



HAL
open science

La primauté du commerce sur les droits de l'Homme dans le cadre de l'OMC

Sophie Grosbon

► **To cite this version:**

Sophie Grosbon. La primauté du commerce sur les droits de l'Homme dans le cadre de l'OMC. Champeil-Desplats, Véronique and Lochak, Danièle. Libertés économiques et droits de l'Homme, Presses universitaires de Paris Ouest, pp.177-193, 2011, Sciences juridiques et politiques. hal-01790904

HAL Id: hal-01790904

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01790904>

Submitted on 25 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sophie Grosbon, « La primauté du commerce sur les droits de l'Homme dans le cadre de l'OMC », in Champeil-Desplats Véronique et Lochak Danièle (dir.), *Libertés économiques et droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, pp.177-193.

LA PRIMAUTE DU COMMERCE SUR LES DROITS DE L'HOMME DANS LE CADRE DE
L'OMC

Sophie GROSBON

L'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et l'accord général sur le commerce des services (AGCS) sont les deux principaux accords commerciaux multilatéraux adoptés dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Ils réglementent et visent à développer la libéralisation internationale du commerce des marchandises et des services respectivement. Cependant, ces accords prévoient la possibilité pour les Membres de l'OMC de conserver des mesures incompatibles avec leurs règles de fond et donc avec la libéralisation du commerce, pour autant que ces mesures soient nécessaires à la réalisation d'un des « objectifs légitimes » énumérés au sein des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS. Ces prescriptions reflèteraient alors, selon les juges de l'OMC, la reconnaissance, au sein même des accords de commerce, d'« intérêts [...] *a priori* supérieurs aux intérêts commerciaux des membres, puisqu'ils peuvent prévaloir sur ces derniers »¹.

Il convient alors de se demander si la protection des droits de l'homme compte parmi ces valeurs considérées comme supérieures à la libéralisation du commerce et dans quelle mesure une réglementation nationale mettant en œuvre une Convention internationale de protection des droits de l'homme (CIDH), incompatible avec les règles de fond du GATT ou de l'AGCS, peut constituer une « exception générale » justifiée par les articles XX et XIV (I). La réponse à ces questions invite alors à s'interroger sur l'option axiologique des accords de l'OMC, autrement dit sur la primauté accordée *in fine* soit à la libéralisation du commerce, soit aux autres considérations non commerciales telles que la protection des droits de l'homme. Par delà la reconnaissance d'intérêts supérieurs au commerce, le contrôle par les juges de l'OMC de l'utilisation des « exceptions générales » semble en effet traduire une équipollence des valeurs commerciales et non commerciales tendant vers une primauté accordée aux premières (II).

¹ GS, CE – Amiante, WT/DS135/R, 18/09/2000, § 8.272.

I. LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, UNE EXCEPTION LEGITIME A LA LIBERALISATION ?

Les exceptions générales posées par les articles XX GATT et XIV AGCS sont « limitées et conditionnelles »² : les objectifs légitimes que les Membres peuvent poursuivre en utilisant une mesure incompatible avec le GATT ou l'AGCS y sont limitativement énumérés, selon les termes de ces deux articles, la mesure doit être « nécessaire » à la réalisation de l'un des objectifs légitimes et l'application de celle-ci ne doit pas constituer « un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable » ou « une restriction déguisée au commerce ». Les juges de l'OMC contrôlent alors la finalité, la nécessité et l'application non abusive de la mesure. Une mesure nationale mettant en œuvre une CIDH et *a priori* incompatible avec le GATT ou l'AGCS pourrait éprouver un certain nombre de difficultés à accéder au statut d'« exceptions générales » à la libéralisation, en raison de l'absence de reconnaissance explicite de la protection des droits de l'homme en tant qu'objectifs légitimes autorisant une incompatibilité et en raison du strict contrôle opéré par les juges de l'OMC sur la validité des exceptions.

A. L'absence de protection explicite des droits de l'homme

Si certains droits de l'homme tels que le droit à la vie, à la santé, à un environnement sain sont directement protégés par les articles XX b) et XIV b)³, la « réalisation des droits de l'homme » en général n'est pas explicitement citée parmi les objectifs légitimes propres à constituer une exception générale. Seule une interprétation extensive de certains de ces objectifs permettrait alors à une mesure visant la protection des droits de l'homme de franchir le test de finalité.

L'article XIV a) AGCS, en particulier, vise les mesures nécessaires « au maintien de l'ordre public », c'est-à-dire, selon une note infrapaginale, les mesures adoptées « dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société ». Il a alors été soutenu que la protection des droits de l'homme pourrait à l'avenir être reconnue comme un intérêt fondamental de la société justifiant une mesure incompatible avec l'AGCS⁴.

Il est en effet envisageable de défendre l'idée selon laquelle, dans la mesure où « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » et « leurs droits égaux et inaliénables » ont été reconnus en tant que « fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde » par la Charte des Nations Unies et repris au sein des préambules de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Pactes de 1966, la protection des droits de l'homme constitue sans conteste un « des intérêts fondamentaux de la société ».

Certes, en vertu du principe de l'effet relatif des traités, ces textes sont inopposables aux Etats qui n'y sont pas partis⁵. Certes ces références sont issues de Préambules non

² OA, Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12/10/1998, § 157.

³ Ces deux paragraphes protègent en effet les mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ».

⁴ LUFF David, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce : analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2004, p. 651.

