

HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE
L'HOMME



**LES DROITS DE L'HOMME ET LES ACCORDS
COMMERCIAUX INTERNATIONAUX**

**Utilisation des clauses d'exception générale pour
la protection des droits de l'homme**



NATIONS UNIES

HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE
L'HOMME



**LES DROITS DE L'HOMME ET LES ACCORDS
COMMERCIAUX INTERNATIONAUX**

**Utilisation des clauses d'exception générale pour
la protection des droits de l'homme**



NATIONS UNIES
New York et Genève, 2005

NOTE

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

* * *

La reproduction, en tout ou partie, de la teneur de la présente publication est autorisée. Toutefois, en pareil cas, il est demandé que mention soit faite de la source et qu'un exemplaire de l'ouvrage où sera reproduit l'extrait soit communiqué au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Palais des Nations, 8-14 avenue de la Paix, CH-1211 Genève 10 (Suisse).

HR/PUB/05/5

Préface

La relation entre commerce et droits de l'homme suscite depuis quelques années un intérêt croissant. Si le commerce peut être un moteur de croissance économique utile pour lutter contre la pauvreté et promouvoir le développement, il peut également menacer les droits de l'homme dans certaines situations. Les controverses récentes au sujet des incidences des brevets sur le prix des médicaments essentiels ont souligné le droit à la dimension santé dans le commerce.

Or il existe des moyens de concilier les règles commerciales et les droits de l'homme et d'orienter la croissance économique et le développement pour que chacun puisse vivre dans la dignité. La présente publication étudie l'une de ces voies, à savoir l'utilisation des clauses d'exception générale dans les accords commerciaux internationaux pour protéger les droits de l'homme. Elle entend en particulier démontrer comment trois exceptions spécifiques – autorisant les États à prendre des mesures pour protéger la moralité publique, la santé et la vie des personnes et l'ordre public – pourraient être pertinentes par rapport aux droits de l'homme.

Le chapitre I présente les quatre étapes à suivre pour interpréter ces clauses d'exception générale et décrit, d'un point de vue juridique, comment celles-ci pourraient s'appliquer à la protection des droits de l'homme.

Le chapitre II s'appuie sur le bon sens ainsi que sur l'approche, apparemment flexible, adoptée par l'Organisation mondiale du commerce pour définir les clauses d'exception générale considérées comme un moyen de défendre les normes relatives aux droits de l'homme en tant qu'exceptions légitimes aux règles commerciales. Plus spécifiquement, il est argumenté que la reconnaissance en ces termes des normes internationales relatives aux droits de l'homme contribuerait à pallier certains inconvénients – perçus comme tels – de la libéralisation du commerce. Cette approche permettrait également aux États de se conformer à la fois à leurs obligations en matière de droits de l'homme et à leurs engagements dans le cadre de l'OMC, tout en prenant en compte les décisions de leurs parlements et de leurs tribunaux.

Enfin, le chapitre III étudie ce qui différencie les procédures de règlement des différends commerciaux des systèmes d'arbitrage prévus dans le domaine des droits de l'homme. Il décrit les obstacles juridiques et les difficultés pratiques rencontrés dès lors que des problèmes de droits de l'homme sont

soulevés devant une instance conçue pour régler des différends commerciaux internationaux et propose des moyens d’y remédier.

La présente publication a été élaborée en vue des discussions dans le cadre de la sixième Conférence ministérielle de l’OMC qui aura lieu à Hong Kong (Chine). Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme remercie M. James Harrison pour son importante contribution à l’élaboration de ce document, ainsi que M. Steve Charnovitz, M. Robert Howse et M^{me} Gabrielle Marceau qui ont aidé à en finaliser le texte.

Table des matières

	<i>Page</i>
Préface	iii
Abréviations	iv
Introduction	1
I. Les clauses d'exception générale en tant que mécanisme pour soulever des questions relatives aux droits de l'homme dans les procédures de règlement des différends de l'OMC	5
II. Conclusions sur l'applicabilité des exceptions générales aux arguments en faveur des droits de l'homme dans le cadre de l'OMC	18
III. Questions méthodologiques dans l'interprétation des clauses d'exception générale sous l'angle des droits de l'homme, et réponses possibles	20

Abréviations

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)
AGCS	Accord général sur le commerce des services
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMP	Accord sur les marchés publics
ANASE	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CE	Communautés européennes
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FIDH	Fédération internationale des droits de l'homme
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
MIC	Mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC)
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
OTC	Obstacles techniques au commerce (Accord OTC)
SGP	Système généralisé de préférences
UE	Union européenne

Introduction

L'objectif de la présente publication est de susciter un débat sur l'utilisation des clauses d'exception générale dans les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) pour faire en sorte que les accords commerciaux ménagent aux membres de l'OMC la flexibilité dont ils ont besoin pour s'acquitter de leurs obligations découlant du droit international relatif aux droits de l'homme.

Cette publication s'inscrit dans la continuité des travaux du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) sur la question des droits de l'homme et du commerce. Elle répond directement à une recommandation faite par le Haut-Commissaire dans une étude analytique, visant à examiner les incidences sur les droits de l'homme des clauses d'exception générale contenues dans les accords de l'OMC¹.

Le Haut-Commissaire a été amené à élaborer cette recommandation après constatation que les objectifs du système commercial multilatéral et ceux du droit international relatif aux droits de l'homme diffèrent sous de multiples aspects. En effet, les principes internationaux en matière de droits de l'homme sont étroitement liés à la réalisation d'une égalité réelle et à l'élimination des déséquilibres structurels entraînant une discrimination. Le droit commercial international vise surtout à réduire le protectionnisme commercial et à améliorer les conditions de concurrence internationale. Ces deux objectifs généraux ne sont pas forcément incompatibles; cependant, l'étude analytique fait référence à trois situations – marchés publics, commerce des produits agricoles et label social – dans lesquelles les interdictions de discrimination faites dans le droit relatif aux droits de l'homme et dans le droit commercial, respectivement, pourraient se révéler incompatibles. D'après les conclusions de l'étude, il est fondamental dans le débat sur la mondialisation, à l'heure où les règles commerciales internationales sont étendues à de nouveaux domaines de réglementation publique, de comprendre comment la nécessité de réduire les déséquilibres structurels entraînant une discrimination et de promouvoir une égalité réelle dans le domaine des droits de l'homme peut être conciliée avec les règles et principes commerciaux². D'après l'étude analytique, les exceptions générales prévues dans les accords de l'OMC pourraient constituer un mécanisme permettant de concilier les objectifs du système commercial multilatéral et ceux du droit relatif aux droits de l'homme.

L'étude est centrée exclusivement sur la question de la discrimination. Cependant, pour comprendre comment la nécessité de protéger les droits de l'homme peut être conciliée avec les objectifs commerciaux, il faut prendre en compte non seulement le principe de non-discrimination mais également bien d'autres règles et politiques commerciales. Par exemple, le Haut-Commissaire a déjà pris en considération les aspects relatifs aux droits de l'homme dans la protection de la propriété intellectuelle³, le commerce des produits agricoles⁴, le commerce des services⁵ et les investissements⁶.

Alors qu'il a été constaté dans ces rapports que la libéralisation du commerce avait la capacité de renforcer la jouissance des droits de l'homme,⁷ l'objectif d'une approche du commerce fondée sur les droits de l'homme est d'étudier les zones potentielles de conflit entre les deux cadres juridiques et les moyens de les éviter.

INCIDENCES DES RÈGLES ET POLITIQUES COMMERCIALES SUR LA JOUISSANCE DES DROITS DE L'HOMME

La libéralisation du commerce des produits agricoles peut créer des débouchés à l'exportation pour les pays exportateurs de produits agricoles et promouvoir la croissance et le développement. Cependant, les petits agriculteurs n'ont pas toujours la capacité de produire des cultures d'exportation en quantités suffisantes et, face à une concurrence plus forte pour l'accès aux ressources, et notamment à la terre, ils risquent d'être privés des avantages potentiels découlant du commerce. De même, le développement des débouchés à l'exportation pourrait avoir pour effet d'accaparer des terres et autres ressources au détriment de la production de produits alimentaires pour le marché intérieur, avec les risques que cela comporte pour la sécurité alimentaire de la population⁸. Sans mesures de sauvegarde et de transition appropriées, les règles et les politiques commerciales pourraient avoir des effets néfastes sur le droit à l'alimentation, les droits des travailleurs et d'autres droits des petits agriculteurs et des populations rurales pauvres.

La protection de la propriété intellectuelle – en particulier celle conférée par les brevets – devrait favoriser les investissements dans l'innovation, notamment dans la recherche pharmaceutique, ce qui est nécessaire à la promotion du droit à la santé. En même temps, elle risque de privilégier une approche trop commerciale de l'innovation et de concentrer le contrôle de la diffusion des technologies pharmaceutiques et autres dans les mains d'un

nombre relativement réduit de sociétés. La protection de la propriété intellectuelle risque ainsi de perdre de vue ses objectifs généraux en matière de développement. En particulier, les médicaments les plus coûteux pourraient devenir inabordable pour les personnes démunies, avec les incidences négatives que cela implique sur la jouissance du droit à la santé et d'autres droits de l'homme⁹.

Une réforme des marchés publics pourrait certes assurer une transparence accrue et une concurrence effective, à l'échelon international, dans ce domaine, mais elle pourrait également empêcher les pouvoirs publics de mettre à profit les possibilités que leur offrent ces procédures de promouvoir les chances des personnes traditionnellement victimes de discrimination, par exemple les femmes sur le marché du travail ou les autochtones¹⁰. Il importe donc de veiller à ce que la réforme des marchés publics soit menée sans perdre de vue les fonctions sociales de ces marchés.

