

De la compassion dans la consommation : le bannissement de la commercialisation des produits dérivés du phoque en sol européen et la défense de moralité publique à l'Organisation mondiale du commerce

Kristine Plouffe-Malette

Volume 45, numéro 1, 2015

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1032038ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1032038ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Plouffe-Malette, K. (2015). De la compassion dans la consommation : le bannissement de la commercialisation des produits dérivés du phoque en sol européen et la défense de moralité publique à l'Organisation mondiale du commerce. *Revue générale de droit*, 45(1), 199–234.
<https://doi.org/10.7202/1032038ar>

Résumé de l'article

Les différends commerciaux qui font valoir une défense de moralité publique n'ont occupé et n'occupent encore à ce jour que peu de place au sein des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Cette défense, véhiculée sous la forme d'une exception, n'a été soumise qu'à trois reprises aux « juges » de l'OMC, soit dans les affaires *États-Unis – Jeux, Chine – Publications et produits audiovisuels* et *CE – Produits dérivés du phoque*. La doctrine a depuis formulé plusieurs hypothèses qui consistent en autant de typologies des mesures dites de moralité publique. Le dernier différend en la matière, opposant le Canada et la Norvège à l'Union européenne, a permis d'apporter un nouvel éclairage sur cette exception en proposant un nouveau test de moralité. Celui-ci est formulé en deux étapes : (1) la détermination de la préoccupation des citoyens et (2) la qualification de moralité publique de la préoccupation des citoyens. L'énoncé comme la mise en oeuvre de ce test commandent que l'on s'y attarde afin d'en mesurer les effets et d'en comprendre les subtilités. Il sera principalement démontré que le Groupe spécial, confirmé sur ce point par l'Organe d'appel, semble s'écarter des précédents enseignements en matière de moralité publique en exigeant une justification de nature internationale de la préoccupation citoyenne, laquelle doit également être soutenue par une preuve de nature nationale, pour se voir reconnaître au titre d'exception commerciale de moralité publique.

De la compassion dans la consommation : le bannissement de la commercialisation des produits dérivés du phoque en sol européen et la défense de moralité publique à l'Organisation mondiale du commerce

KRISTINE PLOUFFE-MALETTE*

RÉSUMÉ

Les différends commerciaux qui font valoir une défense de moralité publique n'ont occupé et n'occupent encore à ce jour que peu de place au sein des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Cette défense, véhiculée sous la forme d'une exception, n'a été soumise qu'à trois reprises aux « juges » de l'OMC, soit dans les affaires États-Unis – Jeux, Chine – Publications et produits audiovisuels et CE – Produits dérivés du phoque. La doctrine a depuis formulé plusieurs hypothèses qui consistent en autant de typologies des mesures dites de moralité publique. Le dernier différend en la matière, opposant le Canada et la Norvège à l'Union européenne, a permis d'apporter un nouvel éclairage sur cette exception en proposant un nouveau test de moralité. Celui-ci est formulé en deux étapes : (1) la détermination de la préoccupation des citoyens et (2) la qualification de moralité publique de la préoccupation des citoyens. L'énoncé comme la mise en œuvre de ce test commandent que l'on s'y attarde afin d'en mesurer les effets et d'en comprendre les subtilités. Il sera principalement démontré que le Groupe spécial, confirmé sur ce point par l'Organe d'appel, semble s'écarter des précédents enseignements en matière de moralité publique en exigeant une justification de nature internationale de la préoccupation citoyenne, laquelle doit également être soutenue par une preuve de nature nationale, pour se voir reconnaître au titre d'exception commerciale de moralité publique.

MOTS-CLÉS :

Moralité publique, exception commerciale, Organisation mondiale du commerce.

* Candidate au doctorat en droit, Université de Sherbrooke; chargée de cours, Université de Montréal, Université du Québec à Montréal et Université de Sherbrooke.

ABSTRACT

Trade disputes raising a public morality defense have occupied and still hold to this day little spot within the World Trade Organization (WTO) Panels and Appellate Body. The defense, portrayed as an exception, has been submitted three times to the WTO "judges": USA – Gambling, China – Publications and Audiovisual Products and EC – Seal Products. The doctrine has since made several assumptions which consist of many types of public morality measures. The latest dispute in the matter, opposing Canada and Norway to the European Union, helped shed new light on the defense by proposing a new morality test. The test is formulated in two steps: (1) determining citizens' concerns and (2) whether the citizens' concerns can be qualified as their public morality. The statement and the implementation of this test require some attention in order to measure the effects and understand the subtleties. It will mainly be demonstrated that the Panel, confirmed on this point by the Appellate body, seems to deviate from previous lessons regarding the public morality defense, requiring international justification of citizen concerns, which should also be supported by national evidence, to be recognized under public morality commercial exception.

KEY-WORDS :

Public morality, commercial exception, World Trade Organization.

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 201 |
| I. Un survol des faits du différend canado-européen sur le bannissement des produits dérivés du phoque..... | 204 |
| II. Des rapports de l'OMC à la typologie doctrinale: les balbutiements d'une défense de moralité publique..... | 207 |
| A. La moralité publique à l'OMC: une norme de bonne ou de mauvaise conduite..... | 208 |
| B. L'évolution des typologies doctrinales: entre mesure interne et externe..... | 211 |
| III. La défense de moralité publique et le différend sur les produits dérivés du phoque..... | 215 |
| A. L'articulation d'un nouveau « test de moralité publique »..... | 217 |
| i. Première étape: l'établissement d'une préoccupation de la société européenne eu égard au bien-être des phoques..... | 218 |
| ii. Deuxième étape: l'existence du lien entre les préoccupations visées et la moralité publique de l'Union européenne..... | 222 |

| | | |
|------|---|-----|
| B. | La preuve au soutien du nouveau « test de moralité publique » : de l'unilatéral à l'international | 224 |
| i. | Première étape : l'établissement, à l'aide d'une preuve de nature interne, d'une préoccupation de la société européenne eu égard au bien-être des phoques | 226 |
| ii. | Deuxième étape : l'existence du lien entre les préoccupations visées et la moralité publique de l'Union européenne passe par la recherche d'un certain consensus international | 229 |
| iii. | Quelques remarques de nature interprétative et méthodologique | 230 |
| | Conclusion | 232 |

L'ouverture internationale constitue un puissant vecteur de croissance et d'emplois au bénéfice de tous. Pourtant, aussi bénéfique soit-elle, on sait que l'ouverture est porteuse, dans le même temps, d'effets déstabilisateurs, pour les tissus économiques et sociaux, mais aussi, potentiellement, pour les choix de société.

Pascal Lamy, Commissaire européen au commerce¹

INTRODUCTION

La chasse aux phoques fait partie intégrante du patrimoine canadien depuis le XVI^e siècle. Il s'agit d'un mode de vie, pour certaines populations autochtones, notamment inuites, reconnu par le droit international², et pour les populations non autochtones habitant les

1. Pascal Lamy, « L'émergence des préférences collectives dans le champ de l'échange international : quelles implications pour la régulation de la mondialisation? », Conférence « Préférences collectives et gouvernance mondiale : quel avenir pour le système commercial mondial? », Discours du commissaire européen, Bruxelles, 15 septembre 2004, en ligne : <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/september/tradoc_118930.pdf>.

2. Les peuples autochtones ont notamment le droit, conformément à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones*, à la sécurité de leurs activités économiques et traditionnelles, Rés AG, Doc off AG NU, 61^e sess, Doc NU A/RES/61/295 (2007), art 20(1) [*Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones*]. Si, en 2007, le Canada a voté contre cette résolution, il s'est ravisé et il l'a appuyée en 2010. Ministère des Affaires autochtones et du Développement du Nord Canada, *Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, en ligne : <<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142>>.

côtes du pays au nord du 53^e degré de latitude et la côte atlantique³. Cette industrie joue de plus un rôle capital dans certaines économies locales des populations du Grand Nord, de l'Atlantique et du Québec. Plusieurs de ces communautés tirent de 15 % à 35 % de leur revenu annuel de la chasse aux phoques. Si ces chiffres peuvent ne pas paraître particulièrement importants pour le Canada, il importe de rappeler que plusieurs industries canadiennes sont de petite taille et qu'elles permettent à des collectivités éloignées de survivre⁴. À ce titre, 2006 fut une année record avec 33 millions de dollars canadiens de retombées économiques pour l'industrie du phoque. Il a de plus été estimé que le tiers des produits du phoque canadien étaient exportés vers le marché de l'Union européenne⁵.

Le 2 novembre 2009, le Canada⁶ a demandé l'ouverture de consultations auprès de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en raison de l'adoption du *Règlement (CE) n° 1007/2009 sur le commerce des produits dérivés du phoque*⁷ par le Parlement européen et le Conseil européen le 16 septembre 2009. L'adoption de cette mesure par l'Union européenne a eu pour effet de bannir la commercialisation des produits du phoque sur son territoire. Conformément à son préambule, le *Règlement PDP* consiste en une

réponse aux préoccupations des citoyens et des consommateurs liées à la question du bien-être animal en rapport avec la mise à mort et l'écorchage des phoques et à la possible présence sur le marché de produits provenant d'animaux tués et

3. Ministère des Pêches et des Océans, *Plan 2011-2015 de gestion intégrée de la chasse aux phoques de l'Atlantique*, en ligne : Ministère des Pêches et Océans <<http://www.dfo-mpo.gc.ca/fm-gp/seal-phoque/reports-rapports/mgtplan-planges20112015/mgtplan-planges20112015-fra.htm#c3.3>> [*Plan 2011-2015 de gestion intégrée de la chasse aux phoques de l'Atlantique*].

4. Les industries agricoles et forestières ne forment qu'un pour cent du PIB du Canada. Ministère des Pêches et Océans, *L'importance socio-économique de la chasse aux phoques*, en ligne : Ministère des Pêches et Océans <<http://www.dfo-mpo.gc.ca/fm-gp/seal-phoque/reports-rapports/facts-faits/facts-faitsSE-fra.htm>>.

5. Xinjie Luan et Julien Chaisse, « Preliminary Comments on the WTO Seals Products Dispute: Traditional Hunting, Public Morals and Technical Barriers to Trade » (2011) 22 *Colo J Int'l Env'tl L & Pol'y* 79 à la p 83.

6. Le 5 novembre 2009, la Norvège a elle aussi demandé l'ouverture de consultations avec l'Union européenne. Cette demande est traitée conjointement avec celle du Canada. Se sont joints au différend à titre de tierces parties l'Argentine, la Chine, la Colombie, l'Équateur, l'Islande, le Japon, le Mexique, la Russie et les États-Unis.

7. [2009] JO, L 286/36 (entrée en vigueur le 20 août 2010) [*Règlement PDP*].

écorchés dans des conditions de douleur, de détresse, de peur et d'autres formes de souffrance⁸.

