

## LA MORALITE DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL: L'APPROCHE ADOPTÉE DANS L'OMC

Babette ANCERY<sup>1</sup>

Miguel BURNIER DA SILVEIRA<sup>2</sup>

**Résumé :** L'exception de moralité publique dans le GATT donne les Etats membres le droit de prendre des mesures contradictoires au droit de l'OMC si celles-ci sont nécessaires pour protéger la moralité publique. Cette exception est peu utilisée et mal définie. La moralité peut différer d'un pays à l'autre, même si un certain degré de consensus intersubjectif semble nécessaire. Les changements dans le commerce internationale pourraient entraîner des pays d'avoir recours à cet article plus souvent, ce qui fait en sorte que des clarifications sur cette exception sont nécessaire pour améliorer la prédictibilité du système international.

**Mots-clés :** Exception de moralité publique, commerce international, GATT, Organisation Mondial du Commerce.

**Resumo :** A exceção da moralidade pública do GATT proporciona aos Estados Membros o direito de adotar medidas contraditórias ao direito da OMC, caso tais medidas sejam necessárias para proteger a moral pública. Contudo, esta exceção é pouco utilizada e mal definida. A moralidade pública pode se diferenciar de um país para outro, mesmo que um certo grau de consenso subjetivo seja necessário. Alterações no comércio internacional podem levar países a invocar esta exceção de forma mais frequente, fazendo com que estudos mais aprofundados sobre o tópico sejam necessários para aumentar a previsibilidade do sistema internacional.

**Palavras-chave :** Exceção moral para comércio internacional, Exceções do GATT, Organização Mundial do Comércio

### I. INTRODUCTION

*"Née en 1995, l'Organisation mondiale du commerce a pour mission la libéralisation du commerce des biens et des services à l'échelle mondiale. Libéralisation assortie de la création d'une juridiction des conflits commerciaux. Chaque conférence de l'OMC, de Seattle à Hong Kong en 2005 montre avec éclat le nouveau poids de cette organisation, devenue un enjeu majeur dans les relations Nord-Sud, mais aussi dans les débats qui traversent la société civile."<sup>3</sup>*

---

<sup>1</sup> Babette ANCERY est étudiante de Master en affaires internationales, Institut de Hautes Études Internationales et du Développement, Genève.

<sup>2</sup> Miguel BURNIER DA SILVEIRA est doctorant en Droit International et avocat au Barreau de Rio de Janeiro, Brésil.

<sup>3</sup> Source de la citation: La Documentation Française.

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/omc/index.shtml> - Septembre 2009.

L'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT) a entré en vigueur en 1947. La totalité de cet accord a été incorporée dans l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) presque cinquante ans plus tard. L'objectif de l'OMC est de construire un système international du commerce structuré et effectif qui aboutit à un commerce libre et juste. Cela ne veut pas dire que l'OMC a pour mission de négliger ou d'empêcher des lois gouvernementales nécessaires pour réaliser des objectifs importants. N'empêche qu'elle a quand même été critiquée régulièrement par des groupes sociaux de ne pas prendre en compte des considérations sociales comme les circonstances de travail en régulant et en libéralisant le commerce international. Malgré ces critiques, le GATT contient des dispositions pour concilier la libéralisation du commerce avec des intérêts sociaux. La moralité publique est parmi ces dispositions, donnant les Etats membres la possibilité de justifier des règles contradictoires au droit de l'OMC si celles-ci sont nécessaires pour protéger la moralité publique. Même si cette exception morale existe déjà depuis 1947, elle reste peu utilisée et mal définie. Cela aboutit à la question des limites de cet article et du degré dans lequel on peut faire référence à la jurisprudence d'autres paragraphes, d'autres Articles ou à d'autres accords pour interpréter celui-ci. C'est une question fondamentale, car il est nécessaire de connaître les probables limites de la disposition de la moralité publique ainsi que les exigences contenues en Article XX afin d'empêcher qu'une violation soit trouvée. D'abord, on adressera le contenu, la portée et les conditions de l'Article XX du GATT. Ensuite, on analysera le chapeau et on essaiera d'éclaircir la définition, les critères et les conditions de la moralité publique. On fera une comparaison entre le XX (a) GATT et son équivalent dans l'AGCS. Par la suite, on éclaircira la teste de nécessité avant d'adresser les exceptions morales dans d'autres accords internationaux ou régionaux afin de comparer celles-ci avec le XX (a) du GATT et de clarifier si elles peuvent rendre plus clair la portée probable de la moralité publique. La dernière section est consacrée à une explication de l'interprétation de l'Article XX et elle sera suivie par une conclusion essayant de donner une réponse plus claire à la question de la portée du concept de moralité et de ses conséquences politiques et sociales.

