

L'évolution de l'interprétation de la notion de moralité publique à l'Organisation mondiale du commerce à l'aune de la Convention de Vienne sur le droit des traités

Kristine Plouffe-Malette

Volume 47, Number 4, December 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1042054ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1042054ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (print)

1703-7891 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Plouffe-Malette, K. (2016). L'évolution de l'interprétation de la notion de moralité publique à l'Organisation mondiale du commerce à l'aune de la Convention de Vienne sur le droit des traités. *Études internationales*, 47(4), 387–410. <https://doi.org/10.7202/1042054ar>

Article abstract

Public morals are generally referenced in the form of grounds for an exception in multilateral trade agreements. As such, World Trade Organization (WTO) member states can evoke the necessity of protecting public morals to justify domestic measures otherwise inconsistent with their obligations. Such a necessity has been evoked and interpreted by WTO judicial bodies a number of times. The purpose of this study is to look at how the WTO's interpretation of the notion of public morals has evolved in terms of the interpretive methods provided for in the Vienna Convention on the Law of Treaties, particularly in Article 31(3) c). A study of dispute rulings shows that interpretations initially allowed member states wide latitude in determining what constituted public morals. Subsequently the test of public morals proposed in the report on the dispute European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products at first seemed to help clarify how the notion of public morals might be interpreted, but application of the test to the facts cast doubt on its actual methodological significance. It therefore appears that this most recent dispute must be considered a missed opportunity for the WTO to demonstrate that trade law doesn't operate in a vacuum.

L'évolution de l'interprétation de la notion de moralité publique à l'Organisation mondiale du commerce à l'aune de la Convention de Vienne sur le droit des traités

Kristine PLOUFFE-MALETTE*

RÉSUMÉ : *La moralité publique se présente généralement sous la forme d'un motif d'exception commerciale aux accords multilatéraux. À ce titre, il est possible pour un Membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) de soulever la nécessité de la protection de la moralité publique pour justifier l'adoption d'une mesure nationale en contradiction avec ses obligations. Cette nécessité a été soulevée et interprétée par les organes quasi-juridictionnels de l'OMC à quelques reprises. La présente étude a pour but d'examiner l'évolution de l'interprétation de la notion de moralité publique par l'OMC à l'aune des méthodes d'interprétation prévues à la Convention de Vienne sur le droit des traités, particulièrement à l'article 31 3) c). L'étude des conclusions des différends permettra, dans un premier temps, de souligner que l'interprétation retenue montre qu'une grande déférence dans la détermination du contenu de la moralité publique est accordée au Membre. Dans un deuxième temps, si le test de moralité publique proposé aux rapports sur les différends Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque a d'abord semblé aider à clarifier le mode d'interprétation de la notion de moralité publique, l'application du test aux faits sème le doute quant aux réelles portées méthodologiques. Il semble donc que ce différend ait consisté en une occasion manquée de démontrer que le droit de l'OMC n'évolue pas en vase clos.*

MOTS-CLÉS : exception commerciale, moralité publique, GATT, Organisation mondiale du commerce, interprétation évolutive, Convention de Vienne sur le droit des traités

ABSTRACT : *Public morals are generally referenced in the form of grounds for an exception in multilateral trade agreements. As such, World Trade Organization (WTO) member states can evoke the necessity of protecting public morals to justify domestic measures otherwise inconsistent with their obligations. Such a necessity has been evoked and interpreted by WTO judicial bodies a number of times. The purpose of this study is to look at how the WTO's interpretation of the notion of public morals has evolved in terms of the interpretive methods provided for in the Vienna Convention on the*

-
- Kristine Plouffe-Malette est candidate au doctorat en droit à l'Université de Sherbrooke. L'auteure remercie les évaluateurs anonymes pour les commentaires formulés sur une précédente version de ce texte.

Law of Treaties, particularly in Article 31(3) c). A study of dispute rulings shows that interpretations initially allowed member states wide latitude in determining what constituted public morals. Subsequently the test of public morals proposed in the report on the dispute European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products at first seemed to help clarify how the notion of public morals might be interpreted, but application of the test to the facts cast doubt on its actual methodological significance. It therefore appears that this most recent dispute must be considered a missed opportunity for the WTO to demonstrate that trade law doesn't operate in a vacuum.

KEYWORDS: general exception, public morals, progressive interpretation, World Trade Organization

RESUMEN: *La moralidad pública se presenta generalmente en forma de un motivo de excepción comercial en los acuerdos multilaterales. De esta manera, un Estado miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) puede invocar la necesidad de protección de la moralidad pública para justificar la adopción de una medida nacional en contradicción con sus obligaciones. Esta necesidad fue planteada e interpretada por los órganos jurisdiccionales de la OMC en varias ocasiones. El presente estudio tiene por objeto examinar la evolución de la interpretación de la noción de moralidad pública en la OMC bajo la perspectiva de los métodos de interpretación previstos en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, particularmente en el artículo 31 (3) c). El estudio de las conclusiones de las controversias permitirá, en un primer momento, subrayar que la interpretación aceptada muestra un gran respeto hacia Estado miembro en la determinación del contenido de la moralidad pública. En un segundo momento, si la prueba de moralidad pública propuesta en los informes sobre las controversias Comunidades europeas – Medidas que prohíben la importación y la comercialización de CE – productos derivados de la foca pareció ayudar en un principio a aclarar el modo de interpretación de la noción de moralidad pública, la aplicación de la prueba en los hechos siembra la duda en lo que se refiere a los reales alcances metodológicos. Parece entonces que en la última controversia examinada, la OMC perdió la ocasión de demostrar que el derecho del comercio no evoluciona de manera aislada.*

PALABRAS CLAVE: excepción general, moralidad pública, interpretación evolutiva, Organización Mundial del Comercio.

Inscrite au libellé des accords commerciaux dès les années 1920 (Hatton, Ouellet et Létourneau 2010), la moralité publique s'articule, en droit international économique, essentiellement comme un mécanisme d'exception tant aux accords multilatéraux, tels que l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS [GATS en anglais]), qu'aux accords régionaux, tels que l'Accord économique et commercial global (AECG) et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Ce mécanisme d'exception permet à un État de soulever la nécessité de la protection de la

moralité publique pour justifier l'adoption d'une mesure nationale en contradiction avec ses obligations internationales.

La notion de moralité publique a essentiellement été interprétée par les organes quasi-juridictionnels de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), principalement dans les différends commerciaux suivants : *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda)* 2005 ; *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Plainte des États-Unis)* 2008 ; *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (Plainte du Canada et de la Norvège)* 2013¹. Une préoccupation nationale liée à la moralité publique a été soulevée à chacun de ces différends.

Si l'interprétation générale des exceptions commerciales est un sujet qui a déjà retenu l'attention de la doctrine, l'interprétation de la moralité publique au titre d'une exception commerciale, peu soulevée auprès des organes quasi-juridictionnels, est un sujet d'actualité (Charnovitz 1997-1998 ; Wright 2010 ; Wu 2008 ; Marwell 2006 ; Witmeur 2013 ; Howse, Langille et Sykes 2015). Ainsi, afin de comprendre la teneur de cette notion contenue dans plusieurs traités commerciaux, cet article propose d'étudier l'évolution de l'interprétation de la moralité publique, invoquée au titre d'une exception, au sein des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC.

L'étude des conclusions des différends permettra, dans un premier temps, de démontrer que le contenu de la moralité publique est laissé à l'appréciation du Membre qui soulève l'exception commerciale (I). Dans un deuxième temps, il sera fait état du nouveau test de moralité publique proposé aux rapports *CE – Produits dérivés du phoque*. Ce test a d'abord semblé permettre l'adoption d'une interprétation cohérente avec les enseignements de la Convention de Vienne sur le droit des traités et les règles d'interprétation des traités, particulièrement quant à l'article 31 3) c). Toutefois, l'application du test aux faits de ce différend jette le doute quant aux réelles intentions méthodologiques des organes quasi-juridictionnels. Il semble donc que le différend canado-européen ait consisté en une occasion manquée de démontrer que le droit de l'OMC n'évolue pas en vase clos, ainsi que l'Organe d'appel l'a lui-même affirmé (II).