Les États ont eu recours au système généralisé de préférences (SGP) pour promouvoir les droits de l'homme, par exemple pour abolir le travail forcé et le travail des enfants ou en conditionnant les avantages de ce système à la ratification des normes de l'Organisation internationale du Travail. D'une part, le lien ainsi établi entre commerce et droits de l'homme a mis en évidence les aspects sociaux du commerce et les préoccupations des consommateurs en ce qui concerne un commerce plus équitable. D'autre part, le lien entre ces deux domaines a suscité des craintes quant à l'utilisation éventuelle des droits de l'homme pour masquer un protectionnisme étroit ou des visées politiques, tout en réduisant les possibilités commerciales dans les pays plus pauvres et en aggravant en fait la situation des travailleurs dans ces pays¹¹. L'utilisation du commerce pour réaliser des objectifs en matière de droits de l'homme dans d'autres pays reste donc controversée.

Au bout du compte, l'important est de savoir comment les États pourraient renforcer l'impact positif du commerce sur les droits de l'homme, tout en se préservant de ses incidences négatives. Il y a déjà une certaine flexibilité dans les règles commerciales en vue de réaliser les objectifs liés aux droits de l'homme dans le cadre de la réforme du commerce – par exemple, en ce qui concerne l'octroi obligatoire de licences pour les médicaments essentiels. Les clauses d'exception générale permettent également, au sein de l'OMC, d'invoquer des arguments fondés sur les droits de l'homme s'il est constaté qu'un État membre a enfreint les règles fondamentales d'un accord de l'OMC. Il existe donc un moyen d'assurer que

les règles de l'OMC seront interprétées et mises en œuvre en respectant dûment les normes et règles internationales relatives aux droits de l'homme dans des situations d'incompatibilités potentielles.

Cela ne signifie pas que les clauses d'exception générale sont la seule manière de concilier les deux cadres normatifs. Tout doit être fait pour interpréter et mettre en œuvre les règles essentielles contenues dans les accords de l'OMC en tenant compte des normes et des règles pertinentes en matière de droits de l'homme, et pour utiliser les dispositions spécifiques de l'OMC qui peuvent servir à protéger et promouvoir les droits de l'homme¹². Les clauses d'exception devraient être envisagées en dernier ressort.

I. LES CLAUSES D'EXCEPTION GÉNÉRALE EN TANT QUE MÉCANISME POUR SOULEVER DES QUESTIONS RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME DANS LES PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC

Les clauses d'exception générale constituent un mécanisme permettant de refléter des intérêts et des obligations qui sont importants pour les États mais qui ne sont pas compatibles avec les accords de l'OMC. Elles reconnaissent «l'importance d'une nation souveraine qui peut agir pour promouvoir les objectifs de la liste [des exceptions], même lorsqu'une telle action est par ailleurs incompatible avec différentes obligations liées au commerce international¹³». L'Organe d'appel de l'OMC a souscrit à ce point de vue¹⁴. Mais les exceptions générales ne devraient pas conférer aux gouvernements le droit de prendre toute décision qui leur paraît appropriée sur le plan intérieur, même si c'est à des fins de protection sociale. Une telle interprétation pourrait rendre inopérant tout le système de l'OMC dès lors que des exceptions pourraient être invoquées pour priver d'effet toute obligation souscrite dans le cadre de l'OMC¹⁵. Il est donc nécessaire d'évaluer séparément les clauses d'exception des accords commerciaux pour comprendre comment elles pourraient être utilisées à des fins légitimes en matière de droits de l'homme.

Trois des accords de l'OMC contiennent des clauses d'exception générale¹⁶: l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), article XX; l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), article XIV; et l'Accord sur les marchés publics (AMP), article XXIII. L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) contient également une clause générale de type exception concernant l'octroi de brevets¹⁷. Les autres accords de l'OMC ne contiennent pas de telles clauses¹⁸. Mais pour les questions liées aux accords énumérés à l'annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (par exemple, l'Accord sur l'agriculture), le GATT est applicable, même si le statut des clauses d'exception n'est pas clair dans ce contexte¹⁹. L'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) adopte une approche différente. Au lieu de considérer les questions liées aux droits de l'homme, telles que la protection de la santé et de la vie des personnes, comme des exceptions générales, cet accord les intègre au processus visant à déterminer si une mesure est conforme aux règles commerciales²⁰.

Il apparaît clairement que certaines exceptions générales ne sont pas pertinentes pour les droits de l'homme, et que d'autres sont si étroitement liées à des droits de l'homme spécifiques qu'il n'y a guère de raison d'en examiner en détail le contenu²¹. Cependant, trois de ces exceptions générales pourraient s'appliquer à un ensemble plus vaste de questions liées aux droits de l'homme. Deux d'entre elles apparaissent sous différentes formes dans les quatre accords précités. La première est l'exception permettant aux États de prendre des mesures pour protéger la moralité publique²². La deuxième est l'exception autorisant des mesures pour protéger la *santé* et la *vie* des personnes et des animaux et préserver les végétaux. La troisième permet de prendre des mesures pour protéger l'ordre public, et elle apparaît dans l'Accord sur les ADPIC, l'AMP et l'AGCS; le fait qu'elle n'existe pas dans le GATT est sans signification²³.

La Convention de Vienne sur le droit des traités énonce la méthode d'interprétation qui fait autorité lorsqu'il s'agit d'évaluer l'applicabilité aux droits de l'homme de ces clauses d'exception. Une telle approche en matière d'interprétation est prévue à l'article 3.2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, qui dispose que les accords de l'OMC doivent être interprétés à la lumière des «règles coutumières d'interprétation».

L'article 31.1 de la Convention de Vienne, dispose qu'un traité «doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but». Étant donné que ces clauses sont des clauses d'exception aux dispositions générales d'un traité, «l'objet et le but» du traité lui-même pourraient être d'une utilité limitée pour les interpréter. L'article 31 dit ensuite que le «contexte» aux fins de l'interprétation doit comprendre le préambule et les annexes. En outre, toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité doit être prise en compte. Ainsi, la jurisprudence de l'OMC sera un outil d'interprétation important.

En vertu de l'article 31.3 c), il sera tenu compte de «toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». Enfin, l'article 32 permet de recourir à des moyens complémentaires d'interprétation, notamment aux travaux préparatoires du traité, lorsque le processus d'interprétation énoncé à l'article 31 laisse le sens d'un terme ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

De ce fait, les outils d'interprétation fondamentaux applicables aux clauses d'exception générale qui pourraient être pertinentes pour les droits de l'homme seraient:

- Une évaluation du sens ordinaire à donner aux termes;
- Le contexte, notamment le préambule des traités et la jurisprudence de l'OMC;
- Toute règle de droit international applicable entre les parties;
- Si besoin est, des moyens complémentaires d'interprétation, notamment les travaux préparatoires du traité.

Une évaluation du sens ordinaire à donner aux termes

Pour ce qui est du sens de l'expression «moralité publique», le *Universal Dictionary of the English Language* définit «moral» comme «qui concerne la différence entre le bien et le mal dans les questions de comportement». D'après le *Webster's New International Dictionary*, «moral» signifie «conforme à une norme établissant ce qui est bien et ce qui est mal...». Nous disposons ainsi d'une définition très vaste. Mais toute thèse excluant les normes et les règles internationales relatives aux droits de l'homme en se fondant sur le sens ordinaire attribué aux termes serait très difficile à soutenir. Car, «[d]ans le monde moderne, l'idée même de moralité publique est aujourd'hui inséparable des questions liées à la nature humaine, à la dignité et aux capacités de la personne, telles qu'elles s'expriment dans les droits fondamentaux. Une conception de la moralité publique excluant la notion de droits fondamentaux serait tout simplement contraire au sens que l'on donne aujourd'hui ordinairement à ce concept²⁴.»

L'expression «santé et vie des personnes», prise dans son sens usuel, a également une portée très vaste et peut recouvrir divers droits de l'homme. Il est certain que cette expression s'applique au droit à la vie²⁵ et au droit à la santé²⁶. Mais il existe toute une série d'autres droits qui devraient également être pris en compte. En particulier, en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels, il est dit ceci à l'article 25, paragraphe 1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme: «Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires; elle a droit à la

sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.» Dans l'optique des droits de l'homme, le concept de «santé et vie des personnes» est donc associé à un vaste éventail de droits économiques, sociaux et culturels liés au bien-être de la personne.

Enfin, le sens ordinaire de l'expression «ordre public» est si vaste que cela ne donne guère d'éclaircissements sur la façon dont il devrait être interprété dans la présente étude. Il n'y a là rien de surprenant étant donné que les origines juridiques de cette expression sont très spécifiques (voir ci-après), et cette spécificité devrait être considérée comme le «contexte» dans lequel ce terme devrait être défini.

Le contexte, notamment le préambule des traités et la jurisprudence de l'OMC

Le problème fondamental de ce type d'analyse réside dans le fait qu'il n'existe que peu d'indications directement pertinentes dans la jurisprudence. De simples références aux droits de l'homme dans les procédures de règlement des différends de l'OMC sont extrêmement rares²⁷ et les clauses d'exception proprement dites n'ont jamais été invoquées à ce propos. En outre, il n'y a eu qu'une seule affaire où aient été prises en considération les expressions «moralité publique» ou «ordre public» – en rapport avec l'article XIV a) de l'AGCS²⁸ – et il n'y a aucune jurisprudence concernant l'article XX a) du GATT de 1994²⁹.