## **II. LES LIMITES DU LIBRE COMMERCE: LES EXCEPTIONS PREVUES PAR L'OMC**

L'Article XX GATT donne le droit aux Etats membres de prendre des lois étant contraires au droit de l'OMC, mais lesquelles sont nécessaires pour entre autres protéger la vie humaine, l'environnement et la moralité publique. Par contre, même s'il offre une possibilité de prendre des lois contradictoires, cela ne veut pas dire que tout sera justifié. Le groupe spécial dans le *US-Section 337* a éclairé que l'Article donne seulement des exceptions limitées et conditionnelles.<sup>4</sup> Ceci ne veut pas dire non plus que des lois exigeant des pays exportateurs d'adopter ou de prendre certaines politiques n'est pas pour autant interdit ou exclu de la portée d'Article XX.<sup>5</sup> Au contraire, afin de décider si une loi est justifiée, il faut prendre en compte les circonstances factuelles et juridiques, dont aussi l'intention et le but de l'Etat membre.<sup>6</sup> En plus, l'intérêt doit être important et

<sup>4</sup> GATT Panel Report, *US – Section 337*, L/6439 – 36S/345, (7 November 1989) para 5.9.

<sup>5</sup> Appellate Body Report, *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R (12 October 1998) para 121.

<sup>6</sup> Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, (Cambridge 2008) p617-620.

légitime. Cela montre que le Cour d'appel préconise une interprétation plus flexible des exceptions, c'est-à-dire une approche de '*balancing*'.<sup>7</sup>

En fait, Article XX consiste de deux étapes. D'abord, il est nécessaire de justifier une loi en remplissant les conditions d'une des paragraphes. Ensuite, il faut remplir les conditions telles qu'elles sont définies dans le chapeau. De ce fait, avant de tourner vers l'exception spécifique, on étudiera le chapeau. Celui-ci définit les critères dont le remplissement est nécessaire afin de justifier une loi sur la base d'Article XX:

*"Sous réserve que ces lois ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des lois : (...)"*<sup>8</sup>

Le dernier définit qu'il ne peut pas y avoir une *discrimination arbitraire* ou *injustifiable* entre les pays où les mêmes conditions existent, ni une restriction déguisée au commerce international.

### III. LA PROTECTION ET DEFINITION DE LA MORALITE PUBLIQUE

D'après l'Article XX (a), les Etats membres ont la possibilité de prendre des lois nécessaires pour la protection de la moralité publique.

*"rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des lois*  
a) *nécessaires à la protection de la moralité publique;"*<sup>9</sup>

Ayant expliqué dans la section précédente, et du même que les autres paragraphes de l'Article XX, l'exception de moralité publique de XX (a) GATT est limitée et conditionnelle. Par contre, la manque de jurisprudence laisse à deviner la définition et la portée exacte de "*nécessaire pour protéger la moralité publique*". Marwell craint qu'une exception ou interprétation large de moralité publique puisse devenir un instrument de protectionnisme.<sup>10</sup> L'Article XX (a) pose donc quelques problèmes, c'est-à-dire des incertitudes en ce qui concerne i) la définition et la portée, ii) la manière dont un Etat décide ce qu'il faut protéger et dans quel degré, iii) l'interrelation avec l'AGCS et iv) la relation entre l'exception et la libéralisation.

Premièrement, la question se pose ce qu'il faut protéger et dans quel degré. Prenant en compte que les Etats peuvent déterminer leur niveau de protection approprié dans le cadre de la santé publique, comme expliqué par exemple dans *Korea – Various Measures on Beef* et dans *EC- Asbestos*<sup>11</sup>, il est probable qu'ils peuvent aussi décider le

<sup>7</sup> Le standard de "weighing and balancing" a été défini le cas suivant: Appellate Body Report, *Korea – Beef*, WT/DS161, 169/AB/R (11 December 2000) *supra*, footnote 49, paras 166 and 163.

<sup>8</sup> Article XX GATT.

<sup>9</sup> Article XX (a) GATT.

<sup>10</sup> J. Marwell, 'Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after *Gambling*', *New York University Law Review*, 13:49, May 2006, p805.

