

L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement

Kristin Bartenstein

Volume 43, Number 4, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043727ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043727ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bartenstein, K. (2002). L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement. *Les Cahiers de droit*, 43(4), 651–684. <https://doi.org/10.7202/043727ar>

Article abstract

The "trade and environment" issue has multiple facets and the interpretation of Section XX b) and g) of the *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), which serves in this agreement as an interface between these two aspects, is one of them. Jurisprudence relating to this section now seems to grant it a value equivalent to basic GATT provisions. This highly desirable evolution demonstrates how jurisprudence is now ready to give suitable weight to environmental considerations. Nonetheless, the challenge of reconciling the contradictory objectives of market liberalization and environmental protection still persists. European Community law is the one that will provide an appropriate means for harmonization, namely via the principle of practical concordance. To achieve this end, it is useful to resort to the well-established proportionality principle in Community law. With these principles, the Dispute Settlement Body of the *World Trade Organization* (WTO) is equipped with tools for deliberation that enable it to settle its jurisprudence on more coherent and logical grounds, which is already off to a good start.

L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement

Kristin BARTENSTEIN*

La problématique « commerce et environnement » a de multiples facettes et l'interprétation de l'article XX b) et g) du General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), qui sert dans cet accord d'interface entre les deux aspects, en est une. La jurisprudence relative à cet article semble désormais lui accorder une valeur équivalente aux dispositions de fond du GATT. Cette évolution très souhaitable démontre que la jurisprudence est enfin prête à donner un poids convenable aux considérations environnementales. Seulement, le problème de concilier les objectifs contradictoires de libéralisation des marchés et de protection de l'environnement persiste. C'est le droit communautaire européen qui livrera un mécanisme d'harmonisation approprié : le principe de concordance concrète. Pour réaliser cette dernière, il est utile de recourir au principe de proportionnalité, bien établi en droit communautaire. Avec ces principes, l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dispose d'importants outils de réflexion qui lui permettent de bâtir sur une base plus cohérente et plus logique sa jurisprudence pourtant bien amorcée.

The "trade and environment" issue has multiple facets and the interpretation of Section XX b) and g) of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which serves in this agreement as an interface between

* Doctorante, Faculté de droit, Université Laval.

these two aspects, is one of them. Jurisprudence relating to this section now seems to grant it a value equivalent to basic GATT provisions. This highly desirable evolution demonstrates how jurisprudence is now ready to give suitable weight to environmental considerations. Nonetheless, the challenge of reconciling the contradictory objectives of market liberalization and environmental protection still persists. European Community law is the one that will provide an appropriate means for harmonization, namely via the principle of practical concordance. To achieve this end, it is useful to resort to the well-established proportionality principle in Community law. With these principles, the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization (WTO) is equipped with tools for deliberation that enable it to settle its jurisprudence on more coherent and logical grounds, which is already off to a good start.

	<i>Pages</i>
1 L'article XX du GATT : une exception stricte ou un droit de valeur égale ?	656
1.1 L'approche traditionnelle d'« exception » sous le régime du GATT	657
1.2 La jurisprudence ambiguë sous le régime de l'OMC : l'article XX du GATT, un droit équivalent ?	659
1.3 Les raisons en faveur de l'interprétation de « droit équivalent »	661
1.4 Le droit communautaire : la concordance concrète	663
1.4.1 L'exception classique à l'obligation de libre circulation des marchandises	664
1.4.2 La dérogation prétorienne à la libre circulation des marchandises	664
1.5 Le point quant au droit de l'OMC	667
2 Une solution à l'interprétation contestable du terme « nécessaire » de l'article XX b) du GATT	668
2.1 L'interprétation contestable et ses motifs	669
2.1.1 La recherche d'une mesure de rechange compatible	670
2.1.2 L'exigence de mise en œuvre d'une mesure moins incompatible	673
2.2 La restriction du recours à l'article XX b) du GATT et le maintien de son essence : le principe de proportionnalité	674
2.2.1 Le principe de proportionnalité en droit communautaire	676
2.2.2 La mesure appropriée	678
2.2.3 La mesure nécessaire	679
2.2.4 La mesure adéquate ou raisonnable	680
2.3 L'application du test de proportionnalité à l'article XX du GATT	680
Conclusion	683