⁵ L'inopposabilité des CIDH aux Etats tiers peut être questionnée. En effet, la CIJ a reconnu que les règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine constituaient des obligations *erga omnes* (5/02/1970, Affaire de la Barcelona Traction (arrêt), *rec.*, 1970, p. 32, § 33-34). Il est alors envisageable de défendre l'idée selon laquelle les CIDH à portée universelle sont opposables *erga omnes* et constituent une exception à l'effet relatif des traités. Mais, quoi qu'il en soit, les juges de l'OMC ne sont pas compétents pour appliquer des traités extérieurs à l'OMC en dehors de l'interprétation d'une disposition floue d'un des accords de l'OMC (V. MARCEAU Gabrielle, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », in *EJIL*, 2002, p. 763).

contraignants. Cependant, il ne s'agit pas ici d'imposer directement des règles juridiques extérieures aux accords de l'OMC aux Membres de cette organisation, mais de tenter d'interpréter une disposition floue de l'AGCS. Or, en vertu des principes d'interprétation des traités issus de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités – auxquels l'Organe d'appel a reconnu une valeur coutumière – « un traité doit être interprété de bonne foi ». Il ne paraît pas excessif de soutenir qu'une interprétation de bonne foi des exceptions générales implique la recherche d'une conciliation entre le droit de l'OMC et la protection des droits de l'homme⁶. Cette conciliation n'implique pas impérativement la primauté offerte aux Conventions internationales des droits de l'homme car une telle conception heurterait le principe d'égalité entre les traités⁷. Mais elle invite à accepter que la protection des droits de l'homme entre parmi les intérêts fondamentaux protégés par l'exception d'ordre public. Une fois une telle interprétation admise, la mesure nationale visant la protection des droits de l'homme contraire aux obligations de l'AGCS ne sera licite qu'en remplissant les autres conditions de l'article XIV, c'est-à-dire en passant avec succès le test de nécessité et d'application non abusive des exceptions.

Par ailleurs, sur la base d'une interprétation évolutive des accords de l'OMC, l'Organe d'appel a déjà interprété une disposition en se fondant sur des textes internationaux qui ne relevaient pas des accords de Marrakech. Il s'est alors appuyé sur des conventions qui n'étaient même pas signées par certaines parties au litige et sur des textes internationaux sans valeur juridique contraignante⁸. Ce qui semble alors décisif pour préciser un texte, c'est davantage la multiplication des textes internationaux adoptant une interprétation semblable d'une notion que leur valeur juridique ou les Etats qui y sont parties.

Pour autant, il s'agissait en l'espèce d'inclure parmi les « ressources naturelles épuisables » protégées par l'article XX g) GATT, les ressources biologiques animales et « à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement »⁹ et une telle interprétation ne témoigne pas d'un activisme judiciaire particulièrement démesuré, ce qui est plus contestable s'agissant d'inclure – par la référence aux intérêts fondamentaux de la société - la protection des droits de l'homme au sein de l'exception d'ordre public. Si les juges de l'OMC n'ont pas écarté une telle

⁶ *Ibid.*, p. 790.

⁷ L'absence d'égalité de principe entre les CIDH et les accords de l'OMC et la supériorité des CIDH ne peuvent être démontrées que, si l'on considère que les prescriptions relatives aux droits de l'homme sont des normes de *jus cogens* (articles 53 et 64 de la Convention des Vienes sur le droit des traités), ce qui est loin d'être reconnu par le droit positif, pour tous les droits de l'homme tout du moins (SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 9^{ème} éd., 2008, p. 78-86 ; MARCEAU Gabrielle, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *op. cit.*, p. 798). La supériorité absolue du droit international des droits de l'homme, de la DUDH et des Pactes de 1966 en particulier, sur les autres textes internationaux est parfois justifiée par une référence à l'article 103 de la Charte des Nations Unies qui impose la primauté des obligations découlant de la Charte sur les obligations découlant de tout autre accord international (BACHAND Rémi, GALLIE Martin et ROUSSEAU Stéphanie, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques », in *AFDI*, 2003, p. 579-583 et p. 606-608). Pour qu'une telle interprétation soit valable, encore faut-il démontrer que la DUDH et les Pactes constituent des « obligations en vertu de la Charte » au sens de l'article 103, affirmation qui risque d'être hautement controversée (V. LESAFFRE Hubert, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, LGDJ, 2007, p. 75-78). En effet, « la prééminence hiérarchique » des CIDH en vertu de l'article 103 de la Charte des Nations Unies suppose notamment « que le droit onusien, à valeur contraignante dans le domaine des droits de l'homme et découlant directement de la Charte elle-même, soit substantiel. Or, tel n'ait pas tout à fait le cas » (FLAUSS Jean-François, « Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique », in *Commerce mondial et protection des droits de l'homme : les droits de l'homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 246).

⁸ OA, Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12/10/1998, § 129-132.

⁹ *Ibid.*, § 129.

conception, ils semblent en l'état préférer une interprétation classique de la notion d'ordre public, désignant « la préservation des intérêts fondamentaux d'une société » se rapportant « entre autres, aux normes de droit, de sécurité et de moralité »¹⁰.

A défaut d'une interprétation presque paradoxale de la notion d'ordre public comprise au sein de l'article XIV a) AGCS, pour protéger une mesure visant la réalisation des droits de l'homme, les Membres de l'OMC peuvent tenter de se prévaloir des articles XXI c) GATT et XIV *bis* :1c) AGCS relatifs aux exceptions ... « concernant la sécurité ». Ceux-ci prévoient en effet que les dispositions du GATT et de l'AGCS ne doivent pas être interprétées comme empêchant un Membre « de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales ». Or, la protection des droits de l'homme pourrait compter parmi de telles mesures en particulier parce que les articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies prévoient que l'Organisation et ses Membres doivent favoriser « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » et parce qu'une interprétation récente semble admettre qu'une violation massive des droits de l'homme constitue une atteinte au maintien de la paix et de la sécurité internationales¹¹. Notons cependant que l'article 1^{er} de la Charte des Nations Unies distingue formellement parmi les buts de l'Organisation, le maintien de la paix et de la sécurité internationales du développement des droits de l'homme. Si ces objectifs sont profondément liés, le respect des droits de l'homme n'est pas textuellement cité parmi les mesures à adopter aux fins de maintien de la paix.