Dans l'affaire *États-Unis – Services de jeux et paris*, le Groupe spécial a estimé que la «moralité publique» désignait «les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom», alors que l'«ordre public» désignait «la préservation des intérêts fondamentaux d'une société, tels qu'ils sont reflétés dans l'intérêt et le droit publics. Ces intérêts fondamentaux peuvent se rapporter entre autres aux normes de droit, de sécurité et de moralité.». Le Groupe spécial a soutenu en outre que la «moralité publique» et l'«ordre public» étaient deux concepts distincts mais qu'un certain chevauchement pouvait exister, dans la mesure où tous les deux cherchaient à protéger des valeurs largement similaires. Cependant, le Groupe spécial n'a pas eu à examiner la composante droits de l'homme de ces deux concepts. Il est également utile de prendre acte de l'opinion du Groupe spécial selon laquelle la teneur des expressions

«moralité publique» et «ordre public» pouvait varier dans le temps et dans l'espace en fonction des valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes, et qu'«il conviendrait d'accorder aux Membres une certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes [ces concepts] sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs³⁰». Dans son examen récent de la décision, l'Organe d'appel semble confirmer les interprétations du Groupe spécial³¹.

D'autres affaires font référence à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, en relation avec l'article XX b) du GATT. Bien qu'aucune de ces affaires n'ait impliqué une interprétation de la clause d'exception en tenant compte des normes relatives aux droits de l'homme³², la jurisprudence donne quelques éclaircissements sur les interprétations possibles de ladite clause aux fins des droits de l'homme. Dans une affaire, des restrictions visant les importations de cigarettes étrangères en Thaïlande sont en cause. Le Groupe spécial chargé du règlement du différend a estimé que l'interdiction des importations de cigarettes ne se justifiait pas au titre de l'article XX b), parce qu'il n'était pas démontré qu'une telle mesure avait effectivement permis de réduire la consommation de tabac dans le pays et parce qu'il y avait d'autres moyens effectifs d'atteindre cet objectif de politique. Cependant, le Groupe spécial «a relevé que cette disposition autorisait clairement les parties contractantes à donner à la santé des personnes priorité sur la libéralisation du commerce», tant que la mesure adoptée pour promouvoir un tel objectif était nécessaire. Le Groupe spécial a constaté que l'interdiction d'une publicité pour les cigarettes se justifiait généralement par des raisons de santé publique et pouvait être justifiée au sens de l'article XX b)³³. La liberté des États membres de déterminer le niveau de protection qui leur semble nécessaire a été soulignée dans l'affaire *CE – Amiante*, dans laquelle on a estimé: «...il n'est pas contesté que les Membres de l'OMC ont le droit de fixer le niveau de protection de la santé qu'ils jugent approprié dans une situation donnée³⁴». Ces affaires laissent supposer que les États disposent d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'ils prennent des mesures pour protéger la vie ou la santé de leur population, tant qu'ils sont capables de démontrer qu'il existe un véritable risque pour la santé et que la mesure commerciale est véritablement propre à réduire ce risque.

Il existe par ailleurs une jurisprudence de l'OMC qui est, d'une manière générale, pertinente pour l'interprétation des clauses d'exception générale. Elle se réfère à d'autres clauses subsidiaires de l'article XX du GATT³⁵ et

montre quelle pourrait être l'interprétation d'un groupe spécial chargé du règlement d'un différend ou de l'Organe d'appel dans des affaires faisant intervenir les clauses considérées dans la présente étude et leur pertinence par rapport aux droits de l'homme.

Tout d'abord, le premier principe important consacré par la jurisprudence est que ces clauses ne devraient pas être interprétées d'une manière plus étroite ou plus stricte simplement parce qu'elles constituent des exceptions aux règles générales des accords de l'OMC. L'affaire *CE – Hormones* établit que «d'une façon analogue, le simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d'«exception» ne justifie pas en soi une interprétation «plus stricte» ou «plus étroite» de cette disposition que ne le justifierait l'examen du sens ordinaire du libellé du traité considéré dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce dernier ou, autrement dit, en appliquant les règles normales d'interprétation des traités³⁶». Dans cette même affaire, l'Organe d'appel a estimé que si le sens d'un traité est ambigu, il faut privilégier le sens «qui est le moins contraignant pour la partie qui assume une obligation» ou qui «impose aux parties des restrictions de nature moins générale³⁷». Une telle technique d'interprétation élargit le champ d'application des clauses d'exception générale puisque celles-ci exonèrent les États de leurs obligations conventionnelles³⁸.

Ensuite, on trouve des éléments permettant une interprétation plus large des clauses d'exception, dans une autre affaire de l'OMC, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, dans laquelle il est dit que les règles de l'OMC «ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face aux flux et reflux incessants et toujours changeants de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel. Elles seront plus utiles au système commercial multilatéral si nous les interprétons en gardant cela présent à l'esprit³⁹». Une telle approche est particulièrement pertinente pour les clauses d'exception, étant donné qu'elles ont été «rédigées intentionnellement en termes généraux pour permettre la flexibilité nécessaire à l'utilisation d'une seule norme dans de nombreuses circonstances factuelles distinctes⁴⁰».

Enfin, une telle approche flexible de l'interprétation est étayée par un principe issu de la jurisprudence que l'on pourrait qualifier d'«approche évolutive». La plupart des jurisprudences pertinentes se rapportent à des affaires dans lesquelles les exceptions générales ont été invoquées à des fins environnementales. Ces affaires sont comparables du fait qu'elles impliquent des questions sociales importantes comportant des valeurs non économiques

qui, dans le système de l'OMC, doivent être mises en balance avec les préoccupations d'ordre commercial. Un principe très important a été énoncé par l'Organe d'appel dans l'affaire dite aujourd'hui «*Crevettes/Tortues*⁴¹», où il a eu à examiner le sens de l'expression «ressources naturelles épuisables» figurant à l'article XX g) du GATT. L'Organe d'appel a estimé que cette expression s'appliquait à des espèces menacées comme la tortue. Il a suivi ainsi une «approche évolutive» pour interpréter les termes du traité, en considérant que les termes d'un traité ne sont pas statiques mais doivent être interprétés à la lumière de leur signification actuelle⁴². Ainsi, les membres de l'OMC pouvaient prendre des mesures qui, en d'autres circonstances, constitueraient une violation de leurs obligations découlant du GATT pour protéger des espèces menacées au titre de l'exception prévue à l'article XX g) du GATT. Pour définir la portée de l'article XX g) du GATT, l'Organe d'appel s'est référé au droit environnemental international tel que développé depuis les négociations ayant abouti à la mise en place du GATT initial, et il a considéré que les dispositions du droit environnemental international étaient celles en fonction desquelles le sens de l'expression «ressources naturelles épuisables» devait être déterminé.

L'Organe d'appel a établi que cette «approche évolutive» était, d'une manière générale, appropriée pour interpréter le sens des termes des traités, citant plusieurs affaires de la Cour internationale de Justice. Les expressions «moralité publique», «santé et vie des personnes» et «ordre public» devaient également être interprétées en ayant recours à une «approche évolutive», qui reconnaîtrait les normes et les règles internationales relatives aux droits de l'homme telles qu'elles sont respectées aujourd'hui⁴³.

Pour terminer, il convient de noter qu'on trouve dans la jurisprudence quelques éléments étayant le recours aux exceptions générales considérées comme un mécanisme permettant d'imposer des conditions et des sanctions à d'autres pays qui n'adhèrent pas aux normes relatives aux droits de l'homme. Dans l'affaire *Crevettes/Tortues*, on a estimé que les sanctions étaient justifiées, même si un certain doute subsistait quant au point de savoir si les tortues (auxquelles devait bénéficier la protection environnementale) entreraient sur le territoire des États-Unis⁴⁴. Ainsi, cette décision a montré que des restrictions pouvaient être imposées légalement à d'autres pays même lorsque les bénéficiaires présumés n'avaient pas de lien avec le pays ayant instauré la restriction (par exemple, une interdiction visant des produits fabriqués dans un autre pays selon des conditions de travail ne respectant pas les droits fondamentaux du travail)⁴⁵. Cependant, il semble clair d'après le raisonnement

de l'Organe d'appel (dans cette affaire et dans d'autres) que si l'exception est invoquée pour des raisons ne relevant pas de la juridiction de ce pays, par exemple pour appliquer des normes en matière de travail dans un autre État, elle sera bien plus difficile à justifier que lorsqu'un pays invoque une exception générale dans le but, par exemple, de protéger les droits fondamentaux de sa propre population⁴⁶.

Toute règle de droit international applicable entre les parties

L'obligation de prendre en compte toutes «règle de droit international applicable entre les parties» a été retenue par l'Organe d'appel qui a estimé, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, qu'il ne fallait pas lire le droit de l'OMC «en l'isolant cliniquement du droit international public⁴⁷». Pour une interprétation large de cette obligation, il est important de ne pas déduire des termes «entre les parties» que les règles du droit international ne sont pertinentes que lorsqu'elles s'appliquent à tous les membres de l'OMC. Aucun instrument international n'a des adhérents identiques et, étant donné que l'OMC admet des membres non souverains, elle ne peut certainement pas avoir exactement les mêmes adhérents que tout autre instrument international⁴⁸. En outre, l'Organe d'appel a examiné à plusieurs reprises des instruments internationaux dont les pays adhérents ne sont pas les mêmes que ceux de l'OMC, afin d'interpréter le sens d'une disposition particulière figurant dans un accord de l'OMC⁴⁹. Par exemple, dans l'affaire *Crevettes/Tortues* citée précédemment, l'Organe d'appel a utilisé la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) et d'autres accords environnementaux multilatéraux qui n'ont pas les mêmes adhérents que l'OMC pour interpréter les termes «ressources naturelles épuisables⁵⁰».

