités données par le régime d'exception de l'OMC ne permet pas non plus de conclure sans ambiguïté. Il semble nécessaire de proportionner la mesure en établissant un lien direct, c'est-à-dire sur les émissions spécifiques et en laissant l'opportunité à un opérateur de prouver que ses résultats sont meilleurs que le standard retenu pour établir la taxe. L'ORD a déjà accepté un effet d'extraterritorialité dans l'affaire de la crevette, ce qui nous permet de garder les possibilités ouvertes. Il faudrait toutefois que l'Etat désireux de mettre en place ce type de mesure négocie sérieusement avec ses partenaires de l'OMC avant de l'adopter. Il est difficile enfin de savoir si l'ORD accepterait le caractère nécessaire d'un ATF : cela ne l'est pas dans la mesure où l'objet principal est la protection concurrentielle, mais cela pourrait l'être s'il accepte l'idée qu'il est nécessaire d'inciter les autres pays à lutter contre les émissions de CO₂.

Les pays en développement n'ont pas les mêmes obligations dans le cadre du protocole de Kyoto que les pays développés. Cela militerait pour une exemption d'ATF. Bien que cette distinction soit contraire au principe de la nation la plus favorisée, un traitement différencié pourrait peut-être justifié par la phrase « *entre les pays où les mêmes conditions existent* » du chapeau de l'article XX.

BIBLIOGRAPHIE

- Bierman and Brohm, « Implementing the Kyoto Protocol without the United-States : The Strategic Role of Energy Tax Adjustments at the Border », *Global Governance Working Paper* n°5, Global Governance Project, 2003.
- Buck M. and Verheyen R., « International Trade Law and Climate Change – A Positive Way Forward », Stabsabteilung der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, 2001.
- Chetaille A., « AME et OMC : Peut-on sortir de l'impasse ? », *Passerelles*.
- Commissariat Général du Plan, « Compétitivité et environnement, un dilemme insurmontable ? », Le quatre pages n°2, 8 octobre 2004.
- Goh G., "The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustments at the Border", *Journal of World Trade*, n°38(3), 2004.
- Guesnerie R., « Kyoto et l'économie de l'effet de serre », Conseil d'analyse économique, n°39, La Documentation Française, 2003.
- Ismer R. et Neuhoff K., "Border Tax Adjustments : A Feasible Way to Address Nonparticipation in Emission Trading", *Cambridge Working Papers in Economics CWPE* 0409, The Cambridge MIT Institute, 2004.
- Joshi M., « Are eco-labels consistent with WTO agreements ? », *Journal of World Trade*, vol.38, n°1, February 2004.

- Lafranchi M.-P., « L'intégration des considérations environnementales dans les principes de l'OMC – Le principe de non-discrimination entre produits similaires », dans Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement, sous la direction de Maljean-Dubois S., éd. Bruylant et CERIC, 2003.
- Lambert-Habib M.-L., « Les normes de produits entre le droit de l'OMC, le droit communautaire et le droit français (éco-certification, emballages) », dans Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement, sous la direction de Maljean-Dubois S., éd. Bruylant et CERIC, 2003.
- OCDE, "The Political Economy of Environmentally Related Taxes", 18 November 2005.
- OCDE, Procédés et Méthodes de Production : Cadre conceptuel et étude de l'utilisation des mesures commerciales fondées sur les PMP, OCDE/GD(97)137.
- OMC, Rapport du groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, 2décembre 1970, S18/105.
- OMC, Guide des règles et pratiques du GATT, Vol.1, Genève, 1995.
- Quirion P., Postface de « Compétitivité et politique climatique » de Baron R., *les notes IDDRI*, n°11, 2006.
- Robert E., « L'affaire des normes américaines relatives à l'essence », *RGDIP*, n°1, 1997.
- Sadeleer et Born, Droit international et communautaire de la biodiversité, éd. Dalloz.
- Zhang Z., "Open trade with the United States without compromising Canada's ability to comply with its Kyoto target", *Journal of World Trade*, 2004.
- Zhang Z. and Assuncao L., "Domestic Climate Policies and the WTO" (Fondazione Eni Enrico Mattei, 2001), available at www.feem.it/web/Activ/activ.html.

Rapports de l'ORD

- Canada – Certaines mesures concernant les périodiques, rapport de l'organe d'appel adopté le 30 juillet 1997.
- CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du groupe spécial du 18 septembre 2000.
- Corée – Viande de bœuf, rapport de l'organe d'appel.
- Etats-Unis – Restrictions à l'importation de thon mexicain, rapport non adopté, 16 août 1991.
- Etats-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, rapport du 17 juin 1987.
- Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, rapport de l'organe d'appel adopté le 6 octobre 1998.

Etats-Unis – Article 337, rapport du groupe spécial du 7 novembre 1989.

Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule, rapport de l'organe d'appel du 20 mai 1996.

Etats-Unis – restrictions à l'importation de thon, rapport du 16 juin 1994 (non adopté).

Rapport de l'organe d'appel du 21 novembre 2001, recours de la Malaisie à l'article 21.5.

Sites internet

Site OMC : www.wto.org ; Mexique etc./Etats-Unis : l'affaire « thons-dauphins I », Environnement : différend 4.

Site OMC, Le commerce et l'environnement, Prescriptions en matière d'étiquetage à des fins environnementales.

Protocole de Kyoto sur les changements climatiques, Avis juridique important, www.europa.eu.int