

# 12.— L'ÈRE DES DÉFIS GLOBAUX ET LA FIN DE L'EXCEPTIONNALISME

**Geneviève Dufour et Richard Ouellet**

Les auteurs tiennent à remercier Maude Lachance pour son aide précieuse à la recherche sur le concept de défi global.

#### GENEVIÈVE DUFOUR

est professeure à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa et titulaire de la chaire de recherche en droit du commerce durable, responsable et inclusif. Elle collabore avec de nombreux acteurs en droit du commerce international, notamment avec divers gouvernements africains dans le cadre des négociations commerciales à l'OMC. Elle est chercheuse au WTO Gender Research Hub, a donné plus de 125 conférences à travers le monde, produit au-delà d'une centaine de publications et organisé plus de 40 événements scientifiques.

#### RICHARD OUELLET

est professeur titulaire en droit international économique à l'Université Laval à Québec. Il est titulaire de la Chaire de recherche sur les nouveaux enjeux de la mondialisation économique. Ses travaux portent sur les accords de l'OMC et sur l'intégration économique régionale. Il a été professeur invité, conférencier et chercheur invité dans plus de 15 pays. Il est consultant pour divers ministères et organisations publiques et parapubliques. Il figure sur la liste des candidats arbitres pour l'Annexe 31-B de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique.

## Introduction

Nous sommes entrés dans ce qu'il est convenu d'appeler l'ère des défis globaux. Par défis globaux, on réfère à des situations d'une ampleur et d'une généralité telles que seule une action concertée de la communauté internationale permet d'y faire face. La pandémie de COVID-19, les changements climatiques, les crises migratoires, l'insécurité alimentaire, la pollution des mers et de l'espace, la perte de biodiversité ou les cyberattaques sont autant d'exemples de ces phénomènes qui ne connaissent pas les frontières et auxquels nos gouvernements ne peuvent s'attaquer efficacement que par une coopération multilatérale.

Évidemment, nos collectivités affrontent depuis longtemps des périls liés à la protection de la santé des populations, à la protection de l'environnement ou au combat contre la famine. En effet, l'humanité a fait face à la peste, à la grippe, à la variole, au choléra et à la maladie à virus Ebola. Si graves ces épidémies et pandémies ont-elles été, elles n'ont pas eu la vitesse ni l'étendue de la pandémie de COVID-19. Une intervention limitée à une ou à des régions géographiques a permis d'endiguer ces fléaux. Or la transmission du coronavirus est devenue planétaire en quelques semaines et la réaction à la COVID-19 n'a été efficace que parce qu'elle a été globale. L'imposition de mesures barrières, le confinement des populations ou la vaccination auraient été vains si ces actions n'avaient pas été posées dans toutes les régions du monde. La concertation, le partage d'information et la distribution aussi large que possible des vaccins et équipements médicaux, favorisés et promus notamment par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>1</sup>, ont permis de revenir aussi près que possible de notre mode de vie pré-COVID. C'est une réponse multilatérale qui a permis de répondre à ce défi.

Le même raisonnement vaut à l'égard des changements climatiques. Le dernier demi-siècle a amené son lot de menaces environnementales. Pluies acides, réduction de la couche d'ozone, pollution marine, pollution de l'air. Ces menaces sont certes fort importantes, mais des solutions nationales ou régionalisées ont pu être efficaces sans que l'adaptation ne soit à l'échelle planétaire. Aujourd'hui, seule une réponse universelle à l'enjeu global des changements climatiques peut les freiner. La réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) par un groupe d'États, aussi importante soit-elle, restera sans effet sur le réchauffement planétaire sans un accord ou une coordination à portée universelle ou quasi universelle.

Il est plutôt aisé de constater que les défis globaux existent et que les périls qu'il faut combattre aujourd'hui ont plus souvent une ampleur globale que nationale ou régionale. La classe politique prend d'ailleurs acte de cette nouvelle donne, comme en témoigne le secrétaire d'État américain :

*In the past two years we've come together to fight the COVID-19 pandemic and prepare for future global health emergencies, rebuild from economic shocks, from supply-chain disruptions to debt crises, and take on climate change, and reimagine an energy future that's cleaner, more secure, and more affordable.*

*The common denominator across these efforts is the simple fact that none of us can meet these challenges alone. We have to face them together<sup>2</sup>.*

1. L'action de l'OMC, en concertation avec d'autres organisations intergouvernementales, en vue de combattre les effets de la pandémie a pris des formes multiples. On en trouve le riche inventaire à OMC, « La COVID-19 et le commerce mondial », en ligne : [www.wto.org/french/tratop\\_f/covid19\\_f/covid19\\_f.htm#measures](http://www.wto.org/french/tratop_f/covid19_f/covid19_f.htm#measures).

2. Antony J Blinken, « The Administration's Approach to the People's Republic of China », Discours du secrétaire d'État, 26 mai 2022, en ligne : [U.S. Department of State <www.state.gov/the-administrations-approach-to-the-peoples-republic-of-china/>](https://www.state.gov/the-administrations-approach-to-the-peoples-republic-of-china/).

Si cette idée des problèmes qui commandent une réponse universelle prend doucement sa place dans la doctrine juridique, dans l'ensemble de la littérature savante et, plus largement, chez les gouvernements et dans les travaux de certaines organisations internationales, il demeure difficile de tracer les contours de ce qu'est un défi global ou un enjeu global. Encore à ce jour, les termes employés autour du concept et la définition de ces termes restent éclatés.

C'est sans doute le Forum économique mondial (FEM) qui propose la définition la plus largement répandue. En choisissant le terme *global risk*, il le définit comme : « *the possibility of the occurrence of an event or condition which, if it occurs, would negatively impact a significant proportion of global GDP, population or natural resources* »<sup>3</sup>. Il est de bon compte de préciser que le FEM avait proposé une définition différente de la même expression une année plus tôt<sup>4</sup>. C'est dire combien les contours de l'idée de défi global sont mouvants.

On parle aussi de *global challenge*<sup>5</sup>, de *global issue*<sup>6</sup> ou de *global problem*<sup>7</sup> pour parler à peu de choses près du même concept.

Les Nations Unies recourent à l'expression *global issue* pour référer à des considérations importantes et variées comme le développement de l'Afrique, le vieillissement de la population, les changements climatiques, l'alimentation, la démocratie, le désarmement, l'équité des genres, l'énergie nucléaire, la migration, la santé, etc.<sup>8</sup>.

Le FEM et le *Cambridge Global Risk Index* vont un cran plus loin et incluent dans les *global risks* les crises économiques ou l'effondrement des institutions multilatérales<sup>9</sup>. Les juristes Tietje et Lang sont de la même école de pensée quand ils plaident qu'un système commercial multilatéral basé sur la règle de droit est un bienfait pour l'ensemble de la communauté des États et qu'il existe une obligation à la fois collective et propre à chaque Membre de défendre ce système et de contribuer à son bon fonctionnement<sup>10</sup>.

Dans les pages qui suivent, nous entendrons qu'un défi est global en ce qu'il échappe à la capacité d'action d'un État ou d'un groupe d'États. Il requiert une coopération multilatérale, à partir d'une action coordonnée ou d'un accord à vocation universelle. Nous utiliserons l'expression *défi global* d'après le sens qui lui a été donné dans le clairvoyant rapport Stern<sup>11</sup>, commandé par le gouvernement britannique en 2006. Un défi global est un problème auquel la communauté des États ne peut répondre que par une action collective multilatérale.

Il est intéressant de voir dans quelle mesure le multilatéralisme économique tel qu'il est pratiqué aujourd'hui à l'OMC permet de relever les défis globaux (I). Nous chercherons à voir si

**3.** Forum économique mondial, « Global Risks Report 2023 » Genève, Forum économique mondial, 2023 à la p 5, en ligne : FEM <[www3.weforum.org/docs/WEF\\_Global\\_Risks\\_Report\\_2023.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risks_Report_2023.pdf)>.

**4.** Forum économique mondial, « Global Risks Report 2022 », Genève, Forum économique mondial, 2022, à la p 93, en ligne : FEM <[www.weforum.org/reports/global-risks-report-2022/](http://www.weforum.org/reports/global-risks-report-2022/)>.