1. Les organes quasi-juridictionnels de l'OMC ont également publié les rapports *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures (Plainte du Panama)* 2015 (Rapport du Groupe spécial) ; *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures (Plainte du Panama)* 2016 (Rapport de l'Organe d'appel) ; *Indonésie – Importation de produits horticoles, d'animaux et de produits d'origine animale (Plainte des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande)* 2016. Ce dernier différend est en attente d'un rapport de l'Organe d'appel. Ceux-ci n'ont pas répondu à la question posée à cet article.

I – La moralité publique à l'OMC : une norme de conduite respectant le système de valeurs des Membres

L'article XX du GATT permet aux Membres d'invoquer, notamment, la protection de la santé ou de la vie des humains ou des animaux, de l'environnement, des ressources naturelles épuisables, ou encore de la moralité publique, pour justifier une entrave au libre-échange ; la moralité publique s'inscrit donc dans le régime général d'exception aux règles du commerce. L'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), opposant le Canada à l'Union européenne (UE), est un exemple d'un recours à l'article XX du GATT : un État qui souhaite protéger ses citoyens adopte une mesure commerciale restrictive limitant l'exposition de sa population à un produit qui présente un risque sanitaire et il invoque l'article XX du GATT pour justifier l'entrave commerciale créée. Si ce type d'affaires n'a occupé et n'occupe encore que peu de place auprès des organes quasi-juridictionnels de l'OMC, il est permis de penser que son importance pourrait aller en grandissant (Wu 2008 ; Wright 2010), particulièrement avec l'actualisation du sous-paragraphe a) de l'article XX du GATT :

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 a) nécessaires à la protection de la moralité publique ;

Si les débats furent brefs lors des négociations ayant précédé l'adoption de cette disposition (Hatton, Ouellet et Létourneau 2010 ; Charnovitz 1997-1998 ; Wu 2008), il a été fait mention que cette exception concernerait, au moins, l'esclavage, les armes, les stupéfiants, les boissons alcoolisées, la pornographie, la religion, le travail obligatoire et la protection des animaux (Charnovitz 1997-1998). Ces thèmes sont largement règlementés en droit international. À titre d'exemple, l'interdiction de l'esclavage est consacrée depuis plus de 200 ans. Elle est réaffirmée par la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que dans plusieurs traités internationaux (*Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, esclavage, travail forcé, trafic de personnes, exploitation de prostitution d'autrui* 1949 ; *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage* 1956 ; *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* 2000). Cette interdiction consiste, de plus, en une norme d'effet *erga omnes*, ainsi que l'a reconnu la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgique c.*

Espagne) 1970. Le droit à la religion (PIDCP article 18 ; CEDH article 9 et CADH article 12) et l'interdiction du travail forcé ou obligatoire (*Convention concernant le travail forcé ou obligatoire* 1930 ; *Convention concernant l'abolition du travail forcé* 1957 ; *Convention concernant l'interdiction et l'élimination des pires formes de travail des enfants* 1999) sont aussi tous deux protégés par les normes internationales. Si le commerce de boissons alcoolisées fait l'objet d'une réglementation de nature plus nationale qu'internationale, la lutte contre le trafic de stupéfiants (*Convention des Nations Unies sur le droit de la mer* 1982 ; *Convention unique sur les stupéfiants de 1961 telle que modifiée par le Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961* 1972 ; *Convention sur les substances psychotropes* 1971 ; *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes* 1988), tout comme le trafic et la prolifération des armes (*Traité d'interdiction complète des essais nucléaires* 1996 ; *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction* 1999 ; *Convention sur les armes à sous-munitions* 2008 ; *Traité sur le commerce des armes* 2013), font l'objet de conventions internationales depuis plusieurs années, limitant notamment leur commerce et leur production.

Plus précisément, l'expression « moralité publique » a été étudiée à deux reprises par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'OMC préalablement au différend sur le bannissement de la commercialisation des produits du phoque en sol européen (c), soit dans l'affaire États-Unis – Jeux en 2004 et 2005, opposant les États-Unis à Antigua-et-Barbuda (a), et *Chine – Produits audiovisuels* en 2009, opposant la Chine aux États-Unis (b).

A — L'affaire *États-Unis – Jeux*

C'est au cours du différend *États-Unis – Jeux* que l'exception commerciale de moralité publique a été invoquée pour la première fois, et ce, en vertu de l'article XIV a) de l'AGCS. Les États-Unis ont affirmé que la moralité publique des citoyens devait être protégée vu le lien étroit entre le jeu en ligne et le crime organisé, la fraude, le blanchiment d'argent ainsi que la santé publique et la protection des enfants. Cette défense a été soulevée afin de justifier l'effet cumulatif des mesures américaines limitant l'accès au marché des services de jeux en ligne transfrontaliers. Ces mesures s'attaquaient notamment au paiement par serveur situé à l'extérieur du territoire américain. Or, l'économie d'Antigua-et-Barbuda reposait en grande partie sur le service de jeux en ligne offert un peu partout le monde. Le 27 mars 2003, Antigua-et-Barbuda a donc adressé une plainte à l'OMC soutenant que cet embargo américain contrevenait aux règles du commerce.

L'Organe d'appel a confirmé la conclusion du Groupe spécial qui a reconnu que les mesures américaines se justifiaient eu égard à l'exception de moralité

publique. Toutefois, le Groupe spécial a conclu que ces mesures n'étaient pas nécessaires, alors que l'Organe d'appel a plutôt conclu qu'elle ne franchissait pas le test du paragraphe introductif de l'article XIV de l'AGCS.

Le Groupe spécial a retenu une interprétation conforme «au sens ordinaire des termes lus dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'AGCS et de l'Accord sur l'OMC» (*États-Unis – Jeux* Rapport du Groupe spécial 2004 : paragraphe 6.459). Le choix des mots évoque celui du libellé du premier paragraphe de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui énonce le principe de bonne foi dans l'interprétation des traités. Pour faire émerger le sens ordinaire des mots «moralité» et «publique», le Groupe spécial a consulté les définitions contenues dans le *Shorter Oxford English Dictionary*. Il retient de son analyse qu'une mesure de nature publique «doit viser à protéger les intérêts du peuple au sein d'une collectivité ou d'une nation dans son ensemble» (*États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial 2004 : paragraphe 6.463). Puis il a déterminé que la moralité publique consistait en «une norme de bonne ou de mauvaise conduite appliquée par une collectivité en son nom propre [dont] la teneur [...] peut varier dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes» (*États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial 2004 : paragraphes 6.461 et 6.470-6.474).

Cela étant, le Groupe spécial a usé de moyens auxiliaires de détermination de la règle de droit pour confirmer que la protection de la moralité publique ou de l'ordre public consiste bien en une limitation légitime du jeu chez chacun de ses membres, et non pour déterminer la teneur de l'expression même de la moralité publique. Il a de ce fait retenu tour à tour une décision de la CIJ ainsi que des décisions de la Cour européenne de justice, l'interprétation soulevée par certains Membres (par exemple, Israël et les Philippines), ainsi qu'un exemple de pratique historique en matière de limitation du jeu (*États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial 2004 : paragraphes 6.461 et 6.470-6.474).

En somme, il a explicitement retenu le sens ordinaire des mots afin de déterminer la teneur de l'expression «moralité publique».