On peut donc en conclure que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels sont parties un grand nombre d'États seraient des outils valables pour interpréter les expressions «moralité publique», «santé et vie des personnes» et «ordre public».

Si besoin est, des moyens complémentaires d'interprétation, notamment les travaux préparatoires du traité

Cette section examine les travaux préparatoires concernant chacune des expressions «moralité publique», «ordre public» et «protection de la santé et

de la vie des personnes», ainsi que la jurisprudence et les interprétations pertinentes d'autres juridictions.

Moralité publique

Il n'y a eu pratiquement aucun débat sur le sens de l'article XX a) au cours des négociations qui ont abouti au GATT⁵¹. L'explication la plus plausible est que les participants aux négociations commerciales avaient déjà une définition commune de la «moralité publique», fondée sur les clauses similaires généralement insérées dans les traités commerciaux antérieurs. Ces traités pouvaient être considérés comme des «travaux préparatoires» aux fins de l'interprétation de l'expression «moralité publique» et constituer, de ce fait, un outil d'interprétation valable. En se fondant sur l'analyse de ces traités antérieurs et sur les modalités d'application des termes pertinents, il a été établi ceci concernant le GATT: «Les mesures visées par l'article XX a) [exception concernant la moralité publique] concerneraient apparemment, au moins, l'esclavage, les armes, les stupéfiants, les boissons alcoolisées, la pornographie, la religion, le travail obligatoire et la protection des animaux⁵².»

Ces considérations laissent penser que relevaient de l'«exception morale» prévue traditionnellement dans les traités commerciaux des mesures diverses fondées sur des valeurs éclectiques supposées et concernant des questions jugées importantes dans la société de l'époque. Certaines de ces questions, comme le droit de ne pas être tenu en esclavage ou astreint au travail forcé, relèvent aujourd'hui des droits de l'homme. Pour d'autres, telles que l'attitude vis-à-vis de l'alcool, chaque société peut fixer à sa guise ses propres limites morales. Dans ce contexte, la portée de l'expression «moralité publique» pourrait sans doute s'étendre aux droits de l'homme (reconnus dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels sont parties un grand nombre d'États et exprimant des valeurs fondamentales).

Pour déterminer la portée et le sens de l'exception concernant la morale publique, il est également utile d'examiner comment elle a été appliquée dans la jurisprudence d'autres juridictions. Les termes apparaissent dans plusieurs accords commerciaux régionaux⁵³ et dans la jurisprudence de l'Union européenne (UE). Le Traité de Rome, dans son article 28, interdit les restrictions quantitatives dans le commerce au sein de l'UE. Mais, comme dans le cas des clauses d'exception générale figurant dans les accords de

l'OMC, l'article 30 prévoit que des restrictions peuvent être imposées dans le commerce pour certaines raisons précises et limitées, touchant notamment la moralité publique, l'ordre public et la protection de la santé et de la vie des personnes.

Deux affaires importantes, concernant l'importation d'articles pornographiques, expliquent l'application de la disposition relative à la moralité publique. Dans l'affaire *Henn et Darby*⁵⁴, les défendeurs ont été reconnus coupables de contourner frauduleusement l'interdiction de l'importation d'articles pornographiques au Royaume-Uni. La Cour européenne de justice a estimé qu'«il appartient en principe à chaque État membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle de valeurs et dans la forme qu'il a choisie». Mais dans l'affaire *Conagate*⁵⁵, où des importations de poupées en caoutchouc avaient été prohibées, également au nom de l'interdiction des articles pornographiques, mais où les ventes sur le territoire national n'étaient l'objet que d'une restriction partielle, il a été donné tort au Gouvernement concerné. L'interdiction a été considérée en effet comme une restriction déloyale des importations, étant donné que rien ne justifiait l'absence d'une interdiction totale frappant les articles pornographiques similaires d'origine nationale. Cette décision a été interprétée comme signifiant que les États membres ont le droit de définir «le sens de la moralité publique sur leur propre territoire» mais ne peuvent pas invoquer cette exception morale simplement pour imposer aux importateurs étrangers des restrictions plus contraignantes que celles imposées aux producteurs nationaux⁵⁶.

Les termes «moralité publique» apparaissent également dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁷ et dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans ces deux instruments, l'expression figure dans plusieurs dispositions établissant des droits de l'homme, parmi les raisons que peuvent légitimement invoquer les gouvernements pour restreindre la pleine jouissance des droits en question. Ainsi, dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, un éditeur reconnu coupable de violation de la loi sur les publications obscènes au Royaume-Uni a porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme au titre de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (liberté d'expression). Le Gouvernement du Royaume-Uni s'est défendu en invoquant la nécessité de protéger la moralité publique. La Cour a estimé qu'il n'y avait pas de conception uniforme de la morale dans

les États contractants et que les États disposaient d'une «marge d'appréciation» parce qu'ils étaient mieux à même d'évaluer cette notion qu'un juge international⁵⁸.

Si les groupes spéciaux de l'OMC devaient retenir une approche similaire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne de justice, une interprétation large de la notion de moralité publique serait appropriée dès lors qu'il existe un véritable fondement pour l'invoquer, et les groupes spéciaux de l'OMC devraient être encouragés à ne pas «anticiper les préférences morales du gouvernement qui prend la mesure⁵⁹». Cependant, l'affaire *Dassonville*⁶⁰ laisse entendre qu'il existe une limite au recours à la notion de moralité publique dans le contexte européen de la moralité dans chaque État, ce qui indique qu'il pourrait y avoir des complications si l'on tente d'utiliser des arguments d'ordre moral ou relatifs aux droits de l'homme à l'extérieur du territoire⁶¹.

Ordre public

Contrairement aux deux autres notions faisant l'objet de cette étude, l'«ordre public» a une histoire très particulière qui est utile pour définir sa signification et son application⁶².

En droit français, le concept d'«ordre public» était invoqué comme motif pour annuler des contrats ou transactions privés jugés incompatibles avec les dispositions fondamentales du droit interne ou, autrement dit, «considérés comme une offense à l'ordre public⁶³». L'ordre public est aujourd'hui un concept bien établi dans de nombreuses juridictions de droit civil et dans le droit communautaire européen, et s'inscrit dans de nombreux instruments internationaux⁶⁴. Dans ces contextes, l'«ordre public» a été interprété comme se référant aux valeurs fondamentales d'un système juridique national comprenant des valeurs morales, économiques ou politiques.

Bien que l'expression «ordre public» apparaisse dans de nombreux instruments internationaux, son contenu ou son champ d'application précis ne semble être défini dans aucun d'entre eux⁶⁵. Le Traité de Rome contient une disposition relative à l'ordre public qui sous-entend un concept très vaste, et les termes figurent également dans une directive de l'UE qui autorise les États à déroger à leurs obligations en ce qui concerne la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre circulation des services⁶⁶.

Cependant, la Cour européenne de justice a fixé des limites à l'interprétation de cette notion lorsqu'elle est invoquée par des gouvernements. Selon elle, l'exception concernant l'«ordre public» prévue dans le Traité (en particulier lorsqu'on parle de la libre circulation des personnes) ne s'applique qu'à «une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société⁶⁷» Cette interprétation correspond précisément au texte de la note de bas de page 5 relative à l'article XIV a) de l'AGCS, qui dit que «L'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société.». En suivant la jurisprudence de la Cour européenne de justice pour interpréter cette note, il faut garder à l'esprit que l'affaire en question portait sur le droit d'un pays d'expulser un individu. Comme l'État invoquait son droit de recourir à la disposition relative à l'«ordre public» alors que les droits fondamentaux d'un individu étaient en jeu, la restriction par la Cour du droit dudit État de recourir à cette disposition en l'occurrence était clairement justifiée.

La restriction du recours à la notion d'ordre public telle qu'interprétée par la Cour européenne de justice et reflétée dans la note de bas de page de l'AGCS limite-t-elle son applicabilité aux normes et aux règles relatives aux droits de l'homme? Une approche restrictive de l'interprétation semble raisonnable étant donné qu'une exception concernant l'ordre public interprétée au sens large peut justifier des mesures si étendues qu'elles menacent tout le système du commerce international fondé sur des règles⁶⁸. D'autre part, on voit mal comment un groupe spécial de l'OMC pourrait décider qu'une norme relative aux droits de l'homme issue d'un instrument international concernant les droits de l'homme auquel sont parties un grand nombre d'États et utilisée pour protéger la population de l'État invoquant la disposition n'est pas d'un intérêt fondamental pour cette société, et que toute menace visant ces normes n'est pas grave. Comme argumenté, «l'ordre public n'est pas une valeur en soi, mais une doctrine juridique selon laquelle les valeurs fondamentales qui existent dans un système juridique prévaudront sur les lois spécifiques qui mettent en jeu ces valeurs⁶⁹». Étant donné que les droits de l'homme correspondent exactement à ces valeurs fondamentales, les restrictions entourant l'application de l'exception concernant l'ordre public ne devraient pas avoir d'incidence sur son utilisation pour soulever des arguments en faveur des droits de l'homme.