Le 25 novembre 2013, le Groupe spécial a rendu sa décision et a conclu notamment que « le régime de l'UE applicable aux produits dérivés du phoque n'est pas incompatible avec l'article 2.2 [de l'Accord OTC]⁹ parce qu'il réalise l'objectif consistant à répondre aux préoccupations morales du public de l'UE concernant le bien-être des phoques dans une certaine mesure » [nos italiques]¹⁰. Ainsi, le Groupe spécial a donné partiellement raison aux arguments européens et il a confirmé que la mesure européenne réalise l'objectif de protection de la moralité publique des citoyens européens concernant le bien-être des phoques, une conclusion qu'il a étendue à son analyse de l'objectif en vertu de l'article XX a) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce¹¹ (GATT). Le 22 mai 2014, l'Organe d'appel a « déclaré sans fondement et sans effet juridique les conclusions du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC »¹². Malgré cette conclusion, l'Organe d'appel a confirmé l'analyse du Groupe spécial quant à la détermination de l'objectif de la mesure européenne, cette fois, en vertu de la défense de moralité publique.

Les affaires portant sur la protection de la moralité publique n'ont occupé et n'occupent encore à ce jour que peu de place au sein des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC. En effet, la défense

8. *Ibid*, 5^e considérant du préambule.

9. *Accord relatif aux obstacles techniques au commerce, annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 RTNU 141 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [l'Accord OTC].

10. *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (Plainte du Canada et de la Norvège)* (2013), OMC Doc WT/DS400/R et WT/DS401/R à la p 209 au para 8.2.c (Rapport du Groupe spécial) [CE – Produits dérivés du phoque, Rapport du Groupe spécial].

11. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 192 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [GATT]. L'Union européenne soulève aussi l'exception prévue à l'article XX b) du GATT, qui n'est pas traité ici.

12. *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (Plainte du Canada et de la Norvège)* (2013), OMC Doc WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R à la p 145 au para 5.132 (Rapport de l'Organe d'appel) [CE – Produits dérivés du phoque, Rapport de l'Organe d'appel]. L'Organe d'appel a tout de même confirmé la qualification de l'objectif de la mesure européenne au titre de l'article XX a) du GATT telle qu'elle a été réalisée par le Groupe spécial. Par conséquent, les conclusions présentées précédemment ont été confirmées en appel. À ce titre, l'Organe d'appel a cité la quasi-totalité des paragraphes du rapport du Groupe spécial qui présente l'analyse du test de moralité (377 à 389, 394 à 396, 398 à 402, 404, 409 et 410).

de moralité publique n'a été soumise qu'à trois reprises aux « juges » de l'OMC, soit dans les affaires *États-Unis – Jeux*¹³, *Chine – Publications et produits audiovisuels*¹⁴ et *CE – Produits dérivés du phoque*. La doctrine a depuis formulé plusieurs hypothèses qui consistent en autant de typologies des mesures dites de moralité publique. Après un retour sur le différend canado-européen, le premier en son genre (I), puis sur l'évolution des décisions de l'OMC et de la doctrine en la matière (II), les conclusions du rapport *CE – Produits dérivés du phoque* sur la seule question de la défense de moralité publique seront analysées à l'aune de l'évolution de la doctrine (III). Par conséquent, les conclusions eu égard aux violations des obligations de l'Union européenne et les questions relatives aux autres tests applicables, dont le test de nécessité et le test du paragraphe introductif de l'article XX du GATT, ne seront pas abordées. En définitive, l'objectif ici n'est pas de présenter une nouvelle typologie des mesures dites de moralité publique ni de proposer un nouveau test en la matière; il s'agit plutôt d'analyser le test élaboré par le Groupe spécial, dont l'articulation a été confirmée par l'Organe d'appel.

I. UN SURVOL DES FAITS DU DIFFÉREND CANADO-EUROPÉEN SUR LE BANNISSEMENT DES PRODUITS DÉRIVÉS DU PHOQUE

Le 16 septembre 2009, l'Union européenne a adopté le *Règlement PDP* interdisant l'importation et l'exportation de la quasi-totalité des produits dérivés du phoque explicitement pour protéger le bien-être de ces animaux. En effet, on y retrouve un plaidoyer contre la chasse aux phoques, « des animaux sensibles qui peuvent ressentir de la douleur, de la détresse, de la peur et d'autres formes de souffrances »¹⁵; on y évoque des « méthodes de chasse cruelles ne garantissant pas une

13. *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda)* (2004), OMC Doc WT/DS285/R (Rapport du Groupe spécial) [*États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial]; *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda)* (2005), OMC Doc WT/DS285/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*États-Unis – Jeux*, Rapport de l'Organe d'appel].

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

15. *Règlement PDP*, *supra* note 7, 1^{er} considérant du préambule.

mort instantanée, sans souffrances, des animaux»¹⁶. Le *Règlement PDP* rappelle de plus les vives inquiétudes du public et des gouvernements « sensibles au bien-être des animaux ». C'est sur la base d'une enquête menée par l'Office de la sécurité alimentaire européenne¹⁷ que le Parlement européen et le Conseil européen ont conclu que les méthodes utilisées pour tuer les phoques provoquent des douleurs et des souffrances importantes et inutiles aux animaux. Comme ces souffrances choquent la morale des citoyens européens, le Parlement européen a conclu que l'interdiction du commerce des produits du phoque constituait la seule mesure appropriée¹⁸.

Le *Règlement PDP* aspire, certes implicitement, à protéger les animaux, mais il fait d'abord office de défenseur de la morale des citoyens et des consommateurs européens. Bien que le *Règlement PDP* ne fait en aucun temps mention de l'expression « moralité » ni de ses déclinaisons sémantiques, il est le fruit de l'indignation morale ressentie à l'égard du traitement réservé aux phoques au moment de leur chasse¹⁹. L'interdiction du commerce des produits dérivés du phoque aurait pu permettre non seulement d'atteindre cet objectif, mais aussi d'apporter une double preuve, scientifique d'une part, de la cruauté des gestes posés, et morale d'autre part, cette fois, de l'aversion ressentie.

À ce titre, plusieurs arguments ont été soulevés dans les premières communications écrites de l'Union européenne²⁰ et plusieurs éléments ont été cités dans la doctrine qui a précédé la décision du Groupe spécial²¹. Il suffit ici de rappeler que le bannissement des produits du

16. *Ibid.*

17. Autorité européenne de sécurité des aliments, « Scientific Opinion of the Panel on Animal Health and Welfare on a request from the Commission on the Animal Welfare Aspects of the Killing and Skinning of Seals » (2007) 610 *The Elsa Journal* 1, en ligne : <<http://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/doc/610.pdf>>.

18. Trois exceptions sont prévues au *Règlement PDP*, *supra* note 7, mais aucune d'entre elles ne permet la commercialisation des produits dérivés du phoque à des fins lucratives.

19. *Ibid.*, 4^e et 5^e considérants du préambule.

20. *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (Plainte du Canada et de la Norvège)* (2009), « First Written Submission by European Union », 21 décembre 2012, Genève [*Première communication écrite*]; *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (Plainte du Canada et de la Norvège)* (2009), « Second Written Submission by European Union », 27 mars 2013, Genève [*Deuxième communication écrite*].

21. Voir notamment Robert Howse et Joanna Langille, « Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should Accept Trade Restrictions Justified by Noninstrumental Moral Values » (2012) 37 *Yale J Int'l L* 367; Luan et Chaisse, *supra* note 5; Peter L Fitzgerald, « "Morality" »

phoque a graduellement été introduit en sol européen depuis 30 ans. En effet, la première directive communautaire en la matière — interdisant essentiellement l'importation des peaux de bébés phoques à manteaux blancs (aussi nommé blanchons) et à dos bleu — soulignait déjà, dans son préambule, les inquiétudes à l'égard des méthodes de chasse de ces animaux et le manque d'études scientifiques quant à l'abattage et ses conséquences sur les phoques²². Soulignons de plus que l'Union européenne a présenté une preuve scientifique de la nature cruelle de la chasse aux phoques²³.

Le Canada n'est pas insensible aux arguments de l'Union européenne; en effet, plusieurs lois et règlements encadrent strictement cette chasse. À titre d'exemple, des quotas et des permis sont alloués aux chasseurs dans le respect de la survie des différentes populations de phoques²⁴; par le passé, des gels en matière de délivrance des permis ont été décrétés afin de professionnaliser les chasseurs²⁵, et une procédure d'abattage fondée sur une approche scientifique réalisée notamment avec l'aide d'un groupe de travail composé de vétérinaires indépendants a été adoptée²⁶.

Tel était le contexte dans lequel s'est inscrit le différend sur les produits dérivés du phoque. Si le système de règlement des différends de l'OMC a été saisi de plusieurs situations portant sur le traitement des animaux, ayant eu, par le passé, à considérer des politiques visant la conservation des ressources naturelles épuisables ancrées dans la science de l'environnement ou encore liées à la protection de la vie

May Not Be Enough to Justify the EU Seal Products Ban: Animal Welfare Meets International Trade Law » (2011) 14 J Int'l Wildlife L & Pol'y 85; Pamela A Vesilind, « Continental Drift: Agricultural Trade and the Widening Gap Between European Union and United States Animal Welfare Laws » (2010-2011) 12 Vt J Env'tl L 223; Christian Pitschas et Hannes Schloemann, *WTO Compatibility of the EU Seal Regime: Why Public Morality Is Enough (But May Not Be Necessary)*, Halle (Allemagne), Institute of Economic Law, Transnational Economic Law Research Center, School of Law, Martin Luther University Halle-Wittenber, mai 2012.

22. CE, *Directive 83/129/CEE du Conseil du 28 mars 1983 concernant l'importation dans les États membres de peaux de certains bébés phoques et de produits dérivés* [1983] JO, L 91 à la p 30 [*Directive de 1983*]. Le Canada a depuis banni la chasse aux blanchons.

23. Voir les développements en ce sens dans la *Première communication écrite*, supra note 20 aux pp 28 à 72.

24. Les populations autochtones et certains résidents du Labrador peuvent chasser le phoque à tout moment de l'année à des fins de subsistance, sauf exception, à des fins sociales ou cérémoniales, dans le respect des accords conclus entre le gouvernement fédéral et ces populations.

25. *Plan 2011-2015 de gestion intégrée de la chasse aux phoques de l'Atlantique*, supra note 3.

26. *Ibid.*

et de la santé humaine²⁷, il n'a pas l'habitude de différends fondés sur la morale et les considérations éthiques, qui opposent les idéologies « conséquentialiste » et l'utilitarisme *welfariste*²⁸. À ce jour, trois litiges ont tout de même permis à l'organe de règlement des différends de l'OMC de se pencher sur l'exception commerciale de moralité publique.