B — L'affaire *Chine – Produits audiovisuels*

Les États-Unis ont déposé une plainte à l'OMC contre la Chine en raison de l'instauration d'un système de censure qui opérait sur le territoire chinois eu égard aux matériels ayant un contenu culturel. La Chine justifiait l'imposition de ce système aux matériels de lecture, aux publications électroniques et aux différents produits audiovisuels qu'elle qualifie de «biens culturels», car elle estimait qu'il s'agissait «de produits d'un type unique qui sont susceptibles d'avoir une incidence négative importante sur la moralité publique» (*Chine*

– *Produits audiovisuels*, Rapport du Groupe spécial 2009 : paragraphe 7.751). Ces biens culturels «sont porteurs d'identité, de valeurs et de sens, les biens culturels jouent un rôle essentiel dans l'évolution et la définition d'éléments tels que les particularités de la société, les valeurs, les modes de vie en groupe, l'éthique et les comportements» (*Chine – Produits audiovisuels*, Rapport du Groupe spécial 2009 : paragraphe 7.751). En ce sens, la Chine s'appuyait sur la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle à laquelle sont parties la Chine et les États-Unis, sans toutefois l'invoquer comme moyen justifiant le manquement à ses obligations (*Chine – Produits audiovisuels*, Rapport du Groupe spécial 2009 : paragraphe 7.758, note de bas de page 538).

Les États-Unis n'ont pas contesté l'objectif poursuivi par la Chine dans l'adoption des mesures contestées. Ils ont plutôt contesté les moyens choisis par la Chine pour réaliser cet objectif de protection de la moralité publique. Ainsi ont-ils soutenu que les mesures n'étaient pas nécessaires, argument auquel le Groupe spécial s'est rangé.

Tout comme dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel dans le différend *Chine – Produits audiovisuels* a maintenu les conclusions du Groupe spécial quant à la portée de l'expression «moralité publique». Ce dernier s'est d'ailleurs appuyé sur les conclusions du précédent groupe spécial, affirmant que l'interprétation de l'expression «moralité publique» réalisée en fonction de l'article XIV a) de l'AGCS doit être retenue *mutatis mutandis* pour l'article XX a) du GATT (*Chine – Produits audiovisuels*, Rapport du Groupe spécial 2009 : paragraphes 7.759 et 7.762). Aucune analyse supplémentaire relative à la teneur de la moralité publique n'a été réalisée. Le Groupe spécial a conclu «que la protection de la moralité publique est un intérêt extrêmement important pour les pouvoirs publics et que la Chine a adopté un niveau élevé de protection de la moralité publique sur son territoire» (*Chine – Produits audiovisuels*, Rapport du Groupe spécial 2009 : paragraphe 7.863), sans plus de précisions.

Ainsi, à l'issue des deux différends *États-Unis – Jeux* et *Chine – Produits audiovisuels*, une grande déférence a été reconnue aux Membres afin de déterminer la teneur de la moralité publique.

C — L'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*

Le différend sur la prohibition de l'importation et de la commercialisation des produits dérivés du phoque opposant le Canada et la Norvège à l'UE a pris sa source dans l'adoption, par cette dernière, le 16 septembre 2009, du Règlement (CE) n° 1007/2009 sur le commerce des produits dérivés du phoque (Règlement PDP). Cette mesure visait, comme l'indique son article premier, à établir «des règles harmonisées concernant la mise sur le marché des produits dérivés du phoque». Le but du Règlement PDP consistait à répondre aux préoccupations des

citoyens et des consommateurs liées à la question du bien-être animal en rapport avec la mise à mort et l'écorchage des phoques et à la possible présence sur le marché de produits provenant d'animaux tués et écorchés dans des conditions de douleur, de détresse, de peur et d'autres formes de souffrance (*Règlement PDP*: article 37, 5^e considérant du préambule).

L'UE tentait ainsi de prohiber la commercialisation des produits dérivés de la chasse aux phoques, laquelle prohibition était marquée de trois exceptions énoncées comme suit :

i) les produits dérivés du phoque obtenus à partir de phoques chassés par les communautés inuites ou d'autres communautés indigènes (exception CI); *ii)* les produits dérivés du phoque obtenus à partir de phoques chassés à des fins de gestion des ressources marines (exception GRM); *iii)* les produits dérivés du phoque que les voyageurs font entrer dans l'Union européenne dans des circonstances limitées (exception Voyageurs) (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel 2014: paragraphe 1.4).

Le Groupe spécial a amorcé son analyse en rappelant la définition de l'expression « moralité publique » donnée par le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Jeux* selon laquelle « l'expression “moralité publique” désign[ait] les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom » (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013: paragraphe 7.383)². Dans le respect de ces constatations, le Groupe spécial a innové et proposé un « test de moralité publique » en deux étapes pour déterminer si une mesure a réellement pour objectif de protéger la moralité publique relative à une préoccupation de la société d'un Membre donné: (1) est-ce que « la préoccupation en question existe effectivement dans cette société ? » et (2) est-ce que « cette préoccupation relève du champ de la “moralité publique” telle qu'elle est “définie et appliquée” par un Membre qui réglemente “sur [son] territoire [...] selon [ses] propres systèmes et [ses] échelles de valeurs” » (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013: paragraphes 7.383 et 7.404).

Afin de répondre à la première question, soit l'existence chez les Européens d'une préoccupation pour le bien-être des phoques, le Groupe spécial a étudié le libellé et l'historique législatif du Règlement PDP. Il a conclu que « la mesure

2. Le Groupe spécial a d'abord réalisé l'analyse de l'objectif poursuivi par la mesure – la protection de la moralité publique – sous l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce. Toutefois, afin d'interpréter de manière cohérente et constante les accords de l'OMC, le Groupe spécial a conclu que les analyses précédemment réalisées du sens et de la portée du concept de moralité publique dans les affaires *États-Unis – Jeux* et *Chine – Produits audiovisuels* étaient « pareillement applicables à l'identification de l'objectif moral allégué d'un Membre qui réglemente dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC ». Voir *CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013: paragraphe 7.382.

[établit] l'existence de préoccupations du public de l'UE concernant le bien-être des phoques» (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013 : paragraphe 7.404), y incluant les préoccupations des Européens concernant les intérêts sous-jacents aux exceptions prévues pour les communautés autochtones relativement à la gestion des ressources naturelles et pour les voyageurs. En effet, ces intérêts ne sont pas indépendants du régime général de la mesure européenne :

Pour nous, les intérêts qui ont été pris en compte dans la mesure au moyen des exceptions doivent être distingués de l'objectif principal de la mesure dans son ensemble. En outre, contrairement à la question du bien-être des phoques, nous ne voyons rien dans les éléments de preuve présentés qui indique que les intérêts visés par les exceptions CI, GRM et Voyageurs procèdent des préoccupations des citoyens de l'UE. Par contre, d'après les éléments de preuve, il apparaît qu'ils ont été inclus au cours du processus législatif. Pour toutes ces raisons, nous ne considérons pas que les intérêts incorporés dans les exceptions CI, GRM et Voyageurs constituent des objectifs de politique générale indépendants du régime de l'UE applicable aux produits dérivés du phoque dans son ensemble (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013 : paragraphe 7.402).

L'Organe d'appel a ainsi confirmé que l'objectif principal visé par l'adoption de la mesure européenne était de répondre aux préoccupations du public concernant le bien-être des phoques, ce bien-être étant lié à la chasse de ces derniers (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel 2014 : paragraphes 5.145, 5.146 et 5.147).

Avant de répondre à la seconde question, c'est-à-dire l'établissement de l'existence du lien entre la préoccupation identifiée et la moralité publique, le Groupe spécial a précisé que, tenant compte de sa conclusion quant aux intérêts véhiculés par les exceptions, sa « tâche se limite à évaluer si les préoccupations du public concernant le bien-être des phoques sont ancrées dans la moralité des sociétés européennes » (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013 : paragraphe 7.404). Pour répondre favorablement à cette question, le Groupe spécial a rappelé que son analyse de l'historique législatif établissait certains liens entre les préoccupations du public et les considérations morales. Il a poursuivi en analysant le Traité de Lisbonne qui inclut une disposition confirmant le caractère sensible des animaux, des documents nationaux d'États membres de l'UE, divers textes législatifs d'autres Membres de l'OMC et les *Principes directeurs pour le bien-être animal* adoptés par l'Office mondial de la santé animale.