**5.** Christopher Lehnert, Evelina Karlsson et Christina Giannopapa, « Global Risk & Global Challenges – Space as a Game Changer for Socioeconomic Sustainable Development » (2017) 140 *Acta Astronautica* 59; Kirsten Gelsdorf, « Global Challenges and their Impact on International Humanitarian Action » (2010) 1 OCHA Occasional Policy Briefing Series 1; Subra Suresh, « Global Challenges Need Global Solutions » (2012) 490 *Nature* 337.

**6.** Dominic Eggel et Marc Galvin, « Multilateralism Is in Crisis – Or Is It? » (2020) 7 *Global Challenges*; Nations

Unies, « Global Issues » (2023), en ligne : Nations Unies <[www.un.org/en/global-issues/](http://www.un.org/en/global-issues/)>.

**7.** Georg Feulner, « Global Challenges: Climate Change » (2017) 1:1 *Global Challenges* 5.

**8.** Pour la liste complète, voir Nations Unies, *supra* note 6.

**9.** Cambridge Centre for Risk Studies, *Global Risk Index 2020 Executive Summary*, Cambridge Centre for Risk Studies, University of Cambridge, 2019.

**10.** Christian Tietje et Andrej Lang, « Community Interests in World Trade Law » (2017) *European Society of International Law Conference Paper Series*, no 16/2017 à la p 4.

**11.** Nicholas Stern, *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

le recours aux exceptions générales de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)<sup>12</sup>, moyen privilégié entre tous pour concilier les canons du libre-échange avec les préoccupations non marchandes, est toujours efficace dans cette ère de nouveaux défis dans laquelle nous entrons (II) ou s'il ne met pas plutôt en péril les efforts des États pour faire face aux défis globaux (III). Nous tenterons de procéder à cette vérification grâce aux deux cas les plus emblématiques de l'idée de défi global, les changements climatiques et les pandémies. Cela nous mènera à proposer de revisiter l'interprétation donnée au principe de non-discrimination, ce qui pourrait permettre de réduire considérablement le recours aux exceptions (IV).

## I. – Le droit de l'OMC face aux défis globaux

Au moment d'écrire ces lignes, l'Histoire mettait l'OMC, ses Membres et le système commercial multilatéral face à deux défis globaux : une pandémie (A) et les changements climatiques (B).

### A. – Les termes du GATT permettent-ils aux nations commerçantes de combattre une pandémie?

Dès la première vague de COVID-19, la priorité de nombreux gouvernements a été d'assurer l'approvisionnement de leur population respective en matériel médical et en vaccins. Une vague de notifications de restrictions à l'exportation s'est abattue sur le Secrétariat de l'OMC. Ces notifications émanaient d'une centaine de Membres de l'OMC. D'autres mesures liées notamment au contrôle des investissements et à l'application des droits de douane ont aussi été notifiées<sup>13</sup>.

Parmi les Membres ayant notifié des mesures rendues prétendument nécessaires par la pandémie, une cinquantaine ont déposé des déclarations conjointes par lesquelles ils se sont dits attachés au respect d'un système commercial basé sur la règle de droit, transparent, prévisible et non discriminatoire<sup>14</sup>.

La compatibilité des mesures notifiées avec les règles du GATT ne fait pas consensus. Pour certains observateurs, l'essentiel de ces mesures est couvert par le paragraphe 2 de l'article XI du GATT qui permet l'imposition de « [p]rohibitions ou restrictions à l'exportation appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation ». Pour d'autres éminents auteurs, la plupart des mesures notifiées ne sauraient être justifiées autrement que par le recours aux exceptions de l'article XX du GATT<sup>15</sup>.

**12.** *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce 1994*, 15 avril 1994, Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1A, 1867 RTNU 192 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995) [GATT].

**13.** Au 21 mars 2023, 538 notifications en lien avec la COVID-19 avaient été présentées par les Membres de l'OMC. Voir OMC, « Notifications des Membres de l'OMC concernant la COVID-19 », en ligne : [www.wto.org/french/tratop\\_f/covid19\\_f/notifications\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/covid19_f/notifications_f.htm).

**14.** OMC, *Déclaration sur la COVID-19 et le système commercial multilatéral des ministres chargés des*

*questions liées à l'OMC de [48 Membres]*, OMC Doc WT/GC/212/Rev.2. (2020).

**15.** Pour une brève recension des deux positions sur la compatibilité avec le GATT des mesures notifiées en temps de COVID, voir Charles-Emmanuel Côté, Richard Ouellet et Jean-Michel Marcoux, « Pandemics and the Use of Exceptions in International Law: One Step Forward, Two Steps Back? » dans Philippe Bourbeau, Jean-Michel Marcoux et Brooke A Ackerly, dir, *A Multidisciplinary Approach to Pandemics: COVID-19 and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2022, 155.

Qu'elles nécessitent ou non le recours aux exceptions du *GATT*, les restrictions au commerce mises en place pour faciliter l'approvisionnement national posent un défi direct au système commercial multilatéral. Qu'en est-il des pays qui ne produisent pas ou pas assez de matériel médical? Que penser des pays qui pourraient venir à manquer de denrées alimentaires? Et que dire de ceux qui ne disposent pas de la technologie et des infrastructures voulues pour développer, produire, entreposer et distribuer les vaccins et les médicaments nécessaires?

Au printemps 2020, les trois Directeurs généraux de l'OMC, de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et de l'OMS ont conjointement appelé leurs Membres à s'abstenir de prendre toute mesure qui puisse mettre en péril la santé publique et la sécurité alimentaire d'autres Membres<sup>16</sup>.

Au sein de l'OMC, le Conseil général a désigné l'Ambassadeur David Walker comme « facilitateur chargé d'aider les Membres de l'OMC à trouver une réponse multilatérale et horizontale à la pandémie de COVID-19 »<sup>17</sup>. Des comités et des groupes de travail spécialisés notamment sur les enjeux liés à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*<sup>18</sup> ont cherché à convenir de modes d'application du droit international de telle sorte que personne ne soit privé de l'accès aux vaccins pour des motifs liés à la propriété intellectuelle. Il a été demandé aux Membres de se discipliner dans le recours aux procédures de règlement des différends.

À l'évidence, le système commercial multilatéral ne répond pas bien à un défi global comme celui des pandémies. Il nécessite des arrangements. Plus grave encore, voulons-nous vraiment d'un multilatéralisme économique qui favorise l'ouverture des frontières commerciales en temps de prospérité et de paix et qui, par ses exemptions ou ses exceptions, permet le retour aux restrictions et au quant-à-soi en cas de pandémie quand la distribution et la circulation de produits de première nécessité sont plus nécessaires que jamais, voire vitales? On trouve même aujourd'hui dans la doctrine des propositions d'exceptions inversées. D'après leurs promoteurs, ces dispositions prévoiraient des cas où l'ouverture des frontières deviendrait obligatoire pour certaines catégories de produits dits essentiels<sup>19</sup>.

## B. – Les ajustements carbone aux frontières : une réponse au défi des changements climatiques conforme au droit de l'OMC?

La production de marchandises génère nécessairement des émissions de GES. Seulement en ce qui concerne le CO<sub>2</sub>, la fabrication de biens qui font l'objet d'une exportation représente 27 % des émissions<sup>20</sup>. Devant l'urgence qu'imposent la lutte et l'adaptation aux changements climatiques, plusieurs Membres de l'OMC ont mis en place des mesures afin de décou-

**16.** OMC, « Déclaration conjointe de QU Dongyu, Tedros Adhanom Ghebreyesus et Roberto Azevêdo, Directeurs généraux de la FAO, de l'OMS et de l'OMC » (31 mars 2020), en ligne : OMC <[www.wto.org/french/news\\_f/news20\\_f/igo\\_26mar20\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/news20_f/igo_26mar20_f.htm)>.

**17.** OMC, Conseil Général, *Compte-rendu de la réunion tenue sous forme virtuelle le 15 mai 2020 – Partage de données et échanges de vues sur les mesures liées au commerce en rapport avec la COVID-19*, OMC Doc WT/GC/M/183 (2020)

**18.** *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994 1869 RTNU 299 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1995).

**19.** Mona Pinchis-Paulsen, « COVID-19 Symposium: Thinking Creatively and Learning from COVID-19 – How the WTO can Maintain Open Trade on Critical Supplies » (2 avril 2020), en ligne : *Opinio Juris* <<https://opiniojuris.org/2020/04/02/covid-19-symposium-thinking-creatively-and-learning-from-covid-19-how-the-wto-can-maintain-open-trade-on-critical-supplies/>>.

