



Munich Personal RePEc Archive

**Sustainable biofuels certification:
compatibility of the european directive
on biofuels with WTO trade rules**

PONS, Emilie

Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et
de l'Aménagement du territoire

December 2008

Online at <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/16015/>
MPRA Paper No. 16015, posted 02 Jul 2009 10:07 UTC

LA CERTIFICATION DURABLE DES AGROCARBURANTS : COMPATIBILITE DE LA PROPOSITION EUROPEENNE AVEC LES REGLES DE L'OMC

Emilie Pons¹

Introduction

Le contenu de cet article est fondé sur un travail de recherche effectué entre février et mai 2008 pour le compte du Comité Catholique contre la Faim et pour le Développement (CCFD) dans lequel l'auteur a analysé le contenu de la proposition de Directive Européenne sur les agrocarburants, mis en avant ses limites et proposé des pistes de plaidoyer². Seule la partie juridique de l'étude sera reprise ici, détaillant la mesure proposée et concluant à sa compatibilité avec les règles de l'OMC. La Commission a proposé cette mesure dans un contexte de remise en cause de sa politique de développement des agrocarburants, initialement mise en place dans le but de diminuer les émissions croissantes de GES dans le secteur des transports et d'accroître la sécurité énergétique de l'Union Européenne³ (UE). Aujourd'hui critiqués vis-à-vis de leur capacité à répondre à ces objectifs, les agrocarburants sont par ailleurs accusés de porter atteinte à l'environnement (pollution des sols, de l'eau et de l'air), de contribuer à la hausse des prix alimentaires et d'être produits, dans certains pays, au détriment des conditions sociales des populations concernées (conditions de travail, non respect du droit de propriété etc.). Afin d'apporter une réponse à ces nombreuses critiques la Commission a proposé, dans sa Directive sur les énergies renouvelables⁴, de conditionner le soutien financier actuellement accordé à l'ensemble des agrocarburants au respect de critères de durabilité. A cet effet, seuls les agrocarburants qui contribueront à une réduction des GES d'au moins 35%, ne seront pas produits sur des zones protégées (forêts, écosystèmes fragiles et prairies) ou des puits de carbones (zones continues de forêts et tourbières) et dont les pays respecteront les bonnes pratiques environnementales⁵ ou auront ratifié un certain nombre de conventions internationales dans le domaine de l'environnement⁶ pourront bénéficier du dispositif fiscal incitatif et être comptabilisés dans l'objectif obligatoire de 10%. En souhaitant réglementer au niveau multilatéral la « durabilité » d'un produit, la proposition de la Commission pose un certain nombre de questions parmi lesquelles la qualification d'une telle mesure (I) et sa compatibilité avec les règles de l'OMC (II).

1. Contenu de la proposition

Degré de coercition des critères proposés

Si la mesure proposée n'obligera pas *de jure* les industriels à offrir des agrocarburants « durables » puisque la Commission n'interdira pas la vente d'agrocarburants « non durables » sur le marché, elle les y

¹ Assistante de Recherche au Groupe d'Economie Mondiale à l'IEP de Paris

² Document de travail du CCFD destiné à usage interne, non consultable.

³ la diversification de ses sources d'approvisionnement devant permettre une réduction de sa dépendance envers les énergies fossiles

⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources, COM(2008) yyy final, 23.01.2008

⁵ Seulement pour les agrocarburants produits sur le sol européen

⁶ Proposition du Conseil de l'UE pour les pays extérieurs à l'UE, non encore validée.

obligera *de facto* en vertu de l'obligation d'atteindre un objectif d'incorporation obligatoire de 10% et du mécanisme incitatif⁷ dont seuls les agrocarburants « durables » pourront bénéficier. Suite à la proposition de la Commission, le Conseil de l'UE a formulé plusieurs révisions du texte initial⁸. Dans sa dernière version en date du 28 avril, il a confirmé les quatre critères de la Commission et proposé un cinquième, dont le contenu n'a pas encore été fixé. Trois options sont envisagées dont le contenu porterait sur des critères sociaux et environnementaux. Dans la dernière version soumise le 7 mai au Comité des Représentants Permanents (Coreper), une solution mixte aurait été proposée à savoir un simple rapport à la Commission relatif à la ratification des conventions de l'Organisation Internationale du Travail (la non ratification de ces conventions n'induirait donc pas une exclusion du mécanisme préférentiel) mais l'obligation d'avoir ratifié quatre conventions internationales relatives à l'environnement⁹. Certains Etat membres auraient en effet souhaité que les pays tiers soient contraints, tout comme les agriculteurs européens, au respect de normes environnementales¹⁰.