Le 22 mai 2014, l'Organe d'appel a publié ses rapports, mettant ainsi un terme au différend. Si l'Organe d'appel a « déclaré sans fondement et sans effet juridique les conclusions du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC », il a tout de même confirmé la qualification de l'objectif de la mesure européenne (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe

d'appel 2014 : paragraphes 5.134-5.149) au titre de l'article XX a) du GATT, telle qu'elle a été réalisée par le Groupe spécial. Par conséquent, les conclusions présentées précédemment ont été confirmées en appel.

Tant le Groupe spécial que l'Organe d'appel ont toutefois rejeté la défense de moralité publique présentée par l'UE, car il a été déterminé que l'exception CI était appliquée d'une manière discriminatoire arbitraire ou injustifiable conformément au test du paragraphe introductif de l'article XX du GATT.

II – L'interprétation de la moralité publique et la Convention de Vienne sur le droit des traités

Ainsi qu'il est mentionné à l'article 3.2 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (Mémoire d'accord), le mécanisme de règlement des différends à l'OMC a pour mandat « de clarifier les dispositions existantes [des accords de l'OMC] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». De plus, alors que le droit applicable en matière de règlement des différends est limité aux règles de l'OMC, il a été reconnu, et à maintes reprises rappelé, que le droit de l'OMC ne doit pas être lu « en l'isolant cliniquement du droit international public » (*États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules [Plainte du Venezuela et du Brésil]* 1996 : 19) et doit ainsi être interprété conformément aux règles d'interprétation du droit international public. En ce sens, les règles d'interprétation prévues au droit des traités sont applicables aux différends commerciaux. L'interprétation évolutive, telle qu'elle sera définie, y est incluse.

L'acte d'interprétation réalisé par les organes quasi-juridictionnels de l'OMC consiste essentiellement à expliquer un texte, à lui donner un sens par la sélection d'éléments pertinents, dans les limites ici prévues par le Mémoire d'accord (article 3.2). La méthode choisie pour interpréter les dispositions pertinentes peut ainsi émaner du droit international public général. Ainsi, le droit de l'OMC ne doit pas être lu de manière hermétique, sans considération pour les évolutions factuelles et le contexte réel dans lequel il s'inscrit. Il semble que ce principe s'exprime d'autant lorsque le moment est venu d'analyser un différend soulevant la prise en compte d'une valeur non marchande ou d'une préoccupation citoyenne telle que la moralité publique.

Or, les organes quasi-juridictionnels n'ont pas saisi l'occasion de renouveler l'interprétation du droit de l'OMC conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, particulièrement quant à l'article 31 3) c) qui prévoit une méthode dite évolutive du droit international. Cette méthode d'interprétation consiste essentiellement à redonner vie au libellé d'un traité, c'est-à-dire que « ce

n'est pas l'interprétation elle-même, mais le droit international ou le sens des notions ou des termes employés par lui qui sont susceptibles d'évoluer, et cette évolution influe sur l'interprétation» (Martin 1992 : 439). Plus précisément, l'interprétation évolutive se présente sous deux formes, l'une endogène, l'autre exogène, la première étant codifiée à l'alinéa b), l'autre à l'alinéa c) du troisième paragraphe de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'interprétation évolutive endogène consiste pour les États, confrontés à des phénomènes nouveaux, à se résoudre à appliquer un traité en l'adaptant à cette nouvelle réalité. L'interprétation évolutive exogène consiste plutôt en une prise en compte des modifications normatives survenues dans le système (Distefano 2011 : 374). Cette dernière est retenue pour deux raisons. Premièrement, la jurisprudence de l'OMC n'est pas contraignante, si ce n'est qu'entre les parties à un différend. L'Organe d'appel a refusé de reconnaître une pratique ultérieure, comme il est fait mention à l'article 31 3) b) de la Convention, et ce, malgré qu'il s'agisse essentiellement de tenir compte du contexte (*États-Unis – Droits anti-dumping et compensateurs [Chine] [Plainte de la Chine]* 2011 : paragraphe 325). Deuxièmement, l'Organe d'appel a reconnu que le droit de l'OMC ne doit pas être lu «en l'isolant cliniquement du droit international public (*États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules [Plainte du Venezuela et du Brésil]* 1996)» et qu'il doit ainsi être interprété conformément aux règles d'interprétation du droit international public. Ainsi devrait s'appliquer l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui prévoit les règles générales d'interprétation des traités aux différends commerciaux.

L'interprétation de la notion de moralité publique au sein des rapports adoptés par les organes juridictionnels semble confirmer qu'elle peut recevoir une interprétation évolutive (a). Or, si les rapports *CE – Produits dérivés du phoque* auraient pu permettre de consacrer cette méthode d'interprétation, la mise en œuvre du test de moralité publique et l'absence de prise en compte des normes de droit international ne permettent pas cette conclusion. Le Groupe spécial et l'Organe d'appel n'ont pas saisi cette occasion de rappeler que le droit du commerce s'interprète de manière systémique, comme il l'a fait antérieurement (b).

A — L'interprétation évolutive et l'objectif de moralité publique

Dans l'avis consultatif sur la Namibie, la CIJ a considéré que l'interprétation de notions «par définition évolutives» incluses à des traités de droit international «ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume». Elle précise de plus que «tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu» (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du*

Sud en Namibie [Sud-Ouest africain] nonobstant la résolution 276 [1970] du Conseil de sécurité, avis consultatif 1971 : page 31). Ce même principe de l'interprétation évolutive n'est pas sans rappeler l'article 31 3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette disposition permet l'articulation de normes avec différentes règles issues du système, c'est-à-dire « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

Le recours au principe d'interprétation évolutive pourrait avoir pour effet d'inciter l'ouverture du système commercial multilatéral, plus précisément de son mécanisme de règlement des différends, aux normes évoluant hors du cadre de l'OMC. Par conséquent, certains auteurs ont soutenu que des normes hors OMC pourraient être prises en compte dans le cadre du règlement d'un différend (Trebilcock et Howse 2002-2005) ; Marceau 2002 ; Pauwelyn 2001). Or, les organes quasi-juridictionnels n'ont été que peu réceptifs à cette méthode d'interprétation, hésitant à désigner expressément l'article 31 3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ou même le principe, dans leurs rapports, et ce, particulièrement en ce qui a trait aux exceptions commerciales.

L'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette* (1998) consiste en un exemple caractéristique d'une interprétation évolutive. Dans le cadre de ce différend, il a été question de la qualification des tortues marines au titre de l'article XX g) du GATT, c'est-à-dire qu'il était demandé de déterminer si celles-ci consistaient en une ressource naturelle épuisable. L'Organe d'appel s'est clairement et explicitement positionné en faveur d'une interprétation évolutive de l'objectif politique contenu à l'article XX g) :

L'expression « ressources naturelles épuisables » figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement. L'article XX n'a pas été modifié pendant le cycle d'Uruguay, mais le préambule de l'*Accord sur l'OMC* montre que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale. Le préambule de l'*Accord sur l'OMC* – qui éclaire non seulement le GATT de 1994, mais aussi les autres accords visés – fait expressément état de « l'objectif de *développement durable* » [les italiques sont dans l'original] (*États-Unis – Crevettes* 1998 : paragraphe 129).