II. DES RAPPORTS DE L'OMC À LA TYPOLOGIE DOCTRINALE : LES BALBUTIEMENTS D'UNE DÉFENSE DE MORALITÉ PUBLIQUE

La moralité publique à titre d'exception commerciale a été ajoutée aux traités commerciaux bilatéraux et multilatéraux dès les années 1920. L'étude des travaux préparatoires du GATT et des traités qui l'ont précédé a permis de faire la lumière sur la nature de la clause d'exception : celle-ci consisterait en l'exercice étatique de sa souveraineté²⁹. Il a été tout au plus avancé que cette exception commerciale concernait notamment l'esclavage, les armes à feu, la pornographie et la cruauté envers les animaux³⁰. Cette clause incluse à l'article XX a) se lit ainsi :

27. Voir notamment les décisions rendues en vertu du GATT dans les affaires *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)* (1991), GATT Doc BIDS 39S/155 (Rapport non adopté du Groupe spécial) [*Thon – I*]; *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte des Communautés européennes)* (1994), GATT Doc DS29/R (Rapport non adopté du Groupe spécial) [*Thon – II*]; puis les décisions rendues dans le cadre de l'OMC dans les affaires *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 (Rapport de l'Organe d'appel) au para 158 [*États-Unis – Crevettes*]. Voir aussi *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc WT/DS135/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Amiante*].

28. Sur ce débat, voir notamment : Joel R Paul, « Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development ? » (2003) 44:1 *Va J Int'l Law* 285; Vesilind, *supra* note 21 à la p 223; Fitzgerald, *supra* note 21; Katie Sykes, « Sealing Animal Welfare into the GATT Exceptions: The International Dimension of Animal Welfare in WTO Disputes » (2014) 13:3 *WT Rev* 471.

29. Anne-Catherine Hatton, Richard Ouellet et Lyne Létourneau, « Du rôle de la genèse dans l'exégèse : pour une interprétation historique éclairée de l'exception de moralité publique du GATT » (2010) 43:2 *Rev BDI* 601. Voir aussi Steve Charnovitz, « The Moral Exception in Trade Policy » (1998) 38:4 *Va J Int'l L* 689 aux pp 710 et 714, et Mark Wu, « Free Trade and the Protection of Public Morals: An Analysis of the Newly Emerging Public Morals Clause Doctrine » (2008) 33 *Yale J Int'l L* 215 à la p 219.

30. Charnovitz, *supra* note 29 à la p 713. Voir aussi Christoph T Feddersen, « Focusing on Substantive Law in International Economic Relations: The Public Morals of GATT's Article XX(a) and "Conventional" Rules of Interpretation » (1998) 7 *Minn J Global Trade* 75; Miguel A Gonzalez, « Trade and Morality: Preserving "Public Morals" Without Sacrificing the Global Economy » (2006) 39 *Vand J Transnat'l L* 939 à la p 971 et Wu, *supra* note 29.

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures

a) nécessaires à la protection de la moralité publique;

Ainsi, si la moralité publique n'a pas été définie, elle a fait l'objet de deux différends antérieurement à l'affaire du phoque (A). Plusieurs auteurs ont également proposé des typologies permettant d'éclaircir cette exception commerciale (B).

A. La moralité publique à l'OMC : une norme de bonne ou de mauvaise conduite

La défense de moralité publique a été soumise à un Groupe spécial pour la première fois sous l'égide de l'article XIV de l'AGCS, qui se lit sensiblement comme l'article XX du GATT. Le Groupe spécial, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, a affirmé que « la teneur de ces concepts [moralité publique et ordre public] pour les Membres peut varier dans le temps et dans l'espace, en fonction d'une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes »³¹. Cette affaire résulte de l'effet cumulé des mesures prises par les États-Unis, qui avaient pour conséquence d'empêcher l'accès à leur marché des services de jeux et paris en ligne transfrontaliers, et qui limitaient en particulier le paiement par un serveur hors du territoire américain. Antigua-et-Barbuda, acteur majeur du jeu en ligne, a déposé une plainte à l'OMC le 27 mars 2003 alléguant que l'embargo américain était illégal. En défense, les États-Unis ont soulevé l'exception de l'article XIV a) de l'AGCS au motif que la moralité publique des citoyens américains devait être protégée en raison des liens entre le jeu et le crime organisé, le blanchiment d'argent, la fraude des consommateurs, la santé publique et la protection des enfants.

Après avoir affirmé que la moralité « désigne les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom »³², le Groupe spécial a conclu que les restrictions

31. *États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 13 au para 6.461.

32. *Ibid* au para 6.465.

américaines pouvaient théoriquement tomber sous le coup de l'article XIV a) de l'AGCS, mais que celles-ci ne pouvaient passer le test de la nécessité. L'Organe d'appel a confirmé le résultat de la décision du Groupe spécial, mais sur la base de l'analyse du paragraphe introductif de l'article XIV de l'AGCS; en effet, il a reconnu que la mesure américaine était appliquée de manière à mener à une discrimination injustifiée et renversé l'analyse du Groupe spécial quant au test de nécessité. L'Organe d'appel a de plus établi que l'engagement des États-Unis dans le cadre de l'AGCS exigeait qu'ils en respectent les règles dans le domaine des services de loisirs, y compris les services de jeux et de paris. Ainsi, le jeu en ligne a été interprété comme faisant partie des engagements pris en 1995. Il n'en demeure pas moins que cette affaire fournit un éclairage essentiel. D'une part, l'Organe d'appel n'a pas commenté les affirmations du Groupe spécial quant à la teneur de la moralité publique. D'autre part, celles-ci ont été reprises par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la première décision traitant de l'article XX a) du GATT.

En effet, dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*, dont le rapport de l'Organe d'appel a été adopté le 19 janvier 2010, les États-Unis ont déposé une plainte à l'OMC en raison du fait que la Chine prohibait, par l'entremise d'un système de censure organisé en sol chinois, l'importation sur son territoire de certains types de documents dont le contenu culturel pouvait entrer en conflit avec les valeurs propres à la Chine³³. Tant le Groupe spécial³⁴ que l'Organe d'appel ont retenu les enseignements antérieurs de l'affaire *États-Unis – Jeux* pour trancher la question de la défense de moralité publique soulevée par la Chine. Or, la situation était différente de celle qui existait dans l'affaire *États-Unis – Jeux* puisque les États-Unis, contrairement à ce qu'avait fait Antigua-et-Barbuda, ne contestaient pas l'affirmation de la Chine selon laquelle les produits et services en litige pouvaient avoir une incidence sur la moralité publique chinoise³⁵. À ce titre, le Groupe spécial a ajouté « que la protection de la moralité publique est un intérêt extrêmement important des pouvoirs publics et que la Chine a adopté un niveau élevé de protection de la moralité publique sur son

33. *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Plainte des États-Unis)* (2009), OMC Doc WT/DS363/R au para 4.441 (Rapport du Groupe spécial) [*Chine – Publications et produits audiovisuels*, Rapport du Groupe spécial].

34. *Ibid* au para 7.759.

35. *Ibid* au para 7.763.

territoire»³⁶. Il n'a donc pas été fait grand cas de la teneur et de la portée du concept de moralité publique; le Groupe spécial a plutôt supposé que les produits et services, dont l'importation était interdite, pouvaient avoir une incidence sur la moralité publique³⁷.

En somme, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, le Groupe spécial a confirmé qu'« il conviendrait d'accorder aux Membres une certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes les concepts de "moralité publique" et d'"ordre public" sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs »³⁸. En même temps, à la lumière d'une analyse de la pratique des autres États membres de l'OMC, le Groupe spécial confirme implicitement que la seule volonté de l'État ne peut suffire à déterminer le contenu de la moralité publique³⁹. Rien de tel n'a été réalisé dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*. Par conséquent, il n'est pas certain que tant la démonstration de l'existence d'une moralité publique nationale qu'une moralité publique commune suffisent, à elles seules, pour permettre à un groupe spécial de statuer en faveur de sa protection.

En définitive, les deux premiers différends présentés à l'OMC eu égard à la moralité publique à titre d'exception au commerce auront, certes, permis de faire un tant soit peu la lumière sur cette notion, mais n'auront pas permis de dégager un cadre d'analyse clair, qui permettrait d'assurer la prévisibilité chère au système commercial⁴⁰. Si les affaires *États-Unis – Jeux* et *Chine – Publications et produits audiovisuels* donnent le ton, le différend canado-européen a permis à l'OMC de prendre position quant à cette défense de moralité publique. Trois auteurs ont proposé une typologie des mesures potentielles destinées à protéger la moralité publique. L'analyse de celles-ci éclairera l'étude ultérieure des rapports *CE – Produits dérivés du phoque*.

36. *Ibid* au para 7.863.

37. Joost Pauwelyn, « Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report on China – Audiovisuals » (2010) 11:1 *Melb J Int'l L* 119 aux pp 132-33.

38. *États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 13 au para 6.461. Sur la reconnaissance d'une pratique commune, voir *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 27 au para 135. L'Organe d'appel avait souligné que la politique de protection et de conservation des tortues de mer menacées de disparition était partagée par tous les participants à l'appel ainsi que par la majorité des membres des Nations Unies.

39. *États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 13 aux para 6.471-6.474. Voir Wu, *supra* note 29 à la p 233.

40. *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 426 (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1995) [*Mémoire*].

B. L'évolution des typologies doctrinales : entre mesure interne et externe

Avant l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, plusieurs chercheurs avaient analysé la défense de moralité publique⁴¹. Trois d'entre eux — Steve Charnovitz, Jeremy C. Marwell⁴² et Mark Wu⁴³ — ont proposé une classification des mesures qu'il pourrait être possible d'adopter pour protéger la moralité publique.

En 1998, soit avant le rapport du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, Steve Charnovitz a publié le premier article consacré à l'exception commerciale de moralité publique. Il a proposé deux catégories de mesures, qu'il nomme « *inwardly-directed measure* » et « *outwardly-directed measure* »⁴⁴. La première consiste en une mesure adoptée par un État afin de protéger la morale des citoyens de la nation qui importe un produit, et la seconde afin de protéger la morale des citoyens de la nation qui exporte un produit. À titre d'exemple, un État qui bannit l'importation de tous produits pornographiques pour protéger la moralité publique de ses citoyens adopte une mesure interne. Par opposition, un État qui bannit un produit, car le mode de production n'est pas éthique, adopte une mesure externe⁴⁵. Bien qu'embryonnaire, cette première classification a eu le mérite de poser un premier regard sur cette question, particulièrement sur la nature d'une mesure, par opposition à son origine.