<sup>11</sup> Appellate Body Report, *Korea – Various Beef*, para. 176 and Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R, (12 March 2001) para. 168

niveau qui leur est approprié dans le cadre de la moralité publique.<sup>12</sup> En effet, le Groupe spécial de *US – Gambling* a pris cette position dans le cadre de l'exception de moralité publique de l'AGCS.

*“Further, the Appellate Body has stated on several occasions that Members, in applying similar societal concepts, have the right to determine the level of protection that they consider appropriate. Although these Appellate Body statements were made in the context of Article XX of the GATT 1994, it is our view that such statements are also valid with respect to the protection of public morals and public order under Article XVI of the GATS”*<sup>13</sup>

En plus, considérant que le Cour d'appel prend en compte le contexte spécifique, il semble que ce qui peut être considéré comme moralité publique doit être décidée par un pays lui-même. Le concept diffère d'un pays de l'autre, car ce qui est acceptable moralement dans un pays, ne l'est pas nécessairement dans un autre. Cette supposition est confirmée par le Groupe spécial dans le cas *US-Gambling*, dans lequel les Etats-Unis avaient invoqué une exception similaire dans l'AGCS. Le Groupe souligne que :

*“the content of these concepts for Members can vary in time and space, depending upon a range of factors, including prevailing social, cultural, ethical and religious values.”*<sup>14</sup>

*“More particularly, Members should be given some scope to define and apply for themselves the concepts of “public morals” and “public order” in their respective territories, according to their own systems and scales of values.”*<sup>15</sup>

Par contre, Howse est d'avis que la valeur protégée par un pays doit aussi être reconnue de l'une manière ou de l'autre par des Etats comme quelque chose qui vaut être protégé. Il doit y avoir un certain degré de consensus intersubjectif parmi les Etats.<sup>16</sup> Cette opinion est supportée par Marwell.<sup>17</sup> La jurisprudence du Groupe spécial dans le cas de *US-Gambling* fait présumer la même chose. Dans ce conflit, le Cour d'appel a accepté que "gambling" soit un intérêt de moralité publique. En réalisant cette conclusion, il s'est basé sur le fait que d'autres pays le considèrent comme un intérêt moral aussi.<sup>18</sup> Après avoir fait référence entre autres à Israël, les Philippines, League of Nations, l'Estonie, Hong Kong, l'Islande et le Norvège, le Groupe special a déclaré que "*In light of the above, the Panel concludes that measures prohibiting gambling and betting services, including the supply of those services by the Internet, could fall within the scope of Article XIV(a) if they are enforced in pursuance of policies, the object and purpose of which is to “protect public morals” or “to maintain public order”.*"<sup>19</sup> Cela montre clairement que le Groupe prend en compte la présence d'un consensus intersubjectif.

Deuxièmement, le problème de la définition et de la portée de moralité n'est pas encore résolu. Pour l'instant la jurisprudence sur l'Article XX (a) est non-existante. Les Etats membres ont fait appel à cette disposition à deux reprises, mais la Cour ne l'a

<sup>12</sup> Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization.*) p639. Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, para 168.

<sup>13</sup> Panel Report, *US-Gambling*, WT/DS285/R (10 November 2004) para. 6.461.

<sup>14</sup> Panel Report, *US-Gambling*, para. 6.461.

<sup>15</sup> Panel Report, *US-Gambling*, para. 6.461.

<sup>16</sup> Robert Howse, conférence HEID – Graduate Institute of International and Development Studies Genève, Suisse, 2009.

<sup>17</sup> J. Marwell, "Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after Gambling".

<sup>18</sup> Panel Report, *US-Gambling*, supra note 3, para 6.6471-74.

<sup>19</sup> Panel Report, *US-Gambling*, supra note 3, para 6.6474.

jamais examinée.<sup>20</sup> Du coup, cela nous amène à demander ce qui est 'la moralité publique' et dans quel cas on peut y avoir recours.

Un débat ancien mais récemment ravivé porte sur le travail des enfants. Plusieurs auteurs ainsi que le gouvernement des Pays-Bas discutent si une prohibition de l'importation des produits fabriqués par des enfants peut être justifiée sur la base de moralité publique d'après l'article XX (a).<sup>21</sup> D'autres exemples de moralités mentionnées par des auteurs sont la prohibition de l'importation des boissons alcoolisées, du matériel pornographique et des diamants dont le revenu est utilisé pour financer des guerres civiles.<sup>22</sup>