L'Organisation mondiale du commerce (OMC) et son prédécesseur, le système du General Agreements on Tariffs and Trade (GATT)¹, sont aux prises avec des litiges portant sur des questions environnementales depuis les années 80². Ces différends ont déclenché, tant au sein de l'OMC qu'à l'extérieur, une vive discussion sur les bénéfices et les dangers de la libéralisation du commerce. Avec la multiplication des conflits en la matière, les différends portés devant les tribunaux du GATT et de l'OMC respectivement ont permis d'établir une jurisprudence sur l'article XX du GATT, qui sert d'interface entre le commerce des biens et l'environnement.

Précisons que cette jurisprudence a évolué, notamment au lendemain de l'avènement de l'OMC. En effet, l'ancien système du GATT, qui est passé au cours des années d'un simple accord commercial à ses débuts en 1947 à un accord doté *de facto* de la structure d'une organisation internationale, est remplacé le 1^{er} janvier 1995 par une puissante organisation internationale reposant, contrairement à l'organisation du GATT, sur un accord en bonne et due forme. Dans ce nouveau système, le GATT de 1947 est repris comme un des multiples accords commerciaux que chapeaute désormais l'OMC. Si l'organisation *de facto* du GATT a disparu le 1^{er} janvier 1995, ce dernier, en tant qu'accord commercial, continue de s'appliquer. Le règlement des différends qui s'est déjà développé sous l'ancien régime

-
1. Voir l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce* du 15 avril 1994 (ci-après cité « *Accord sur l'OMC* »), [En ligne], 2002, [http://www.wto.org/french/docs_f/Legal_f104-wto.pdf] (19 janvier 2003) et le *General Agreements on Tariffs and Trade* du 30 octobre 1947 (ci-après cité « *GATT* »), [En ligne], 2002, [http://www.wto.org/french/docs_f/Legal_f/gatt47.pdf] (19 janvier 2003).
 2. GATT, GROUPE SPÉCIAL, *Rapport. Canada — Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés*, L/6268 — 35S/106, adopté le 22 mars 1988 (ci-après cité « *rapport Hareng-saumon* »); GATT, GROUPE SPÉCIAL, *Rapport. Thaïlande — Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, DS10/R, adopté le 7 novembre 1990 (ci-après cité « *rapport Cigarettes* »); GATT, GROUPE SPÉCIAL, *Rapport. États-Unis — Restrictions à l'importation de thon*, DS21/R, distribué le 3 septembre 1991 (ci-après cité « *rapport Thon I* »); GATT, GROUPE SPÉCIAL, *Rapport. États-Unis — Restrictions à l'importation de thon*, distribué le 16 juin 1994, 33 I.L.M. 839 (1994) (ci-après cité « *rapport Thon II* »); OMC, ORGANE D'APPEL, *Rapport. États-Unis — Normes concernant l'essence, nouvelles et ancienne formules*, AB-1996-1, du 29 avril 1996 (ci-après cité « *rapport Essence* »); OMC, ORGANE D'APPEL, *Rapport. États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, AB-1998-4, du 12 octobre 1998 (ci-après cité « *rapport Crevettes* »); OMC, GROUPE SPÉCIAL, *Rapport. Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/R, du 18 septembre 2000 (ci-après cité « *rapport Amiante-Groupe spécial* »), et ORGANE D'APPEL, *Rapport. Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, du 12 mars 2001 (ci-après cité « *rapport Amiante-Organe d'appel* »).