En l'absence de référence claire au sein des articles XIV et XX permettant de protéger les droits de l'homme par une mesure incompatible avec la libéralisation du commerce, les juges de l'OMC pourraient, à l'image de la CJCE, créer des « raisons impérieuses d'intérêt général » et dépasser ainsi la liste limitative des objectifs légitimes justifiant une exception générale. La CJCE a effet reconnu que « la protection des droits fondamentaux » constitue un intérêt légitime de nature à justifier une restriction à la libre circulation des marchandises et des services (sous réserve d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité)¹². Cependant, à l'heure actuelle, il nous semble peu probable que les juges de l'OMC suivent cette voie et créent de nouvelles exceptions permettant, par delà les textes des accords de commerce, de maintenir des mesures incompatibles avec le GATT ou l'AGCS. En effet, la différence de nature entre les deux organisations, l'absence d'intégration de l'OMC, le manque de légitimité indiscutée de l'Organe de Règlement des Différends poussent à une interprétation bien plus littérale que téléologique des accords issus du système commercial multilatéral.

Hormis la protection explicite de quelques droits de l'homme, rien n'indique à la lecture des articles XX GATT et XIV AGCS, que les mesures visant la réalisation des droits de l'homme passeront avec succès le test de finalité, première étape à la reconnaissance de leur validité, en dépit de leur incompatibilité avec les règles régissant la libéralisation du commerce et, même si leur objectif légitime était reconnu, grâce à une interprétation extensive des juges de l'OMC, rien ne permet d'affirmer qu'elles franchiront aussi heureusement les stricts tests de nécessité et d'application non abusive auxquelles elles seront alors soumises.

¹⁰ GS, Etats-Unis – Jeux et paris, WT/DS285/R, 10/11/2004, § 6.466-6.467.

¹¹ MARCEAU Gabrielle, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *op. cit.*, p. 789, note infrapaginale n° 115.

¹² CJCE, 12/06/2003, Schmidberger, aff. C-112-00, *rec.*, p. I-5659, § 74 ; CJCE, 14/10/2004, Omega Spielhallen, aff. C-36/02, *rec.*, p. I-09653, § 35 ; CJCE, 11/12/2007, Viking, aff. C-438/05, *rec.*, p. I-10779, § 45 ; CJCE, 18/12/2007, Laval, aff. C-341/05, *rec.*, p. I-11767, § 93.

B. Les tests de nécessité et d'application non abusive

Formellement, l'Organe d'appel a depuis quelques années modifié le test de nécessité. Auparavant, une mesure ne pouvait être considérée comme nécessaire que s'il n'existait pas de mesures alternatives raisonnablement disponibles et moins attentatoires au commerce international permettant de réaliser l'objectif visé¹³. Désormais, une mesure nationale peut être nécessaire même si elle n'est pas indispensable à la réalisation du but poursuivi et c'est la mise en balance de différents facteurs relatifs à l'importance de la valeur protégée, au rôle de la mesure dans la réalisation du but et à ses effets restrictifs sur le commerce qui déterminera la nécessité. En d'autres termes, plus l'intérêt ou la valeur à protéger est vital ou importante, plus la contribution de la mesure à la réalisation de l'objectif légitime est grande, plus faible est l'incidence de la mesure sur le commerce, plus la mesure sera facilement considérée comme nécessaire¹⁴.

La licéité d'une mesure *a priori* incompatible avec le GATT ou l'AGCS mais visant la réalisation des droits de l'homme dépendra donc fortement de l'appréciation axiologique des juges de l'OMC sur l'intérêt à protéger les droits de l'homme¹⁵, appréciation susceptible de varier en fonction du droit concerné. En effet, en acceptant ou en refusant que la protection des droits de l'homme ou de certains d'entre eux soit une valeur hautement importante, les juges de l'OMC facilitent ou non la preuve de la nécessité de la mesure visant à garantir leur réalisation.

Après avoir estimé l'importance de la valeur protégée, les juges de l'OMC examinent la contribution, l'apport de la mesure litigieuse à la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit. Ce contrôle suppose alors premièrement de savoir si cette mesure est de nature à atteindre le but poursuivi et deuxièmement de connaître l'importance de celle-ci dans la réalisation de ce but¹⁶. Or, la question de savoir si une mesure contribue de manière importante ou déterminante à la réalisation de l'objectif passe presque obligatoirement par la question de savoir si une mesure alternative permet de répondre avec un même degré d'efficacité à cet objectif¹⁷, ou autrement dit, le contrôle de l'efficacité de la mesure est intimement lié au contrôle d'interchangeabilité, à la recherche d'une mesure alternative moins attentatoire au commerce et aussi efficace pour atteindre le but visé¹⁸.

Dès lors, plus le niveau de protection, l'objectif que la mesure tend à réaliser sera élevé, « plus l'éventail de mesures permettant de le satisfaire sera, assez logiquement réduit »¹⁹ et plus il sera difficile de trouver une mesure alternative propre à réaliser l'objectif aussi efficacement que la mesure litigieuse. L'Organe d'appel n'hésite alors pas à se fonder sur la mesure adoptée par le Membre pour en déduire l'objectif poursuivi, quitte à remettre en cause et à revoir à la baisse l'objectif annoncé. L'objectif redéfini permet alors de proposer des mesures alternatives qui n'auraient pas été appropriées pour atteindre l'objectif annoncé (pas plus tout du moins, selon l'Organe d'appel, que ne l'était la mesure contestée)²⁰.

¹³ V. GS, Etats-Unis – Article 337, BISD/36S/345, 7/11/1989, § 5.26.

¹⁴ OA, Bœuf coréen, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, 11/12/2000, § 162-3.