**20.** Parlement européen, « Fuite de carbone : empêcher l'industrie de déroger aux règles sur les émissions » (26 juin 2022), en ligne : *Parlement européen* <[www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/society/20210303STO99110/fuites-de-carbone-empêcher-l-industrie-de-déroger-aux-regles-sur-les-emissions](http://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/society/20210303STO99110/fuites-de-carbone-empêcher-l-industrie-de-déroger-aux-regles-sur-les-emissions)>.

rager le recours aux modes de production entraînant l'émission intensive de GES. Parmi celles-ci, les instruments de tarification du carbone gagnent en popularité. En effet, en mai 2023, 73 instruments de tarification du carbone étaient en place, couvrant 23 % des émissions mondiales de GES<sup>21</sup>. Ces derniers prennent la forme de taxes sur le carbone ou encore de systèmes d'échange de quotas d'émission. Les pays ayant adopté ces instruments imposent donc à leurs industries de limiter leurs émissions de GES en trouvant des solutions écologiques lors de la production.

Or seulement 5 % des émissions de GES sont visées par un prix direct sur le carbone égal ou plus élevé que la fourchette de prix recommandée d'ici à 2030<sup>22</sup>. Surtout, bien que la tonne de carbone ait atteint des prix records dans les deux dernières années, son prix demeure très bas, ayant même dégringolé au sein de certains territoires à la suite de l'invasion de la Fédération de Russie en Ukraine. Plusieurs pays annoncent des hausses importantes, alors que d'autres continuent de maintenir le prix de la tonne relativement bas<sup>23</sup>. Ainsi, si le Canada a annoncé un prix de 136 dollars américains la tonne d'ici à 2030, Singapour, le Japon ou l'Irlande se limitent à des prix sur le carbone beaucoup plus bas<sup>24</sup>. Surtout, une majorité d'entités dans le monde n'ont tout simplement pas encore adopté de mesures afin de limiter les émissions de GES par leurs industries. En conséquence, les fabricants des pays au sein desquels des instruments ont été adoptés (et principalement ceux où les niveaux d'émission permis sont sévèrement encadrés et où les tarifs sont élevés) se trouvent défavorisés par rapport aux fabricants des pays dans lesquels il n'y a pas d'instruments ou dont la tarification n'est pas assez élevée.

Dans ce contexte, les pays qui ont imposé des systèmes de tarification du carbone craignent que les produits fabriqués sur leur territoire perdent en compétitivité ou que leurs entreprises quittent le pays pour aller s'établir sur des territoires moins exigeants en matière d'atteinte de cibles environnementales (phénomène des fuites carbone)<sup>25</sup>, essentiellement des pays en développement<sup>26</sup>.

Pour faire face à ce problème, plusieurs pays envisagent des solutions. Parmi celles-ci, les ajustements carbone aux frontières font l'objet d'une attention particulière, surtout depuis que l'Union européenne a commencé en octobre 2023 à mettre en œuvre de manière progressive un tel mécanisme<sup>27</sup>. Suivant ce dernier, les pays de l'Union européenne imposeront une taxe aux produits importés si ceux-ci n'ont pas déjà été taxés ou suffisamment taxés dans leur pays de production. Le système d'ajustement carbone aux frontières est encore en construction, mais

**21.** Cela comprend 37 taxes sur le carbone et 34 systèmes d'échange de quotas d'émission : Banque mondiale, *State and Trends of Carbon Pricing 2023*, Washington, DC, Banque mondiale, 2023 à la p 8, en ligne (pdf) : <<https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/58f2a409-9bb7-4ee6-899d-be47835c838f>>.

**22.** Ce chiffre est à jour au 1<sup>er</sup> avril 2023. La Banque mondiale se fie à plusieurs recommandations de fourchettes de prix susceptibles de permettre l'atteinte des objectifs en matière de réchauffement climatique. À cet effet, voir *ibid* à la p 20.

**23.** *Ibid* à la p 21.

**24.** *Ibid*.

**25.** À noter qu'aucune étude n'a encore confirmé la réalisation de fuites carbone : Frank Venmans,

« L'efficacité environnementale et économique du marché carbone européen » (2011) 2099-2100 *Courrier hebdomadaire du CRISP*, à la p 45; Antoine Verret-Hamelin, « Carbone Inc. : risques et promesses du marché du carbone » (2019) 21 :2 *Éthique publique* au para 26, en ligne : <<https://journals.openedition.org/ethiquepublique/4987>>.

**26.** Nations Unies, « La CNUCED met en garde contre toute "fuite du carbone" de pollueurs vers les pays les moins avancés » (4 novembre 2022), en ligne : *Nations Unies Info* <<https://news.un.org/fr/story/2022/11/1129487>>.

**27.** Union européenne, « Règlement 2023/956 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières », *Journal officiel de l'Union européenne*, L 130/52, 16 mai 2023.

il provoque déjà de nombreuses réactions<sup>28</sup>. Pour l'ancien Directeur général adjoint de l'OMC, Alan Wolff, les mécanismes d'ajustement carbone aux frontières seraient d'ailleurs au cœur du prochain conflit commercial majeur à l'OMC<sup>29</sup>.

Plusieurs experts se sont penchés sur la conformité de ce type de mécanisme au droit de l'OMC<sup>30</sup>. En l'état actuel du droit, un mécanisme d'ajustement aurait de fortes chances d'être considéré comme contrevenant au principe du traitement national<sup>31</sup> ou de la nation la plus favorisée<sup>32</sup>. Évidemment, un pareil mécanisme pourrait probablement être justifié au regard de l'exception de l'article XX du *GATT*. On n'y échappe donc pas : la lutte aux changements climatiques, considérée comme une urgence planétaire prioritaire, se justifierait elle aussi au regard d'une exception.

## II. – De l'inadéquation des tests de l'article XX pour faire face aux défis globaux

L'article XX du *GATT* a été conçu pour distinguer des mesures appliquées par un Membre visant à atteindre un objectif légitime non marchand d'une mesure qui a des visées protectionnistes. Or les tests et critères développés en jurisprudence pour procéder à cette distinction s'avèrent inefficaces face aux défis globaux. D'une part, il est devenu sans doute plutôt facile de contourner certains de ces tests (A). D'autre part, quand ces tests s'appliquent, ils ne permettent pas forcément de cibler des mesures protectionnistes (B).

**28.** OMC, « Le Brexit et le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières de l'UE au centre des discussions du Comité de l'accès aux marchés » (16 novembre 2020), en ligne : *OMC* <[www.wto.org/french/news\\_f/news20\\_f/mark\\_16nov20\\_f.htm](http://www.wto.org/french/news_f/news20_f/mark_16nov20_f.htm)>; Tim Gore et al, « What Can Climate Vulnerable Countries Expect from the CBAM? » (25 juin 2021), en ligne : *Institute for European Environmental Policy* <<https://ieep.eu/publications/what-can-climate-vulnerable-countries-expect-from-the-cbam>>; Michel Colombier, Tancrede Voituriez et David Levaï, « Mécanisme européen d'ajustement carbone aux frontières : la nécessité d'un dialogue renforcé avant la finalisation du projet. Résumé et propositions » (18 février 2021), en ligne : *Institut du développement durable et des relations internationales* <<https://iddri.org/fr/publications-et-evenements/autre-publication/mecanisme-europeen-dajustement-carbone-aux-frontieres>>.

**29.** Alan Wm Wolff, « Saving the WTO: A Roadmap to the Future of the World Trade Organization », (29 avril 2021), en ligne (pdf) : *PIIE* <[www.piie.com/sites/default/files/documents/wolff-4-29-2021speech.pdf](http://www.piie.com/sites/default/files/documents/wolff-4-29-2021speech.pdf)>. Voir du même avis Todd N Tucker et Timothy Meyer, « A Green Steel Deal: Toward Pro-Jobs, Pro-Climat Transatlantic Cooperation on Carbon Border Measures » (2021), Roosevelt Institute, Working Paper, à la p 14, en ligne (pdf) : *Roosevelt Institute* <[\[seveltinstitute.org/wp-content/uploads/2021/06/RI\\\_GreenSteelDeal\\\_WorkingPaper\\\_202106.pdf\]\(https://seveltinstitute.org/wp-content/uploads/2021/06/RI\_GreenSteelDeal\_WorkingPaper\_202106.pdf\)>.](https://roo-</a></p></div><div data-bbox=)

**30.** Sabrina Robert, « Un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières compatible avec le droit de l'OMC : une gageure » (2022) 7:1 *European Papers* 239 [Robert]; Anna Dias, Agnieszka Nosowicz et Stéphanie Seeuws, « EU Border Carbon Adjustment and the WTO: Hand in Hand Towards Tackling Climate Change » (2020) 15:1 *Global Trade & Customs* J 15 à la p 16; Geneviève Dufour et Valériane Thool, « Le projet de mécanisme européen d'ajustement carbone aux frontières : passe-t-il le test du droit de l'OMC » dans Olivier Delas, Murly Mondélice et Olivier Bichsel, dir, *L'Union européenne, puissance globale dans les relations internationales et transatlantiques*, Bruxelles, Bruylant, 2023, 513 [Dufour et Thool].