41. Voir notamment Feddersen, *supra* note 30; Gonzalez, *supra* note 30 à la p 971; Tyler M Smith, « Much Needed Reform in the Realm of Public Morals: A Proposed Addition to the GATT Article XX(a) "Public Morals" Framework, Resulting from *China – Audiovisual* » (2011) 19 *Cardozo J Int'l & Comp L* 733 à la p 753; Albena P Petrova, « The WTO Internet Gambling Dispute as a Case of First Impression: How to Interpret Exceptions Under GATS Article XIV(a) and How to Set the Trend for Implementation and Compliance in WTO Cases Involving "Public Morals" and "Public Order" Concerns? » (2006) 6:1 *Rich J Global L & Bus* 45; Irene Dogan, « Taking a Gamble on Public Morals: Invoking the Article XIV Exception to GATS » (2007) 32:3 *Brook J Int'l L* 1131; Yenkong Ngangjoh-Hodu, « Relationship of GATT Article XX Exceptions to Other WTO Agreements » (2011) 80:2 *Nordic J Int'l L* 219; Christopher Doyle, « The "Necessary" Element of GATT Article XX in the Context of the *China – Audiovisual Products Case* » (2011) 29 *BU Int'l L J* 143; Firehiwot Wujira, « Non-Trade Concerns in Interpreting General Exception Clauses of WTO Agreements » (2010) 4 *Mizan L Rev* 164.

42. Jeremy C Marwell, « Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception After Gambling » (2006) 81 *NYUL Rev* 802.

43. Wu, *supra* note 29.

44. Charnovitz, *supra* note 29 à la p 695.

45. *Ibid* aux pp 695-697.

En 2006, Jeremy C. Marwell propose une typologie plus élaborée des mesures susceptibles de protéger la moralité publique⁴⁶. Marwell propose quatre méthodes différentes qui permettent de déterminer la réelle portée de la moralité publique inscrite dans le GATT. L'analyse de Marwell se penche donc sur l'origine plutôt que sur la nature de la mesure.

La première consiste à adopter une posture *originelle*⁴⁷, c'est-à-dire à retenir la même approche que les 23 États qui ont négocié et adopté le GATT en 1947. La seconde consiste en l'adoption d'une posture *universaliste*⁴⁸, qui permettrait de dégager une morale qui rejoindrait une large majorité des États membres de l'OMC. La troisième posture consiste à rechercher une morale *majoritaire*⁴⁹ auprès d'États dans lesquels subsiste une situation similaire. Finalement, une quatrième posture permet de retenir la morale *unilatérale*⁵⁰ telle qu'elle est adoptée par l'État qui souhaite protéger la moralité publique de ses citoyens.

Bien qu'il souligne les problèmes liés à la qualité de la preuve, laquelle devrait reposer sur la pratique historique, les sondages d'opinion publique, les résultats de référendums politiques ou les déclarations de groupes religieux accrédités⁵¹, Marwell conclut que seule la quatrième option, la morale *unilatérale*, doit être retenue. En effet, les morales *universaliste* et *majoritaire* font référence au domaine des droits humains et appartiennent à un discours issu du cosmopolitisme⁵²; à ce titre, elles sont, selon cet auteur, exclues du droit de l'OMC, alors qu'une morale *originelle* serait trop restreinte. Avec l'option d'une morale unilatérale, la tâche d'un groupe spécial ne consisterait qu'en la détermination de la nature de l'intérêt défendu. Il s'agirait de déterminer si cet intérêt est de l'ordre de la moralité publique, selon ce que le Membre fait valoir eu égard aux circonstances factuelles qui existent dans ledit État. Par conséquent, seul un regard national devrait être posé lors de l'évaluation de la défense de moralité publique.

46. Marwell, *supra* note 42 à la p 805.

47. *Ibid* aux pp 819-20.

48. *Ibid* aux pp 820-22.

49. *Ibid* à la p 822.

50. *Ibid* aux pp 823-24.

51. L'énumération provient de l'auteur, Marwell, *ibid* aux pp 824-25.

52. Sur le cosmopolitisme en matière de droit international économique, voir Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.

En 2008, Mark Wu reprend les catégories élaborées par Charnovitz pour présenter trois types de mesures, auxquelles il ajoute une approche transnationaliste⁵³; il tente ainsi une fusion de la nature et de l'origine des mesures et ce faisant, il reprend les travaux de Charnovitz et Marwell.

Le type I est conforme à une mesure dite interne de Charnovitz. La mesure de type II consiste en l'interdiction de l'importation d'un produit ou d'un service dont les modes de production, qui ont cours sur le territoire de l'État exportateur, seraient contraires à la moralité publique des citoyens du pays importateur. Wu retient, à titre d'exemple, l'interdiction d'importation de produits fabriqués par des enfants⁵⁴. La mesure de type III consiste en l'interdiction d'importation de tous produits ou de services d'un État qui, par exemple, ne respecte pas les droits humains dans une situation donnée, sans cibler une industrie ou un secteur d'activité précis. Selon Wu, cette mesure vise la protection des citoyens de l'État exportateur plutôt que ceux de l'État importateur⁵⁵. Finalement, Wu propose une quatrième interprétation de la moralité publique fondée sur une approche transnationale. C'est au chapitre de la preuve qui soutient ces différents types de mesure que Wu innove.

Concernant la mesure de type I, qui mélange les mesures de nature originelle et universelle de Marwell, l'État membre devrait prouver que le bien ou le service tombe sous le coup d'une catégorie originelle ou universelle, telle que l'interdiction de l'esclavage ou une norme de *jus cogens*. Dans un cas comme dans l'autre, il y aurait bien protection de la moralité publique. Toutefois, toujours selon Wu, seule la preuve d'un acte juridique adopté selon les processus en vigueur dans l'État

53. L'approche transnationaliste de Mark Wu se fauille entre les approches unilatéraliste et universaliste, en ce qu'elle permettrait de reconnaître une norme de moralité publique non pas universelle, mais acceptée par un certain nombre d'États qui évolueraient dans un même contexte. Toutefois, Wu réfute lui-même cette approche pour plutôt retenir la gradation des mesures telles que présentées. En effet, l'approche transnationaliste, comme l'approche universaliste, ne permettrait pas de respecter la souveraineté des États qui souhaiteraient notamment adopter des mesures plus marginales. Voir à ce sujet Émilie Conway, « De quelques apports de la doctrine de la "marge d'appréciation" à l'interprétation de l'exception de moralité publique en droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) » (2013) 54:4 C de D 731. L'auteur adhère à cette approche transnationaliste, mais rejette la reconnaissance d'une mesure de type III et toute considération sur l'effet extraterritorial d'une mesure. Or, cette posture se campe dans une étude du potentiel caractère protectionniste d'une mesure, alors que tel n'est pas le test à cette étape de l'analyse.

54. Wu, *supra* note 29 à la p 235.

55. *Ibid* à la p 235.

membre pourrait être présentée à l'appui d'une telle mesure, ce qui favoriserait ainsi le débat public sur le sujet.

Trois éléments doivent être ajoutés afin de retenir une mesure de type II ou III au titre de la moralité publique. Un État membre devrait premièrement démontrer, par une preuve directe, que ses citoyens se soucient fortement de cet enjeu moral; deuxièmement, que cet enjeu moral a été explicitement appuyé par une majorité des États membres de l'OMC; et troisièmement, que cette mesure ne vise que des membres ayant déjà eux-mêmes soutenu cet enjeu⁵⁶.

Pour conclure qu'une mesure protège la moralité publique, Wu suggère, toujours au titre de la preuve, de retenir notamment les éléments mentionnés par Marwell, c'est-à-dire la pratique historique, les sondages d'opinion publique, les résultats de référendums politiques ou les déclarations de groupes religieux accrédités, auxquels devrait s'ajouter une normativité internationale. Celle-ci peut s'exprimer par un traité, un code, un guide ou tout autre document largement accepté par la communauté internationale. Finalement, cette norme devrait avoir été explicitement reconnue par l'État contre lequel serait adoptée la mesure⁵⁷. Par conséquent, un État membre ne pourrait adopter une mesure protégeant la moralité publique de ses citoyens en réponse à un comportement d'un membre qui n'aurait pas contracté une obligation en ce sens. Autrement dit, il serait théoriquement impossible d'adopter une mesure qui interdirait l'importation de produits fabriqués par des enfants d'un État qui ne se serait pas préalablement engagé à lutter contre cette situation.

Charnovitz, Marwell et Wu rejettent mutuellement les interprétations qu'ils proposent, parfois eux-mêmes, notamment en raison des problèmes liés à la preuve et sa valeur probante. En effet, chacun des auteurs propose que soit présenté un amalgame d'éléments de preuve au soutien d'une mesure qui vise la protection de la moralité publique, mais ces analyses demeurent partielles. À titre d'exemple, l'analyse de Mark Wu permet de conclure qu'un membre qui souhaiterait prouver l'objectif de protection de la moralité publique devra le faire eu égard à la communauté internationale (« *top down* »), ainsi que de sa propre population (« *bottom up* »)⁵⁸. Il s'agit ainsi de deux niveaux ou types de

56. *Ibid* à la p 242.

57. *Ibid* aux pp 245-46.

58. Claire Wright, « Censoring the Censors in the WTO: Reconciling the Communitarian and Human Rights Theories of International Law » (2010) 3:1 *J Int'l Media Entertain Law* 17 à la p 74.

preuve, certes complémentaires, qui font toutefois peser un lourd fardeau sur le membre qui invoque une défense de moralité publique.

En définitive, les analyses proposées précédemment ont généralement plus ou moins évité la délicate question qui consiste à délimiter la frontière entre les règles commerciales et les règles de la morale de chacun des membres de l'OMC. Les auteurs ont surtout examiné la portée de la défense de moralité publique sans se pencher sur la qualité de la norme de moralité publique ou sur le contenu que devrait prendre cette norme. Ces typologies auront toujours le mérite de jeter les bases d'une analyse doctrinale qui sera certainement appelée à évoluer.

III. LA DÉFENSE DE MORALITÉ PUBLIQUE ET LE DIFFÉREND SUR LES PRODUITS DÉRIVÉS DU PHOQUE

Une exception s'interprète généralement, tout système juridique confondu, de manière stricte par le juge. À cet égard, l'organe de règlement des différends de l'OMC ne s'écarte pas du principe et aborde avec rigueur la validité d'une exception dont un membre tente de se prévaloir afin de justifier sa mesure face à son incompatibilité avec ses obligations commerciales. L'Organe d'appel a d'ailleurs rapidement élaboré un test pour ce faire, dans son rapport *États-Unis – Essence*⁵⁹, lequel a été depuis confirmé à plusieurs occasions. Dans le différend *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel en a fait un résumé concis :

Comme il est établi dans la jurisprudence de l'OMC, l'évaluation d'une allégation concernant une justification au regard de l'article XX suppose une analyse en deux étapes au cours de laquelle une mesure doit d'abord être justifiée provisoirement au regard d'un des alinéas de l'article XX, avant d'être nouvellement évaluée au regard du texte introductif de l'article XX. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué, une justification provisoire au regard d'un des alinéas exige que la mesure contestée « traite l'intérêt particulier spécifié dans ce paragraphe » et qu'« il existe un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé ». Dans le contexte de l'article XX a), cela signifie qu'un

59. *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule (Plainte du Venezuela et du Brésil)* (1996), OMC Doc WT/DS2/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) à la p 33.