¹⁵ V. RUIZ FABRI Hélène, « La nécessité devant le juge de l'OMC », in *La nécessité en droit international*, CHRISTAKIS Théodore et MOLLARD-BANNELIER Karine (dir.), Paris, Pedone, 2007, p. 210.

¹⁶ V. OA, Brésil – Pneumatiques rechapés, WT/DS332/AB/R, 3/12/2007, § 210.

¹⁷ V. par exemple, OA, Cigarettes dominicaines, WT/DS302/AB/R, 25/04/2005, § 71.

¹⁸ V. OA, Bœuf coréen, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, 11/12/2000, § 166.

¹⁹ RUIZ FABRI Hélène et MONNIER Pierre, « Organisation Mondiale du Commerce. Chronique du règlement des différends 2004 », in *JDI*, 2005, p. 994.

²⁰ V. OA, Bœuf coréen, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, 11/12/2000, § 178-179 ; OA, Cigarettes dominicaines, WT/DS302/AB/R, 25/04/2005, § 71-72

La nécessité de la mesure litigieuse peut donc être contestée en se fondant sur une mesure moins attentatoire au commerce permettant aussi efficacement d'atteindre le but visé, alors même que celui-ci peut être redéfini en raison de l'inefficacité de la mesure contestée à l'atteindre. Il reste que cette mesure alternative ne doit pas être purement théorique, c'est-à-dire, qu'elle ne doit pas être impossible à adopter et qu'elle ne doit pas imposer « une charge indue [...], par exemple des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles »²¹.

Alors que les tests de finalité et de nécessité s'apparentent à un « véritable "parcours du combattant" »²² pour la mesure visant la protection des droits de l'homme qui chercherait à bénéficier du statut d'exception générale, le franchissement de ces deux épreuves ne provoque pas immédiatement la reconnaissance de la licéité de cette mesure. Les juges de l'OMC contrôlent en effet si la mesure litigieuse satisfait aux prescriptions des clauses introductives des articles XX et XIV, c'est-à-dire, si elle n'est pas appliquée « de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce ». Selon l'Organe d'appel, le but et l'objet de ces clauses introductives est de « prévenir "l'abus des exceptions" »²³, de veiller à ce que l'usage des exceptions « soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable »²⁴.

Auparavant, l'examen des clauses introductives se traduisait par la recherche d'une mesure alternative à la réglementation litigieuse²⁵, mais désormais, ce test d'interchangeabilité est opéré lors de l'examen des paragraphes des articles XX du GATT et XIV de l'AGCS et « ce qui pourrait conduire à une censure au titre du chapeau aura probablement débouché sur la conclusion d'une nécessité non démontrée, rendant le contrôle au titre du chapeau inutile » dans la plupart des situations²⁶.

Les conditions posées au sein des clauses introductives ne retrouvent alors une utilité qu'en présence d'une mesure qui a franchi avec succès le test de nécessité, c'est-à-dire en l'absence de mesures alternatives. Sachant que l'inefficacité de la mesure contestée peut conduire à remettre en cause le niveau de protection souhaité et à faciliter la preuve de l'existence d'une mesure alternative, seules les mesures, particulièrement restrictives pour le commerce, franchiront sans difficulté le test de nécessité²⁷. Le chapeau ne conserve alors un « sens véritable que dans les hypothèses où [...] les Etats optent pour une tolérance zéro et pour une prohibition totale »²⁸.

Face à de telles prohibitions, l'Organe d'appel a choisi d'utiliser les clauses introductives pour faire obstacle à d'éventuels abus et incohérences de la part du Membre concerné qui témoignerait ainsi, indirectement, d'une forme de discrimination arbitraire ou injustifiable²⁹. La recherche du caractère injustifiable ou discriminatoire de la discrimination est alors « axée sur la cause de la discrimination, ou la raison d'être avancée pour expliquer son existence ». Ainsi, « il y a discrimination arbitraire ou injustifiable », lorsqu'un Membre applique la

²¹ OA, Etats-Unis – Jeux et de paris, WT/DS285/AB/R, 7/04/2005, § 308.

²² LESAFFRE Hubert, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit.*, p. 74.

²³ OA, Etats-Unis – Essence, WT/DS2/AB/R, 29/04/1996, p. 23.

²⁴ OA, Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12/10/1998, § 158.

²⁵ V. par exemple : OA, Etats-Unis – Essence, WT/DS2/AB/R, 29/04/1996, p. 29-30.

²⁶ RUIZ FABRI Hélène, *La nécessité devant le juge de l'OMC*, *op. cit.*, p. 220.

²⁷ Comp. : OA, CE – Amiante, WT/DS135/AB/R, 12/03/2001, § 174 ; OA, Bœuf coréen, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, 11/12/2000, § 178 ; OA, Brésil – Pneumatiques rechapés, WT/DS332/AB/R, 3/12/2007, § 156-175 et § 199-211.

²⁸ RUIZ FABRI Hélène, *La nécessité devant le juge de l'OMC*, *op. cit.*, p. 220.

²⁹ V. OA, Etats-Unis – Jeux et paris, WT/DS285/AB/R, 7/04/2005, § 356.

mesure litigieuse de manière discriminatoire « entre les pays où les mêmes conditions existent », en fondant cette discrimination sur des raisons « qui n'ont pas de lien rationnel avec l'objectif » légitime poursuivi³⁰.