**31.** Robert, *supra* note 30 aux pp 247 et 248.

**32.** Dufour et Thool, *supra* note 30. Suivant un rapport écrit par Joost Pauwelyn pour le compte du Parlement européen, le mécanisme ne contreviendrait pas au principe de la clause de la nation la plus favorisée : Parlement européen, « Trade Related Aspects of Carbon Border Adjustment Mechanism. A legal Assessment », EP/EXPO/INTA/FWC/2019-01/Lot5/1/C/02, avril 2020, à la p 10.



## A. – Le test de nécessité, de plus en plus facile à contourner

Le test de nécessité est un passage obligé pour un État défendeur qui invoque le paragraphe a), b) ou d) de l'article XX. Or ce test comporte plusieurs critères auxquels les Membres voudront éviter de soumettre leurs mesures. D'autres dispositions d'exception du *GATT* n'exigent pas l'application du test de nécessité et il devient de plus en plus facile, en invoquant ces autres dispositions, de se soustraire au test de nécessité. Le paragraphe g) de l'article XX est sans doute devenu une élégante porte de sortie pour éviter l'application du test de nécessité à des mesures environnementales. Ce paragraphe couvre les mesures « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables ». Or, le sens littéral de cette expression a été élargi par la jurisprudence. Si désormais le droit de l'OMC considère l'air<sup>33</sup> et les tortues<sup>34</sup> comme des ressources naturelles épuisables, il est difficile d'imaginer qu'à l'heure où les effets des changements climatiques nous frappent de plein fouet, l'atmosphère ou le climat ne puisse pas entrer sous la même dénomination. Si c'est le cas, il devient sans doute possible de justifier des mesures visant à contrer les changements climatiques en contournant le test de nécessité<sup>35</sup>. De la même façon, si le bien-être animal entre dans le champ des enjeux de moralité publique et si, comme l'exprime l'Organe d'appel :

certains problèmes complexes liés à la santé publique ou à l'environnement peuvent être traités uniquement au moyen d'une politique globale comprenant de multiples mesures interdépendantes. À court terme, il peut être difficile de discerner la contribution apportée par une mesure spécifique à la réalisation d'objectifs concernant la santé publique ou l'environnement de celles qui sont imputables aux autres mesures faisant partie de la même politique globale<sup>36</sup>.

Il peut devenir très difficile de tracer des lignes entre les champs d'application des exceptions XX(a), XX(b) et XX(g).

L'acceptation large de certaines expressions usitées dans des dispositions d'exceptions pose aussi un problème à l'article XXI du *GATT*. À la lumière de la jurisprudence récente, dont les *ratio decidendi* sont basés sur le texte en langue anglaise de l'article XXI, il pourrait devenir difficile de dire ce que n'est pas une « *emergency in international relations* », ou de distinguer une urgence d'une grave tension internationale au sens de l'article XXI.

**33.** États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte du Venezuela et du Brésil) (1996), OMC Doc WT/DS2/R au para 6.37 (Rapport du Groupe spécial) [États-Unis – Essence].

**34.** États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde, de la Malaisie, du Pakistan et de la Thaïlande) (1998), OMC Doc WT/DS58/AB/R, aux para 129–130 (Rapport de l'Organe d'appel) [États-Unis – Crevettes].

**35.** L'argument est de Joost Pauwelyn dans « U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law » (2007) Nicholas Institute for Environmen-

tal Policy Solutions, Duke University, Document de travail no 07-02, en ligne : SSRN <<https://ssrn.com/abstract=1669336>>.

**36.** Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Plainte des Communautés européennes) (2007), OMC Doc WT/DS332/AB/R au para 151 (Rapport de l'Organe d'appel) [Brésil – Pneumatiques rechapés].

**37.** Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines (Plainte de la Thaïlande) (2011), OMC Doc WT/DS371/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [Thaïlande – Cigarettes].

## B. – Le test de nécessité est-il devenu inefficace?

Le test de nécessité a évolué au fil de la jurisprudence. À travers notamment les affaires *Thaïlande – Cigarettes*<sup>37</sup>, *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*<sup>38</sup> et *Brésil – Pneumatiques rechapés*<sup>39</sup>, on en est venu à accoler à ce test une approche holistique qui suppose un examen de l'objectif poursuivi par la mesure par l'analyse de son design, de sa structure et de son architecture. Des critères aussi généraux que les intérêts et valeurs en jeu, la contribution de la mesure à l'atteinte de l'objectif poursuivi, la restriction au commerce entraînée par la mesure et la comparaison avec d'autres mesures disponibles qui entraînent moins de restrictions au commerce ou qui sont moins incompatibles avec les règles doivent être soupesés. D'aucuns estiment que ce test est désormais inefficace parce que trop permissif<sup>40</sup>.

Pour notre part, notre critique est ailleurs. Une évaluation holistique d'une mesure qui suppose une analyse de ses objectifs (*aim*), de sa structure, de son architecture, de ses effets commerciaux (*effect*) et de la possibilité d'atteindre les mêmes objectifs en heurtant d'une moindre façon les règles et disciplines ne correspond-elle pas au test des buts et des effets (*aim-and-effect*) qui a été rejeté dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*<sup>41</sup> et que l'on appliquait jusqu'alors en le rattachant à l'analyse de la similarité? Pourquoi peut-on mobiliser ces critères sous le couvert d'une exception et pas sous l'égide d'une règle du GATT? Si c'est bien le protectionnisme qu'il faut traquer, ne vaut-il pas mieux le faire sur la base de règles commerciales plutôt que par le biais d'exceptions qui doivent essentiellement servir à baliser les cas où il est justifié ou légitime d'appliquer une mesure qui affecte négativement le commerce?

Il en va selon nous de même du test du paragraphe introductif de l'article XX. Les critères de discrimination arbitraire et injustifiable et de restriction déguisée au commerce qu'on trouve dans ce paragraphe collent tout aussi bien à l'application d'une règle qu'au balisage du contexte dans lequel on applique des exceptions. Il n'est sans doute pas innocent que l'Organe d'appel se soit senti obligé de déclarer que le test du chapeau doit être bien distinct et séparé de celui de l'article III du GATT<sup>42</sup>. On peut aujourd'hui se demander où réside concrètement cette distinction. Il est vrai qu'il s'agit sous le paragraphe introductif de mettre l'accent sur la manière dont l'État applique la mesure et sur une comparaison entre des pays où les mêmes conditions existent. Mais devant les changements climatiques ou une pandémie, quels sont les pays où les mêmes conditions existent? Déclin de la production agricole, famine, manque d'accès aux soins, aux vaccins ou aux médicaments, inondations, feux de forêt, érosion du territoire, immersion, perte de biodiversité, qualité de l'air lourdement affectée... quels sont donc les pays où les mêmes conditions existent face aux défis globaux<sup>43</sup>? Il semble impératif d'entreprendre une réévaluation approfondie de la lecture du paragraphe introductif de l'article XX, en particulier si l'utilisation de l'exception tend à se raréfier, comme nous entendons le suggérer.

38. *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Plainte de l'Australie)* (2000), OMC Doc WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*].

39. *Brésil – Pneumatiques rechapés*, *supra* note 36.

40. Voir Bob Kieffer et Clément Marquet, *L'Organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2020 au para 380.

41. *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (Plainte des Communautés européennes)* (1996), OMC Doc WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Japon – Boissons alcooliques*].

42. *Thaïlande – Cigarettes*, *supra* note 37 aux para 173 et s.

43. Voir dans le même sens Pauwelyn, *supra* note 32.

### III. – Les périls de l'« exceptionnalisme »

On trouve aujourd'hui dans la doctrine un courant qui déplore le recours fréquent, voire systématique, aux exceptions du *GATT* pour justifier des mesures qui visent à atteindre des objectifs non commerciaux<sup>44</sup>.