Membre qui veut justifier sa mesure doit démontrer qu'il a adopté ou appliqué une mesure pour « la protection de la moralité publique », et que la mesure est « nécessaire » à la protection de cette moralité publique. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, une analyse de la nécessité suppose de « soupeser et mettre en balance » une série de facteurs, y compris l'importance de l'objectif, la contribution de la mesure à cet objectif et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure. L'Organe d'appel a par ailleurs expliqué que, dans la plupart des cas, il faudrait donc procéder à une comparaison entre la mesure contestée et les solutions de rechange possibles. La charge de prouver qu'une mesure est « nécessaire à la protection de la moralité publique » au sens de l'article XX a) appartient à la partie défenderesse, alors qu'une partie plaignante doit identifier toutes mesures de rechange que la partie défenderesse aurait, à son avis, dû prendre [notes omises]⁶⁰.

L'article XX du GATT requiert donc un double examen. Il doit d'abord être démontré que la mesure relève de l'un des objectifs énoncés, puis que la mesure contestée satisfait aux prescriptions du préambule de la disposition⁶¹. Il s'agit ainsi de prévenir les abus liés à l'utilisation d'un mécanisme d'exception.

Il ressort de l'analyse des rapports de l'affaire *États-Unis – Jeux* qu'il est possible de mettre en œuvre une mesure de type I, ou dite interne, des qualifications énoncées par les auteurs dont les typologies ont été précédemment présentées. Il est constaté une évolution certaine dans le différend sur les produits dérivés du phoque, puisque l'analyse du Groupe spécial, confirmée par l'Organe d'appel, semble plutôt s'inscrire dans le giron d'une mesure externe ou de type II. Il sera ainsi successivement fait état de la démarche du Groupe spécial, ainsi que, lorsque nécessaire, de l'Organe d'appel, quant à la détermination de l'objectif de la mesure européenne, c'est-à-dire la moralité publique (A), puis de la preuve retenue pour qualifier la mesure européenne au titre de la moralité publique (B).

60. *CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel, *supra* note 12 au para 5.169, qui reprend essentiellement les enseignements des précédents rapports.

61. L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *supra* note 27, a confirmé que l'ordre du test ne doit pas être inversé ni modifié.

A. L'articulation d'un nouveau « test de moralité publique »

L'Union européenne a formulé comme suit l'objectif poursuivi par l'adoption du *Règlement PDP*, c'est-à-dire en deux énoncés étroitement liés, voire difficilement dissociables : (1) répondre aux préoccupations morales du public concernant le bien-être des phoques, et (2) contribuer à ce bien-être en réduisant le nombre de phoques tués cruellement⁶². Le Canada et la Norvège ont contesté cet objectif, soutenant que l'Union européenne cherchait plutôt à poursuivre plusieurs buts, dont le bien-être des phoques, la protection des intérêts des communautés autochtones et la gestion des ressources marines⁶³. Le différend *CE – Produits dérivés du phoque* se situe précisément dans cet affrontement entre la prise en compte globale du libellé du *Règlement PDP* (posture européenne) et une lecture de ce même libellé articulée entre l'objectif général et les objectifs véhiculés par les trois exceptions. Celles-ci permettent (1) aux peuples autochtones de pratiquer la chasse aux phoques de manière traditionnelle pour des fins de subsistance, (2) aux voyageurs d'importer occasionnellement des produits du phoque destinés à leur usage personnel et (3) la mise en marché non lucrative des produits dérivés du phoque lorsqu'ils résultent d'une chasse réglementée, aux seules fins de la gestion des ressources marines.

Avant de se pencher plus à même sur le différend qui lui a été soumis, le Groupe spécial a fait ressortir, de sa lecture des décisions antérieures, un « test de moralité publique » en deux étapes afin de déterminer « si une mesure vise à s'occuper de la moralité publique en relation avec une préoccupation particulière de la société d'un Membre »⁶⁴ : (1) est-ce que « la préoccupation en question existe effectivement dans cette société » ? et (2) est-ce que « cette préoccupation relève du champ de la "moralité publique" telle qu'elle est "définie et appliquée" par un Membre qui réglemente "sur [son] territoire [...] selon [ses] propres systèmes et [ses] échelles de valeurs" »⁶⁵ ? Ainsi, pour

62. *CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 10 au para 7.374.

63. *Ibid* aux para 7.616-7.717.

64. *Ibid* au para 7.383.

65. *Ibid*. Le Groupe spécial n'a pas précisé que les extraits ici cités sont issus du rapport *Chine – Publications et produits audiovisuels*, *supra* note 33 au para 7.759, qui rappelle les conclusions du rapport *États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 13 au para 6.461 : « il conviendrait d'accorder aux Membres une certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes les concepts de "moralité publique" et d'"ordre public" sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs ».

conclure favorablement à la demande de l'Union européenne, le Groupe spécial affirme que « les éléments de preuve dans leur ensemble » doivent démontrer :

- a) l'existence de préoccupations du public de l'UE concernant le bien-être des phoques et/ou de toutes autres préoccupations ou questions auxquelles l'Union européenne cherche à répondre; et, b) l'existence d'un lien entre ces préoccupations, s'il est prouvé qu'elles existent, et la « moralité publique » (c'est-à-dire les normes du bien et du mal) telle qu'elle est définie et appliquée dans l'Union européenne⁶⁶.

Ce nouveau test de moralité publique n'a pas été contesté en soi par les parties au différend. Ainsi, l'Organe d'appel ne s'est pas prononcé quant à l'élaboration de ce dernier.

i. Première étape : l'établissement d'une préoccupation de la société européenne eu égard au bien-être des phoques

Pour réaliser cette première étape du test, le Groupe spécial entreprend son analyse par une lecture extensive du *Règlement PDP* et un retour sur l'histoire législative. Il ressort de son étude que l'Union européenne a cherché à répondre aux préoccupations du public concernant le bien-être des phoques — l'objectif primordial de la mesure — tout en prenant en compte les autres objectifs énoncés par les plaignants et relevant des exceptions incluses au *Règlement PDP*, c'est-à-dire les questions relatives aux communautés autochtones, aux voyageurs et à la gestion de la ressource.

Les positions du Parlement européen et de la Commission européenne quant au bannissement de la commercialisation des produits dérivés du phoque n'ont pas toujours été aussi concordantes que le laisse croire le Groupe spécial. L'impulsion nécessaire à l'adoption de ce bannissement est venue du Parlement européen. En 2006, il a proposé l'adoption d'une mesure à la suite d'une demande soutenue de la population européenne ainsi que des études confirmant la cruauté des méthodes d'abattage. Même si les données scientifiques ne démontraient pas un danger pour les espèces concernées et que les rapports sur la nature cruelle ou non des méthodes d'abattage divergeaient, la Commission européenne a également proposé une mesure

66. CE – *Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 10 au para 7.384.

législative⁶⁷. Ainsi, la Commission s'est trouvée placée entre les pressions citoyennes émises par l'intermédiaire des parlementaires, les données scientifiques et le droit international, particulièrement le droit de l'OMC, mais également les droits des Autochtones⁶⁸. La Commission a adopté une position conciliante, qu'elle a présentée en juillet 2008 au Parlement européen et que le Groupe spécial a analysée. Cette position a évidemment rappelé les préoccupations du public concernant le bien-être animal des phoques, qu'elle qualifie d'ordre éthique⁶⁹, mais elle a surtout tenté de ménager l'ensemble des acteurs et des engagements de l'Union européenne en proposant une interdiction suivie d'exceptions qui, selon ses experts, passeraient la rampe de l'exception commerciale au titre de la moralité publique⁷⁰.

De retour au Parlement, Diana Wallis, une députée européenne, a été nommée rapporteure sur la proposition de règlement pour le compte de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs⁷¹. Non seulement madame Wallis a conclu qu'une complète interdiction ne semblait pas être une mesure ni appropriée ni proportionnée, mais elle a ajouté que la mesure ne lui semblait pas permettre de respecter les objectifs poursuivis, c'est-à-dire s'assurer du bien-être animal des phoques et limiter les effets du bannissement de la commercialisation sur les possibles actions commerciales et de survie des communautés Inuits⁷². La rapporteure a donc suggéré un étiquetage des produits plutôt qu'une interdiction du commerce. Puisque la position de madame Wallis ne faisait pas consensus au sein du Parlement européen, le vote s'est conclu par l'approbation de la réglementation telle qu'elle est en vigueur à ce jour.

Si le Groupe spécial souligne l'existence de quelques divergences, il retient que la majorité des observations, principalement celle issue

67. Njord Wegge, « Politics Between Science, Law and Sentiments: Explaining the European Union's Ban on Trade in Seal Products » (2013) 22:2 Environmental Politics 255.

68. Voir notamment la *Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones*, supra note 2.

69. Wegge, supra note 67 aux pp 264-65.

70. *Ibid.*

71. À noter qu'au sein de la Commission, le dossier avait été confié à la direction générale de l'environnement.

72. Parlement européen, Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, *Rapport de Diana Wallis sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le commerce des produits dérivés du phoque (COM(2008)0469 – C6-0295/2008 – 2008/0160(COD))*, 5 mars 2009, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2009-0118+0+DOC+PDF+V0//FR>.

du Parlement européen, démontre l'existence d'un « soutien global » des citoyens européens au bannissement de la commercialisation des produits du phoque en territoire européen. Ainsi, la première question du test de la moralité — l'existence au sein d'une société donnée de préoccupations identifiées — serait rencontrée concernant le bien-être des phoques.

La conclusion diffère quant aux objectifs sous-jacents aux exceptions. Le Groupe spécial affirme d'emblée qu'à la seule lecture du *Règlement PDP*, il est permis d'affirmer que l'Union européenne a considéré les intérêts des communautés autochtones, des voyageurs ainsi que la gestion de la ressource. Toutefois, il conclut qu'étant donné que ces intérêts ne consistent pas en l'objectif principal de la mesure, ceux-ci ne forment pas des objectifs indépendants. Le Groupe spécial tire cette conclusion principalement de son analyse des documents parlementaires, qui ne lui indiquent pas que ces intérêts ont fait l'objet de préoccupations des citoyens européens.