Qualification de la mesure

Au regard de la définition de la « norme » fournie par l'Accord OTC¹¹, un référentiel qui serait élaboré par un organisme reconnu mais dont le contenu porterait sur des PMP *non rattachés au produit* (tels que les conditions de production ou de travail) ou un référentiel qui porterait sur des PMP *rattachés au produit* mais qui ne serait pas élaboré par un organisme reconnu ne pourrait être considéré comme une « norme ». Il ne pourrait alors être couvert par les règles de l'Accord OTC et tomberait sous le coup des règles du GATT. La qualification préalable de la mesure est donc fondamentale afin de déterminer les règles auxquelles celle-ci doit se soumettre. Il est important de noter que les critères proposés par la Commission et le Conseil de l'UE en vue de définir les agrocarburants « durables » ne concernent que des PMP *non rattachés au produit* (émissions de GES, non production sur des forêts, des puits de carbone et des prairies, ratification des conventions fondamentales de l'OIT etc.) qui ne sont pas compatibles avec la définition d'une « norme ». La Commission et le Conseil de l'UE souhaitant en outre raccrocher leurs critères à des programmes volontaires d'élaboration des critères de durabilité (tels que la Round Table on Sustainable Biofuels) et non à une norme élaboré par un organisme reconnu, il ne semble donc pas possible de qualifier la proposition de la Commission de « norme » et de la soumettre aux règles de l'Accord OTC. Automatiquement redirigée vers les règles du GATT, cette mesure pourrait s'apparenter à un règlement interne volontaire défini dans l'Article III.1 et III.4 du GATT. En ce qui concerne la procédure de certification qui devra être mise en place, les règles à appliquer seront celles de l'Accord OTC. En effet, que les éléments sur lesquels porte la certification soient rattachés au produit ou non, les procédures d'évaluation de la conformité sont toujours soumises aux règles de l'Accord OTC.

⁷ Sous la forme d'une exemption fiscale

⁸ Revised note 7734/1/08 du 28.03.2008, 7734/2/08 du 10.04.2008, 7734/3/08 du 21.04.2008 et 7734/4/08 du 28.04.2008.

⁹ Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, Convention sur la diversité biologique, Protocole de Carthagène et Protocole de Kyoto.

¹⁰ Conversation téléphonique du 23 mai 2008 avec un membre du Conseil de l'Union Européenne.

¹¹ L'Annexe 1 de l'Accord OTC stipule que les normes sont « un document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire ».

Légitimité du soutien financier

En vertu de la clause du traitement national énoncée à l'Article III.4 du GATT, un produit importé ne peut être accordé un traitement moins favorable que celui accordé aux produits « similaires » domestiques. Au regard de ce principe, des produits ne peuvent donc être accordé un traitement plus (ou moins) favorable que s'il est prouvé qu'ils sont « différents ». Alors que la Commission envisage de n'accorder un traitement préférentiel¹² qu'aux seuls agrocarburants « durables », il est donc fondamental de déterminer si les agrocarburants « durables » et les agrocarburants « non durables » doivent être considérés comme des produits « similaires » ou « différents ». A cet effet, il importe que les éléments caractérisant les agrocarburants « durables » (i.e. les critères de durabilité) puissent être considérés comme des éléments tangibles de différenciation. En ce qui concerne l'appréciation de la similarité des produits, les règles de l'OMC ne permettent pas de se baser sur des PMP *non rattachés au produit*¹³ et obligent à prendre en compte à des éléments visibles (i.e. les caractéristiques du produit) ou constitutifs (i.e. les PMP *rattachés au produit*). Le jugement de l'Organe d'Appel dans le Panel Crevettes tortues (1998) à toutefois marqué un revirement de jurisprudence en concluant que les PMP *non rattachés au produit* peuvent être pris en compte afin d'apprécier la similarité de deux produits dès lors que ces derniers visent à atteindre un des objectifs légitimes prévus à l'Article XX du GATT¹⁴.