À l'ère des défis globaux, ces auteurs considèrent normal et souhaitable que les gouvernements appliquent des mesures qui ont des objectifs environnementaux, sanitaires, sociaux ou sécuritaires, et qui ont une portée ou des impacts commerciaux. Que ces mesures soient remises en question et fassent l'objet de plaintes de la part d'autres États est immanquable. Que ces plaintes soient le plus souvent portées devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC est tout aussi prévisible. Mais que ces mesures dont les motivations ne sont pas marchandes soient presque toujours jugées à l'aune d'exceptions à des règles commerciales pose problème.

Plusieurs arguments peuvent être avancés à l'encontre de ce phénomène que plusieurs appellent l'« exceptionnalisme »<sup>45</sup>. Nous avons déjà soulevé par le passé la question du fardeau de preuve reposant sur le Membre défendeur lorsqu'une exception est invoquée<sup>46</sup>.

L'argument le plus puissant est sans doute celui de l'« ossification » des règles du *GATT*<sup>47</sup>. Pour Arato, Claussen et Heath, la jurisprudence de l'OMC a fait fausse route en mobilisant beaucoup plus les exceptions que les règles pour juger de la compatibilité d'une mesure nationale avec le *GATT*. L'Organe d'appel et les groupes spéciaux ont développé une jurisprudence qui tend à vérifier plutôt sommairement si la mesure à l'étude est compatible avec les règles du *GATT* pour ensuite s'attarder beaucoup plus longuement sur les contours d'une ou de plusieurs exceptions invoquées par le Membre défendeur. Ce travers des instances de l'OMC a pour effet que la jurisprudence est aujourd'hui plus riche, plus touffue et plus précise pour traiter des exceptions générales du *GATT* que de ses règles. L'Organe de règlement des différends est devenu l'interprète, non plus seulement des règles commerciales, mais aussi et surtout de l'interface entre la liberté de commerce et des valeurs et objectifs non marchands que plusieurs gouvernements voient aujourd'hui comme prioritaires.

De ce premier reproche découle tout naturellement le deuxième. Puisque les mesures qui appartiennent par essence à un autre champ du droit international public, comme le droit sanitaire ou le droit de l'environnement, sont désormais jugées de toute façon à la lumière du droit international économique, on assiste à ce que certains appellent l'« expansion colonisatrice du droit international économique »<sup>48</sup> ou l'« extension de l'autorité de l'OMC »<sup>49</sup>. Pour ceux qui dénoncent ce phénomène, l'OMC, en tentant de concilier la liberté de commerce avec la protection d'autres valeurs, s'est arrogé l'autorité de juger des mesures reposant sur des motivations qui n'ont rien de commerciales.

<sup>44</sup>. Julian Arato, Kathleen Claussen et J Benton Heath, « The Perils of Pandemic Exceptionalism » (2020) 14:4 *AJIL* 627; Kathleen Claussen, « Trade's Security Exceptionalism » (2020) 72 *Stan L Rev* 1097; Pinchis-Paulsen, *supra* note 19; Sans parler d'« exceptionnalisme » et par un raisonnement appuyé sur la notion d'autorité, Oisín Suttle critique l'usage abusif qui est fait des exceptions en droit de l'OMC. Voir Oisín Suttle, « Reasons, Institutions, Authorities: Three Models of Exceptions in World Trade Organization Law » dans Lorand Bartels et Federica Paddeu, dir, *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 375.

<sup>45</sup>. Il faut comprendre ici l'exceptionnalisme au sens où l'entendent les auteurs Arato, Claussen et Heath,

*supra* note 44, soit le recours fréquent, voire systématique, aux exceptions du *GATT* pour juger de la compatibilité d'une mesure d'un Membre avec le droit de l'OMC.

<sup>46</sup>. Geneviève Dufour et Richard Ouellet, « Le fardeau de preuve : constat *prima facie* d'un décalage entre théorie et pratique, et de la nécessité d'une théorie de la preuve à l'OMC » (2017) 31:1 *RIDE* 47.

<sup>47</sup>. Arato, Claussen et Heath, *supra* note 44 à la p 631.

<sup>48</sup>. *Ibid* aux pp 631 et s.

<sup>49</sup>. Suttle, *supra* note 44.

Cette critique liée à l'autorité qu'exerce l'OMC n'est pas apaisée par le fait que l'Organe d'appel, quand il applique le test de nécessité imposé par certains paragraphes de l'article XX du GATT, a maintes fois affirmé sa déférence à l'égard des choix de mesures opérés par ses Membres<sup>50</sup>. Tout au contraire, l'Organe d'appel se voit plutôt reprocher d'avoir aboli le test des buts et des effets (*aim-and-effect*) qui permettait une meilleure prise en considération des objectifs de la mesure à l'étude. On reproche aussi à l'Organe d'appel et aux groupes spéciaux leur façon de prendre en compte – ou plutôt de ne pas prendre en compte systématiquement – les procédés et méthodes de production (PMP) des produits dont on veut vérifier la similarité<sup>51</sup>. Avant leur mise de côté, le test des buts et des effets et la prise en compte des PMP étaient tous deux rattachés au test de similarité développé sous l'article III du GATT. Ils auraient pu contribuer de façon importante à la conciliation entre le principe de non-discrimination et les préoccupations non marchandes par l'application d'une règle du GATT, sans qu'il soit nécessaire de mobiliser les exceptions générales de l'article XX. Nous reviendrons plus loin sur ces deux occasions manquées en parlant de la nécessaire redéfinition de la discrimination sous le GATT.

Il n'y a pas que les tests exclus par la jurisprudence dont on peut faire grief aux instances de l'OMC. Les tests retenus et aujourd'hui appliqués sont problématiques. On sait que l'application de l'article XX du GATT suppose une analyse en deux temps qui nécessite, dans beaucoup de cas, de réussir deux tests. Dans un premier temps, le Membre qui invoque à son bénéfice l'une des exceptions de l'article XX doit démontrer provisoirement que sa mesure est justifiée sous l'un des paragraphes de l'article. S'il invoque le paragraphe a), b) ou d), cette justification suppose de passer ce qui est communément appelé le « test de nécessité »<sup>52</sup>. Ensuite, la mesure doit passer le filtre du paragraphe introductif de l'article XX, connu sous le nom de « test du chapeau ». Si ces tests sont une voie privilégiée pour « concilier les règles de libéralisation des échanges, d'accès aux marchés et de non-discrimination avec le besoin de protéger et de promouvoir d'autres valeurs et intérêts »<sup>53</sup>, le passage est bien étroit. À ce jour, sur un peu plus d'une trentaine d'affaires où une exception générale a été invoquée par le Membre défendeur pour justifier une mesure incompatible avec les règles du GATT, l'article XX n'a été invoqué avec succès qu'à deux reprises<sup>54</sup>.

Soyons de bon compte : il est vrai que l'Organe d'appel a parfois montré une certaine ouverture. Par exemple, il a adopté une définition évolutive de la notion de « ressources naturelles épuisables »<sup>55</sup> qu'on trouve au paragraphe g) de l'article XX. De même, en appliquant la règle du traitement national, il a pris en compte, dans l'enquête de similarité, les enjeux de santé et les risques que peut présenter un produit pour la santé humaine<sup>56</sup>. Mais la critique de l'« exception-

50. Voir, par exemple, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc WT/DS135/AB/R au para 172 (Rapport de l'Organe d'appel) [CE – Amiante].

51. Robert L Howse et Donald H Regan, « The Product/Process Distinction: An Illusory Basis for Disciplining "Unilateralism" in Trade Policy » (2000) 11:2 Eur J Intl L 249 à la p 267.

52. Pour une brève, mais très claire explication de ce en quoi consiste le test de nécessité, voir Peter Van den Bossche et Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*, 5<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2022, aux pp 608 et s.

53. Notre traduction. L'expression est de Van den Bossche et Zdouc, *ibid.*, à la p 591.

54. *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (2001), OMC Doc WT/DS58/AB/RW (Rapport de l'Organe d'appel); *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente du thon et de produits du thon. Deuxième recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (2018), OMC Doc WT/DS381/AB/RW/USA, WT/DS381/AB/RW2 (Rapport de l'Organe d'appel).

55. *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 34 au para 128.