Protection de la santé et de la vie des personnes

En ce qui concerne les travaux préparatoires pour «la protection de la santé et de la vie des personnes», on n'a trouvé aucune interprétation communément admise de la pleine portée de cette expression; il semblerait cependant que les participants aux négociations aient craint que, si cette notion était invoquée en vertu de l'article XX b) du GATT, elle puisse être utilisée comme mesure de discrimination contre des produits étrangers sur la base des «réglementations sanitaires⁷⁰». Mais rien ne permet de penser que la portée de cette exception se limite aux mesures sanitaires, et l'utilisation auparavant de termes directement semblables dans les négociations concernant des traités internationaux montre qu'une large interprétation qui inclurait la protection de la santé et de la vie des personnes dans beaucoup d'autres situations était généralement admise⁷¹.

En ce qui concerne les autres jurisprudences pertinentes, comme indiqué précédemment l'article 30 du Traité de Rome contient également une disposition relative à la «protection de la santé et de la vie des personnes». D'après cette jurisprudence, la Cour européenne de justice examinera attentivement les requêtes fondées sur ce motif pour vérifier que l'objectif véritablement visé ne soit pas la protection des producteurs nationaux⁷². Cependant, lorsque la Cour estime qu'une requête en relation avec la santé publique est en principe défendable, mais qu'il y a des incertitudes quant aux incidences médicales précises, il incombera à chaque État membre de décider du niveau de la protection qu'il estime nécessaire pour ses citoyens⁷³. Comme dans le cas de l'exception concernant la moralité publique déjà évoquée, il semble donc que la Cour accorde une large latitude à l'État invoquant la mesure dès lors que la requête est dûment et valablement fondée sur des principes.

II. CONCLUSIONS SUR L'APPLICABILITÉ DES EXCEPTIONS GÉNÉRALES AUX ARGUMENTS EN FAVEUR DES DROITS DE L'HOMME DANS LE CADRE DE L'OMC

Comme la définition de la «moralité publique», de l'«ordre public» et de «la santé et la vie des personnes» est très large, que ces termes restent à définir avec précision dans la jurisprudence de l'OMC et que des arguments en faveur des droits de l'homme n'ont jamais été invoqués pour en clarifier la portée à cet égard, il n'existe aucune preuve directe et concluante de l'utilisation de ces termes en relation avec les droits de l'homme.

Plusieurs arguments solides permettent toutefois de conclure que les obligations internationales en matière de droits de l'homme incombant aux États membres à l'égard de leurs propres populations pourraient relever des exceptions concernant la «moralité publique», l'«ordre public» et la «santé et la vie des personnes». Premièrement, d'après le sens ordinaire des termes, les normes et principes relatifs aux droits de l'homme codifiés dans les instruments juridiques internationaux pourraient tous entrer dans le cadre de la «moralité publique», alors que l'expression «santé et vie des personnes» pourrait recouvrir également des droits de l'homme spécifiques et en particulier des droits économiques, sociaux et culturels, tels que le droit à la santé et le droit à un niveau de vie adéquat.

Deuxièmement, la jurisprudence de l'OMC encourage une approche large et flexible de la définition des clauses d'exception générale qui, en retour, permet de justifier l'inclusion des normes relatives aux droits de l'homme en tant qu'exceptions appropriées aux règles commerciales. L'«approche évolutive» retenue pour l'interprétation des normes environnementales dans l'affaire *Crevettes/Tortues* en particulier devrait conforter les arguments en faveur de la reconnaissance du statut actuel des normes et des règles relatives aux droits de l'homme en tant que:

- Questions qui devraient être au cœur de la «moralité publique»;
- Valeurs que les États membres ont le droit d'intégrer à leur concept d'«ordre public»; et
- Normes et règles donnant un contenu à la définition des éléments nécessaires à la santé et à la vie des personnes.

Cette interprétation des clauses d'exception générale sous l'angle des droits de l'homme pourrait également être étayée par la jurisprudence européenne pertinente, qui autorise les gouvernements à décider des mesures appropriées lorsque le recours à la disposition en question est dûment fondé. C'est également l'approche adoptée par les procédures de règlement des différends de l'OMC pour pouvoir invoquer des arguments concernant la protection de la santé et de la vie des personnes au sens de l'article XX b)⁷⁴, et une approche similaire pourrait être suivie en ce qui concerne les arguments en faveur des droits de l'homme dans le cadre des clauses d'exception. Cette approche fondée sur les droits de l'homme permettrait en fait de mieux définir des termes qui sont actuellement relativement vagues⁷⁵. Elle validerait également les mesures adoptées sur la base de normes acceptées sur le plan international, tout en empêchant le type de protectionnisme déguisé qui peut survenir en l'absence d'une définition convenue des termes utilisés et de leur objectif⁷⁶.

D'une manière globale, s'il était admis dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC que les normes et les règles en matière de droits de l'homme reconnues à l'échelon international entrent dans le champ d'application des clauses d'exception générale, cela permettrait:

- Aux États de s'acquitter des autres obligations juridiques qui leur incombent à l'échelon international sans susciter de conflit entre les obligations dans le cadre de l'OMC et celles découlant des instruments relatifs aux droits de l'homme;
- De respecter comme il se doit les organes nationaux (institutions démocratiques, tribunaux, etc.) qui prennent des décisions légitimes pour concilier leurs diverses obligations aux niveaux national et international⁷⁷;
- De clarifier, dans l'optique du droit commercial, quelques-uns des aspects de la libéralisation du commerce qui sont perçus négativement. On verrait ainsi dans quelle mesure les accords de l'OMC prévoient un mécanisme pour éviter tout effet préjudiciable sur les personnes vulnérables, démunies et défavorisées, et on pourrait mieux désamorcer les critiques qui rendent les règles de l'OMC responsables de violations des droits de l'homme.

III. QUESTIONS MÉTHODOLOGIQUES DANS L'INTERPRÉTATION DES CLAUSES D'EXCEPTION GÉNÉRALE SOUS L'ANGLE DES DROITS DE L'HOMME, ET RÉPONSES POSSIBLES

Bien qu'il soit en principe possible d'inclure les droits de l'homme dans l'interprétation des expressions «moralité publique», «ordre public» et «santé et vie des personnes», dans la pratique il reste à savoir si les droits de l'homme seront pris en compte comme il se doit lorsqu'on les aborde sous cet angle. Le reste de cette section analysera brièvement certaines questions méthodologiques dans l'interprétation des clauses d'exception générale sous l'angle des droits de l'homme et proposera des moyens pour aider à répondre à ces questions ou les résoudre.

Une question qui se pose est de savoir jusqu'à quel point un groupe spécial de l'OMC ou l'Organe d'appel pourraient considérer qu'une mesure en matière de droits de l'homme est «nécessaire» à la protection de la «moralité publique», de l'«ordre public» ou de la «santé et la vie des personnes». Au terme de l'analyse effectuée dans la section précédente, il a été conclu que ces trois notions, telles qu'interprétées, pouvaient s'appliquer aux droits de l'homme. Cependant, cette analyse doit être placée dans le contexte de la méthode globale pour interpréter et appliquer l'article XX du GATT. La jurisprudence de l'OMC concernant cet article fournit une méthode pour savoir comment sont interprétées et appliquées les clauses d'exception dans tous les accords pertinents de l'OMC.

L'interprétation et l'application de l'article XX du GATT impliquent un examen en deux étapes⁷⁸. D'abord, la mesure en cause doit répondre aux critères de l'une des exceptions énumérées à l'article XX a) à g). Dans le contexte pertinent, il faut que la mesure en cause vise un intérêt particulier indiqué dans la disposition (par exemple, «moralité publique», «ordre public» ou «santé et vie des personnes») et il faut *également* examiner s'il y a un lien suffisamment fort entre la mesure et cet intérêt en déterminant que la mesure est «nécessaire» pour le protéger. Deuxièmement, la mesure doit satisfaire aux obligations de la clause liminaire de l'article XX, qui permet en substance d'assurer que les exceptions générales ne sont pas utilisées à des fins protectionnistes.

La première étape de l'examen, qui prescrit qu'une mesure en matière de droits de l'homme doit être «nécessaire» pour protéger la «moralité

publique», l'«ordre public» ou la «santé et la vie des personnes» soulève la question de l'interprétation de ce qui est «nécessaire». L'Organe d'appel a fait observer que le critère de la nécessité était une norme objective. Un groupe spécial peut examiner comment un membre de l'OMC décrit les objectifs de la mesure et l'efficacité de son approche réglementaire, mais il n'est pas nécessairement lié par cette description et peut donc aussi trouver des indications dans la structure et le fonctionnement de la mesure⁷⁹.

Pour déterminer si une mesure est nécessaire, le groupe spécial devrait l'évaluer au moyen d'un processus consistant à soupeser et [à] mettre en balance une série de facteurs⁸⁰. Le processus commence par une évaluation de l'importance relative des intérêts particuliers qui sont en jeu et devrait ensuite passer aux autres facteurs qui doivent être «souplesés et mis en balance». Dans la plupart des cas, deux facteurs seront pertinents: la contribution de la mesure à la réalisation de l'objectif visé et l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international. Le groupe spécial devrait ensuite comparer les mesures en cause et les solutions de rechange possibles, et examiner les résultats de cette comparaison à la lumière de l'importance des intérêts en cause.