Alors que nous montrerons dans la partie suivante en quoi les objectifs de la Commission devraient être couverts par les exceptions de l'Article XX du GATT, les critères proposés, pourtant non rattachés au produit, devraient donc pouvoir être retenus comme source de différenciation. Il en est de même des critères additionnels proposés par le Conseil de l'UE à savoir la ratification de quatre conventions internationales dans le domaine de l'environnement (conforme à l'objectif de protection de la santé humaine et des végétaux) et le rapport non contraignant sur la ratification des conventions fondamentales de l'OIT. Les critères proposés devraient donc permettre de distinguer les agrocarburants « durables » des agrocarburants « non durables », justifiant ainsi le traitement préférentiel envisagé pour les seuls agrocarburants « durables ». Afin d'être pleinement compatibles avec les règles de l'OMC, les critères proposés par la Commission et le Conseil de l'UE devront toutefois respecter un certain nombre de règles, énumérées dans la partie suivante.

2. Compatibilité de la proposition avec les règles de l'OMC

Un risque de discrimination

La clause de la nation la plus favorisée définie à l'Article I du GATT stipule que tout avantage accordé par un Etat membre à un produit doit immédiatement et sans conditions être accordé à l'ensemble des Etats Membres. Alors que cette clause vise à garantir pour chaque Etat Membre une égale opportunité d'accès

¹² Sous forme d'exemption fiscale

¹³ Marceau et Trachtman, *The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade*, 2002, page 856

¹⁴ Etats Unis – Crevettes, Rapport de l'Organe d'Appel para. 121

aux marchés des autres Etats Membres¹⁵, des critères rigides (dont la formulation ne permettraient pas de prendre en compte les spécificités de chaque pays) et appliqués de manière stricte (pour tous les pays, au même moment et sans aucune dérogation) pourraient constituer une entrave à l'accès au marché européen pour certains pays. Ainsi, l'interdiction de produire des agrocarburants sur des zones de forêts pourrait être discriminatoire pour certains pays dont les ressources en forêts sont importantes (la Suède par exemple) par rapport à des pays où les forêts sont quasi absentes (certains pays d'Afrique). Cet élément explique certainement pourquoi la Commission et le Conseil de l'UE ont envisagé que les agrocarburants puissent être produits sur des zones de forêts « à condition qu'il soit prouvé que l'intervention humaine a été et continue à être d'une intensité et d'une périodicité telle qu'elle permette aux espèces naturelles de se renouveler ». La formulation de ce critère permet ainsi de prendre en compte le fait que certains pays ont déjà une gestion « durable » de leurs forêts et qu'il serait discriminatoire de ne pas en tenir compte. Si cette flexibilité a aussi été introduite pour le critère relatif aux zones protégées, cela n'a pas été le cas pour les prairies, les tourbières et les zones continues de forêts dont la formulation stricte induit un risque de discrimination. Ce risque est également possible en ce qui concerne l'obligation d'avoir ratifié un certain nombre de conventions internationales dans le domaine de l'environnement, qui exclurait de facto les pays non signataire. En ce qui concerne le respect de la clause du traitement national, les critères de durabilité ne devraient pas être discriminatoires dans la mesure où la Commission a prévu que l'ensemble des agrocarburants (domestiques et importés) pourront bénéficier de l'exemption fiscale. Une fois sur le marché européen, les agrocarburants durables importés seront donc soumis au même traitement que les agrocarburants durables domestiques ce qui respecte la clause du traitement national.