En gardant à l'esprit le Préambule de l'Accord de l'OMC, l'Organe d'appel poursuit son analyse de l'exception et affirme que « le contenu ou la référence de l'expression générique “ressources naturelles” employée dans l'article XX g) ne sont pas “statiques”, mais plutôt “par définition évolutifs” ». Il conviendra

ainsi selon l'Organe d'appel de tenir compte des « conventions et déclarations internationales modernes qui font souvent référence aux ressources naturelles comme étant à la fois des ressources biologiques et non biologiques » (*États-Unis – Crevettes* 1998 : paragraphes 130 et 131). Conformément à ces constats, l'Organe d'appel a conclu que, puisque la communauté internationale a reconnu en 1994 l'importance de l'objectif de développement durable, il serait incongru de ne pas offrir une lecture actualisée du paragraphe g) de l'article XX du GATT en ce qu'il ne peut plus renvoyer strictement aux minéraux et autres ressources non biologiques épuisables (*États-Unis – Crevettes* 1998 : paragraphe 131). Par le jeu de la conciliation et de la complémentarité, l'Organe d'appel a ainsi confirmé qu'il est possible d'interpréter les Accords de l'OMC, plus précisément les objectifs véhiculés par les exceptions générales, en se référant au contexte actuel dans lequel ces exceptions sont articulées. Les développements issus de l'affaire *États-Unis – Crevettes* ont été largement amoindris par le rapport *CE – Produits biotechnologiques (Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques [Plainte des États-Unis, du Canada et de l'Argentine]* 2006).

Publié en 2006, le rapport *CE – Produits biotechnologiques* a largement nuancé les précédentes conclusions du rapport *États-Unis – Crevettes*. La question de la pertinence d'autres règles de droit international pour l'interprétation des Accords de l'OMC a été soulevée. Ainsi, au soutien de la défense de sa mesure qui imposait un moratoire sur la commercialisation des produits agricoles et alimentaires issus des biotechnologies, l'UE a rappelé son statut de partie à la Convention sur la biodiversité et au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques. Ce faisant, s'appuyant sur les conclusions du différend *États-Unis – Essence*, elle a soutenu que les Accords de l'OMC devaient « être interprétés et appliqués par référence aux règles pertinentes de droit international apparaissant en dehors du contexte de l'OMC » (*CE – Produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial 2006 : paragraphe 7.49). En ce sens, l'UE a souligné que

les parties plaignantes [trattaient] les questions juridiques concernant l'autorisation et le commerce international des OGM comme si elles étaient régies exclusivement par les règles de l'OMC, et ne [faisaient] absolument aucune référence aux règles pertinentes de droit international public qui ont été adoptées pour régir les préoccupations et prescriptions qui découlent des caractéristiques particulières des OGM (*CE – Produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial 2006 : paragraphe 7.49).

Comme le souligne Geneviève Dufour, si la décision du Groupe spécial d'écarter la prise en compte du Protocole de Cartagena « était prévisible, les raisons la motivant demeurent surprenantes » (Dufour 2007 : 308). Plus encore, elles sont décevantes.

Le Groupe spécial a entrepris son analyse de l'argument européen sur la pertinence des règles de droit international par une lecture de l'article 31 3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui stipule qu'au moment d'interpréter un traité il doit être tenu compte, «en même temps que du contexte [, de] toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Le Groupe spécial a reconnu d'emblée que le Protocole de Cartagena consistait en une «règle pertinente de droit international» (*CE – Produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial 2006 : paragraphe 7.67).

Cependant, le libellé de cette disposition prévoit que cette règle pertinente de droit international identifiée doit s'appliquer dans les relations entre les parties. Le Groupe spécial a conclu de son analyse de l'article 31 3) c) que l'expression «applicable dans les relations entre les parties» signifiait applicable entre *toutes les parties à un traité*. De ce fait, toujours selon le Groupe spécial, «les règles de droit international dont il faut tenir compte pour interpréter les Accords de l'OMC en cause en l'espèce sont celles qui sont applicables dans les relations entre les Membres de l'OMC» (*CE – Produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial 2006 : paragraphe 7.68). Plus encore, le Groupe a affirmé que l'expression «tenir compte» incluse à l'article 31 3) c) ne prescrivait aucun résultat en particulier. Le Groupe spécial a poursuivi son analyse en affirmant que «celui qui interprète un traité en suivant les instructions de l'article 31 3) c) de bonne foi devrait à notre avis opter pour l'interprétation qui est plus en accord avec les autres règles de droit international applicables» (*CE – Produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial 2006 : paragraphe 7.69). Le Groupe spécial a finalement conclu que cette disposition de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'interprète «comme exigeant l'examen des règles de droit international qui sont applicables dans les relations entre toutes les parties au traité qui est interprété» (*CE – Produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial 2006 : paragraphe 7.70). Il a de plus précisé que

le fait d'exiger qu'un traité soit interprété à la lumière des autres règles de droit international qui lient les États parties au traité assure ou renforce la compatibilité des règles de droit international applicables à ces États et contribue ainsi à éviter des conflits entre les règles pertinentes (*CE – Produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial 2006 : paragraphe 7.70).

Appliquant ces conclusions aux faits de l'affaire, le Groupe spécial a rejeté l'application de ces deux traités au différend, puisque les États-Unis n'avaient pas ratifié la Convention sur la diversité biologique et que le Protocole de Cartagena n'était pas en vigueur pour l'Argentine, le Canada et les États-Unis (*CE – Produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial 2006 : paragraphes 7.74 et 7.75).

Cette interprétation est difficilement réconciliable avec l'affirmation de l'Organe d'appel, répétée à maintes reprises, selon laquelle le droit de l'OMC ne doit pas être isolé cliniquement du droit international public. La publication de

ce rapport a suscité d'importantes critiques essentiellement parce qu'il prescrit l'isolation clinique dénoncée. En ce sens, la professeure Dufour a affirmé que « cette manière de comprendre l'expression "les parties" a conduit le Groupe spécial à énoncer un principe qui, à notre avis, isolera, s'il est suivi, définitivement le droit de l'OMC du reste du droit international » (Dufour 2007 : 309 ; Pauwelyn 2005 ; Koskenniemi 2006).

S'il a depuis été suivi, à une seule reprise, dans l'affaire *CE – Aéronefs civils gros porteurs (Communautés européennes – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs [Plainte des États-Unis]* 2011), ce rapport a surtout donné lieu à un débat à ce jour non résolu sur la prise en compte des règles de droit international par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. S'appuyant sur les conclusions de la Commission du droit international (Koskenniemi 2006), l'Organe d'appel a tenté d'élargir la portée des conclusions du rapport *CE – Produits biotechnologiques* :

Pour interpréter l'expression « les parties » figurant à l'article 31 3) c), il conviendrait de s'inspirer de ce qu'a dit l'Organe d'appel, à savoir que « le but de l'interprétation d'un traité est d'établir l'intention *commune* des parties au traité ». Cela donne à penser qu'il faut faire preuve de prudence lorsque l'on s'appuie sur un accord international auquel tous les Membres de l'OMC ne sont pas parties. En même temps, nous reconnaissons qu'une interprétation appropriée de l'expression « les parties » doit aussi tenir compte du fait que l'article 31 3) c) de la Convention de Vienne est considérée comme une expression du « principe de l'intégration systémique » qui, selon la CDI, vise à garantir que les « obligations internationales sont interprétées par référence à leur milieu normatif » d'une manière qui assure « cohérence et... efficacité » au processus d'interprétation juridique. Dans un contexte multilatéral comme l'OMC, lorsque l'on recourt à une règle ne relevant pas de l'OMC pour interpréter des dispositions des Accords de l'OMC, il faut établir un équilibre délicat entre, d'une part, le fait de prendre dûment en compte les obligations internationales d'un Membre de l'OMC donné et, d'autre part, le fait d'assurer une approche cohérente et harmonieuse de l'interprétation du droit de l'OMC entre tous les Membres de l'OMC (*CE – Aéronefs civils gros porteurs*, Rapport de l'Organe d'appel 2011 : paragraphe 845).

Après avoir examiné l'accord bilatéral liant les parties et en cause en l'espèce, l'Organe d'appel a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties au sens de l'article 31 3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (*CE – Aéronefs civils gros porteurs*, Rapport de l'Organe d'appel 2011 : paragraphe 855). Puisque c'est essentiellement le caractère pertinent de la règle et non l'expression des « parties » qui était en jeu, le débat demeure entier.