du GATT est également repris, mais avec d'importantes modifications. Une nouveauté à signaler : la conscience nettement plus grande à l'égard de la problématique environnementale que l'OMC semble afficher. Une expression de cette prise de conscience se trouve aux paragraphes figurant dans le Préambule de l'*Accord sur l'OMC* qui parle de l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable³ et de la mise en place d'un système commercial multilatéral intégré plus viable et durable⁴. Cependant, malgré l'intégration des préoccupations environnementales dans le droit de l'OMC et la judiciarisation du système de règlement des différends, la jurisprudence accuse une certaine absence de cohérence et de logique. Elle manque aussi d'audace pour mener à terme les nouvelles réflexions qu'elle semble vouloir amorcer. Cela est d'autant plus dommage que le mécanisme de règlement des différends du GATT et de l'OMC se penche plus fréquemment sur des différends à contenu environnemental que tout autre mécanisme international⁵.

Nous allons démontrer dans ce qui suit qu'une nouvelle réflexion a fait son entrée dans la jurisprudence quant à la valeur attribuable à l'article XX du GATT. Un changement dans le vocabulaire laisse voir que cette exception pourrait avoir été élevée au rang d'un droit de valeur égale aux autres dispositions du GATT. En fait, le nouveau vocabulaire ressemble à celui qui est employé en droit communautaire où l'environnement a acquis un grand poids au cours des dernières années et où on tend à établir un équilibre, par l'entremise d'une concordance concrète, entre les intérêts commerciaux et environnementaux. À notre avis, l'idée de la concordance concrète est transposable au droit de l'OMC.

Le manque de logique mentionné ressort notamment des décisions rendues dans le contexte de l'article XX b) du GATT, une des deux dispositions environnementales de l'article XX. Nous montrerons que le but des groupes spéciaux est de limiter son application afin d'éviter que les droits découlant des dispositions de fond du GATT subissent des restrictions. Le motif de restreindre l'application est légitime dans une certaine mesure, malgré les conséquences préoccupantes sur le plan des décisions concrètes. Par contre, le raisonnement par lequel les groupes spéciaux essaient d'atteindre leur objectif n'est pas toujours juridiquement cohérent et il révèle que ceux-ci tiennent plus à restreindre l'application de l'article XX

3. Premier alinéa du Préambule de l'*Accord sur l'OMC*.

4. *Id.*, 4^e al.

5. D. AHN, « Environmental Disputes in the GATT/WTO: Before et After US-Shrimp Case », (1999) 20 *Michigan Journal of International Law* 819, 850.

qu'à lui donner une signification équilibrée au sein du GATT. Encore une fois, l'idée de la concordance concrète entre en jeu. C'est le principe de proportionnalité élaboré en droit communautaire qui pourrait permettre d'atteindre l'équilibre, donc la concordance concrète, entre les intérêts divergents, tant pour ce qui est du paragraphe b) qu'en ce qui concerne les autres paragraphes, notamment le paragraphe g).

Bien qu'il soit parfois difficile de comparer le contexte hétéroclite de l'OMC à la situation de l'Union européenne relativement unie, il est un fait que cette dernière bénéficie aujourd'hui de ses expériences acquises durant de longues années et que cela peut profiter à d'autres organisations. En outre, contrairement au système de règlement des différends en vertu du GATT, qui était de nature plutôt diplomatique que juridique, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a été de nature juridictionnelle dès le départ. Ainsi, elle a dû appliquer des règles de droit afin de décider des litiges portés à sa connaissance et elle n'était pas contrainte de jongler avec d'autres règles de nature diplomatique qui ont probablement empêché l'élaboration d'une jurisprudence plus cohérente dans le cas du GATT. Ensuite, la Cour européenne a le grand avantage de pouvoir emprunter des raisonnements aux juridictions internes des pays membres. Ces raisonnements sont souvent le résultat d'un développement alimenté non seulement par les décisions de différentes cours internes mais également par la doctrine. Elle bénéficie aussi de textes de plus en plus explicites en matière d'environnement du fait que l'intégration européenne est très avancée et embrasse désormais d'autres matières que le commerce.