Le contrôle de la validité des exceptions générales par les juges de l'OMC ne saurait alors, à nos yeux, « illustre[r] parfaitement le caractère ouvert du système » et le « choix de politique judiciaire, visant à montrer que le système ne se renferme pas dans une sorte de "tropisme commercial" » et est, au contraire, sensible à d'autres préoccupations³¹. Si l'Organe d'appel reconnaît l'importance de valeurs non commerciales, protège la réalisation de l'objectif légitime en refusant les mesures alternatives purement théoriques, et complique la preuve de l'existence de mesures moins restrictives pour le commerce (que la mesure litigieuse), la nécessité de la mesure peut être contestée en se fondant sur une mesure moins attentatoire au commerce permettant aussi efficacement d'atteindre le but visé, alors même que celui-ci peut être redéfini en raison de l'inefficacité de la mesure contestée à l'atteindre. En outre, une mesure reconnue comme « nécessaire », c'est-à-dire sans alternative efficace permettant de réaliser le but visé, peut être déclarée incompatible avec les articles XX GATT et XIV AGCS au motif de son application abusive ou incohérente. Il est alors possible qu'un certain nombre de mesures visant la protection des droits de l'homme ne parviennent pas à accéder au statut d'« exceptions générales ». Premièrement, les articles XX et XIV ne protègent pas explicitement tous les droits de l'homme. Deuxièmement, même si une interprétation extensive de leurs paragraphes offrait une telle protection, rien ne permet d'affirmer que les juges de l'OMC considéreront cette valeur (la réalisation des droits de l'homme) comme vitale ou hautement importante et qu'ils ne contesteront pas le manque d'efficacité des mesures litigieuses à la réalisation de ces objectifs, facilitant ainsi la preuve d'une mesure alternative. Alors que les juges de l'OMC ont interprété les articles XX du GATT et XIV de l'AGCS comme la reconnaissance de valeurs supérieures au commerce international justifiant une atteinte à celui-ci³², le contrôle strict qu'ils opèrent sur les exceptions générales conduit à remettre en question la réalité de cette affirmation et, plus précisément, cette apparente hiérarchie des valeurs.

II. UN RENVERSEMENT DE LA HIERARCHIE DES VALEURS

La libéralisation du commerce international n'est jamais consacrée, ni par les textes, ni par les juges, comme une valeur supérieure aux objectifs légitimes, puisqu'une atteinte excessive, extrême, disproportionnée, au commerce, peut être justifiée tant qu'elle contribue à la réalisation d'un objectif et qu'aucune autre alternative moins incompatible avec les accords de l'OMC ne permet d'accomplir aussi efficacement cet objectif.

³⁰ OA, Brésil – Pneumatiques rechapés, WT/DS332/AB/R, 3/12/2007, § 226-228 : une décision du tribunal du Mercosur interdit au Brésil de prohiber l'importation de pneus rechapés en provenance des pays de la région. L'Organe d'appel reconnaît que la prohibition d'importation brésilienne est nécessaire à la protection de la santé et de l'environnement (article XX a) GATT). Pourtant comme cette interdiction n'est pas applicable aux pays du Mercosur, elle crée une discrimination arbitraire et injustifiée vis-à-vis des pays tiers à l'accord régional. « La décision rendue par le Mercosur n'est pas une raison d'être acceptable pour la discrimination, parce qu'elle n'a pas de relation avec l'objectif légitime poursuivi par l'interdiction d'importer qui relève de l'article XX b), voire va à l'encontre de cet objectif, même dans une très faible mesure ».

³¹ NGAMBI Joseph, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Thèse de doctorat en Droit, Université Panthéon-Sorbonne, 2007, p. 170.

³² GS, CE – Amiante, WT/DS135/R, 18/09/2000, § 8.272.

Cependant, le contrôle des exceptions montre que les juges de l'OMC tendent, au minimum, à mettre les intérêts commerciaux et les objectifs légitimes sur un pied d'égalité. Tout d'abord, l'Organe d'appel estime que les clauses introductives, qui interdisent les discriminations arbitraires ou injustifiables et les restrictions déguisées au commerce, traduisent « la nécessité de maintenir l'équilibre des droits et des obligations entre le droit qu'a un Membre d'invoquer l'une ou l'autre des exceptions » et les droits que les autres Membres tiennent des obligations de fond des accords de l'OMC. Il s'agit alors pour les juges « de localiser et de circonscrire le point d'équilibre » entre deux droits contradictoires « de façon qu'aucun des droits en cause n'annule l'autre et, partant, ne fausse et n'annule ou ne compromette l'équilibre des droits et des obligations établi par les Membres eux-mêmes dans cet accord »³³.

A. Un équilibre faussé entre intérêts commerciaux et protection des droits de l'homme

Le « choix de politique judiciaire consistant à considérer que l'Etat qui se prévaut d'une exception [...] exerce un droit » (« ce qui est quasiment un oxymore »)³⁴, mais surtout la recherche de cet équilibre, et donc le contrôle, qui permet d'éviter, d'une part qu'une utilisation « abusive ou impropre » des exceptions ne réduise à néant les droits que les autres Membres tiennent de l'accord et, d'autre part, que « le droit d'invoquer l'une de ces exceptions » devienne « illusoire »³⁵, traduisent une équivalence, aux yeux de l'Organe d'appel, entre le droit à la réalisation des obligations résultant de l'accord de commerce et le droit de faire échec à cette réalisation en se prévalant d'une exception légitime.

Cette équipollence des valeurs contradictoires est ensuite renforcée par l'interprétation selon laquelle la licéité de la mesure litigieuse dépend de l'absence de mesures alternatives aussi efficaces et moins incompatibles avec les accords de l'OMC. La recherche de la mesure alternative est en effet un moyen de conserver le juste équilibre, de dégager la solution qui protège le mieux les intérêts en présence sans faire prévaloir l'un sur l'autre. Elle devient alors le « critère de pondération » propre au contrôle de proportionnalité qui permet au juge de dégager « la juste mesure à observer dans l'application à un litige de deux principes antinomiques d'égale valeur qui ont l'un et l'autre vocation à en gouverner la solution » en mettant en « balance concrètement les conséquences qui découleraient de l'application de chacune, afin de faire prévaloir, en l'espèce, celle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence »³⁶.