L'Organe d'appel a précisé cette conclusion du Groupe spécial, dont la Norvège a fait appel. Celle-ci n'a pas contesté l'existence de préoccupations du public européen concernant le bien-être des phoques, mais elle affirme plutôt que la mesure poursuivait d'autres objectifs⁷³ dont, notamment, la protection des intérêts des communautés autochtones et la promotion des intérêts concernant la gestion de la ressource marine au moyen des exceptions incluses au *Règlement*. La moralité publique ne serait ainsi pas protégée puisqu'il existe des exceptions. L'Union européenne a également fait appel de cette conclusion du Groupe spécial, car elle estime qu'il n'y a pas lieu de faire la distinction entre les préoccupations des citoyens européens et la défense des intérêts des communautés autochtones. Elle a affirmé que les rédacteurs de l'exception pour les communautés autochtones ont considéré que la subsistance et la préservation de l'identité culturelle de celles-ci présentaient un avantage pour les êtres humains, avantage qui compense la souffrance infligée au petit nombre d'animaux abattus. Il s'agit là d'une défense fondée sur une approche *welfariste*, qui permet la recherche de la diminution de la souffrance animale, sans nécessairement interdire l'exploitation des animaux⁷⁴.

73. CE – *Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel, *supra* note 12 aux para 2.49 et 5.141.

74. *Ibid* au para 5.143.

L'Organe d'appel a nuancé les propos du Groupe spécial tout en les confirmant. Après avoir rappelé qu'un groupe spécial n'est pas lié par les qualifications des objectifs soulevés par les membres, il a confirmé que l'élément principal de l'objectif consistait à répondre aux préoccupations des citoyens européens concernant le bien-être des phoques, alors que les autres intérêts ont bien été pris en compte⁷⁵.

Toutefois, cette exception pour les communautés autochtones a pris toute son importance lorsqu'il a été déterminé qu'elle était conçue et appliquée d'une manière discriminatoire, arbitraire ou injustifiable⁷⁶. En effet, la mesure européenne interdit l'importation de produits du phoque issus de la chasse commerciale, mais permet l'importation de produits du phoque issus de la chasse traditionnelle, c'est-à-dire en fonction de l'identification du chasseur, du but de la chasse et de l'utilisation des sous-produits de la chasse. Comme il n'a pas été en mesure de justifier le traitement différencié des produits à toutes les étapes, de la chasse à la transformation, non plus que le peu d'efforts déployés envers les communautés inuites canadiennes comparativement aux efforts faits auprès des membres de l'Union européenne⁷⁷, l'Organe d'appel a conclu que la mesure ne passait pas le test du paragraphe introductif de l'article XX du GATT, test qui n'est pas analysé dans le présent article. C'est à la lumière de cette exception que l'Organe d'appel a écarté la défense de moralité publique présentée par l'Union européenne. Par conséquent, si les exceptions n'ont eu que peu d'importance au moment de statuer sur l'existence d'une préoccupation de la société européenne eu égard au bien-être des phoques, une seule de ces exceptions a permis de conclure que la mesure ne respectait pas l'article XX a) du GATT.

75. *Ibid* au para 5.146.

76. L'Organe d'appel a également rejeté le critère retenu par le Groupe spécial, mais a conclu dans le même sens.

77. *CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel, *supra* note 12 au para 5.537. L'Organe d'appel cite, à titre d'exemple des efforts comparables, le fait que « les autorités douanières danoises ont traité les importations sur la base des certificats délivrés par les autorités groenlandaises avant que l'entité groenlandaise n'ait obtenu le statut d'organisme reconnu au sens du Règlement d'application », une procédure qui n'a pas été possible pour les produits canadiens.

ii. *Deuxième étape : l'existence du lien entre les préoccupations visées et la moralité publique de l'Union européenne*

Une fois déterminé que l'élément principal de l'objectif de la mesure européenne consistait à répondre aux préoccupations des citoyens concernant le bien-être des phoques, il importe de déterminer, dans un deuxième temps, « si les préoccupations du public concernant le bien-être des phoques sont ancrées dans la moralité des sociétés européennes »⁷⁸. Il s'agit ainsi de s'assurer que les préoccupations identifiées se qualifient au titre de la moralité publique; est-ce dire qu'il serait possible pour un Groupe spécial de procéder à la définition de préoccupations citoyennes sans toutefois être en mesure de les lier à l'expression d'une moralité publique? Ce constat soulève la délicate question de la qualification de la moralité publique, soit la *norme de moralité publique* issue de la société donnée.

Deux constats peuvent être dressés à la lecture de l'analyse du Groupe spécial; dans un premier temps, celui-ci ne fait pas état d'une méthode afin de dessiner les contours d'une norme de moralité publique; dans un deuxième temps, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'objectif de la mesure contestée consiste *en soi* en une expression de la moralité publique, mais plutôt qu'il s'inscrit *dans* la moralité publique du membre.

En effet, l'objectif principal et, de ce fait, la préoccupation identifiée consistent en le bien-être des phoques, lequel objectif inclut les préoccupations véhiculées par les exceptions. Or, lors de cette deuxième étape du test de moralité publique, très peu d'éléments de preuve ont été retenus et cités quant au bien-être des phoques comme tel. Le Groupe spécial a plutôt retenu une preuve de l'importance accordée à la protection des animaux en général au titre de l'expression de la morale de l'Union européenne. La morale de l'Union européenne inclut de ce fait la protection des animaux, un principe qui s'exprime notamment par la préoccupation des citoyens européens quant au bien-être des phoques. Un élargissement implicite semble donc s'opérer lorsque le Groupe spécial cherche le lien qui doit s'établir entre les préoccupations identifiées et la moralité publique.

78. CE – Produits dérivés du phoque, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 10 au para 7.404.

Pour définir cette norme de moralité publique, le Groupe spécial revient sur les dispositions du *Traité de Lisbonne*⁷⁹, les différentes conventions du Conseil de l'Europe (et non de la Commission européenne ou du Parlement européen) et certaines législations nationales en matière de protection de toutes sortes d'animaux — de ferme, d'élevage, de compagnie — ou qui concernent différentes situations dans lesquelles sont impliqués des animaux — dans le transport, lors de l'abattage, lors d'expérimentations. Le Groupe spécial rappelle de plus qu'il existe une philosophie de la défense des animaux implantée dans une tradition morale⁸⁰. De cette approche pluraliste reposant sur des éléments de preuve disparates et « pris dans leur ensemble », le Groupe spécial tire une norme de conduite de la société européenne vis-à-vis du bien-être des animaux. Il conclut de ce fait que le bien-être des animaux est « une question d'ordre éthique ou moral dans l'Union européenne ».

En appel, la question de la démonstration de la norme de moralité a été laissée sans réponse. En effet, le Canada a soutenu que le Groupe spécial devait déterminer la teneur exacte de la norme de moralité publique en cause⁸¹. Après avoir rappelé les conclusions du différend *États-Unis – Jeux* retenues par le Groupe spécial et après avoir souligné que le Canada ne conteste pas ces conclusions, l'Organe d'appel n'a pas apporté de précision additionnelle, laissant le soin aux États membres de présenter ou non une preuve au soutien de la norme de moralité publique évoquée.

De plus, l'Organe d'appel a estimé qu'il n'est pas nécessaire que soit cerné un risque lié aux préoccupations morales du public afin que soit appliquée l'exception. Ainsi, l'Organe d'appel se distingue des précédentes conclusions interprétant l'expression « protection », sans

79. CE, *Traité de Lisbonne*, [2007] JO C306, art 13 :

Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et développement technologique et de l'espace, l'Union et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des États membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux.

80. CE – *Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 10 au para 7.409.

81. CE – *Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel, *supra* note 12 au para 5.199.

toutefois expliquer sa teneur dans le cadre de l'article XX a) du GATT⁸². Du même coup, il rejette la pertinence de « l'utilisation de méthodes d'enquêtes scientifique ou autres ». Dans la foulée, l'Organe d'appel rejette également l'argument de cohérence stricte présenté par le Canada, estimant que la moralité publique d'un État membre concernant une préoccupation donnée de sa société ne peut être cohérente en tout point avec l'ensemble des préoccupations des citoyens⁸³. En conformité avec les principes d'interprétation retenus, l'Organe d'appel a conclu qu'il appartient d'abord aux États membres de déterminer le niveau de protection souhaitée et, par conséquent, cela « semble indiquer que les Membres peuvent établir des niveaux de protection différents même lorsqu'ils répondent à des intérêts semblables en matière de préoccupation morale »⁸⁴.

En somme, tant la détermination des préoccupations citoyennes que leur qualification au titre de la norme de moralité publique semblent relever du bon vouloir de l'État qui soumet un ensemble de preuves, lequel peut globalement tendre à la reconnaissance d'une certaine moralité publique. L'analyse de la nature des éléments de preuve, principalement retenus par le Groupe spécial, permet d'éclaircir quelque peu ce test de moralité.

B. La preuve au soutien du nouveau « test de moralité publique » : de l'unilatéral à l'international

Dans le rapport *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a précisé en ces termes les choix qui s'offrent à un Groupe spécial lorsque vient le temps d'évaluer la contribution de la mesure à l'objectif :

Le choix d'une méthode pour évaluer la contribution d'une mesure est fonction de la nature du risque, de l'objectif poursuivi

82. *Ibid* au para 5.197. L'Organe d'appel rappelle les enseignements tirés de l'affaire *CE – Amiante*, *supra* note 27, en ces termes :

Dans l'affaire *CE – Amiante*, en examinant le terme « protection » figurant à l'article XX b), le Groupe spécial a noté que « la notion de "protection" impliqu[ait] l'existence d'un risque sanitaire ». Nous notons que l'article XX b) est axé sur la protection « de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux ». Il est possible que la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux implique de placer un accent particulier sur la protection contre certains dangers ou risques. Par exemple, les notions de « risque » et de « protection » figurent expressément dans l'Accord SPS, qui élabore des règles pour l'application de l'article XX b).

83. *Ibid* aux para 5.198-5.200.

84. *Ibid* au para 5.200.

et du niveau de protection souhaité. Il dépend aussi en définitive de la nature, de la quantité et de la qualité des éléments de preuve existant au moment où l'analyse est effectuée. Du fait que le Groupe spécial, en tant que juge des faits, est à même d'évaluer ces circonstances, il devrait avoir une certaine latitude pour concevoir la méthode appropriée à utiliser et pour décider comment structurer ou organiser l'analyse de la contribution de la mesure en cause à la réalisation des fins qu'elle poursuit. Cette latitude n'est cependant pas sans limites. En effet, un groupe spécial doit analyser la contribution de la mesure en cause à la réalisation des fins qu'elle poursuit en se conformant aux prescriptions de l'article XX du GATT de 1994 et de l'article 11 du Mémoire d'accord⁸⁵.