La juridiction de l'OMC et surtout celle de l'ancien régime en vertu du GATT, par contre, étaient et sont encore plus ou moins laissées à elles-mêmes dans le développement de leur jurisprudence. Les textes de l'OMC auxquels elles peuvent recourir pour résoudre les conflits entre le commerce et l'environnement sont une aide plutôt maigre, puisque le commerce y est prédominant. L'intégration de la dimension environnementale aux textes économiques s'avère relativement récente et plutôt timide et la jurisprudence n'a pas encore eu beaucoup d'occasions d'assurer son respect. Malgré l'abondance d'articles sur le sujet, les travaux doctrinaux qui ont élaboré de vraies pistes de solution pour résoudre le dilemme devant lequel les tribunaux du GATT et de l'OMC sont placés ne sont pas très nombreuses.

Voilà pourquoi il nous semble utile de discuter de la question de la valeur de l'article XX et de l'interprétation de l'article XX b) du GATT à la lumière des expériences européennes qui pourraient aider l'OMC à traduire en droit son objectif lié au développement durable.

1 L'article XX du GATT : une exception stricte ou un droit de valeur égale ?

Avant de procéder à une analyse plus détaillée de l'article XX du GATT, il est utile de reproduire ici le libellé de son texte introductif et des deux paragraphes « verts » :

Article XX

Exceptions générales

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 [...] :

[...]

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux [...].

g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ; [...]

Lorsqu'il s'agit d'interpréter l'article XX du GATT, une question préliminaire de première importance doit être tranchée, car deux approches différentes sont envisageables : l'article XX est-il une exception classique ou un droit ayant la même valeur que les autres droits découlant du GATT ?

Si nous adoptons l'approche de l'« exception », l'interprétation de l'article XX doit se faire de manière stricte. *Exceptiones strictissimae interpretationis sunt*⁶. L'existence de cet adage latin montre que ce principe est bien ancré dans la pensée juridique. Cela s'explique facilement par le fait qu'un texte juridique est rédigé dans un but précis. Or, les auteurs désirent parfois tenir compte du fait que dans certaines situations l'atteinte de ce but est irréaliste ou indésirable. Voilà pourquoi une exception peut s'insérer dans le texte. Si l'interprétation large de cette exception était permise, l'objectif poursuivi dans le texte risquerait d'être compromis et l'exception pourrait devenir la règle. L'interprétation restrictive est donc de mise à l'égard de dispositions qui dérogent aux principes qu'énonce le texte⁷. Sur le plan pratique, dans le cas concret des décisions à prendre conformément

6. A. MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit québécois*, Montréal, Guérin, 1972, p. 56.

7. Voir, entre autres, P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 439.

à l'article XX du GATT, les groupes spéciaux doivent donc faire montre d'une certaine réticence relativement à l'application de l'article XX.

La solution de rechange à cette approche est de voir dans l'article XX un droit de valeur égale aux droits consacrés par les autres dispositions du GATT. Selon cette seconde vision, le poids que l'article XX se voit accorder par rapport aux autres articles du GATT est beaucoup plus grand que selon l'approche de l'« exception ». Par conséquent, l'interprétation stricte n'est pas admissible dans ce contexte et lorsqu'un droit découlant de l'article XX est en conflit avec un autre droit découlant du GATT, il n'y a pas un droit qui l'emporte *a priori* sur l'autre.