Malgré le manque de jurisprudence et le débat incessant, la disposition est souvent invoquée par des pays adoptant une prohibition de l'importation de certains produits. L'Arabie saoudite est l'un des pays qui a prohibé certain produits pour des raisons morales. Elle dispose d'une liste de plusieurs produits prohibés comme des boissons alcoolisées, du matériel ayant un rapport au jeu de hasard, des cochons vivants, des chiens, des chiens étant pas destinés pour la chasse ou la surveillance ou étant pas un chien-guide, des animaux momifiés et des aliments ayant incorporé du sang animal pendant la production.<sup>23</sup>

Le fait qu'aucun pays n'a fait recours à l'OMC peut signifier qu'il y a soit un manque d'intérêt, soit un consensus concernant le lien de la loi avec la moralité. Il peut aussi y avoir une interrelation, c'est-à-dire que, si certains pays ne consomment pas du tout ou presque pas des produits spécifiques à cause d'une conviction morale ou religieuse, cela aboutira probablement à un manque d'intérêt de la part des autres pays si le pays établit une prohibition à l'importation. Cela sera en raison des petits (ou inexistant) volumes normalement consommés et de ce fait du revenu limité pour des pays exportateurs comparé à des coûts élevés liés au règlement des différends à l'OMC. En plus, le dernier pose aussi un problème à cause de l'incertitude de la définition, ce qui rend difficile une évaluation par des Membres de leurs chances d'obtenir un jugement favorable. L'absence d'une définition nous rend à adresser l'AGCS et la définition donné à la moralité dans celui-ci.

#### IV. RELATION ENTRE AGCS ET LE GATT

La troisième question qui se pose est ce qui est la relation avec l'AGCS. Cet accord contient aussi une exception comparable, donnant les Etats membres le droit de prendre des lois contraire au droit de l'OMC mais "*nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public*". Celui-ci a déjà été l'objet de clarification par le groupe spécial dans le dispute *Etats-Unis – Gambling*.

Antigua accusait les Etats-Unis de violer l'AGCS en prohibant les jeux d'hasard sur Internet. Les Etats-Unis à leur part invoquaient l'exception de moralité publique contenue en Article XIV AGCS pour justifier la loi. Le Groupe spécial s'efforçait

<sup>20</sup> Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization.*) p639.

<sup>21</sup> Conférence HEID – Graduate Institute of International and Development Studies Genève, Suisse, 2009.

<sup>22</sup> J. Marwell, 'Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception, p805.

P. Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, p 639, 640.

<sup>23</sup> P. Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, p 640.

d'abord de clarifier la signification de 'moralité publique'. Le Groupe s'est mis d'accord que le contenu de moralité peut différer de l'un pays à l'autre, "*the content of these concepts for Members can vary in time and space, depending upon a range of factors, including prevailing social, cultural, ethical and religious values.*"<sup>24</sup> C'est à l'Etat membre de décider comment cela doit être défini et appliqué dans son territoire.

Les juges ont décidé que "*a measure that is sought to be justified under Article XIV(a) must be aimed at protecting the interests of the people within a community or a nation as a whole.*" Donc, la valeur qu'un Etat essaye de protéger doit être partagée par toute une communauté ou nation. Cela semble de rendre impossible des lois régionales. Par contre, le Groupe spécial a aussi déclaré que le contenu peut différer *in time and space*. Il se peut que cela donne une possibilité de justifier des lois prises pour protéger la moralité dans une région. En outre, la référence à prevailing values amène à estimer que, si celle-ci diffère par région, il y aura une chance qu'un Etat puisse avoir recours à l'exception de moralité publique en démontrant l'existence de cette valeur. De toute façon, on pourrait dire que s'il y a des grandes disparités et différences régionales, contrairement à des Etats homogènes, l'Etat hétérogène n'est pas garanti de pouvoir protéger la moralité de chacun de ses régions. Cela dépendra de la prévalence que l'OMC donnera à soit *as a whole*, soit *in time and space*. En plus, ceci dépend aussi de la définition de 'communauté', si celle-ci peut ou doit être locale, régionale ou nationale. Ensuite le Groupe spécial a expliqué que moralité publique est:

*"The Panel considers the term "public morals" denotes standards of right and wrong conduct maintained by or on behalf of a community or nation."*