56. *CE – Amiante*, *supra* note 50, aux para 117 et 118.

nalisme » tel qu'il est pratiqué par les instances de l'OMC reste justifiée : la jurisprudence a trop peu cherché à faire évoluer les règles et a abusivement recouru aux exceptions générales pour concilier les objectifs commerciaux et les préoccupations non marchandes des Membres. Et ce recours aux exceptions, à l'évidence, n'a pas mené à la conciliation souhaitée et devenue vitale. Il est donc impératif de revoir l'usage qui est fait des exceptions générales du GATT.

L'article XX a été conçu au sortir de la Seconde Guerre mondiale, au moment où les périls qui pouvaient être incompatibles avec le libre commerce étaient éprouvés à l'échelle nationale. Les exceptions étaient donc mises en branle pour remettre en priorité un intérêt national (moralité publique, santé ou protection de l'environnement sur le territoire de la partie contractante, patrimoine national, etc.) sur le territoire national. Aujourd'hui, les objectifs non commerciaux des gouvernements revêtent une ampleur tout autre. Les gouvernements s'attaquent souvent, par leurs mesures, à des défis qui débordent leur seul intérêt national et leurs frontières : respect des droits de la personne en général et des travailleurs en particulier, diversité biologique et espèces menacées, santé mondiale, émissions de GES, qualité de l'air, pollution des océans, réduction de l'usage de produits plastiques à usage unique, utilisation de terres arables, protection du consommateur dans le cyberspace, exploitation de l'espace, protection des terroirs et des savoir-faire.

Les exceptions générales du GATT ont été conçues et appliquées jusqu'à ce jour pour justifier des mesures qui nient l'accès aux marchés, qui discriminent des produits ou, plus généralement, qui annulent ou compromettent les avantages résultant du GATT<sup>57</sup>. Aujourd'hui, elles devraient pouvoir tenir compte de cette nouvelle réalité des enjeux dits globaux.

En effet, pendant une pandémie, une exception ne devrait pas permettre de refermer les frontières; elle devrait au contraire forcer les gouvernements à faire circuler le plus librement possible les équipements de protection individuelle, les appareils médicaux, les vaccins et les médicaments. C'est dans cette perspective que d'aucuns commencent à évoquer l'idée de l'exception inversée<sup>58</sup>, une exception qui forcerait l'ouverture des frontières commerciales et la libre circulation de produits essentiels plutôt que le quant-à-soi auquel on a assisté au printemps 2020. Dans le même sens, à l'heure des changements climatiques, les règles du GATT devraient permettre de prendre des mesures différenciées, donc discriminatoires entre un produit dont la production ou l'utilisation accentue les changements climatiques et un produit qui sert à combattre ces changements ou à s'y adapter.

Si l'exceptionnalisme a desservi la jurisprudence de l'OMC et les intérêts des Membres, il est temps de revisiter les règles du GATT et de voir si elles peuvent être interprétées et appliquées de manière plus constructive pour relever les défis globaux.

## IV. – Revisiter l'interprétation du principe de non-discrimination pour diminuer le recours aux exceptions

Le principe de non-discrimination se situe au cœur du droit du commerce international. Il se décline de deux manières. Premièrement, sous la forme de la clause de la nation la plus favorisée, il prescrit aux États d'octroyer immédiatement et sans condition aux produits originaires d'un État, tout avantage qu'il aurait donné aux produits similaires originaires de tout autre État. On cherche ainsi à uniformiser les pratiques entre les États et à éviter le favoritisme. Deuxièmement, suivant le principe du traitement national, les États reconnaissent que les mesures nationales affectant le commerce ne doivent pas être « appliqué[e]s aux produits importés ou

57. Voir GATT, *supra* note 12, art XXIII.

58. Pinchis-Paulsen, *supra* note 19.

nationaux de manière à protéger la production nationale »<sup>59</sup>. Dès lors, les produits « ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale »<sup>60</sup>. Dans un système axé sur l'ouverture des frontières et sur la libre circulation des marchandises, ce principe va de soi : il doit pouvoir interdire les velléités protectionnistes des États.

Face à différentes situations, comme celle de la réponse à apporter aux défis globaux, les États tentent de trouver des solutions. Ce faisant, ils adoptent des mesures ayant des incidences sur le commerce international et interpellant régulièrement le principe de non-discrimination. En effet, une mesure d'atténuation aux changements climatiques pourrait aisément être considérée comme favorisant les produits nationaux (qui répondent déjà aux prescriptions environnementales) ou certains partenaires commerciaux (ayant déjà adopté des mesures pour contrer les changements climatiques). Ainsi, même si un État n'adopte pas une mesure discriminatoire en soi (*de jure*), celle-ci peut néanmoins être considérée comme provoquant une situation discriminatoire (*de facto*).

Pourtant, lorsqu'on retourne aux racines mêmes du principe de non-discrimination, on se rend compte qu'il n'a jamais été conçu pour freiner les États souhaitant réagir à des problématiques légitimes comme celles de la protection de l'environnement et de la santé, ou du respect des droits humains. C'est plutôt la jurisprudence qui a évolué de cette manière, forçant de ce fait les États à solliciter les clauses d'exception pour justifier leurs mesures. Pourtant, des évolutions interprétatives, en accord avec la lettre et l'esprit des textes, permettraient aux mesures adoptées pour répondre à des défis globaux d'être considérées comme conformes et ne pas avoir à être justifiées par une clause d'exception. Parmi celles-ci, il semble nécessaire de revisiter l'enquête sur la similarité de manière à intégrer systématiquement les PMP (A) et d'interpréter le principe de traitement national conformément à son but : n'interdire que le protectionnisme et non d'autres mesures adoptées pour des motifs non commerciaux, entraînant néanmoins un traitement défavorable (B).

## A. – La prise en compte systématique des procédés et méthodes de production dans l'enquête sur la similarité

La première évolution interprétative est celle de la refonte de l'analyse de la similarité. Cette dernière devrait tenir compte systématiquement des PMP, c'est-à-dire de la manière dont le produit est fabriqué. On le sait, la similarité agit comme un seuil d'applicabilité tant de la clause de la nation la plus favorisée que du traitement national<sup>61</sup>. Autrement dit, l'exigence de non-discrimination ne s'applique qu'entre produits considérés comme similaires. Pour déterminer si deux produits sont similaires, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont fixé une série de quatre catégories de critères interdépendants<sup>62</sup> qui doivent être analysés au regard du « rapport de concurrence entre et parmi les produits »<sup>63</sup>. Ainsi, l'enquête de la similarité doit porter sur 1) les propriétés, la nature et la qualité des produits; 2) leur utilisation finale sur un marché donné; 3) les goûts et habitudes des consommateurs; et 4) la classification tarifaire dont ils font l'objet<sup>64</sup>. Bien

59. GATT, *supra* note 12, art III au para 1.

60. *Ibid.*, au para 4.

61. Pour Pauwelyn, une attention démesurée a été accordée au test de similarité et ce dernier n'est tout simplement pas pertinent : Joost Pauwelyn « Comment: The Unbearable Lightness of Likeness » dans Marion Paizzon, Nicole Pohl et Pierre Sauvé, *GATS*

*and the Regulation of International Trade in Services*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 358 à la p 362.

62. CE – *Amiante*, *supra* note 50 au para 102.

63. *Ibid.* au para 99.

que cette liste de critères ne doit pas être considérée comme définitive, ou contractuelle<sup>65</sup>, elle n'a guère évolué. En effet, chaque fois que de nouveaux arguments ont été présentés pour la prise en compte d'un nouveau critère, les organes quasi juridictionnels de l'OMC ont estimé que les catégories actuelles suffisaient pour les prendre en compte. Par exemple, le risque qu'un produit posait pour la santé ne le rendait pas automatiquement non similaire à d'autres produits ne présentant pas le même niveau de risque. Toutefois, le risque pouvait être évalué « au titre des critères existants relatifs aux propriétés physiques, et aux goûts et habitudes des consommateurs »<sup>66</sup>. Quant à la prise en compte de la manière dont un produit est fabriqué (les PMP), elle ne pouvait pas non plus être considérée systématiquement dans l'évaluation de la similarité; elle devait produire un impact sur les critères existants, par exemple les propriétés des produits ou encore les goûts et habitudes des consommateurs<sup>67</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'Organe d'appel a considéré en 2013 que « [p]our savoir ce qui constitue un rapport de concurrence entre des produits, il faut peut-être examiner les intrants et les procédés de production utilisés pour produire le produit »<sup>68</sup>. Depuis, aucune affaire n'a confirmé cette possible ouverture aux PMP.