Sur le plan pratique, la différence entre ces deux approches est importante, tant en ce qui concerne les techniques d'application et d'interprétation que pour ce qui est des résultats. Premièrement, dans l'hypothèse d'un droit équivalent, l'interprétation de l'article XX se fait dans une perspective de plein droit. Les groupes spéciaux n'ont alors pas la même obligation de retenue en appliquant l'article XX, et son interprétation sera beaucoup moins stricte. Lorsque le droit d'un membre découlant des articles I, III et XI du GATT entre en conflit avec le droit d'un autre membre d'invoquer l'article XX, les groupes spéciaux seront tenus de trouver un équilibre entre les deux en préservant l'essence de chacun des droits. Ainsi, il est relativement aisé d'imaginer des cas où l'invocation de l'article XX sera acceptée aux dépens des autres droits découlant du GATT.

Bien sûr, l'approche selon laquelle l'article XX est une exception d'interprétation stricte est celle qu'ont adoptée les groupes spéciaux initialement. Cependant, l'idée de l'approche de rechange semble avoir fait récemment son entrée dans le raisonnement de l'Organe d'appel.

1.1 L'approche traditionnelle d'« exception » sous le régime du GATT

Selon le titre de l'article XX du GATT, il s'agit d'une disposition portant sur les « exceptions générales ». Il n'est donc pas surprenant que l'approche traditionnellement adoptée par les groupes spéciaux sous le régime du GATT consiste à considérer l'article XX comme une exception d'interprétation stricte. Dans le rapport *Article 337*⁸ impliquant l'article XX d), le Groupe spécial considère que celui-ci prévoit « une exception limitée et conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions⁹ ».

8. GATT, GROUPE SPÉCIAL, *Rapport. États-Unis — L'article 337 de la Loi douanière de 1930, L/6439*, adopté le 7 novembre 1989 (ci-après cité « rapport Article 337 »).

9. *Id.*, art. 5.9.

Auparavant, un autre groupe spécial avait décidé au regard également de l'article XX d) que, « comme l'article XX d) énonce une exception [...], c'est au [défendeur] qu'il incombe, du fait qu'il s'en prévaut, d'apporter la preuve » que les conditions de son application sont remplies¹⁰.

Le Groupe spécial dans le rapport *Thon I* se réfère expressément à ces deux rapports et se rallie au point de vue selon lequel l'article XX est une exception limitée et conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions du GATT, et non une règle positive établissant en soi des obligations. Il constate que la pratique suivie par les groupes spéciaux consiste à interpréter l'article XX au sens strict¹¹. Il est alors peu étonnant de lire que le Groupe spécial considère que, « si l'on acceptait l'interprétation large de l'article XX b) [...], chaque partie contractante pourrait déterminer unilatéralement les politiques de protection de la vie et de la santé dont les autres parties contractantes ne pourraient pas s'écarter sans compromettre les droits qu'elles tenaient [du GATT]. Celui-ci ne constituerait plus un cadre multilatéral régissant le commerce entre toutes les parties contractantes¹². » Ce fait parmi d'autres l'amène à décider que la mesure en cause ne peut pas être justifiée au regard de l'article XX b)¹³. Le même raisonnement conduit à un résultat identique dans le cas de l'article XX g)¹⁴. Dans le rapport *Thon II*, le Groupe spécial ne prend pas expressément position, mais l'interprétation qu'il fait des paragraphes b) et g) de l'article XX est très stricte et aboutit au rejet de l'article XX¹⁵.

À l'époque, l'approche d'exception et l'interprétation stricte font l'unanimité également parmi les auteurs de la doctrine. On estime que l'interprétation large de l'article XX serait contraire à l'objet et au but du GATT¹⁶. Encore aujourd'hui, les auteurs sont nombreux à adhérer à ce point de vue¹⁷.

10. GATT, GROUPE SPÉCIAL, *Rapport. Canada—Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, S30/147, adopté le 7 février 1984, art. 5.20.

11. *Rapport Thon I*, précité, note 2, paragr. 5.22.

12. *Id.*, paragr. 5.27.

13. *Id.*, paragr. 5.29.

14. *Id.*, paragr. 5.32 et 5.34.

15. *Rapport Thon II*, précité, note 2, paragr. 5.27 et 5.39.