Il est probable que l'interprétation donnée par le Groupe spécial s'applique aussi à la moralité publique dans le cadre du GATT. Cette présomption est créée par plusieurs facteurs. D'abord, le Groupe spécial dans *Indonesia – Autos* a déclaré que "*all WTO agreements, including GATT 1994 which was modified by Understandings when judged necessary, were negotiated at the same time, by the same Members and in the same forum.*"<sup>25</sup> S'ils ont été négociés au même temps et s'ils contiennent les mêmes mots, cela fait présumer qu'ils auront la même signification. En plus, le même Groupe spécial mentionne que "*In this context we recall the principle of effective interpretation pursuant to which all provisions of a treaty (and in the WTO system all agreements) must be given meaning, using the ordinary meaning of words.*"<sup>26</sup>

En plus, l'OMC s'est déjà appuyé sur la jurisprudence de GATT dans le cadre de l'AGCS: *Although these Appellate Body statements were made in the context of Article XX of the GATT 1994, it is our view that such statements are also valid with respect to the protection of public morals and public order under Article XVI of the GATS*".<sup>27</sup> De ce fait, il est probable que la moralité publique dans le cadre de GATT aura la même définition et interprétation.

Par contre, il n'aura probablement pas exactement la même portée que l'Article XIV AGCS, car celui-ci ne protège pas seulement la moralité publique, mais aussi l'ordre public. Le dernier est défini comme "*Hence, in our view, the dictionary definition of the word "order", read together with footnote 5, suggests that "public order" refers to the preservation*

<sup>24</sup> Panel Report, *US-Gambling*, para. 6.461.

<sup>25</sup> Panel Report, *Indonesia – Autos*, WT/DS54, 55, 59, 64/R (2 July 1998) para 14.28.

<sup>26</sup> Panel Report, *Indonesia – Autos*, para 14.28

<sup>27</sup> Panel Report, *US-Gambling*, para. 6.461.

*of the fundamental interests of a society, as reflected in public policy and law. These fundamental interests can relate, inter alia, to standards of law, security and morality.*"<sup>28</sup>

Ayant expliqué par le Groupe spécial "we believe that "public morals" and "public order" are two distinct concepts under Article XIV(a) of the GATS. Nevertheless, to the extent that both concepts seek to protect largely similar values, some overlap may exist."<sup>29</sup> "Judge Lauterpacht, the elder, referred to "public order" as the "fundamental national conceptions of law, decency and morality."<sup>30</sup>

Du coup, les exceptions du GATT et AGCS ne vont pas également aussi loin. L'exception d'AGCS donne plus de flexibilité en donnant aussi une possibilité d'invoquer l'ordre public. La portée exacte et la différence entre les deux termes reste à être clarifiée. De ce fait, il est difficile d'estimer la mesure dans laquelle l'exception du GATT est plus limitée. En ce qui concerne la moralité, le fait que les deux termes sont identiques nous amène à conclure qu'il devrait être possible de s'appuyer sur la jurisprudence de l'AGCS pour éclaircir la définition.

Par contre, ce qui n'a pas encore été clarifié est la mesure dans laquelle on peut adopter des lois pour influencer d'autres pays et quel lien il doit y avoir avec le pays adoptant cette loi. Pour la dernière question, quelle est la relation spécifique entre l'exception et la libéralisation, on se tourne à une analyse de la nécessité afin de répondre à celle-ci.

## V. LA NECESSITE DE LA LOI POUR PROTEGER LA VALEUR VISEE

La définition de moralité n'est pas la seule imprécision. La portée et les limites de l'Article ne sont pas claires. Il faut respecter et passer la teste de nécessité, mais comment sait-on quels normes sont aussi importants que des lois très strictes, c'est-à-dire une prohibition à l'importation au lieu de réguler par des standards, sont acceptées? Un autre aspect qui est fondamental dans ce débat est la question d'efficacité dans le court et le long terme. Avant de tourner à ces questions importantes, il est d'abord nécessaire d'éclaircir ce qui est la nécessité.

Le test de nécessité est lui-aussi composé de deux volets. D'abord, la loi doit avoir pour but de protéger la moralité publique. En plus, il faut que la loi soit nécessaire pour réaliser cet objectif.<sup>31</sup> Cette nécessité ne concerne pas la nécessité de l'objectif, mais la nécessité de la loi pour réaliser celui-ci. Afin d'examiner la première étape, il faut prendre en compte pas seulement la loi comme celle-ci est écrite, mais aussi la structure, l'architecture et le "design".<sup>32</sup> Ces critères peuvent indiquer si une loi est construite de manière neutre ou si celle-ci pourrait poser un problème en ce qui concerne non-discrimination.

<sup>28</sup> Panel Report, *US-Gambling*, para. 6.467.

<sup>29</sup> Panel Report, *US-Gambling*, para. 6.468.