Les rapports des différends concernant l'exception de moralité publique auraient pu permettre aux organes quasi-juridictionnels de se pencher à nouveau sur les règles d'interprétation issues de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Dans son rapport *États-Unis – Jeux*, en affirmant que la teneur de la moralité publique « peut varier dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes », puis en convenant « d'accorder aux Membres une certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes [la moralité publique] sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs » (*États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial 2004 : paragraphe 6.461), le Groupe spécial, non renversé par l'Organe d'appel, a confirmé que cette notion s'interprète à la hauteur d'une norme nationale. Aussi, il n'a pas fait appel à une règle de droit international applicable dans les relations entre les parties ; il a plutôt retenu la pratique de certains États pour illustrer les liens entre moralité publique et jeux transfrontaliers, éléments de contexte relatif à la norme.

Il ne s'avérerait pas aisé pour le Groupe spécial dans l'affaire *Chine – Produits audiovisuels* de se prononcer sur la méthode interprétative à privilégier quant à la notion de moralité publique. En effet, les États-Unis n'ont pas contesté l'objectif politique défendu par les mesures chinoises, ils ont plutôt contesté la conformité des mesures au test de nécessité et au texte introductif de l'article XX du GATT. Il n'en demeure pas moins qu'il importe de souligner l'apport méthodologique indirect du Groupe spécial.

Sans l'affirmer explicitement, le Groupe spécial adhère à la posture chinoise quant au lien entre « bien culturel » et « moralité publique ». Ce faisant, la Chine s'est appuyée sur l'article 8 de la Déclaration de l'UNESCO pour affirmer que, « selon leur contenu, les biens culturels peuvent avoir une incidence majeure sur la moralité publique ». Cette disposition précise que les biens culturels « sont porteurs d'identité, de valeurs et de sens » et « ne doivent pas être considérés comme des marchandises ou des biens de consommation comme les autres ». Le moment venu d'analyser les mesures chinoises et l'objectif défendu par la mesure, le Groupe spécial a accepté l'affirmation chinoise selon laquelle « l'importation de produits du type en cause en l'espèce pourrait, selon leur contenu, avoir une incidence négative sur la moralité publique en Chine », et ce, en raison de la qualification de « bien culturel » conformément à la Déclaration de l'UNESCO (*Chine – Produits audiovisuels* 2009 : paragraphe 7.758, note de bas de page 538). En somme, le Groupe spécial a retenu, implicitement, un instrument international négocié en dehors des Accords de l'OMC, sans toutefois tenir compte des principes universels relatifs à la liberté d'expression (Pauwelyn 2010).

À ce stade de l'analyse de la notion de moralité publique, il semble possible de respecter l'esprit de la Convention de Vienne sur le droit des traités,

particulièrement de l'article 31 3) c), certes bien implicitement et au bénéfice du Membre défendeur. Ce constat est d'autant renforcé par la reconnaissance par le Groupe spécial dans l'affaire *Chine – Produits audiovisuels* de la portée de la protection de la moralité publique telle un intérêt extrêmement important pour les pouvoirs publics (*Chine – Produits audiovisuels* 2009 : paragraphe 7.863).

B — Le différend sur les produits dérivés du phoque : une occasion manquée d'arrimer le droit de l'OMC aux règles d'interprétation des traités

Préalablement à l'adoption des rapports scellant le différend sur les produits dérivés du phoque, les organes quasi-juridictionnels ont accordé une grande déférence aux Membres dans la détermination du contenu de la moralité publique. Puisqu'il est important de ne pas figer dans le temps une notion telle que la moralité publique (Marceau 2002 ; Trebilcock et Howse 2004-2005 : 290), un très large pouvoir d'appréciation a également été laissé aux Membres dans leur évaluation de la protection à accorder à la moralité publique.

Comme il a été mentionné, dans le rapport *CE – Produits dérivés du phoque*, le Groupe spécial a proposé un nouveau « test de moralité » en deux étapes, non renversé par l'Organe d'appel, afin de déterminer l'objectif poursuivi par la mesure européenne et, particulièrement, afin de déterminer « si une mesure vise à s'occuper de la moralité publique en relation avec une préoccupation particulière de la société d'un Membre » (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013 : paragraphe 7.383). Présenté sous la forme de deux questions, ce test permet de retenir une interprétation qui respecte la nature nationale de la norme de moralité publique tout en faisant appel à une interprétation évolutive au bénéfice du Membre défendeur. Or, certains éléments de preuve admis par le Groupe spécial dans la détermination de la moralité publique européenne jettent le doute quant à la méthode d'interprétation retenue.

L'analyse de l'objectif de la mesure européenne réalisée par le Groupe spécial repose sur des éléments de preuve qui permettent de comprendre le contexte dans lequel la mesure a été adoptée (par exemple les documents de la Commission européenne), l'arrière-plan ayant mené à l'adoption de la mesure (par exemple, les travaux et les débats parlementaires), ainsi que les valeurs européennes qui sous-tendent la mesure (les sondages, les enquêtes publiques, les débats parlementaires) (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013 : paragraphes 7.386-7.398 et 7.405-7.408). Ce faisant, son interprétation demeure cohérente avec les enseignements des précédents rapports, particulièrement *États-Unis – Jeux*, et avec les enseignements issus des règles d'interprétation énoncées à la Convention de Vienne sur le droit des traités, bien que ni le Groupe spécial ni l'Organe d'appel n'y aient fait explicitement référence.

Si cette réponse à la première question du test confirme en tous points la méthode d'interprétation retenue, la réponse formulée par le Groupe spécial à la deuxième question – le caractère de « moralité publique » ainsi que l'entend l'UE du bien-être des phoques – commande que l'on s'y attarde.

Dans la détermination de la moralité publique européenne, le Groupe spécial a non seulement retenu une preuve issue des institutions du Membre, confirmant sa nature nationale, mais il a de plus confirmé sa décision sur la base de l'existence, implicite, d'un certain consensus international qui ne repose sur aucune règle de droit international applicable entre les parties. Pour ce faire, il retient d'abord l'historique législatif du Règlement PDP qu'il compose non seulement des documents du Parlement européen et de la Commission européenne, mais également des normes du Conseil de l'Europe, une institution internationale à vocation régionale dont la majorité des voix est détenue par les États membres de l'UE. Une confusion s'insère ici entre les documents internationaux et ceux du Membre. Puis le Groupe spécial a accordé une importance considérable aux textes législatifs des membres de l'UE, de certains États non membres, du Conseil de l'Europe ainsi que de l'Organisation mondiale de la santé animale. Après avoir conclu que les éléments de preuve, étudiés dans leur ensemble, forment une norme de bonne ou de mauvaise conduite appliquée par l'UE relativement au bien-être des phoques, le Groupe spécial a, tout à la fois, formulé une mise en garde quant à l'importance à accorder à certains éléments de preuve et constaté un consensus mondial quant au bien-être des animaux :

Bien que les éléments de preuve qui nous ont été présentés n'établissent pas tous un lien explicite entre le bien-être des phoques ou des animaux et la moralité du public de l'UE, nous sommes néanmoins persuadés que les éléments de preuve dans leur ensemble démontrent suffisamment que le bien-être des animaux est une question d'ordre éthique ou moral dans l'Union européenne. Les courants de pensée internationaux et les mesures de nature similaire d'autres Membres de l'OMC, bien qu'ils ne soient pas nécessairement pertinents pour l'identification de l'objectif choisi par l'Union européenne, montrent que le bien-être des animaux est une question de responsabilité éthique pour les êtres humains en général (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013 : paragraphe 7.409).