Le choix de la méthode — et non la méthode en elle-même — est ainsi fonction de la nature du risque, de l'objectif poursuivi, du niveau de protection souhaité et d'éléments matériels tels que la nature de la mesure ainsi que la quantité et la qualité des éléments de preuve existants. Dans le différend *CE – Produits dérivés du phoque*, le Groupe spécial a choisi une méthode d'analyse pluraliste reposant sur la nature de la mesure et a retenu différents éléments de preuve qui émanent de plusieurs États et organisations internationales. Par conséquent, bien que l'articulation du test de moralité semble s'inscrire dans la méthode associée à une mesure dite interne ou de type I, telle que présentée par la doctrine et comme l'avait fait le Groupe spécial dans le rapport *États-Unis – Jeux*, la mise en œuvre réalisée en l'espèce semble plutôt s'inscrire dans les balises d'une mesure externe ou de type II. En effet, si le Groupe spécial a retenu une preuve essentiellement issue des institutions européennes afin de répertorier les préoccupations citoyennes et de répondre à la première question du test (i), il a plutôt accordé une importance certaine à la preuve de nature internationale, en réponse à la seconde question du test de moralité publique (ii). Ces conclusions soulèvent plusieurs remarques de nature interprétative et méthodologique, principalement lorsqu'elles sont confrontées aux postures doctrinales précédemment énoncées (iii).

85. *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Plainte des Communautés européennes)* (2007), OMC Doc WT/DS332/AB/R au para 145 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Brésil – Pneumatiques rechapés*].

i. Première étape : l'établissement, à l'aide d'une preuve de nature interne, d'une préoccupation de la société européenne eu égard au bien-être des phoques

Afin de répondre à la première question du test de moralité, c'est-à-dire la détermination de l'existence ou de l'inexistence de préoccupations des citoyens européens pour le bien-être des phoques, le Groupe spécial s'est penché sur la preuve de nature strictement nationale ou émanant de l'État membre.

Ont d'abord été retenus les documents issus des institutions européennes. Les débats du Parlement européen prennent leurs racines dans les nombreuses communications des citoyens produites sous différentes formes en faveur d'un bannissement de la commercialisation des produits du phoque en raison des méthodes de chasses jugées cruelles. Le Groupe spécial retient également la documentation présentée par d'autres États concernés, essentiellement repris lors des débats parlementaires européens. Dans son analyse de « l'objectif principal », le Groupe spécial confère donc une grande valeur probante aux documents qui émanent des parlements, lesquels exprimeraient la volonté des citoyens.

Le Groupe spécial a également entrepris une lecture exhaustive du *Règlement PDP* et a fait un retour sur l'historique législatif. Cela a été suivi d'une étude des points de vue de certains États membres de l'Union européenne, qui n'étaient pas parties au différend. De l'analyse de cette preuve qu'il a jugé probante, le Groupe spécial a conclu que :

la majorité des observations et déclarations consignées dans ces pièces attestent le soutien global dont la mesure bénéficie, les citoyens de l'UE ayant exprimé à de nombreuses reprises le souhait que les produits dérivés du phoque soient interdits sur le marché de l'UE en raison de leurs préoccupations concernant le bien-être des phoques⁸⁶.

Une importante valeur probante est ainsi reconnue aux documents qui proviennent soit du Parlement européen, soit des parlements et gouvernements nationaux et, par conséquent, à l'expression d'une volonté citoyenne par la voie démocratique.

86. CE – *Produits dérivés du phoque*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 10 au para 7.397.

De manière tout à fait cohérente, lorsque vient le moment d'étudier les « objectifs secondaires », c'est-à-dire les exceptions au *Règlement PDP* ajoutées au cours du processus législatif, le Groupe spécial conclut qu'elles véhiculent des intérêts qui ne se qualifient pas au titre des préoccupations citoyennes comme telles, mais qui sont inclus dans l'objectif principal⁸⁷. En effet, bien qu'à la lecture des documents propres à l'historique législatif, il soit possible de retrouver, au minimum, des mentions eu égard aux activités des communautés inuites⁸⁸, rien dans les documents des parlementaires ne semble confirmer la volonté citoyenne en ce sens, non plus qu'à l'égard des intérêts des voyageurs ou de la facilitation du commerce par le transit des produits en sol européen.

Quant aux enquêtes réalisées auprès des citoyens et présentées par l'Union européenne, elles ont été reçues telle une preuve complémentaire et peu probante, car les renseignements qu'elles fournissaient étaient manifestement limités. En effet, les questions posées aux citoyens traitaient, la plupart du temps, de la chasse en général et non des modes de chasse, ce qui ne permettait pas de conclure qu'il existe, dans la population européenne, une préoccupation claire à l'égard des objectifs véhiculés par les exceptions⁸⁹. D'ailleurs, le Groupe spécial n'a accordé aucune valeur à certaines de ces enquêtes puisqu'elles avaient été réalisées dans des pays hors de l'Union européenne.

Tous les arguments présentés par les parties en appel concernant l'analyse de la mesure et de son historique ont été rejetés par l'Organe d'appel. Celui-ci a confirmé que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur en n'attribuant pas aux éléments de preuve relatifs aux objectifs, principal et secondaires, le sens et l'importance que les parties auraient souhaité⁹⁰.

Il semble que seule la volonté citoyenne exprimée par l'institution élue satisfasse le degré de force probante souhaité par le Groupe spécial afin de trancher la première question du test de moralité publique.

87. *Ibid* au para 7.402.

88. À ce titre, l'UE affirmait que « la "règle de moralité publique" qu'elle invoque requiert de parvenir, dans chaque cas, à un équilibre entre le bien-être des animaux concernés et d'autres intérêts », *ibid* au para 7.404, n 660.

89. *Ibid* aux nn 651 et 676.

90. *CE – Produits dérivés du phoque*, Rapport de l'Organe d'appel, *supra* note 12 aux para 5.150-5.167.

Ce choix peut être salué en raison de la reconnaissance qu'il accorde à la voix citoyenne et du respect du processus représentatif. L'Organe d'appel a nuancé cette conclusion en affirmant que « le Groupe spécial n'a pas dit que des préoccupations de politique générale n'étaient valables que si elles procédaient des préoccupations des citoyens, par opposition au fait d'être formulées par les législateurs ». Qui plus est, dans le rapport *États-Unis – EPO*⁹¹, dans lequel il a été question de la volonté des citoyens américains en matière d'étiquetage de l'origine de certains produits, le Groupe spécial a reconnu qu'un membre peut légiférer « même en l'absence d'une demande spécifique de [ses] citoyens »⁹². Il est ainsi permis aux États membres de respecter la volonté de leurs citoyens comme de devancer ceux-ci en matière de consommation, sans pour autant se voir reprocher un comportement protectionniste⁹³. Or, si le Groupe spécial n'a effectivement pas affirmé que des préoccupations de politique générale ne sont valables que dans la mesure où elles ont été transmises par une « preuve citoyenne », en opposition à une « preuve législative », il n'a certainement pas affirmé ni retenu le contraire. Dans une société démocratique, l'ensemble des institutions aux fonctions distinctes peut être appelé à contribuer à l'élaboration du droit. L'apport de la Commission européenne au débat, la tentative de conformité avec les engagements internationaux de l'Union européenne ou encore la production de rapports ou d'études scientifiques indépendantes sont autant d'éléments de preuve qui, semble-t-il, sont pertinents à la détermination de l'existence de préoccupations d'une société donnée. Ainsi, pour permettre de réaliser une analyse similaire dans un futur différend, il aurait été pertinent de qualifier certains éléments de preuve présentés, tels que le rapport de Diana Wallis ou les rapports scientifiques déposés, afin de comprendre les raisons pour lesquelles seuls les éléments purement citoyens ont été retenus au titre de la première question du test de moralité publique.

91. *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) (Plainte du Canada)* (2011), OMC Doc WT/DS384/R; WT/DS386/R (Rapport du Groupe spécial) [*États-Unis – EPO*]. Pour une analyse exhaustive de ce rapport, voir Émilie Conway, « Étiquetage obligatoire de l'origine des produits au bénéfice des consommateurs : portée et limites » (2011) 24:2 RQDI 1 [Conway, « Étiquetage »].

92. *États-Unis – EPO*, *supra* note 91 au para 7.649. L'appel de ce rapport ne portait pas sur cette conclusion.

93. Conway, « Étiquetage », *supra* note 91 aux pp 47-48.

ii. Deuxième étape: l'existence du lien entre les préoccupations visées et la moralité publique de l'Union européenne passe par la recherche d'un certain consensus international

Afin de répondre à la deuxième question, c'est-à-dire la détermination de la nature morale ou non des préoccupations des citoyens européens pour le bien-être des phoques, le Groupe spécial a non seulement retenu une preuve de nature nationale, c'est-à-dire qui émane de l'État membre qui soulève l'exception de moralité publique, mais il a de plus confirmé sa décision sur la base de l'existence d'un certain consensus international.

Pour ce faire, il a d'abord abordé l'historique législatif qu'il analyse à la lumière des documents du Parlement européen et de la Commission européenne, mais également des normes du Conseil de l'Europe, une institution internationale à vocation régionale dont la majorité des voix est, certes, détenue par les membres de l'Union européenne. Cette imbrication des éléments de preuve communautaires et européens est singulière puisque aucune distinction n'est faite entre les divers documents des institutions. Il ne se trouve non plus aucune mention de ce surprenant amalgame. De plus, une importance considérable a été accordée aux textes législatifs des membres de l'Union européenne, de certains États non membres, du Conseil de l'Europe ainsi que de l'Office des épizooties. Le Groupe spécial retient que même au Canada et en Norvège, les préoccupations relatives au bien-être animal constituent une question de morale ou d'éthique⁹⁴. Ainsi, non seulement le Groupe spécial retient-il que les préoccupations des citoyens européens sont de l'ordre de la morale en territoire européen, mais il constate l'existence d'un certain consensus international à cet effet, incluant chez les plaignants. En somme, la boucle semble être bouclée puisque tous les acteurs du différend sont en accord avec le principe sous-jacent, c'est-à-dire que le bien-être des animaux et, *a fortiori*, celui des phoques, consiste en une préoccupation de moralité publique, laquelle semble donc internationalement confirmée. Cela est explicitement confirmé par le Groupe spécial en ces termes :

[I]es courants de pensée internationaux et les mesures de nature similaire d'autres Membres de l'OMC, bien qu'ils ne soient pas nécessairement pertinents pour l'identification de l'objectif choisi par l'Union européenne, montrent que le

94. CE – Produits dérivés du phoque, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 10, n 674.

bien-être des animaux est une question de responsabilité éthique pour les êtres humains en général⁹⁵.

Loin de nous l'idée de remettre en cause la qualification morale du bien-être animal. Le Groupe spécial a lui-même formulé la deuxième question du test de moralité publique comme la recherche de « l'existence d'un lien entre [les] préoccupations, s'il est prouvé qu'elles existent, et la "moralité publique" (c'est-à-dire les normes du bien et du mal) telle qu'elle est définie et appliquée dans l'Union européenne ». Rien dans cette affirmation ne permet de conclure que le Groupe spécial devait définir une norme de moralité publique au-delà de la norme européenne en la matière.