<sup>30</sup> Panel Report, *US-Gambling*, para. 6.470.

<sup>31</sup> Panel Report, *US-Gasoline*, WT/DS2/R, (29 January 2006) para 6.20, Panel Report, *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R (3 December 2007) para 7.40 – 7.41, Panel Report *EC – Tariff Preferences*, WT/DS246/R (1 December 2003) para 7.179 and 7.199.

<sup>32</sup> Panel Report, *EC-Tariff Preferences*, WT/DS246/R (1 December 2003) para 7.200.

La deuxième étape concerne la nécessité. Il faut souligner que l'Etat a le droit de choisir son propre niveau de protection.<sup>33</sup> D'autres Etats membres ne peuvent pas se plaindre devant l'OMC concernant le niveau de protection, ils peuvent seulement avoir recours au règlement de différends s'ils pensent que la loi n'est pas nécessaire pour atteindre ce niveau-là.<sup>34</sup> Le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont clarifié qu'une loi est nécessaire s'il n'existe pas de manière alternative qui est moins restrictive et aussi effective que la loi contestée.<sup>35</sup> Plusieurs facteurs doivent être pris en considération en décidant s'il existe une manière alternative. Ce sera toujours un processus de "weighing and balancing".<sup>36</sup> Un aspect de ce processus est le degré dans lequel la loi contribue à la réalisation de l'objectif, l'importance de la valeur protégée et finalement le degré de restriction de la loi.<sup>37</sup> L'Organe d'Appel a confirmé qu'en aucun cas peut-on exiger d'un Membre d'adopter une loi différente si celle-ci ne lui permet pas de réaliser son niveau de protection désiré.<sup>38</sup> En plus, il faut tenir compte des capacités techniques ou financières d'adopter ou d'implémenter la nouvelle loi.

Donc, le test de nécessité implique plusieurs analyses: le degré dans lequel la loi contribue doit être analysée ainsi que le degré dont la loi restreint le libre commerce et l'importance de la valeur. Ce processus diffère de l'approche adoptée dans le passé. Le critère de nécessité, '*nécessaire pour protéger la moralité publique*', a été interprété de façon restrictif par les groupes spéciaux dans le passé. Par contre, L'Organe d'appel a pris une approche plus flexible et plus nuancé dans le différend récent de *Brazil – Retreaded Tyres*.

Dans le passé, le groupe spécial réussissait presque toujours à trouver une loi moins restrictive. Cela rendait la possibilité de justifier une loi sur la base d'Article XX presque inexistante. Par contre, la nouvelle approche définie dans *Brazil – Tyres* est un processus de "weighing and balancing", "*a holistic operation that involves putting all the variables of the equation together and evaluating them in relation to each other after having examined them individually, in order to reach an overall judgement.*".<sup>39</sup> Donc, contrairement au passé, il n'est plus nécessaire de remplir les critères toujours du même façon. La décision sera faite prenant en compte tous les facteurs ensemble. Cette jurisprudence semble de donner une réponse à la question de comment il faut trouver une balance entre la libéralisation et la moralité. C'est clair que tout dépendra du cas spécifique, des intérêts et des alternatives qui peuvent exister. Il n'y aura pas de possibilité de formuler des règles générales pour ce problème.

La teste de nécessite montre que la loi doit contribuer à l'objectif, mais veut cela dire qu'il faut contribuer ou alléger? C'est clair que la loi doit contribuer à la réalisation de l'objectif, mais est-il nécessaire que l'implémentation de la loi aboutit directement à la réalisation ou peut-il le réaliser aussi au long terme ou peut-être même indirect? Cette question n'a pas été clarifiée. Il semble qu'un effet indirect est difficile à défendre, car la réalisation dépendra d'autres facteurs que l'Etat ne pourra pas influencer ou contrôler. Par contre, surtout prenant en compte les problèmes environnementaux, l'Article XX ne

<sup>33</sup> Panel Report, *Brazil – Retreaded Tyres*, para 7.108.

<sup>34</sup> Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization.*) p625.

<sup>35</sup> GATT Panel Report, *Thailand – Cigarettes*, DS10/R – 37S/200, (7 November 1990) para 78-81. Panel report, *Brazil – Retreaded Tyres*, para 156.

<sup>36</sup> Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, para 172.

<sup>37</sup> Panel Report, *Brazil – Retreaded Tyres*, para 7.104, AB Report, *Brazil – Retreaded Tyres*, para 143.

<sup>38</sup> Panel report, *Brazil – Retreaded Tyres*, para 156.