Reste enfin la formulation même de la mise en balance entre les différents facteurs qui déterminent la nécessité de la mesure contestée : « plus [l'] intérêt commun ou [les] valeurs communes sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la "nécessité" d'une mesure conçue comme un instrument d'application », plus la contribution de la mesure à la réalisation de l'objectif légitime « est grande, plus il sera facile de considérer que la mesure peut être "nécessaire" », « une mesure qui a une incidence relativement faible sur les produits importés pourra plus facilement être considérée comme "nécessaire" qu'une mesure qui a des effets restrictifs profonds ou plus larges »³⁷. Cette mise en balance exprime alors bel et bien, premièrement, un contrôle de la licéité de la mesure en fonction des avantages procurés à l'objectif poursuivi et des inconvénients subis par le commerce international, et deuxièmement, une mise en balance entre la valeur protégée et les intérêts commerciaux : moins l'intérêt protégé sera important et plus l'atteinte au commerce international sera

³³ OA, Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, § 156, 159.

³⁴ RUIZ FABRI Hélène, « La nécessité devant le juge de l'OMC », *op. cit.*, p. 204.

³⁵ OA Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, § 159.

³⁶ CORNU Gérard, « Proportionnalité », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007, 8^{ème} éd., p. 719.

³⁷ OA, Bœuf coréen, WT/DS161/AB/R et WT/DS169/AB/R, 11/12/2000, § 162-3.

profonde, moins il sera facile d'admettre la nécessité de la mesure litigieuse. Ces deux formes de mise en balance expriment alors une mise en tension des intérêts contradictoires beaucoup plus qu'une priorité offerte *a priori* aux intérêts non commerciaux protégés par les articles XX et XIV.

Il est même possible de se demander dans quelle mesure ce contrôle de proportionnalité, cette recherche de l'équilibre entre les différents intérêts en présence, ne contribue pas « à masquer, sous les habits modernes de la "mise en balance" [...], la volonté de suprématie d'un droit qui ne veut pas ou ne peut plus l'avouer [...] »³⁸.

Cette tentation hégémonique transparait lorsque l'on rapproche le contrôle des exceptions à la libéralisation du commerce du régime des restrictions aux libertés fondamentales en droit international des droits de l'homme : de plus en plus, en effet, la licéité, mais également, la légitimité d'une action étatique sont abordées à l'aune de critères comparables, qu'il s'agisse de juger d'une ingérence au sein d'une liberté fondamentale ou d'une entrave à la libéralisation du commerce international.

Premièrement, l'Organe d'appel qualifie de « droits fondamentaux » ou de « droits conventionnels fondamentaux », les règles de fond des accords de l'OMC³⁹. Une telle qualification n'entraîne pas nécessairement d'effets juridiques. Toutefois, les mots en eux-même peuvent être susceptibles, dans une certaine mesure, « de changer les choses du droit » et de « jouir, à cet égard, d'une sorte de portée normative » (« Les mots sont-ils déjà du droit et le droit n'est-il pas d'abord des mots ? »). Mais surtout, non seulement le locuteur qui qualifie certains droits de « fondamentaux » signifie qu'il les tient « pour "importants", "essentiels" ou "déterminants" », mais encore « l'adjectif "fondamental" » « tend » également « à suggérer, sans nullement l'établir, que ces droits seraient au fondement même du droit... »⁴⁰. Plus encore, la référence à la fundamentalité d'un droit évoque le fait que ce droit est inhérent à l'identité même de l'homme, qu'il se situe « au plus haut degré de la hiérarchie d'un ordre juridique », qu'il « assure[...] une identité, un fondement conceptuel ou logique à un ensemble organisé et structuré d'autres droits qui en dérivent ou en sont déduits »⁴¹.

Deuxièmement, ces « droits fondamentaux » qui découlent des règles de fond des accords de l'OMC doivent être conciliés avec le (simple) « droit qu'a un Membre d'invoquer l'une ou l'autre des exceptions »⁴². Or, ces exceptions ressemblent fortement, pour certaines, aux buts légitimes justifiant une restriction à la plupart des libertés fondamentales consacrées par le PIDCP et la CEDH. Il s'agit, en particulier, de la protection de la sécurité publique, de la défense de l'ordre, de la prévention des infractions pénales, de la protection de la santé et de la morale⁴³. Différence notable toutefois, « les droits et libertés d'autrui » constituent un but légitime justifiant une restriction aux libertés fondamentales. Une telle exception n'est pas intégrée parmi les intérêts protégés par les accords de l'OMC.

³⁸ RUIZ FABRI Hélène, « La nécessité devant le juge de l'OMC », *op. cit.*, p. 215.

³⁹ OA, Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12/10/1998, § 156.

⁴⁰ PICARD Etienne, « Droits fondamentaux », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), Paris, PUF, 2003, p. 544-545.

⁴¹ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », in *RDT*, 2007, p. 20-22 : « dans un ultime sens », « le caractère fondamental des droits et libertés dérive [...] d'une reconnaissance et d'une protection convergente dans un nombre significatif d'ordres juridiques nationaux ou internationaux. Cette conception n'est pas dénuée de prétentions à l'universalité, ni de visées normatives. Il s'agit tout autant d'extraire un ensemble de valeurs communes que de contribuer à la construction de cet ensemble. On rejoint, s'agissant des libertés économiques, la problématique de la globalisation et de la mondialisation de l'économie de marché. La victoire annoncée du néo-libéralisme consacrerait la fundamentalité des libertés économiques ».

⁴² OA, Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12/10/1998, § 156.

⁴³ V. les articles 8, 9 10, 11 CEDH et articles 12, 18, 19, 21, 22 du PIDCP.