16. J. KLABBERS, « Jurisprudence in International Trade Law : Article XX of GATT », (1992) 26, 2 *Journal of World Trade*, 88 : l'auteur constate qu'il y a un large consensus concernant l'interprétation stricte de l'article XX du GATT.

17. H. GINSKY, « Umweltschutz und der internationale Handel mit Waren », (1997) 3 *Zeitschrift für Umweltrecht*, 124, 128.

Quant aux conséquences de cette approche sur le plan matériel, précisons que celle-ci exige l'interprétation stricte des termes de l'article XX. Cependant, il y a aussi des conséquences non négligeables sur le plan procédural. Premièrement, la partie qui se prévaut de l'article XX doit justifier son recours à cette disposition et, deuxièmement, un groupe spécial n'a pas à examiner les exceptions prévues dans l'article XX, à moins qu'elles n'aient été invoquées¹⁸.

Par conséquent, les groupes spéciaux considèrent que l'article XX ne déroge que de façon exceptionnelle au régime du GATT et qu'il s'agit d'empêcher que cet article finisse par s'appliquer à une vaste gamme de cas de figure et que l'exception devienne la règle.

1.2 La jurisprudence ambiguë sous le régime de l'OMC : l'article XX du GATT, un droit équivalent ?

Bien que le libellé de l'article XX du GATT ne soutienne apparemment pas la thèse d'un droit équivalent, la jurisprudence récente de l'Organe d'appel peut être interprétée comme si elle l'adoptait tout de même.

Le premier indice se trouve dans le rapport *Essence* où l'Organe d'appel se prononce sur le rôle de l'introduction de l'article XX, dit « chapeau » : « Le texte introductif repose sur le principe que, si les exceptions prévues à l'article XX peuvent être invoquées en tant que *droits légaux*, le détenteur du droit ne doit pas les appliquer de façon à aller à l'encontre ou à faire fi des obligations légales résultant pour lui des règles de fond de l'Accord général [du GATT]¹⁹. » L'Organe d'appel emploie, au regard des exceptions de l'article XX, l'expression « droits légaux » et indique leur poids par rapport aux obligations de fond que le GATT impose. Cela n'est pas sans équivoque. Il est possible de soutenir que le fait de considérer l'article XX comme un droit légal ne change rien à sa nature de disposition d'exception. Cependant, au lieu de reléguer clairement l'article XX à son rôle d'exception, l'Organe d'appel emploie des mots qui permettent de voir dans celui-ci aussi bien une exception qu'un droit équivalent. Ce changement de terminologie pourrait ouvrir une nouvelle voie.

Dans le rapport *Crevettes*, l'Organe d'appel discute également le rôle du chapeau de l'article XX, ce qui le conduit à dire ceci : « S'agissant du texte introductif de l'article XX, nous considérons que les Membres de l'OMC y reconnaissent la nécessité de maintenir l'*équilibre* des droits et

18. Rapport *Thon I*, précité, note 2, paragr. 5.22.

19. Rapport *Essence*, précité, note 2, p. 24 ; l'italique est de nous.

des obligations entre le droit qu'a un Membre d'invoquer l'une ou l'autre des exceptions spécifiées aux paragraphes a) à j) de l'article XX, d'une part, et les droits fondamentaux que les autres Membres tiennent du GATT de 1994, d'autre part²⁰. » L'Organe d'appel n'indique donc pas clairement s'il considère l'article XX comme un droit équivalent, car il parle du droit d'invoquer l'exception. Cela ne dit rien sur la nature de l'exception et n'éclaire pas la question à savoir s'il s'agit d'un droit équivalent. Cependant, le terme « équilibre » revient souvent lorsqu'il faut accorder deux droits ou obligations ayant la même valeur.