Aucune des parties en appel n'a contesté explicitement et précisément l'utilisation de ces éléments de preuve par le Groupe spécial et, par conséquent, l'Organe d'appel ne s'est pas prononcé sur ce point.

En définitive, il est permis de se demander si, lors d'un futur différend, un État membre qui souhaiterait soulever une défense de moralité publique devrait nécessairement démontrer que non seulement sa mesure s'inscrit dans sa norme nationale de moralité publique, mais qu'un certain nombre d'États membres, d'organisations et d'institutions ont fait de même, ce qui permettrait de définir une norme internationale concordante en matière de moralité publique. Si tel était réellement le cas, la plupart des exceptions commerciales actuellement justifiées par une telle défense ne passeraient peut-être pas le test de moralité publique, faute d'un certain consensus international⁹⁶.

iii. Quelques remarques de nature interprétative et méthodologique

En plus des remarques précédemment formulées, les rapports du différend *CE – Produits dérivés du phoque* soulèvent plusieurs points d'intérêt, que l'on peut regrouper en fonction de leur nature interprétative et méthodologique.

D'un point de vue interprétatif, cette décision est unique. En effet, aucun autre Groupe spécial n'a proposé une analyse aussi exhaustive de l'exception de moralité publique⁹⁷. Ainsi découvre-t-on un nouveau

95. *Ibid* au para 7.409.

96. Il n'y a qu'à penser par exemple aux produits de l'alcool, interdits de commerce dans au moins trois pays, aux produits du porc, interdits sous différentes formes dans au moins huit pays, et aux produits de la gomme à mâcher, interdits de commerce à Singapour.

97. *Ibid*.

test de moralité. Toutefois, si en évaluant la défense européenne en vertu de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, il s'est évité la délicate question de la *protection* de la moralité publique prévue dans le GATT, l'Organe d'appel, lui, s'est penché sur cet enjeu. La conclusion selon laquelle la preuve d'un risque, tel un corollaire de la protection, ne serait pas nécessaire dans le cas de cet alinéa a) de l'article XX est difficile à soutenir puisqu'il y apparaît bien l'expression « protection ». Elle devrait vraisemblablement trouver application afin de donner tout son sens à la disposition. Un prochain différend en la matière pourrait peut-être clarifier la position de l'organe de règlement des différends en ce sens.

D'un point de vue méthodologique, le Groupe spécial semble avoir implicitement retenu les enseignements de la typologie doctrinale précédemment présentée. En effet, le Groupe spécial semble avoir confirmé la thèse élaborée par Mark Wu quant à la mesure de type II. Ce type de mesure devrait démontrer, dans un premier temps, que les citoyens se soucient fortement d'un enjeu moral déterminé, puis dans un deuxième temps, que cet enjeu moral a été explicitement appuyé par une majorité des membres de l'OMC et, dans un troisième temps, que la mesure analysée ne vise que des membres ayant déjà eux-mêmes soutenu cet enjeu⁹⁸.

En réponse à la première question du test de moralité publique, seuls les éléments de preuve nationaux fondent la décision du Groupe spécial. Il a été notamment retenu une preuve qui, ici, est largement fondée sur les communications des citoyens au Parlement européen. En réponse à la seconde question, un ensemble d'éléments de preuve nationaux et internationaux, notamment issus des plaignants, permet de qualifier la préoccupation décelée au titre de la moralité publique. Ainsi, la voix des citoyens semble prépondérante lors de la détermination de leurs propres préoccupations, mais elle perd de cette force lorsque vient le temps de définir la norme morale européenne, au bénéfice d'une preuve tous azimuts.

Dans le différend *États-Unis – Jeux*, duquel le Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* tirent ses enseignements quant à la formulation du test de moralité publique, il a été question d'une preuve de nature internationale, non issue des États-Unis. Cette preuve a servi à illustrer les concepts de moralité publique et d'ordre public.

98. Wu, *supra* note 29 à la p 242.

Ainsi, le Groupe spécial a-t-il retenu les propos du juge Lauterpacht dans son opinion séparée dans l'arrêt *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c Suède)*⁹⁹, qui fait référence à l'ordre public dans sa discussion sur la protection de l'intérêt des mineurs, les mesures similaires d'États membres de l'OMC qui prohibent des articles de loterie et de jeux afin de protéger les bonnes mœurs et la moralité publique, ainsi que les propos du Comité économique de la Société des Nations, qui fait référence à une exception commerciale à l'importation de tickets de loterie étrangère couverte par la moralité publique. Le Groupe spécial a de plus souligné que d'autres juridictions nationales ou régionales qui encadrent, limitent ou prohibent le jeu, particulièrement en ligne, pour des raisons de moralité publique ou d'ordre public¹⁰⁰. Contrairement au Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Jeux* n'a pas tiré de conclusion quant à l'existence d'une morale internationale en lien avec les préoccupations identifiées dans les mesures américaines. Le Groupe spécial a plutôt reconnu que ces préoccupations avaient fait l'objet d'autres décisions ou actes législatifs nationaux pour cause de protection de la moralité publique. Ainsi, alors que dans le différend *États-Unis – Jeux*, il était bien question de la reconnaissance d'une mesure de type I, le différend *CE – Produits dérivés du phoque* permet maintenant l'adoption de mesures de type II qui respectent les prescriptions de l'article XX a) du GATT.

CONCLUSION

Après avoir présenté les tenants du différend canado-européen sur les produits dérivés du phoque, puis la défense de moralité publique telle qu'elle est appliquée par la doctrine et par l'organe de règlement des différends de l'OMC — une norme évolutive de bonne ou de mauvaise conduite —, nous avons proposé une lecture des derniers rapports en la matière en fonction de la classification théorique récemment élaborée. Le Groupe spécial a dessiné les contours d'un nouveau test de moralité en deux volets, l'un citoyen et national, l'autre à tendance internationale, voire universelle. Ce test n'a pas reçu un nouvel éclairage

99. *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c Suède)*, [1958] CIJ rec 55.

100. *États-Unis – Jeux*, Rapport du Groupe spécial, *supra* note 13 aux para 6.470-6.473.

de la part de l'Organe d'appel afin d'être mieux à même d'en comprendre les balises¹⁰¹. Il a plutôt été confirmé.

Les dispositions incluses dans le droit de l'OMC et qui permettent d'adopter des exceptions au commerce pourraient être interprétées comme une reconnaissance des droits des États membres de prioriser certains objectifs politiques, sociaux et culturels par rapport aux règles régissant le commerce international¹⁰². La défense au titre de la protection de la moralité publique pourrait constituer, dans les années à venir, le point focal de l'équilibre entre les objectifs nationaux et la libéralisation du commerce conformément au droit de l'OMC¹⁰³. S'il est fréquemment rappelé qu'il existe de l'espace dans le droit de l'OMC pour la diversité sociale et politique, les déclarations en ce sens entraînent un certain nombre de questionnements. La déclaration de l'ancien directeur général, Pascal Lamy, en est un bon exemple :

Les principes fondateurs qui guident toujours l'OMC restent le processus d'ouverture des frontières, la garantie du principe de la nation la plus favorisée et du traitement non discriminatoire par les Membres et entre eux, ainsi qu'un engagement de transparence dans la conduite des activités. L'ouverture des marchés nationaux au commerce international, assortie d'exceptions justifiées ou de flexibilités appropriées, encouragera et facilitera le développement durable, améliorera le bien-être des populations, réduira la pauvreté et favorisera la paix et la stabilité. En même temps, cette ouverture des marchés doit s'accompagner de politiques nationales et internationales saines qui contribuent à la croissance économique et au développement conformément aux besoins et aux aspirations de chaque Membre [nos soulignements]¹⁰⁴.

La détermination de la portée de la défense de moralité publique pourrait s'avérer, dans le futur, un enjeu aux conséquences importantes

101. Brendan McGivern, «The WTO Seal Products Panel – The “Public Morals” Defense» (2014) 9:2 Global Trade Customs Journal 70 à la p 70.

102. Gabrielle Marceau, «Le règlement des différends à l'OMC et les droits de l'homme» (2002) 13:4 EJIL 753 à la p 775.

103. Cette critique est aussi soulevée par Robert Howse, Joanna Langille et Katie Sykes, «Animal Welfare, Public Morals and Trade: The WTO Panel Report in EC – Seal Products» (2014) 18:2 ASIL, en ligne : ASIL.org <<http://www.asil.org/insights/volume/18/issue/2/animal-welfare-public-morals-and-trade-wto-panel-report-ec-%E2%80%93-seal>>.

104. OMC, *L'OMC – Déclaration du directeur général* en ligne : OMC <http://archive-org.com/page/2936486/2013-09-30/http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/wto_dg_stat_f.htm>.

pour l'autonomie des États membres puisque si les tests du droit de l'OMC sont difficiles à satisfaire, la moralité est largement interprétée¹⁰⁵. À titre d'exemple, le caractère nécessaire de la mesure protégeant la moralité publique rencontrera des difficultés d'interprétation, comme l'a souligné l'Organe d'appel :

le terme « nécessaire » désigne [...] des nécessités d'ordre différent. À une extrémité du champ sémantique, on trouve « nécessaire » dans le sens d'« indispensable »; à l'autre extrémité, on trouve « nécessaire » pris dans le sens de « favoriser ». Dans ce champ sémantique, nous estimons qu'une mesure « nécessaire » se situe beaucoup plus près du pôle « indispensable » que du pôle opposé : « favoriser » simplement¹⁰⁶.

La promotion du commerce international n'est pas un objectif absolu et le différend canado-européen sur les produits dérivés du phoque le démontre. Ainsi, bien qu'elles aient une incidence sur les échanges commerciaux, les mesures adoptées par les États membres n'auraient pas à être strictement soutenues sur le plan rationnel. Or, cette conclusion ouvrirait un débat des plus larges puisque si ces mesures, qui pourraient viser, certes, le bien-être animal au nom de la moralité publique, mais aussi les conditions de vie des animaux d'élevage pour la consommation ou les droits des travailleurs¹⁰⁷, sont légitimes et justifiées eu égard au droit de l'OMC, les deux principes fondamentaux que sont la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral s'en trouveraient fort ébranlés¹⁰⁸.

105. Gonzalez, *supra* note 30 à la p 971.

106. Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Plainte des États-Unis) (2000), OMC Doc WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R au para 161 (Rapport de l'Organe d'appel).

107. Marceau, *supra* note 102; Gillian Moon, « Double Agents, Discrimination, Duress and Doha: A Review of Trade and Human Rights Since the China – Publications and Audiovisuals Decision » (2011) 19:2 Afr J Int'l & Comp L 283; Michael J Trebilcock et Robert Howse, « Trade Policy & Labor Standards » (2005) 14 Minn J Global Trade 261.

108. *Mémoire*, *supra* note 40, art 3(2).