Le principe de non discrimination s'applique également à la procédure d'évaluation de la conformité qui, en vertu de l'Article 2.1 de l'Accord OTC, ne devra pas soumettre les pays exportateurs à un accès « moins favorable » au marché européen que les producteurs nationaux ou les autres pays exportateurs se trouvant dans une situation comparable¹⁶. Les propositions de la Commission et du Conseil de l'UE ne prévoyant pas de conditions dérogatoires pour les pays qui seraient dans des situations différentes (par exemple en accordant une aide à la certification pour les pays les plus vulnérables) il existe un risque de discrimination. La procédure d'évaluation de la conformité ne devant pas en outre créer des « obstacles non nécessaires au commerce », une certification organisée au niveau international et/ou la reconnaissance de guides de certification existants (tels que le label FSC qui certifie la gestion « durable » des forêts) devrait être privilégiée.

Des objectifs légitimes

Bien que discriminatoire, une mesure peut être - sous certaines conditions- compatible avec les règles du GATT. C'est le cas si l'objectif poursuivi par cette mesure est « légitime » c'est en dire prévu par une des exceptions de l'Article XX du GATT. Alors que nous avons montré précédemment en quoi la mesure proposée induit un risque de discrimination, il importe de regarder si les objectifs poursuivis peuvent être considérés comme légitimes. A cet effet, il faut rappeler que les critères proposés par la Commission ont

¹⁵ Van den Boshe, Schrijver et Faber, *Unilateral measures addressing non-trade concerns*, 2007, Page 20

¹⁶ Accord OTC, Article 5.1.1

pour objectif de répondre aux critiques faites à l'encontre des agrocarburants à savoir (1) un bilan mitigé en terme de réduction des émissions de GES¹⁷ (2) un impact négatif sur l'environnement¹⁸ (3) un effet sur la biodiversité et (4) un impact social dans les pays du sud¹⁹. Les critères relatifs à la réduction des GES, à la protection des forêts et des puits de carbone et à l'obligation d'avoir ratifié le Protocole de Kyoto ayant pour objectif de réduire les émissions de GES, ils devraient être conformes à l'objectif de protection de la santé et de la vie humaine défini à l'alinéa (b) de l'Article XX. De même, les critères relatifs à la protection des écosystèmes sensibles et des prairies et au respect des bonnes pratiques environnementales ayant pour objectif de protéger la biodiversité et l'environnement, ils devraient être conformes à l'objectif de protection de la santé et de la vie des végétaux défini à l'alinéa (b). L'objectif social poursuivi à travers le critère relatif à la ratification des conventions fondamentales de l'OIT n'est en revanche prévu par aucune des exceptions de l'Article XX. Cette limitation ne devrait toutefois pas poser de problème puisque le critère restera facultatif. Puisque l'ensemble des critères obligatoires devrait être couvert par une des exceptions de l'Article XX, les objectifs poursuivis apparaissent donc légitimes.

Un risque d'extraterritorialité

En dépit de sa légitimité accordée par une des exceptions de l'Article XX, une mesure peut être remise en cause si l'objectif qu'elle poursuit n'a pas un « lien » avec la juridiction d'où elle émane. A cet effet les critères relatifs à la réduction des émissions de GES, à la protection des puits de carbone, à la ratification du protocole de Kyoto et dans une certaine mesure à la déforestation (s'il est prouvé que ce critère a pour objectif de diminuer les émissions de GES) pourraient avoir un impact transnational et donc un « lien » avec la juridiction de l'UE²⁰. Un tel « lien » apparaît en revanche plus discutable en ce qui concerne la protection de la biodiversité (protection des zones naturelles et des écosystèmes fragiles, ratification des traités internationaux relatifs à la sauvegarde de la biodiversité) dont les effets ne devraient se faire sentir que dans les pays concernés²¹. Au regard de ces éléments et du risque d'absence de « lien » entre les objectifs poursuivis par l'UE et leurs effets favorables dans la juridiction, la mesure proposée pourrait donc ne pas être compatible avec les règles de l'OMC.