Troisièmement, selon les termes de la Convention européenne des droits de l'homme, seules sont justifiées les ingérences dans l'exercice des libertés fondamentales nécessaires à la poursuite d'un but légitime dans une société démocratique. La Cour EDH en déduit que les ingérences doivent être strictement proportionnées à la menace à laquelle elles visent à parer. Elle opère alors un contrôle de proportionnalité au sens large et vérifie que la mesure est appropriée pour atteindre le but recherché, qu'elle est nécessaire, ce qui impose à l'Etat de choisir la mesure la moins liberticide pour atteindre son objectif et, enfin qu'elle est proportionnée au sens strict, ce qui implique une comparaison entre l'intérêt général visé et les droits fondamentaux de l'individu⁴⁴.

Ce contrôle se rapproche alors de celui opéré par l'Organe d'appel sur les exceptions générales : le test de nécessité conduit en effet à mettre en balance la contribution de la mesure litigieuse à la réalisation de l'objectif poursuivi et ses effets restrictifs sur le commerce, cette évaluation comparative inclut alors l'examen du caractère approprié de la mesure, de son efficacité et de l'absence de mesures alternatives moins restrictives pour le commerce.

B. Le dévoiement du contrôle de proportionnalité

Pourtant, si le contrôle de proportionnalité se justifie en matière d'atteintes aux libertés fondamentales, les entraves au commerce international ne devraient pas nécessairement être jugées sur les mêmes fondements et entraîner le même type de contrôle juridictionnel : le paradigme libéral (au sens politique) est en effet fondé sur l'idée selon laquelle aucune liberté n'est absolue ; si des bornes doivent être posées aux libertés, ce n'est que « pour organiser la coexistence entre des libertés qui peuvent entrer en conflit » ou « pour concilier l'exercice de la liberté reconnue à chacun avec les exigences de la vie en société ». Ainsi « la liberté de chacun a pour bornes la liberté d'autrui d'un côté, le bien commun de l'autre »⁴⁵. Seules seront alors légitimes les restrictions aux libertés strictement nécessaires pour atteindre ces exigences. Cette stricte nécessité entraîne non seulement la recherche de la mesure la moins liberticide permettant d'atteindre l'objectif visé, mais également une stricte proportionnalité, une mise en balance entre les exigences contradictoires.

Le contrôle de proportionnalité permet alors de juger de la licéité d'une mesure mais également de sa légitimité : « le principe de proportionnalité correspond à une conception des rapports entre l'individu et la puissance publique [...]. En effet, ce principe n'est autre que la concrétisation de cette aspiration qui imprègne notre droit comme tous les droits d'Europe, celle de limiter autant que faire se peut les interventions de l'Etat : celles-ci doivent se limiter au strict nécessaire et donc être proportionnées aux objectifs d'intérêt général qu'a retenus le législateur voire le constituant »⁴⁶. La justification de cette stricte limitation de l'intervention étatique s'explique aisément en matière de libertés fondamentales, si l'on admet que la protection des droits de l'homme fonde la raison d'être de l'Etat ou autrement dit que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme »⁴⁷. Dans cette optique, effectivement, les restrictions aux libertés ne peuvent être

⁴⁴ V. FROUVILLE DE Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international, Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, A. Pedone, 2004, p. 147-152.

⁴⁵ LOCHAK Danièle, « Les bornes de la liberté », in *Revue Pouvoirs*, « La liberté », n° 84, 1998, p. 16.

⁴⁶ FROMONT Michel, Le principe de proportionnalité, in *AJDA*, n° spécial, 1995, p. 156.

⁴⁷ Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. V. FROUVILLE DE Olivier, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international, Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, op. cit., p. 14-20 : « les droits de l'homme occupent en effet une place centrale dans les différentes théories du contrat social puisqu'ils en sont à la fois la fin, le fondement et la condition de possibilité. Le contrat social est avant tout, comme œuvre de la modernité, une tentative de fonder la légitimité du droit et du pouvoir en dehors de toute explication métaphysique. [...] Les droits naturels [...] sont d'abord le

fondées que sur la stricte nécessité de protéger les libertés d'autrui et d'assurer une coexistence harmonieuse au sein de la société.

Mais la stricte limitation de l'intervention étatique se comprend moins, nous semble-t-il, dans le cadre de la protection des engagements internationaux en matière de commerce. La logique qui conduit à appliquer un contrôle de proportionnalité aux restrictions aux libertés ne peut s'appliquer incontestablement aux entraves au commerce international que si l'on accepte que la libéralisation du commerce – et l'on parlera alors peut-être de « liberté des échanges » ou de « liberté économique » – constitue une liberté fondamentale, un droit de l'homme reconnu, défini et protégé par le droit. Une telle conception « revient alors à considérer qu'il est inhérent à l'homme d'entreprendre et de se constituer dans des rapports marchands » et elle « suppose d'adhérer, au moins partiellement, à une ontologie libérale au sens économique du terme ». En effet, « la fondamentalité au sens axiologique renvoie à l'expression de valeurs indispensables à l'humanité. Les droits fondamentaux sont inhérents à l'homme en tant qu'il est homme, et sont nécessaires à l'épanouissement individuel, à la dignité et à l'identité même de l'homme dans la société ». En considérant la liberté des échanges comme une liberté fondamentale, « l'état d'*homo economicus* devient une qualité humaine substantielle qui prétend à une protection équivalente à celle dont bénéficient les autres qualités de l'humanité »⁴⁸.

Outre ces considérations ontologiques, la principale difficulté juridique, qui se heurte à la consécration de la libéralisation du commerce des services en tant que liberté fondamentale, est l'absence d'effet direct des règles de l'OMC : jusqu'ici, les droits découlant des accords de Marrakech appartiennent aux Membres de l'OMC, et non aux individus, ce qui interdit de les considérer comme des libertés fondamentales. Notons à cet égard que c'est l'effet direct du droit communautaire qui a permis de consacrer la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux en tant que « libertés fondamentales » des ressortissants communautaires, entraînant un encadrement de l'action étatique par le biais du contrôle de proportionnalité.