<sup>39</sup> Panel report, *Brazil – Retreaded Tyres*, para 182.

devrait pas être limitée au court terme, mais doit garder la possibilité de prendre des décisions qui peuvent avoir un effet dans 10 ou 20 ans aussi.<sup>40</sup> Considérant l'importance profonde et absolue de certaines valeurs, par exemple sauvegarder le climat, l'atmosphère ou certains animaux, il ne peut pas limiter la portée à une réalisation à court terme si cela risque d'empêcher des lois qui auraient pu le réaliser au long terme. Mais, l'acceptation de ceci devrait dépendre de l'importance relative de la protection de la valeur, comme a été clarifié aussi par l'Organe d'appel dans *EC – Asbestos*: "the more vital or important the common interests or values pursued, the easier it would be to accept as necessary measures designed to achieve those ends".<sup>41</sup> Ce ne sera pas possible de décider à l'avance si ou quand on pourra accepter des mesures contribuant à la réalisation au long terme. Le tout dépendra du contexte et des circonstances spécifiques.

En plus, un autre problème qui se pose pour le Cour d'appel et le groupe spécial est comment il faut analyser si quelque chose est vraiment une "moralité publique", vu que celle-ci concerne souvent des intérêts et sentiment forts, géographiquement limitée et très diverse parmi des régions et des systèmes politiques.<sup>42</sup> Ce problème est aussi souligné par Turk et Howse.<sup>43</sup> Est-il approprié pour des Groupes spéciaux ou l'Organe d'appel de juger l'importance relative des valeurs sociales ou de décider si la protection de la religion est plus importante que la protection de la santé? En plus, considérant que les valeurs morales sont souvent localisées géographiquement et pas partagées par tous les Etats membres, il peut être difficile de comprendre la vraie importance d'une valeur ou la nécessité de la protéger. Se baser sur le fait que d'autres pays le considèrent comme un intérêt moral aussi, comme l'a fait l'Organe d'Appel dans *US-Gambling*<sup>44</sup>, pourrait être politiquement sensible et difficile à défendre.

Pour l'instant, il existe beaucoup de questions et de problèmes. L'avenir de la clause de moralité publique dépendra de la réponse et les résolutions donné par le Groupe spécial, l'Organe d'appel et les Etats membres. La prochaine partie essaye de regarder en avance et de donner quelques suggestions de réforme.

## VI. CONCLUSION

C'est évident que la question de moralité publique et de sa définition et de sa portée est loin d'être réglée. Des clarifications ne seront pas juste nécessaires, mais aussi souhaitable afin d'améliorer la prédictibilité du système international. Il est douteux que cela sera fait par des Etats, le scénario le plus probable est une clarification faite par le Cour d'appel pendant une dispute entre deux Etats membres. Selon Marwell cela ne durera pas longtemps.<sup>45</sup> Il est d'avis que l'importance d'Article XX(a) augmentera et qu'il y aura de plus en plus de conflits concernant cet aspect de moralité publique. Il soutient cet argument par trois développements.

---

<sup>40</sup> L' Appellate Body a impliqué qu'elle tient cette opinion.

<sup>41</sup> Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, para 172.

<sup>42</sup> J. Marwell, 'Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after *Gambling*', *New York University Law Review*, 13:49, May 2006, p805

<sup>43</sup> R. Howse and E. Turk, 'The WTO Impact of Internal regulations',.

Peter Van Den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization.*) p626.

<sup>44</sup> Panel Report, *US-Gambling*, supra note 3, para 6.6471-74.

<sup>45</sup> J. Marwell, 'Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception.

D'abord, l'OMC devient de plus en plus hétérogène. Il existe une grande diversité d'origines religieuses, culturelles, ethniques et sociales. En plus, l'augmentation de l'importance économique du commerce ainsi que la croissance des Membres mettent de plus en plus d'Etats en contact avec des Etats différents ayant des priorités différentes, ce qui risque d'aboutir à des conflits plus régulièrement.<sup>46</sup> En plus, considérant que les échanges deviennent plus importants, des restrictions commerciales peuvent avoir des conséquences économiques de plus en plus graves, ce qui pourrait aboutir à une volonté de la part des Etats membres d'avoir recours à l'OMC.