Dans un premier temps, le Groupe spécial a semblé passer du bien-être des phoques au bien-être des animaux en général comme élément d'arrière-plan de la mesure européenne. Or, la réponse à la première question du test de moralité publique a permis de conclure qu'il existait bien une préoccupation concernant *le bien-être des phoques dans la société européenne* et non qu'il existe une préoccupation générale pour le bien-être des animaux qui justifie l'adoption d'une mesure précise quant à la commercialisation des produits dérivés du phoque. La réponse ainsi donnée par le Groupe spécial semble outrepasser la seconde question,

c'est-à-dire que la préoccupation identifiée – le bien-être des phoques – relève de la moralité publique du Membre. En effet, il est explicitement affirmé par le Groupe spécial que le bien-être des phoques ou des animaux est une question d'ordre moral au sein de l'UE, et ce, sur la base d'un ensemble d'éléments de preuve, y incluant des documents qui n'émanent pas des institutions du Membre en question.

Dans un second temps, le Groupe spécial a semblé se permettre une déclaration sur la recherche d'un éventuel consensus international relatif à la protection des animaux. Certes, le principe relatif à la protection des animaux peut sembler faire largement consensus dans la communauté internationale (Sykes 2014) ; il a même été rappelé aux travaux préparatoires du GATT en lien avec la moralité publique (Charnovitz 1997-1998 ; Hatton, Ouellet et Létourneau 2010), mais là n'était pas la question posée. En ce sens, le Groupe spécial a mis en garde le lecteur en affirmant que certains éléments de preuve présentés par l'UE n'étaient pas nécessairement pertinents. Il n'en demeure pas moins que dans le cadre du « test de moralité » qu'il a développé, le Groupe spécial devait déterminer si la préoccupation identifiée relevait du champ de la moralité publique *telle qu'elle est définie et appliquée par la seule UE*. Le Groupe spécial semble ici outrepasser le cadre d'analyse qu'il a lui-même déterminé. Encore aurait-il fallu que le Groupe spécial énonce sa démarche et appuie sa conclusion sur une ou des règles pertinentes de droit international applicable, au minimum, entre les parties.

Ainsi non seulement le Groupe spécial a-t-il retenu que les préoccupations des citoyens européens eu égard au bien-être des animaux sont de l'ordre de la morale en territoire européen, mais il a constaté qu'il existe un certain consensus international sur ce sujet, y incluant chez les plaignants (*CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial 2013 : paragraphe 7.409, note de bas de page 674). À cet égard, il oscille entre la déférence précédemment accordée aux Membres, une interprétation évolutive et la recherche d'une morale internationale relative à la préoccupation identifiée dont il n'est pas certain qu'elle soit de son ressort, contournant d'autant les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Cette percée hasardeuse a été largement limitée par la conclusion du test de l'exception commerciale selon laquelle l'application de l'exception CI est discriminatoire. En ce sens, il a été confirmé que l'objectif défendu par la mesure européenne reposait sur une préoccupation citoyenne en faveur du bien-être des phoques qui incluait les intérêts véhiculés par les exceptions. Le moment venu d'analyser l'aspect discriminatoire de la mesure, à savoir les exceptions, cette conclusion n'a pas été rappelée. Le débat s'est plutôt engagé sur l'absence de différence dans le résultat des modes de chasse ou sur la cohérence de l'objectif de la mesure et de son application ; que la chasse soit traditionnelle ou commerciale, le bien-être des phoques est atteint. Bien que l'UE ait dû faire face ici à l'ensemble de ses obligations, elle n'a pas plaidé pour la cohésion de ses différents engagements internationaux. Si tel avait été le cas, la question soulevée par

le Groupe spécial et par l'Organe d'appel relative à la notion de subsistance aurait pu être écartée s'il avait été question du droit à la sécurité de leurs activités économiques et traditionnelles consentis aux peuples autochtones, comme en fait foi la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007) à laquelle tous les Membres parties au différend se sont ralliés. En effet, si, en 2007, le Canada a voté contre cette résolution, il s'est ravisé et a présenté son appui à celle-ci en 2010 (*Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* 2010).

De plus, les débats concernant l'exception CI auraient pu être abordés en conformité avec les traités de droit international afin d'être à même d'en comprendre la portée. Outre la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, la Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux (1989) aurait pu servir d'outil interprétatif. Il semble ainsi s'agir d'une occasion manquée de réaffirmer la possibilité de référer aux conventions et aux déclarations internationales lorsque cela est nécessaire à l'interprétation d'une notion (*États-Unis – Crevettes* 1998 : paragraphe 130) et de présenter un argument sur le caractère systémique de l'ordre juridique international.

Certes, l'UE n'a pas semblé des plus enclines à présenter un argument fondé sur la Convention de Vienne sur le droit des traités, alors que le Canada a rejeté la pertinence des textes de droit international adoptés en dehors du cadre de l'OMC et que la Norvège a affirmé qu'il n'y avait pas de conflit de norme de droit international public, puisque aucun traité ne prévoyait l'adoption d'une quelconque préférence commerciale. Néanmoins, un recours fondé sur une interprétation évolutive aurait pu conduire à un résultat différent, précisément parce que la mesure adoptée a placé l'UE dans un conflit de normes.

En somme, il semble que cette interprétation dénature le sens premier donné à la moralité publique, c'est-à-dire l'expression d'une norme de conduite relative aux valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes chez un pays membre de l'OMC qui soit englobante et non strictement limitée à certaines conduites ou à certaines valeurs.

À ce titre, Christian Häberli a affirmé, après la publication des rapports du différend sur les produits du phoque, que non seulement les arbitres de l'OMC contribuent à la destruction des ponts créés entre les règles de droit international, mais que l'incohérence judiciaire engendrée par ces derniers peut nuire à la crédibilité et à l'acceptation du système commercial multilatéral. Cela est d'autant plus vrai lorsque les groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont face à des cas qui relèvent de « choix de société », tels que la moralité publique (Häberli : 2014).

Conclusion

Il importe de rappeler que, conformément à l'article 3 (2) du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, « le

système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral». En ce sens, non seulement «les recommandations et décisions [des organes quasi-juridictionnels] ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés», mais «les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant [...] des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public». Plus encore, la clarification des dispositions des Accords de l'OMC par les organes quasi-juridictionnels «conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public» consiste en une demande des Membres issue du cycle d'Uruguay.

Ainsi, s'il est maintenant permis d'affirmer que la moralité publique consiste en une norme de bonne ou de mauvaise conduite reconnue par une collectivité, dont la teneur s'interprète à la hauteur du contexte dans lequel elle évolue, certaines questions ne sont pas résolues, particulièrement quant à son interprétation. Le «test de moralité publique», développé dans le cadre du différend *CE – Produits dérivés du phoque*, pourrait être appelé à évoluer dans un avenir prochain, le moment venu de concilier à nouveau la moralité publique telle qu'elle est défendue par un Membre avec les objectifs, les normes du droit de l'OMC et les normes de droit international. Les décideurs seront peut-être, à ce moment-là, plus enclins à considérer les enseignements issus du droit international relatif à l'interprétation des traités.

Kristine PLOUFFE-MALETTE

Faculté de droit
Université de Sherbrooke
Sherbrooke (Québec) J1K 2R1
Canada

k.plouffe-malette@umontreal.ca

Bibliographie

- CHARNOVITZ Steve, 1998, «The Moral Exception in Trade Policy», *Virginia Journal of International Law*, n° 38 : 689-745.
- DUFOUR Geneviève, 2007, «Les OGM à l'OMC : résumé critique du rapport du Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*», *Revue québécoise de droit international*, Hors-série en hommage à Katia BOUSTANY : 281-311.
- DISTEFANO Giovanni, 2001, «L'interprétation évolutive de la norme internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 115, n° 2 : 373-396.
- HÄBERLI Christian, 2014, *Seals and the Need for More Deference to Vienna by WTO Adjudicators*, Fourth Biennial Global Conference of the Society of International Economic Law (SIEL), Working Paper n° 2014/22. Page consultée sur Internet (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2563474) le 2 octobre 2017.
- HATTON Anne-Catherine, Richard OUELLET et Lyne LÉTOURNEAU, 2010, «Du rôle de la genèse dans l'exégèse : pour une interprétation historiquement éclairée de l'exception de moralité publique du GATT», *Revue belge de droit international*, vol. 43, n° 2 : 601-629.