Il est important, pour la partie défenderesse dans un différend – c'est-à-dire la partie invoquant les exceptions générales – d'établir *prima facie* que sa mesure est «nécessaire» pour protéger, dans le contexte actuel, la «moralité publique», l'«ordre public» ou la «santé et la vie des personnes⁸¹». La partie défenderesse doit prouver que la mesure se situe quelque part entre «indispensable à» et «contribuant à» l'intérêt de politique visé. Dans le cadre de cette détermination, la mesure devrait être nettement plus proche du premier pôle – indispensable – que du second – contribuant à l'intérêt visé⁸².

L'un des facteurs essentiels dans le processus décisionnel est que, plus les valeurs visées sont essentielles ou importantes, plus l'Organe d'appel serait enclin à admettre que les mesures prises étaient «nécessaires» pour réaliser l'objectif de politique indiqué⁸³. Les États qui invoquent des arguments fondés sur les dispositions en matière de droits de l'homme contenues dans les instruments internationaux, en vertu d'exceptions générales, auraient des raisons légitimes d'affirmer que les valeurs fondamentales de la société étaient en jeu et qu'un groupe spécial chargé du règlement d'un différend devrait adopter une version moins contraignante du critère de la nécessité (c'est-à-dire exigeant de montrer que la mesure est plus proche du pôle «contribuant à» l'objectif de politique que du pôle «indispensable⁸⁴»).

Cependant, le processus décisionnel précité est encore un mécanisme fondamentalement différent lorsqu'il s'agit de mettre en balance des arguments en faveur des droits de l'homme invoqués dans le cadre d'une instance juridique habituée à traiter des questions relatives aux droits de l'homme, par exemple pour évaluer si la mesure prise était *proportionnée* au problème rencontré. À la base, le problème est qu'en utilisant une disposition des accords de l'OMC pour soulever des questions concernant les droits de l'homme, les pays assujettissent lesdites questions au système juridique de l'OMC, qui est forcément différent des systèmes d'arbitrage établis dans le domaine des droits de l'homme.

Une autre question porte sur le statut des clauses d'exception dans la structure globale des accords de l'OMC et son impact sur la prise en compte des droits de l'homme à l'OMC et dans le cadre plus large du droit de l'OMC. Les exceptions générales ne seront prises en compte dans tout règlement d'un différend que dès l'instant où une violation d'autres règles de l'OMC aura été constatée. Il est entendu que les exceptions énoncées autorisent les États à imposer des restrictions commerciales incompatibles avec l'accord de l'OMC en question. L'État invoquant la notion de droits de l'homme aura donc toujours besoin de défendre sa position. On peut donc penser que, si les normes relatives aux droits de l'homme sont associées trop étroitement à l'idée de restrictions commerciales, cela pourrait agir à l'encontre de l'objectif plus large d'une composante droits de l'homme dans les approches du commerce et du développement, qui place la réalisation des droits de l'homme parmi les objectifs des règles commerciales. Cela signifiera également que c'est à l'État invoquant l'exception générale qu'il incombera de montrer que les conditions de la clause d'exception ont été remplies (La mesure vise-t-elle véritablement une politique entrant dans le cadre des exceptions? Est-elle nécessaire? etc.⁸⁵).

Lorsqu'on invoque des arguments relatifs aux droits de l'homme dans une instance *commerciale*, les préoccupations ci-dessus ne peuvent jamais être totalement éliminées, mais on peut, dans une certaine mesure, les atténuer en s'assurant que les arguments relatifs aux droits de l'homme sont traités de façon appropriée dans le processus de règlement. Pour les aider à interpréter avec cohérence les normes et les règles relatives aux droits de l'homme, tout groupe spécial chargé du règlement d'un différend ou l'Organe d'appel pourraient solliciter l'avis de spécialistes des droits de l'homme lorsqu'ils doivent statuer sur une affaire dans laquelle des questions relatives aux droits de l'homme ont été soulevées au titre des clauses d'exception générale⁸⁶.

Des experts reconnus dans le domaine des droits de l'homme pourraient attester si l'État concerné est véritablement confronté à un problème de droits de l'homme et si les mesures prises y apportent une solution. Cela aiderait certainement à surmonter quelques-uns des problèmes qui se posent pour expliquer et démontrer la nature des questions relatives aux droits de l'homme en cause. Une telle approche ne serait pas sans précédent. Par exemple, dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*, le Groupe spécial a consulté l'Organisation mondiale de la santé (OMS) afin d'obtenir un avis scientifique sur les effets du tabagisme, et pour savoir si l'interdiction faite par la Thaïlande d'importer des cigarettes étrangères était une réponse appropriée au problème de santé auquel ce pays est confronté⁸⁷. De même, lorsqu'une question relative aux droits de l'homme est soulevée, les groupes spéciaux chargés du règlement d'un différend pourraient systématiquement solliciter l'avis des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, étant donné que ces groupes spéciaux n'ont pas d'emblée les connaissances spécialisées nécessaires pour établir le bien-fondé des arguments en matière de droits de l'homme soulevés.

Naturellement, le recours à des avis d'experts et à des éléments de preuve en matière de droits de l'homme pourrait ne pas être suffisant en soi pour pallier les différences évoquées en termes d'approche juridique (droits de l'homme en tant qu'«exceptions», principes juridiques différents, etc.⁸⁸). Cependant, ces avis spécialisés pourraient aider un groupe spécial ou l'Organe d'appel à déterminer si une mesure est véritablement en relation avec des droits de l'homme et si elle est «nécessaire» par rapport à l'objectif recherché.

La question de la capacité des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel de l'OMC à donner des interprétations des normes et des règles relatives aux droits de l'homme intervient aussi⁸⁹. Les membres de l'OMC ont certes confié aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel la tâche d'interpréter les différents accords de l'OMC, mais il y a parfois une distinction subtile entre le fait de reconnaître qu'une mesure concernant les droits de l'homme relève bien d'une exception générale et le fait d'interpréter effectivement le contenu ou la portée d'une norme relative aux droits de l'homme. Avec la méthode exposée plus haut, les groupes spéciaux chargés de régler un différend et l'Organe d'appel ne devraient plus être placés dans une telle position. La procédure nécessiterait des connaissances d'experts en matière de droits de l'homme pour évaluer si la mesure commerciale adoptée est véritablement fondée et il serait ensuite simplement demandé aux groupes spéciaux de

décider si ladite mesure est «nécessaire» (au sens le plus large du terme). En prenant leur décision, les instances chargées de statuer devraient laisser une large marge d'appréciation aux organes de décision nationaux. Ainsi, à aucun moment les instances chargées du règlement des différends n'auront besoin elles-mêmes d'examiner ou de définir la nature des obligations de fond en matière de droits de l'homme qui découlent des normes et des règles internationales relatives aux droits de l'homme.

Des problèmes pourraient également se poser quant à la question de savoir comment les États utilisent les mesures relatives aux droits de l'homme dans le contexte du commerce, et si un groupe spécial ou l'Organe d'appel de l'OMC appliquerait les clauses d'exception générale dans tous les cas. Deux exemples généraux illustrent certains de ces points complexes. D'une part, un État pourrait recourir à une mesure considérée comme restrictive pour le commerce, selon les règles de l'OMC, pour s'acquitter de ses obligations en matière de droits de l'homme à l'égard de sa propre population – par exemple, pour promouvoir la discrimination positive en faveur des biens et des services produits par des individus ou des groupes d'individus défavorisés. D'autre part, un État pourrait recourir à des mesures en matière de droits de l'homme pour encourager d'autres États à promouvoir et à protéger les droits de l'homme – par exemple, comme condition d'un traitement préférentiel dans le cadre du système généralisé de préférences. Comme indiqué dans l'introduction, cette utilisation des droits de l'homme dans le contexte du commerce soulève des questions complexes⁹⁰. Il pourrait notamment être difficile d'établir une distinction entre des conditions imposées pour servir des objectifs authentiques en matière de droits de l'homme et d'autres utilisées comme un moyen de protectionnisme déguisé ne répondant ni à des objectifs commerciaux ni à des objectifs liés aux droits de l'homme⁹¹. On peut concevoir qu'il soit laissé davantage de latitude aux États pour se prévaloir des clauses d'exception générale en vue de protéger les droits de l'homme liés au commerce sur leur propre territoire, plutôt que hors de leurs frontières⁹².

Enfin, comme expliqué plus haut, la protection des droits de l'homme au moyen des clauses d'exception contenues dans les accords commerciaux n'est pas forcément la seule façon de concilier les normes et règles relatives aux droits de l'homme et les règles commerciales. En particulier, il faudrait privilégier une approche de la réforme du commerce fondée sur les droits de l'homme et favorisant les droits de l'homme dans le processus de négociation et de mise en œuvre des règles commerciale, en évaluant, par exemple, les

effets potentiels et réels d'une réforme du commerce sur l'exercice des droits de l'homme, en vue d'obtenir des résultats compatibles avec les droits de l'homme. Le recours aux clauses d'exception générale pourrait cependant constituer un moyen complémentaire de protéger les droits de l'homme.

NOTES

¹ Étude analytique du principe fondamental de non-discrimination dans le contexte de la mondialisation, Haut-Commissaire aux droits de l'homme (E/CN.4/2004/40, par. 52).

² Ibid., par. 51.

³ Impact sur les droits de l'homme de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (E/CN.4/Sub.2/2001/13).

⁴ La mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme (E/CN.4/2002/54).