Une mesure effectivement « nécessaire »

Alors que nous avons vu que les critères proposés par la Commission étaient légitimes, il convient toutefois de revenir sur la « nécessité » de la mesure proposée. A cet effet, il importe de mesurer si les critères proposés constituent la mesure « la moins restrictive possible » en vue d'atteindre l'objectif visé²². Sur le « fond », il apparaît que les critères proposés sont relativement adéquats, voir même en deçà de ce qui aurait pu être fixé. Un seuil plus élevé de réduction des GES aurait par exemple pu être choisi, ce que n'a

¹⁷ En raison d'un processus industriel consommateur d'énergie fossile et du risque de déforestation et de production sur des zones de puits de carbone

¹⁸ Via un effet sur l'érosion des sols et la pollution des sols et des nappes phréatiques (utilisation des pesticides)

¹⁹ À travers les conditions de travail dans les palmeraies et les champs de canne à sucre, la dépossession des terres et l'insécurité alimentaire.

²⁰ C'est également la conclusion à laquelle arrive le Rapport du BTG, Sustainability Criteria and Certification Systems for Biomass Production, 2008, page 64

²¹ Ibid, page 66

²² CE- Amiante, Rapport de l'Organe d'Appel, para. 172

pas manqué de proposer le Conseil de l'UE dans sa révision du texte initial. En outre, alors que le déplacement des terres constitue un élément fondamental à prendre en compte pour maîtriser les émissions de GES²³, la Commission n'a pas proposé un tel critère ce qui permet de penser que la mesure proposée n'est pas aussi restrictive qu'elle aurait pu (i.e. dû) l'être. En ce qui concerne la « forme » de la mesure et le fait que la Commission ait choisi de détaxer les agrocarburants « durables » plutôt que de taxer les agrocarburants « non durables », il n'apparaît pas de différence en terme d'effet sur le commerce, l'un n'étant pas plus restrictif que l'autre). Ce choix a toutefois un impact sur l'origine des ressources qui devront être allouées pour financer cette incitation. Si dans le cas d'une taxe, les consommateurs devront payer le surcoût de la « non durabilité », les contribuables devront payer le surcoût de la « durabilité » dans l'hypothèse d'une détaxation fiscale. Le choix entre les deux alternatives est donc une question politique, étant entendu qu'il peut être acceptable de faire payer par la collectivité les externalités positives dont cette dernière dans son ensemble bénéficie (baisse des GES par exemple).

Une discrimination arbitraire et injustifiable

Alors que la mise en place d'une mesure de manière rigide sans prendre en compte les caractéristiques spécifiques de chaque pays constitue une discrimination « arbitraire »²⁴, Van den Bossche et al ont mentionné qu'une mesure qui aurait pour effet de conditionner l'accès au marché européen de la biomasse au respect de critères « *essentiellement les mêmes* » constituerait une discrimination arbitraire. A l'inverse, une mesure qui conditionnerait l'accès au respect de critères « *comparables en efficacité* » ne serait pas discriminatoire²⁵. Au regard de ce principe, le critère de réduction de 35% des GES ne devrait pas être discriminatoire puisqu'il contraint les Etats Membres à une obligation de résultat et non de moyen (en vue d'atteindre cet objectif, les Etats membres pourront en effet choisir d'agir sur les terres mobilisées, les engrais utilisés ou l'efficacité du processus de production). De même, le critère relatif à l'interdiction de produire sur des forêts ou des écosystèmes protégés ne devrait pas être discriminatoire dans la mesure où la Commission tolérera que les agrocarburants puissent être produits sur ces terres si les Etats Membres apportent la preuve de la « durabilité » de leur exploitation (le critère tient donc compte de l'efficacité des Etats Membres). Les critères relatifs aux prairies, aux tourbières et aux zones continues de forêts pourraient en revanche être discriminatoires puisque « *essentiellement les mêmes* » et sans aucune dérogation possible.