- HOWSE Robert L., Joanna LANGILLE et Katie SYKES, 2015, « Pluralism in Practice. Moral Legislation and the Law of the WTO After *Seal Products* », *George Washington International Law Review*, vol. 48, n° 1 : 81-150.
- KOSKENNIEMI Martti, 2006, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, Doc. off. AGNU, 58^e session, Doc. NU A/CN.4/L.682.
- MARCEAU Gabrielle, 2002, « Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4 : 753.
- MARTIN Antoine, 1992, « L'interprétation dite évolutive des termes insérés dans des traités internationaux. Regards sur un arrêt du Tribunal fédéral suisse », dans ouvrage collectif, *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn.
- MARWELL Jeremy C., 2006, « Trade and Morality. The WTO Public Morals Exception after Gambling », *New York University Law Review*, vol. 81, n° 2 : 802-842.
- MINISTÈRE DES AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD CANADA, 2010, *Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Page consultée sur Internet (www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142) le 2 octobre 2017.
- PAUWELYN Joost, 2001, « The Role of Public International Law in the WTO. How Far Can we Go? », *The American Journal of International Law*, vol. 95, n° 3 : 535-578.
- PAUWELYN Joost, 2005, « Unity and Fragmentation in International Law: Introductory Report on the World Trade Organization », *Rapport présenté à la Conférence de Palma sur l'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Palma, 21-21 mai. Page consultée sur Internet (scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1314/) le 2 octobre 2017.
- PAUWELYN Joost, 2010, « Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship. The WTO Appellate Body Report on *China-Audiovisuals* », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 11, n° 1 : 1-22.
- SYKES Katie, 2014, « Sealing Animal Welfare into the GATT Exceptions. The International Dimension of Animal Welfare in WTO Disputes », *World Trade Review*, vol. 13, n° 3 : 471-498.
- TREBILCOCK Michael J. et Robert HOWSE, 2004, « Trade Policy & Labor Standards », *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 14, n° 2 : 261-300.
- WITMEUR Renaud, 2012, « L'article XX a) du GATT : l'exception de moralité publique dans le commerce international », *Revue internationale de droit économique*, vol. 27, n° 3 : 237-268.
- WRIGHT Claire, 2010, « Censoring the Censors in the WTO. Reconciling the Communitarian and Human Rights Theories of International Law », *Journal of International Media & Entertainment Law*, vol. 3, n° 1 : 17-119.
- WU Mark, 2008, « Free Trade and the Protection of Public Morals: An Analysis of the Newly Emerging Public Morals Clause Doctrine », *Yale Journal of International Law*, vol. 33, n° 1 : 215-251.

Traités internationaux et déclarations internationales

- ACCORD général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1869 RTNU 219 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).
- ACCORD général sur les tarifs douaniers et le commerce, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 RTNU 192 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).
- CONVENTION n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux, 27 juin 1989, CIT, 76^e session (entrée en vigueur : 5 septembre 1991).
- CONVENTION concernant l'abolition du travail forcé, 25 juin 1957, OIT C105, 40^e session (entrée en vigueur : 17 janvier 1959).

- CONVENTION concernant l'interdiction et l'élimination des pires formes de travail des enfants*, 17 juin 1999, OIT C182, 80^e session (entrée en vigueur : 19 novembre 2000).
- CONVENTION des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 20 décembre 1988, 1582 RTNU 95 (entrée en vigueur : 11 décembre 1990).
- CONVENTION de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).
- CONVENTION pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, esclavage, travail forcé, trafic de personnes, exploitation de prostitution d'autrui*, 1949, 96 RTNU 271 (entrée en vigueur : 25 juillet 1951).
- CONVENTION supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*, 1956, 266 RTNU 3 (entrée en vigueur : 30 avril 1957).
- CONVENTION sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 RTNU 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993).
- CONVENTION sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, 18 septembre 1997, 2056 RTNU 211 (entrée en vigueur : 1^{er} mars 1999).
- CONVENTION sur les armes à sous-munitions*, 30 mai 2008, 2688 RTNU (entrée en vigueur : 1^{er} août 2010).
- CONVENTION sur les substances psychotropes*, 21 février 1971, 1019 RTNU 175 (entrée en vigueur : 16 août 1976).
- CONVENTION unique sur les stupéfiants de 1961 telle que modifiée par le Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, 25 mars 1972, 976 RTNU 105 (entrée en vigueur : 8 août 1975).
- DÉCLARATION des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones*. Doc. off. AG NU, A/RES/61/295, 2007, art. 20 (1).
- DÉCLARATION universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001, doc. off. UNESCO 31C/Rés 15:1.
- MÉMORANDUM d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. Annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).
- PROTOCOLE additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 2000, 2237 RTNU 319 (entrée en vigueur : 25 décembre 2003).
- PROTOCOLE de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 39 ILM 1027 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003).
- TRAITÉ d'interdiction complète des essais nucléaires*, 10 septembre 1996, Doc. off. AGNU A/RES/50/1027.
- TRAITÉ sur le commerce des armes*, 2 avril 2013, Doc. off. AGNU res 67/234B (non encore en vigueur).

Traité et règlement de l'Union européenne

- RÈGLEMENT (CE) n° 1007/2009 SUR LE COMMERCE DES PRODUITS DÉRIVÉS DU PHOQUE*, 2009, JO, L286/36 (entrée en vigueur le 20 août 2010).
- TRAITÉ de Lisbonne*, 2007, JO C306 (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009).

Arrêts et opinions de la Cour internationale de justice

- AFFAIRE Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgique c. Espagne)*, 1970, CIJ Recueil.

CONSÉQUENCES juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, 1971, CIJ Recueil.

Rapports de l'Organisation mondiale du commerce

CHINE – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Plainte des États-Unis), 2009, OMC Doc. WT/DS363/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

COLOMBIE – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures (Plainte du Panama), 2015, OMC Doc. WT/DS461/R (Rapport du Groupe spécial).

COLOMBIE – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures (Plainte du Panama), 2016, OMC Doc. WT/DS461/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

COMMUNAUTÉS européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada), 2001, OMC Doc. WT/DS135/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

COMMUNAUTÉS européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte des États-Unis, du Canada et de l'Argentine), 2006, OMC Doc. WT/DS291/292/293/R (Rapport du Groupe spécial).

COMMUNAUTÉS européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (Plainte du Canada et de la Norvège), 2013, OMC Doc. WT/DS400/R et WT/DS401/R (Rapport du Groupe spécial).

COMMUNAUTÉS européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (Plainte du Canada et de la Norvège), 2014, OMC Doc. WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

COMMUNAUTÉS européennes – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (Plainte des États-Unis), 2011, OMC Doc. WT/DS316/AB (Rapport de l'Organe d'appel).

ÉTATS-UNIS – Droits antidumping et compensateurs (Chine) (Plainte de la Chine), 2011, OMC Doc. WT/DS379/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

ÉTATS-UNIS – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte du Venezuela et du Brésil), 1996, OMC Doc. WT/DS2/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

ÉTATS-UNIS – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette, 1998, OMC Doc. WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

ÉTATS-UNIS – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda), 2004, OMC Doc. WT/DS285/R (Rapport du Groupe spécial).

ÉTATS-UNIS – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda), 2005, OMC Doc. WT/DS285/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

ÉTATS-UNIS – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle (Plainte de l'Indonésie), 2012, OMC Doc. WT/DS406/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

INDONÉSIE – Importation de produits horticoles, d'animaux et de produits d'origine animale (Plainte des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande), 2016, OMC Doc. WT/DS477/R, WT/DS478/R.