Pour autant, bien que le contrôle des entraves au commerce international tende à se rapprocher du contrôle des restrictions aux libertés, une différence majeure persiste : l'Organe d'appel refuse de condamner une mesure nécessaire à la réalisation d'un objectif légitime en l'absence de mesures alternatives, même si la réglementation litigieuse porte une atteinte

fondement tant causal que moral de ce contrat, soit que le conflit des libertés naturelles produise un état de guerre endémique insupportable qui conduisent les hommes à rechercher la sécurité dans une organisation civile (Hobbes, Kant) ; soit que l'absence de limites mises à ces libertés ne garantisse pas la pérennité des possessions et, plus généralement, des droits, et que le besoin se fasse sentir de fonder des institutions qui assurent cette garantie (Locke, Rousseau, Kant). Les droits de l'homme sont ensuite une *condition de possibilité* du contrat, le premier de ces droits étant la liberté dont découle l'autonomie de la volonté, qui est la capacité pour chacun de donner son consentement aux limites qui seront fixées aux droits naturels par la "contrainte publique de lois extérieures". Leur préservation est enfin *le but* du contrat, dans la mesure où celui-ci n'aura été conclu que pour garantir une liberté égale pour tous, au lieu de la liberté anarchique et illimitée propre à l'état de nature. [...] Les droits de l'homme désignent les droits dont la reconnaissance à l'état civil fonde la *légitimité* du droit en conférant au processus normatif la dimension d'une auto-législation. De la sorte, tout en relevant effectivement du droit positif, ils doivent être compris comme étant en dehors de celui-ci. Jürgen Habermas présente ainsi ce paradoxe : "Comme les droits de l'homme ne peuvent être "réalisés" en tant que droits civiques exigibles que dans le cadre d'un ordre étatique, ils dépendent de la volonté d'un législateur politique ; mais dans la mesure où ils constituent en même temps la base de toute communauté démocratique, le législateur souverain lui-même ne dispose pas librement de ces normes fondamentales." Les droits de l'homme, en tant qu'expression et garantie de la liberté à l'état civil, possèdent donc une position particulière dans l'ordre juridique : ni le législateur, ni d'ailleurs même le constituant ne peuvent y porter librement atteinte » (en italique dans le texte).

⁴⁸ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 20 (en italique dans le texte).

disproportionnée au commerce. Il affirme même très clairement que « la volonté de maintenir le système commercial multilatéral, et non d'y porter atteinte, est forcément un principe fondamental et constant qui sous-tend l'*Accord sur l'OMC* ; mais ce n'est ni un droit ni une obligation, ni une règle d'interprétation pouvant être utilisée pour évaluer une mesure donnée » au regard des clauses introductives des articles XX GATT et XIV AGCS⁴⁹.

Au contraire, la Cour européenne des droits de l'homme accepte parfois, lors de la mise en balance des droits fondamentaux de l'individu et du but légitime poursuivi par l'Etat, que la gravité de l'atteinte implique de renoncer aux buts légitimes ; elle contrôle ainsi l'absence d'atteinte à la substance même de la liberté fondamentale, réaffirmant de ce fait clairement la primauté de la sauvegarde des libertés fondamentales sur l'action étatique justifiée par la poursuite d'un but légitime⁵⁰.

*

L'analyse du contrôle des exceptions générales par les juges de l'OMC conduit aux constatations suivantes : un certain nombre de considérations non commerciales comme la protection de droits de l'homme ne sont pas expressément traitées au sein des Accords de l'OMC comme des valeurs supérieures au commerce international. Ce n'est qu'en l'absence de mesures alternatives moins attentatoires au commerce, et sous réserve d'une application cohérente de la mesure litigieuse, que les considérations non commerciales semblent primer clairement sur la libéralisation du commerce visée par les accords de l'OMC. En pareil cas, même les atteintes considérables au commerce sont justifiées. En dehors de cette circonstance, la recherche d'une mesure alternative illustre une volonté de sauvegarder de manière équilibrée les intérêts commerciaux et non commerciaux en présence, et traduit donc une forme d'équipollence des valeurs à première vue antinomiques. Cependant, le test de nécessité peut conduire non seulement à remettre en question le choix entre différents instruments réglementaires - ce qui peut avoir un effet incident sur la définition même du but non commercial visé - mais également à une redéfinition de ce dernier. De plus, les juges de l'OMC tendent à traiter les exceptions aux règles de fond du GATT et de l'AGCS de la même manière que les organes compétents en matière de droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme en particulier, contrôlent les entraves aux libertés fondamentales : les obligations de fond de l'accord de commerce sont alors considérées comme des « droits fondamentaux » que des exceptions essentiellement relatives à la protection de l'ordre public, de la santé et de la morale peuvent autoriser à restreindre, sous réserve d'un contrôle d'efficacité et d'interchangeabilité ainsi que d'une mise en balance entre les différents intérêts en présence. Le contrôle des exceptions générales opéré par les juges de l'OMC semble bien dès lors dissimuler derrière une apparente hiérarchie des valeurs, une tentation hégémonique du droit commercial multilatéral.

⁴⁹ OA, Etats-Unis – Crevettes, WT/DS58/AB/R, 12/10/1998, § 116 (en italique dans le texte).

⁵⁰ V. par exemple : Cour EDH, 23 juillet 1968, Affaire linguistique belge, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 2126/64, *Série A*, n° 8, p. 34, § 5 ; Cour EDH, 25 février 1982, Campbell et Cosans, req. n° 7511/76, 7743/76, *Série A*, n° 48, p. 19, § 41.