⁵ Libéralisation du commerce des services et droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2002/9).

⁶ Droits de l'homme, commerce et investissement (E/CN.4/Sub.2/2003/9).

⁷ Voir, par exemple, E/CN.4/2002/54, par. 20 et 33, E/CN.4/Sub.2/2002/9, par. 15, et E/CN.4/Sub.2/2001/13, par. 37, 42 et 50.

⁸ Voir FAO, *L'agriculture, le commerce et la sécurité alimentaire: questions et alternatives concernant les négociations de l'OMC dans la perspective des pays en développement*, vol. II, Études de cas par pays, Rome 2000, pour une description des problèmes spécifiques de sécurité alimentaire auxquels sont confrontés les travailleurs agricoles dans les pays en développement dans le contexte de la libéralisation; voir également FAO, "Developing country experience with the implementation of the Uruguay Round Agreement on Agriculture: Synthesis of the findings of 23 Country Case Studies", document n° 3, p. 31. L'étude cite le cas de l'asperge fraîche et transformée au Pérou. L'asperge était la principale culture d'exportation du Pérou pendant les années 90, mais les producteurs étaient surtout des gros exploitants et non des petits agriculteurs pauvres. Selon les conclusions de l'étude, les politiques commerciales libérales faisaient des gagnants et des perdants et les pauvres étaient souvent les plus touchés.

⁹ Selon l'OMS, les brevets ne sont en aucune façon les seuls obstacles à l'accès aux médicaments essentiels, mais ils peuvent jouer un rôle important ou même primordial dans la mesure où ils confèrent au détenteur du brevet un monopole sur un médicament pendant la durée de validité du brevet. Voir OMS/ONUSIDA/MSF, "Determining the patent status of essential medicines in developing countries", *Health Economics and Drugs*, série EDM, n° 17, 2004 (WHO/EDM/PAR/2004.6), p. 7.

¹⁰ E/CN.4/2004/40, par. 28 à 34.

¹¹ L'OMC a récemment examiné le recours aux conditionnalités en ce qui concerne les accords relatifs aux médicaments dans le système généralisé de préférences dans: *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays*

en développement, rapport du Groupe spécial (WT/DS246/R), 1^{er} décembre 2003, et *CE – Préférences tarifaires*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS246/AB/R), 7 avril 2004.

¹² Voir, par exemple, E/CN.4/Sub.2/2001/13, par. 51 à 58, pour un examen de la façon dont des mécanismes tels que les licences obligatoires prévues dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) permettent à des pays, dans certaines circonstances, de réduire les coûts du traitement du VIH/sida d'une manière jugée conforme à la fois à l'Accord sur les ADPIC et aux obligations en matière de droits de l'homme.

¹³ John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (Cambridge, MIT Press, 1989), p. 206.

¹⁴ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS2/AB/R), 29 avril 1996.

¹⁵ Christopher McCrudden, "International economic law and the pursuit of human rights: A framework for discussion of the legality of 'selective purchasing' laws under the WTO Government Procurement Agreement", *Journal of International Economic Law* (1999), 3-48, p. 41; Salman Bal, "International free trade agreements and human rights: reinterpreting article XX of the GATT", *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 10, n° 1 (hiver 2001), 62, p. 70.

¹⁶ Aux termes de l'AMP et de l'Accord sur les ADPIC, ces clauses ne sont pas à proprement parler qualifiées d'«exceptions générales».

¹⁷ L'article 27:2 permet aux membres d'exclure des inventions de leurs systèmes de brevets lorsque cela est «nécessaire ... pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation».

¹⁸ L'article 3 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, dispose que «[t]outes les exceptions prévues dans le GATT de 1994 s'appliqueront, selon qu'il sera approprié, aux dispositions du présent Accord», et l'article XX du GATT devrait donc s'appliquer de la même façon.

¹⁹ Le lien entre les clauses d'exception du GATT et les autres accords multilatéraux sur le commerce des marchandises n'est pas clair. En vertu de l'article XX, «rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures nécessaires à la protection de la moralité publique», etc. Cependant, les accords multilatéraux sur le commerce des marchandises disposent qu'«[e]n cas de conflit entre une disposition de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 et une disposition d'un autre accord figurant à l'Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce

(dénommé dans les accords figurant à l'Annexe 1A l'«Accord sur l'OMC»), la disposition de l'autre accord prévaudra dans la limite du conflit». L'applicabilité des clauses d'exception générale à l'Accord sur l'agriculture n'est donc pas claire.

²⁰ Ainsi, en vertu de l'article 2.2 de l'Accord OTC, les membres de l'OMC feront en sorte «que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime.». L'Accord donne une liste non exhaustive d'«objectifs légitimes» tels que la protection de la santé ou de la sécurité des personnes. La non-limitation des objectifs légitimes d'une mesure réglementaire pourrait ménager la flexibilité voulue pour faire valoir des mesures relatives aux droits de l'homme, non pas à titre d'exceptions aux règles commerciales, mais plutôt dans le cadre général de ces règles en tant qu'«objectifs légitimes».

²¹ Par exemple, l'article XXIII de l'AMP se réfère à des mesures concernant: des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées (en relation avec l'interdiction de la discrimination au titre du droit relatif aux droits de l'homme et également avec les négociations du Comité spécial de l'Assemblée générale chargé d'élaborer une convention internationale globale et intégrée pour la protection et la promotion des droits et de la dignité des handicapés); ou dans des institutions philanthropiques; ou dans les prisons (en relation avec l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, énoncée à l'article 8 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques). L'article XIV c) ii) de l'AGCS se réfère à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels (en relation avec l'interdiction des immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée, énoncée à l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

²² Dans l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC, il est question de «moralité» et non de «moralité publique».

²³ Le GATT a été négocié en 1947, alors que tous les autres accords ont été conclus pendant les négociations commerciales du Cycle d'Uruguay qui s'est achevé en 1994. Et même si pratiquement chaque aspect du GATT a été réexaminé au cours du Cycle d'Uruguay, l'article XX n'a pas fait l'objet de réelles négociations à l'époque. Voir notamment Gabrielle Marceau, «WTO dispute settlement and human rights», *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4 (2002), p. 753 à 814, note 115, dans laquelle l'auteur constate que «[l']évolution des exceptions du GATT soulève des questions d'interprétation intéressantes. Par exemple, en l'absence de référence au «travail dans les prisons» dans la liste des exceptions visées à l'article XIV de l'AGCS, un groupe spécial pourrait estimer que l'expression «moralité publique» figurant à l'article XIV a) de l'AGCS a évolué (depuis l'époque du GATT) et inclut aujourd'hui le «travail dans les prisons». En même temps, il serait difficile de conclure

que l'expression "moralité publique" figurant à l'article XX a) du GATT est effectivement de portée plus étroite que l'expression utilisée à l'article XIV a) de l'AGCS, qui se réfère à un concept similaire de "moralité publique et ordre public". Comment une seule mesure peut-elle faire l'objet d'une exemption au titre de l'AGCS pour une raison de politique non admise dans le GATT? Le sens de l'expression "moralité publique" à l'article XX du GATT a-t-il évolué et englobe-t-il aujourd'hui la notion de "moralité publique et ordre public" telle que figurant maintenant à l'article XIV a) de l'AGCS?»

²⁴ Robert Howse, "Back to court after Shrimp/Turtle? Almost but not quite yet: India's short lived challenge to labor and environmental exceptions in the European Union's generalized system of preferences", *American University International Law Review*, vol. 18, n° 6 (2003), p. 1333 à 1381, p. 1368.

²⁵ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 3.

²⁶ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 12.

²⁷ Ernst-Ulrich Petersmann, "Constitutional primacy and 'indivisibility' of human rights in international law? The unfinished human rights revolution and the emerging global integration law" dans *International Economic Governance and Non-Economic Concerns: New Challenges for the International Legal Order*, Stefan Griller, éd. (New York, Springer Wien, 2003) p. 254.

²⁸ *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, rapport du Groupe spécial (WT/DS285/R), 10 novembre 2004.

²⁹ Steve Charnovitz, "The moral exception in trade policy", dans *Trade Law and Global Governance* (Cameron May, 2002), p. 325 à 376, p. 374; McCrudden, loc. cit., p. 38; Christoph T. Feddersen, "Focusing on substantive law in international economic relations: the *public morals* of GATT's article XX a) and 'conventional' rules of interpretation", *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 7, n° 1 (1998), p. 75 à 122, p. 96; Bal, loc. cit., p. 76; Howse, "Back to court...?", p. 1367.

³⁰ *État-Unis – Services de jeux et paris*, rapport du Groupe spécial, par. 6.465 à 6.468 et 6.461.

³¹ *États-Unis – Services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS285/AB/R), 7 avril 2005, par. 293 et suiv.

³² Bal, loc. cit., p.79.

³³ *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, rapport du Groupe spécial (DS10/R – 37S/214), 7 novembre 1990, en particulier par. 72, 73 et 78.

³⁴ *CE – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS135/AB/R), 12 mars 2001, par. 168.

³⁵ Feddersen, loc. cit., note 48, donne la liste des affaires de l'OMC dans lesquelles considération l'article XX du GATT a été examiné.

³⁶ *EC – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R), 16 janvier 1998, par. 104.

³⁷ Ibid., par. 165.

³⁸ Charnovitz, "The moral exception...", p. 337.

³⁹ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS11/AB/R), 4 octobre 1996.