Ce refus de considérer les PMP lors de l'enquête sur la similarité mène à une indétermination juridique. De l'aluminium produit, d'une part, à même de l'énergie au charbon et de l'aluminium produit, d'autre part, avec de l'hydro-électricité sont-ils similaires? Des vêtements confectionnés dans des usines de misère et ceux fabriqués dans des conditions respectueuses des normes du travail doivent-ils être considérés comme similaires? Du papier issu d'une politique de déforestation est-il similaire à du papier issu d'une forêt gérée de manière durable? La réponse à ces questions déterminera l'applicabilité du principe de non-discrimination. En prenant systématiquement les PMP en considération dans l'analyse de la similarité, nombre de mesures échapperaient à l'obligation de non-discrimination. Cela aurait pour effet de permettre l'adoption et l'application de mesures accordant un traitement moins favorable au produit importé si ce dernier a causé des dommages à l'environnement ou s'il a porté atteinte aux droits humains lors de sa confection.

Cette proposition comporte néanmoins deux limites. La première concerne la conséquence systémique de prendre en compte les PMP dans l'enquête sur la similarité. En fait, cette prise en compte aurait pour conséquence d'exclure du champ d'application du principe de non-discrimination (articles I et III du *GATT*) un nombre considérable de mesures adoptées pour répondre à des préoccupations non commerciales. Ainsi, pour reprendre les exemples cités ci-dessus, un Membre de l'OMC pourrait adopter en toute licéité des mesures qui octroieraient un traitement moins favorable à l'aluminium produit à même de l'énergie au charbon, aux vêtements fabriqués dans des usines de misère et au papier issu d'une forêt dégradée. Les PMP rendant les produits en cause non similaires, le principe de non-discrimination ne s'appliquerait tout

**64.** *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2000), OMC Doc WT/DS135/R aux para 8.130 et 8.132 (Rapport du Groupe spécial); confirmé par l'Organe d'appel dans *CE – Amiante*, *supra* note 50 au para 101. Les trois premiers critères avaient d'abord été mentionnés par le Groupe de travail des ajustements fiscaux à la frontière (IBDD 18S/110, le 2 décembre 1970, para 18). Le quatrième critère avait été mentionné dans certains rapports avant de recevoir une consécration dans le cadre de l'affaire *CE – Amiante*.

**65.** *CE – Amiante*, *supra* note 50 au para 102.

**66.** *Ibid* au para 113.

**67.** *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits de thon (Plainte du Mexique)*, (2011) WT/DS381/R au para 7.249 (Rapport du Groupe spécial). Il est à noter qu'il s'agit d'une évolution notable par rapport à la jurisprudence *Thon* de l'époque du *GATT* qui avait simplement considéré que l'article III:4 visait la similarité des produits et non celle des PMP: *États-Unis – Restriction à l'importation de thon (Plainte du Mexique)* (1991), IBDD 39S/174 (Rapport du Groupe spécial).

**68.** *Canada – Programme de tarifs de rachat garantis (plainte de l'Union européenne)* (2013), OMC Doc WT/DS426/AB/R au para 5.63 (Rapport de l'Organe d'appel).



simplement pas. Ainsi, l'article XX ne serait pas sollicité. Or c'est précisément à ce niveau que la proposition semble affecter le système établi depuis 1947. En effet, il est bien admis que les articles I et III concernent la mesure en soi, ce qui signifie qu'ils interdisent qu'une mesure soit discriminatoire *de jure* ou *de facto*. L'article XX permet l'adoption de mesures discriminatoires *de jure* ou *de facto* si un objectif légitime est invoqué, mais interdit que celles-ci soient « *appliquées* de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable [ou] une restriction déguisée au commerce » [nos italiques]. Dès lors, en acceptant notre proposition de considérer systématiquement les PMP dans l'enquête sur la similarité, de nombreuses mesures dont l'application est analysée sous l'égide de l'article XX ne le seraient plus. En somme, cela pourrait ouvrir la porte à des abus quant à l'application de la mesure. Indubitablement, il existe un lien indissoluble entre le principe de non-discrimination et l'exception de l'article XX. L'interprétation de l'un ou de l'autre devrait nécessairement tenir compte de cette interconnexion. Dans ce contexte, la question de juger la mesure en elle-même ainsi que son application lors de l'examen de l'article III se poserait-elle? Une telle approche risquerait-elle de diluer partiellement la portée du paragraphe introductif de l'article XX? En tout état de cause, il devient manifeste que la manière dont les Membres de l'OMC abordent les enjeux mondiaux exige une évolution. Il est manifeste que cette évolution requiert une approche globale et cohérente.

La deuxième limite tient au fait que la proposition n'engloberait probablement pas l'ensemble des mesures aujourd'hui adoptées par les États pour répondre aux défis globaux. Par exemple, les mesures d'ajustement carbone aux frontières risquent fort de demeurer soumises à l'application de la clause de la nation la plus favorisée et du principe du traitement national puisqu'elles ne concernent pas les PMP. En effet, les PMP concernent la manière dont un produit a été fabriqué. Or l'ajustement carbone aux frontières n'est pas lié à la manière dont le produit a été fabriqué, mais à l'existence ou non d'une tarification dans le pays de fabrication. Autrement dit, une mesure d'ajustement carbone aux frontières concerne la politique d'imposition d'une taxe sur le carbone dans le pays au sein duquel le produit a été fabriqué. Prenons un exemple pour illustrer ceci. Un produit fabriqué avec un procédé polluant dans un pays imposant une taxe sur le carbone suffisante et conséquente ne sera pas frappé d'une mesure d'ajustement carbone aux frontières en entrant sur le territoire de l'Union européenne. À l'inverse, le même produit fabriqué avec le même procédé polluant dans un pays n'imposant pas de taxe sur le carbone sera frappé d'une mesure d'ajustement carbone aux frontières. On le constate : les PMP ne sont pas déterminants pour établir l'application d'un ajustement carbone aux frontières; la politique de l'État l'est.

## **B. – Revenir à l'essence même du principe du traitement national: le protectionnisme**

Compte tenu des limites expliquées ci-dessus, la solution se situe peut-être dans l'affirmation de l'objectif premier du principe du traitement national: éviter le protectionnisme. En effet, à travers le temps, on a constaté que certaines mesures adoptées pour répondre à des objectifs de politique publique sans arrière-pensée protectionniste n'avaient pas réussi à passer le test de l'article III du GATT. Dans ce contexte, et toujours dans l'objectif d'éviter que les mesures n'aient systématiquement à être analysées sous l'angle des exceptions, peut-être est-il venu le temps de revoir la manière d'interpréter définitivement le principe du traitement national.

On le sait, la détermination de la conformité d'une mesure à l'article III:4 exige un test en trois étapes : 1) l'analyse de la similarité des produits; 2) l'existence d'une réglementation nationale affectant la commercialisation; et 3) la détermination de l'existence d'un traitement moins favorable<sup>69</sup>. Cette dernière étape exige qu'on détermine si les produits importés subissent un

<sup>69</sup>. Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf, *supra* note 38 au para 133.

<sup>70</sup>. CE – Amiante, *supra* note 50 au para 100.



traitement moins favorable que les produits nationaux<sup>70</sup>, c'est-à-dire si la « mesure modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés sur le marché en question »<sup>71</sup>. L'effet que la mesure produira sur le rapport de concurrence est donc d'une importance fondamentale. Autrement dit, l'examen du point de savoir si une mesure entraîne un « traitement moins favorable » des produits importés au sens de l'article III:4 du GATT de 1994 doit être fondé sur une étude approfondie de « l'idée maîtresse et l'effet essentiel de la mesure en tant que telle »<sup>72</sup>.

La jurisprudence est conforme à cette direction : on évalue l'effet de la mesure pour déterminer si, dans la réalité, la mesure a eu ou a le potentiel d'accorder un traitement moins favorable aux produits importés. La citation précédente ajoute néanmoins que « l'idée maîtresse » de la mesure devrait être aussi analysée. Autrement dit, le but de la mesure devrait également être pris en ligne de compte.