En ce qui concerne le caractère « injustifiable » de la discrimination et le fait qu'une mesure unilatérale n'ayant pas fait l'objet de négociations multilatérales puisse constituer une mesure discriminatoire, Van den Bossche et al mentionnent que si l'UE mettait en place des critères de durabilité sans avoir au préalable témoigné d'un réel effort pour négocier de manière internationale ces critères, alors les critères de durabilité constitueraient vraisemblablement une discrimination injustifiable²⁶. Des Etats Membres tels que

²³ Comment considérer qu'un agrocarburant est « durable » si c'est au prix d'une déforestation pour des usages alimentaires ? Comment, concrètement, mesurer les mouvements de déplacement des terres ? Du point de vue de l'auteur, il est quasiment impossible de contrôler –concrètement- cet effet domino.

²⁴ Etats Unis- Crevettes, Rapport de l'Organe d'Appel, para. 164 - 165

²⁵ Van den Bossche et al, page 125

²⁶ Van den Bossche et al, page 127

la France²⁷ ou l'Italie²⁸ ont bien entamé des négociations avec certains pays exportateurs (le Brésil essentiellement) mais ces initiatives demeurent isolées et davantage tournées vers une coopération technique et/ou commerciale qu'en vue d'aborder la question des critères de durabilité. Ainsi, en raison de l'absence de négociations multilatérales menées au niveau européen, un risque de discrimination « injustifiable » est à envisager.

La possibilité de faire référence aux Conventions fondamentales de l'OIT

Au niveau multilatéral, des mesures restrictives ne peuvent être prises à l'encontre de partenaires qui ne respecteraient pas des normes minimales de travail que dans le cadre d'un système de préférences généralisées tel le SPG+ et uniquement dans un but incitatif visant à accorder des préférences tarifaires additionnelles. Au niveau régional en revanche, les règles de l'OMC autorisent les Etats à faire référence à des normes sociales dans des accords spécifiques tels que le North American Agreement on Labor Cooperation²⁹ ou dans des accords commerciaux via l'introduction d'une « clause sociale »³⁰. La proposition du Conseil de l'UE ayant vocation à s'appliquer au niveau multilatéral et en dehors de tout système de préférences généralisées, elle pourrait être contraire aux règles de l'OMC si la Commission souhaitait la rendre obligatoire. Le Conseil de l'UE ayant toutefois proposé un simple « rapport » sur la ratification des conventions fondamentales de l'OIT, ce critère devrait donc être compatible avec les règles de l'OMC.

Conclusion

Cette étude s'est attachée à montrer en quoi les critères de durabilité et la procédure d'évaluation de la conformité proposés par la Commission et le Conseil de l'UE revêtent un caractère discriminatoire, faisant ainsi courir à l'UE un risque de Panel à l'OMC. Les limites de fond de la proposition³¹ révèlent par ailleurs que la volonté de la Commission de réglementer au niveau multilatéral la durabilité des agrocarburants se heurte aux restrictions de l'OMC en matière sociale et environnementale.

²⁷ http://www.ambafrance-pt.org/article.php3?id_article=951

²⁸ www.pleinchamps.com, « L'Italie veut en favoriser la production au Brésil et en Afrique », 27 mars 2007

²⁹ L'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT) signé le 13 Septembre 1993 entre les Etats-Unis, le Mexique et le Canada a pour but d'améliorer les conditions de travail et le niveau de vie sur le territoire de chacune des Parties et de faire prévaloir les principes suivants : liberté d'association et protection du droit d'organisation, droit de négociation collective et de grève, interdiction du travail forcé, protections accordées aux enfants et aux jeunes gens en matière de travail, normes minimales d'emploi, élimination de la discrimination en matière d'emploi, égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles, indemnisation en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles et protection des travailleurs migrants.

³⁰ Par exemple, l'Accord sur le Commerce, le Développement et la Coopération signé par l'UE et l'Afrique du Sud à Pretoria le 11 octobre 1999 stipule à l'Article 86 « The Parties consider that economic development must be accompanied by social progress. They recognize the responsibility to guarantee basic social rights, which specifically aim at the freedom of association of workers, the right to collective bargaining, the abolition of forced labour, the elimination of discrimination in respect of employment and occupation and the effective abolition of child labour. The pertinent standards of the ILO shall be the point of reference for the development of these rights»

³¹ Analysées dans le rapport pour le CCFD