Ensuite, beaucoup d'Etats adoptent des lois et réglementations entre autres pour l'environnement et la santé. L'OMC a constaté des violations de TBT et SPS dans certains cas. Si un pays réussit à reformuler sa loi, celui-ci pourrait considérer de la justifier sur la base de XX (a) au lieu des accords restrictifs de SPS et TBT. Par contre, cela implique que XX (a) est nécessairement plus flexible que SPS ou TBT. Mais, le 'burden of proof' est sur la partie plaignante dans le cadre de SPS et TBT. Contrairement, la partie défendant est obligée d'établir un cas *prima facie* si celle-ci fait appel à l'exception de XX (a). Bien évidemment, si jamais il existe encore un doute, la partie ayant le *burden of proof* perd. Dans ce sens, on pourrait dire qu'Article XX (a) n'est pas automatiquement préférable. Malgré ceci, il n'existe pas d'obligation de présenter de la preuve scientifique dans le cadre du GATT, ce qui pourra faciliter la justification des lois si la preuve manque. En plus, il n'existe pas d'obligation spécifique de prendre en compte et de respecter des standards internationaux. Par contre, il est possible de dire que ceux-ci soient plus ou moins incorporés dans le GATT par l'obligation de non discrimination, *good faith* et la nécessité. A la fin du compte, tout dépendra de la flexibilité que l'Organe d'appel appliquera dans l'analyse des accords de SPS et TBT.

Finalement, l'émergence des technologies avancées risquent de compliquer la distinction entre environnement, santé et moralité, comme indiqué par le dispute entre l'UE et les Etats-Unis concernant le bœuf traité avec des hormones ainsi qu'une autre dispute concernant la régulation de biotechnologie, ce qui a stimulé des soucis environnementales ainsi que religieuses et ethniques.<sup>47</sup>

Même si ces développements n'étaient pas réalisés, il est clair que l'Article XX (a) nécessite une clarification ainsi qu'une réforme. Plusieurs aspects ont déjà été mentionnés dans les parties précédentes et ils seront répétés brièvement.

D'abord, il faut éclaircir la définition de moralité publique et faire une distinction claire avec l'ordre public afin de faciliter la prédictibilité du système et l'utilisation de la jurisprudence de l'AGCS dans le cadre de GATT. En plus, la portée de la moralité publique doit bien être définie, applique-t-elle à un pays au complet ou aussi à des régions ou communautés locales? Finalement, les Etats membres ont besoin de plus de clarté concernant l'extra-territorialité et le degré dans lequel on pourra adopter des lois basé sur ce qui se passe ailleurs et quel lien il faut exister entre les deux pays.

---

<sup>46</sup> J. Marwell, 'Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after *Gambling*', *New York University Law Review*, 13:49, May 2006, p808

<sup>47</sup> J. Marwell, 'Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after *Gambling*', *New York University Law Review*, 13:49, May 2006, p808  
C'était dans le cas *EC-Biotech*.

L'analyse précédente a montré les complexités de la clause morale dans l'OMC. Par contre, elle risque de ne pas se limiter à cette organisation seulement. De plus en plus d'organisations régionales et des accords régionaux ont incorporé une exception morale similaire. Ceci pourrait créer des problèmes de choix de forum, mais au même temps peuvent-ils nous aider à éclaircir le concept de moralité publique et ils peuvent aider à rendre le système plus transparent, efficace et équilibré.

## VII. BIBLIOGRAPHIE

- Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R, (12 March 2001).  
Appellate Body Report, *Korea – Beef*, WT/DS161, 169/AB/R (11 December 2000).  
Appellate Body Report, *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R (12 October 1998).  
Appellate Body Report, *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R  
GATT Panel Report, *Thailand – Cigarettes*, DS10/R – 37S/200 (7 November 1990)  
GATT Panel Report, *US – Section 337*, L/6439 – 36S/345 (7 November 1989).  
Howse, Robert, conférence HEID – Graduate Institute of International and Development Studies Genève, Suisse, 2009.  
Howse, Robert; Turk, Elisabeth, 'The WTO Impact of Internal regulations'.  
Marwell, J., 'Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception after *Gambling*', *New York University Law Review*, 13:49, May 2006, p805.  
Panel Report *EC – Tariff Preferences* WT/DS246/R (1 December 2003)  
Panel Report, *Brazil – Retreaded Tyres*, WT/DS332/R (3 December 2007)  
Panel Report, *Indonesia – Autos*, WT/DS54, 55, 59, 64/R (2 July 1998).  
Panel Report, *US-Gambling*, WT/DS285/R (10 November 2004).  
Panel Report, *US-Gasoline*, WT/DS2/R, (29 January 2006)  
Van Den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, (Cambridge 2008) p617-620.