L'idée d'analyser le but d'une mesure se conçoit aisément. En effet, dans la mesure où l'article III:3 vise à éviter le protectionnisme<sup>73</sup>, encore faut-il analyser le but de la mesure pour déterminer si protectionnisme il y a. Ainsi, il faut déterminer si l'adoption de la mesure a été motivée par des objectifs non protectionnistes comme la protection de la santé, de la moralité publique, des consommateurs ou de l'environnement. Certains auteurs ont depuis longtemps soulevé les problèmes découlant d'une interprétation trop stricte ne prenant pas en compte le but de la mesure<sup>74</sup>. La jurisprudence a ouvert la voie à une certaine prise en compte de l'objectif de la mesure, mais aucune affaire n'a été l'occasion d'affirmer clairement qu'il s'agissait d'une condition *sine qua non* pour conclure à une mesure protectionniste au titre de l'article III:4. Par exemple, l'Organe d'appel a référé à l'objectif de la mesure dans l'affaire *République dominicaine – Cigarettes*:

l'existence d'un effet défavorable sur un produit importé donné résultant d'une mesure n'implique pas nécessairement que cette mesure accorde un traitement moins favorable aux importations *si l'effet défavorable s'explique par des facteurs ou des circonstances sans rapport avec l'origine étrangère du produit, tels que la part de marché de l'importateur en l'espèce*<sup>75</sup>. [Nos italiques.]

Dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*, le Groupe spécial a considéré que l'Argentine n'avait pas établi *prima facie* que l'origine des produits était la raison de la différence de

**71.** *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, *supra* note 38 au para 137. Confirmée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, *supra* note 50 aux para 96 et 98.

**72.** *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, *supra* note 38 au para 142.

**73.** Ceci a été confirmé par l'Organe d'appel à l'occasion de l'affaire *CE – Amiante*, *supra* note 50 au para 100 : « L'expression "traitement moins favorable" exprime le principe général, énoncé à l'article III:1, selon lequel les réglementations intérieures "ne devront pas être appliquées [...] de manière à protéger la production nationale". »

**74.** Pauwelyn, *supra* note 61; Amelia Porges et Joel P Trachtman, « Robert Hudec and Domestic Regulation: The Resurrection of "Aim and Effects" » dans Joel P. Trachtman, dir, *The International Economic Law Revolution and the Right to Regulate*, Londres, Cameron May, 2006, 161 à la p 177; Joost Pauwelyn, « Recent

Books on Trade and Environment » (2004) 15:3 Eur J Intl L 575 à la p 580; Mireille Cossy, « Determining Likeness under the GATS: Squaring the Circle? » (2006) Economic Research and Statistics Division, OMC, Document de travail no 2006-08, en ligne (pdf) : OMC <[www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd200608\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200608_e.pdf)>.

**75.** *République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur (Plainte du Honduras)* (2005), OMC Doc WT/DS302/AB/R au para 96 (Rapport de l'Organe d'appel).

**76.** « En d'autres termes, l'Argentine n'allègue pas que le traitement des produits a été différent selon leur origine » : *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte des États-Unis, du Canada et de l'Argentine)* (2006), OMC Doc WT/DS291/292/293/R, para 7.2514 (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Produits biotechnologiques*].

traitement<sup>76</sup>. Il a en outre précisé que cette différence pourrait s'expliquer par des motifs légitimes, comme une différence de perception « entre les produits biotechnologiques et les produits non biotechnologiques pour ce qui est de leur sécurité sanitaire »<sup>77</sup>.

De toute évidence, ces évolutions timides mériteraient d'être confirmées puisqu'elles permettraient d'établir si une mesure est réellement protectionniste ou non, et ce, en conformité avec le but du principe du traitement national. Bien sûr, l'organisme chargé d'évaluer une mesure conformément à l'article III du *GATT* entreprendra une démarche visant à évaluer les arguments des parties impliquées. Une fois que l'État plaignant aura établi une preuve *prima facie* montrant qu'il y a une différence de traitement défavorable envers les produits étrangers en raison de leur origine, l'État défendeur aura la possibilité de justifier cette différence de traitement en se basant sur des objectifs non protectionnistes. Dans ce contexte, l'analyse de l'objectif et du but de la mesure sera particulièrement importante.

Faire ainsi reviendrait à ramener dans le giron de l'article III le fameux test du « *aim-and-effect* », autrement accepté<sup>78</sup> puis mis de côté par la jurisprudence, mais dans le cadre strict de l'analyse de la similarité<sup>79</sup>. Il s'agirait donc d'un retour en force de ce test, intégré au sein de la troisième étape du test de l'article III : 4 plutôt que dans celui de l'analyse de la similarité. En définitive, la finalité du principe du traitement national serait respectée, une majorité de mesures adoptées sincèrement pour satisfaire des objectifs légitimes non protectionnistes passerait le test et échapperait de ce fait à l'épreuve de l'exception. Il ne permettrait toutefois pas de régler le problème évoqué plus haut selon lequel faire ainsi laisserait un vide juridique pour l'État *appliquant* de manière discriminatoire une mesure en soi non discriminatoire. Le « juge » de l'OMC saura assurément trouver une manière de remédier à cette situation...

## Conclusion

L'Histoire a de ces ironies. Le multilatéralisme économique connaît sa pire panne depuis son avènement, alors que les défis qui se posent à la communauté des États nécessitent des réponses collectives concertées.

Pour négocier les virages qu'impose la nouvelle mondialisation, les nations commerçantes se regroupent sur de nouvelles bases qui flirtent avec le plurilatéralisme ou un nouveau régionalisme : initiatives conjointes, clubs climatiques (*Climate Clubs*), *friendshoring*, méga-partenariats qui redéfinissent les chaînes d'approvisionnement, etc. En fonction des valeurs ou des intérêts qui les lient ou les divisent, les États favorisent ou défavorisent le commerce selon les partenaires. Autant d'occasions, d'opportunités ou de prétextes pour accorder un traitement plus ou moins favorable et donc prêter le flanc à une plainte pour non-respect du principe de non-discrimination.

Sous ces tensions et tractations qui dépendent d'affinités qui influent sur les politiques commerciales des gouvernements s'ajoutent des tensions commerciales provoquées par des pénuries, par le contexte sanitaire ou par un engouement plus ou moins soudain pour certaines

77. *Ibid.*

78. États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt (*Plainte du Canada*), Rapport du Groupe spécial adopté le 19 juin 1992, IBDD 39S/206; États-Unis – Taxes sur les automobiles (*Plainte des Communautés européennes*), Rapport du Groupe spécial adopté le 11 octobre 1994, DS31 (rapport non adopté); États-Unis – Essence, supra note 33 aux para 5.9 et 5.10.

79. Japon – Boissons alcooliques, supra note 41 à la p 27, Section G et Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (*Plainte de l'Équateur, du Guatemala, du Honduras, du Mexique et des États-Unis*) (1997), OMC Doc WT/DS27/AB/R, para 215 et 216 (Rapport de l'Organe d'appel).

ressources ou certains intrants. Course aux vaccins, course aux minéraux critiques, guerre des semi-conducteurs, développement de la filière verte, course à l'approvisionnement énergétique, nouvelles formes de commerce électronique, inflation galopante sur certains produits primaires et produits alimentaires de base. Voilà autant d'éléments d'une conjoncture qui pourrait inciter les gouvernements à mettre en place des mesures incompatibles avec les articles I, III ou XI du *GATT*.

On l'a vu, les exceptions générales de l'article XX, et surtout le sens que leur a donné la jurisprudence, permettent de moins en moins de discerner les mesures qui méritent d'être justifiées de celles qui ont des visées et des effets protectionnistes. À l'heure où les défis globaux obligent les États à combler de nouveaux besoins environnementaux, sanitaires, alimentaires et sécuritaires, l'OMC doit revoir son rôle et cesser de se poser en arbitre de l'équilibre entre les canons du libre commerce et les préoccupations non commerciales. Le système de règlement des différends de l'OMC doit revenir à ses missions premières : assurer la mise en œuvre et une juste application des Accords de l'OMC, déceler les mesures des Membres qui empêchent cette mise en œuvre et sanctionner le protectionnisme.

Ce sont les règles et disciplines commerciales qui permettront ce retour aux fondamentaux. Pas les exceptions. Qu'il nous soit permis de justifier, par un passage d'un rapport célèbre de l'Organe d'appel, notre plaidoyer en faveur d'une nouvelle lecture du *GATT* pour mieux faire face aux nouveaux défis :

Les règles de l'OMC sont fiables, compréhensibles et applicables. Elles 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'esprit<sup>80</sup>.

<sup>80</sup>. *Japon –Boissons alcooliques, supra note 41 à la p 36.*