⁴⁰ Marceau, loc. cit., p. 790.

⁴¹ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et certains produits à base de crevettes*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS58/AB/R), 12 octobre 1998.

⁴² Ibid., par. 129 et 130.

⁴³ On peut émettre une réserve au sujet de cette approche, à savoir qu'une partie du raisonnement de l'Organe d'appel sur la question concernait le fait que l'article XX du GATT devait être interprété à la lumière du préambule de l'Accord de Marrakech, qui dispose que le «développement durable» est un objectif de l'OMC; cela 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 ne mentionne pas spécifiquement les droits de l'homme de la même manière, de sorte que l'argument présenté sous l'angle des droits de l'homme devrait avoir une portée plus faible (bien que le préambule précise que les «rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie...», ce qui pourrait être interprété comme étant applicable aux droits de l'homme).

⁴⁴ Bien que l'Organe d'appel ait indiqué explicitement (*Crevettes/Tortues*, rapport de l'Organe d'appel, par. 133) qu'il ne se prononçait pas sur la question de l'applicabilité extraterritoriale de l'article XX g).

⁴⁵ Howse, "Back to court...?", p. 1367. Sarah H. Cleveland, "Human rights sanctions and the World Trade Organization", dans *Environment, Human Rights and International Trade*, F. Francioni, éd. (Hart Publishing, 2001), p. 236.

⁴⁶ Pour les problèmes que soulève cette approche dans le contexte des droits de l'homme, voir Charnovitz, "The moral exception ...", p. 329; Feddersen, loc. cit., p. 16; Petersmann, op. cit., p. 258. Voir également *États-Unis – Services de jeux et paris*, rapport du Groupe spécial, par. 6.461.

⁴⁷ *États-Unis – Essence*.

⁴⁸ Marceau, loc. cit., sect. 3 A) 1), p. 780 et suiv.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid., se référant à l'affaire *Crevettes/Tortues*, par. 111, et au recours à la dérogation accordée pour la Convention de Lomé dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS27/AB/R), 9 septembre 1997, ainsi qu'à l'applicabilité de l'accord bilatéral entre le Brésil et l'UE dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, rapport de l'Organe d'appel (WT/DS69/AB/R), 13 juillet 1998.

⁵¹ Charnovitz, "The moral exception...", p. 338 – le seul problème qui s'est posé au sujet du contenu de l'exception relative à la moralité publique concernait l'utilisation qui en a été faite pour imposer des restrictions visant les boissons alcooliques en vue de promouvoir l'abstinence.

⁵² Ibid., p. 361.

⁵³ Ibid., p. 366: il est noté que l'Accord commercial de rapprochement économique de 1983 entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande contient une exception visant à protéger la moralité publique (art. 18 b) 22 ILM 945,970). L'Accord de 1992 pour la création d'une zone de libre-échange entre les pays de l'ANASE stipule que rien dans ledit Accord n'empêche un membre de prendre les mesures qu'«il estime nécessaires» pour la protection de la moralité publique (art. 9). L'ALENA incorpore également par référence l'article XX a) du GATT (art. 2101 1) 32 ILM).

⁵⁴ Affaire 34/79 R. c. *Henn et Darby* [1979] ECR 3795, [1980] 1 CMLR.

⁵⁵ Affaire 121/85, *Conegate Ltd. c. Commissioners of Customs and Excise* [1986] ECR 1007, [1986] 1 CMLR 739.

⁵⁶ Paul Craig et Grainne De Burca, éd., *EU Law: Text, Cases and Materials*, 2^e éd. (OUP, 1998), p. 597.

⁵⁷ Voir art. 12, 14, 18, 19, 21 et 22.

⁵⁸ Charnovitz, "The moral exception...", p. 357.

⁵⁹ Ibid., p. 361.

⁶⁰ Affaire 8/74, *Procureur du Roi c. Dassonville* [1974] ECR 837, [1974] 2 CMLR 436.

⁶¹ Charnovitz, "The moral exception...", p. 358.

⁶² Il y a apparemment peu de traces dans les ouvrages académiques de travaux préparatoires concernant cette expression. Il n'existe, par exemple, aucune indication sur le sens de ces termes dans l'*Index analytique de l'OMC: Guide des règles et pratiques de l'OMC* (OMC et Bernan Press, 2003).

⁶³ McCrudden, loc. cit., p. 40; Timothy G. Ackermann, “Dis‘ordre’ly loopholes: TRIPS patent protection, GATT and the ECJ”, *Texas International Law Journal*, vol. 32 (1997), p. 489, p. 495.

⁶⁴ McCrudden, loc. cit., p. 40.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Pour une description de toute l’étendue des dérogations possibles (ordre public, sécurité et santé) au titre de la directive 64/221, voir Craig et De Burca, op. cit., p. 786 et suiv.

⁶⁷ Affaire 30/77, *R. c. Bouchereau* [1977] ECR 1999, [1977] CMLR 800.

⁶⁸ McCrudden, loc. cit., p. 41.

⁶⁹ Ibid., p. 40.

⁷⁰ *Guide to GATT Law and Practice: Analytical Index*, vol. 1, 6^e éd. mise à jour (Genève, OMC et Bernan Press, 1995), p. 565, citant le compte rendu des travaux de la session du Comité préparatoire tenue à Genève et de la Conférence de La Havane, Troisième Comité, où le problème a été soulevé.

⁷¹ Steve Charnovitz, “Exploring the environmental exceptions in GATT article XX”, *Journal of World Trade*, vol. 25, n° 5 (1991), p. 37, p. 41 et suiv.

⁷² Craig et De Burca, op. cit., p. 603.

⁷³ Ibid., p. 602.

⁷⁴ Voir *CE – Amiante*, par. 178, citant *CE – Hormones*, par. 194.

⁷⁵ Charnovitz, “The moral exception...”, p. 373.

⁷⁶ En fait, l’interprétation la plus large possible des notions de moralité publique, d’ordre public et de santé et de vie des personnes conduirait à une situation inacceptable dans laquelle les États membres de l’OMC pourraient déroger aux règles commerciales internationales chaque fois qu’ils le souhaitent en recourant à la justification extérieure des normes et des règles en matière de droits de l’homme. Charnovitz, “The moral exception...”, p. 373; Cleveland, op. cit., p. 239; McCrudden, loc. cit., p. 41; Ackermann, loc. cit., p. 491.

⁷⁷ Petersmann, op. cit., p. 258.

⁷⁸ Feddersen, loc. cit., p. 91 et suiv.

⁷⁹ *États-Unis – Services de jeux et paris*, rapport de l’Organe d’appel, par. 304.

⁸⁰ *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport de l’Organe d’appel, 11 décembre 2000 (WT/DS161/AB/R;

WT/DS169/AB/R), par. 164, cité dans *États-Unis – Services de jeux et paris*, rapport de l'Organe d'appel, par. 305.

⁸¹ Ibid., par. 306, 307 et 309.

⁸² Voir *Corée – Viande de bœuf*, par. 161.

⁸³ Ibid., par. 162.

⁸⁴ Howse, “Back to court...?”, p. 1371.

⁸⁵ Voir McCrudden, loc. cit., p. 44.

⁸⁶ Par exemple, FIDH, *Position Paper – The WTO and Human Rights*, novembre 1999, à l'adresse www.fidh.org/rapports/wto-fidh.htm; McCrudden, loc. cit., p. 43; Cleveland, op. cit., p. 258.

⁸⁷ Voir *Thaïlande – Cigarettes*, par. 72 à 81, où il apparaît à plusieurs endroits que ce sont les données scientifiques de l'OMS qui ont amené le Groupe spécial à conclure que la mesure prise par la Thaïlande n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article XX b).

⁸⁸ On ne saurait dissiper totalement les tensions institutionnelles entre les deux cadres normatifs en recourant à l'avis de spécialistes des droits de l'homme. Il ne suffit pas en effet de faire appel à un expert comme on ferait venir un médecin réputé pour fournir des données scientifiques sur une question médicale. Le problème est plus compliqué du fait que, pour les droits de l'homme en question, il existe un système juridique et des normes propres qui diffèrent de ceux des arbitres appelés à statuer en droit commercial, par exemple, sur la question de la non-discrimination.

⁸⁹ Marceau, loc. cit., sect. 2 B) 1), p. 777.

⁹⁰ Pour un vaste éventail d'opinions sur la question, voir les ouvrages suivants: R. Howse et M. Mutua, *Protection des droits humains et mondialisation de l'économie: un défi pour l'OMC* (2000), à l'adresse <http://www.ichrdd.ca/>; Cleveland, op. cit., p. 245 et suiv.; Vazquez, Carlos Manuel, “Trade sanctions and human rights – past, present and future”, *Journal of International Economic Law*, vol. 6, n° 4, p. 797 à 839, p. 803 et suiv., 817; Marceau, loc. cit., p. 805 et suiv.; Petersmann, op. cit., p. 258.

⁹¹ Feddersen, loc. cit., p. 104, et voir “Third World Intellectuals and NGOs’ Statement Against Linkages”, exposé présenté à la Conférence ministérielle de Seattle – <http://www.cuts-international.org/Twin-sal.htm> (accédé le 2 août 2005).

⁹² Voir plus haut, note 30. Une telle distinction serait en conformité avec les différents rapports du Haut-Commissaire consacrés aux questions liées au commerce et aux droits de l'homme, qui s'attachaient à assurer que les États maintiennent la capacité de promouvoir et de protéger les droits de l'homme sur leur propre territoire.