Un énoncé beaucoup plus éloquent est celui où l'Organe d'appel indique la démarche que le chapeau de l'article XX lui impose dans son examen. Selon lui, sa tâche consiste à « localiser et [à] circonscrire le *point d'équilibre* entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception au titre de l'article XX et les droits que les autres Membres tiennent de diverses dispositions de fond [...] du GATT de 1994, de façon qu'aucun des droits en cause n'annule l'autre et, partant, ne fausse et n'annule ou ne compromette l'*équilibre* des droits et des obligations établis par les Membres eux-mêmes dans cet accord²¹ ». Ce langage ressemble à celui qui est employé dans le cas de droits équivalents qui sont en conflit et qu'il faut équilibrer.

L'Organe d'appel insiste sur le fait qu'aucun droit ne peut en annuler un autre et qu'il convient de trouver un équilibre entre les différents droits opposés. Cela traduit son souci de préserver l'essence des deux. Dans une perspective de règle et d'exception, il importe surtout de préserver l'essence de la règle. L'essence de l'exception n'est que secondaire, pire, elle est acceptée en dépit du fait qu'elle met en péril l'objet et le but du texte. Or, cet esprit ne se retrouve pas du tout dans le raisonnement de l'Organe d'appel dans le rapport *Crevettes*, qui reflète plutôt l'idée d'équilibre entre deux droits de poids égal.

Un autre passage dans ce rapport renforce l'impression que l'Organe d'appel vise un renouvellement de la jurisprudence portant sur l'article XX. L'Organe d'appel critique le Groupe spécial d'avoir interprété de manière excessivement large l'objet et le but exprimés dans le chapeau de l'article XX — à savoir le maintien du système commercial multilatéral. Le Groupe spécial a considéré en effet que les mesures qui « portent atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC [étaient] des mesures ne faisant pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de

20. Rapport *Crevettes*, précité, note 2, paragr. 156.

21. *Id.*, paragr. 159 ; l'italique est de nous.

l'article XX »²². Or, selon l'Organe d'appel, la « volonté de maintenir le système commercial multilatéral, et non d'y porter atteinte, est forcément un principe fondamental et constant qui sous-tend l'Accord sur l'OMC, mais ce n'est ni un droit ni une obligation, ni une règle d'interprétation pouvant être utilisée pour évaluer une mesure donnée au regard du texte introductif de l'article XX²³ ». L'Organe d'appel interdit alors d'appliquer le chapeau uniquement dans la perspective de préserver les droits fondamentaux résultant des accords de l'OMC, notamment du GATT.

Autrement dit, il n'est pas possible de se référer au chapeau de l'article XX dans le seul but de faire échec à une mesure qui va à l'encontre des droits découlant pour d'autres États membres des dispositions de fond du GATT. Par conséquent, l'Organe d'appel reconnaît qu'il existe des situations où il y aura atteinte au système commercial multilatéral au profit d'un autre intérêt non commercial qui est considéré comme primordial. L'affirmation expresse à savoir que le système commercial multilatéral pourrait s'effacer dans une situation donnée devant un intérêt environnemental est extraordinaire. Elle pourrait même être qualifiée de révolutionnaire puisque jusqu'au rapport *Crevettes*, aucune décision ne semblait admettre cette possibilité.

1.3 Les raisons en faveur de l'interprétation de « droit équivalent »

Nous ne pouvons que spéculer sur les raisons qui ont amené l'Organe d'appel à changer la terminologie dans le contexte de l'interprétation de l'article XX du GATT. Comme ce n'est déjà pas certain que l'Organe d'appel ait voulu changer le sens de l'interprétation de l'article XX, puisqu'il ne commente aucunement le changement de terminologie, il est d'autant plus ardu de vouloir déceler les raisons ayant amené l'emploi de cette nouvelle terminologie.

Or, il y a de bonnes raisons pour retenir l'interprétation selon laquelle les exceptions de l'article XX constituent des droits équivalents par rapport aux autres droits découlant du GATT. Comme le dit le professeur Meinhard Hilf, la relation règle-exception en vertu de l'article XX ne peut plus être maintenue lorsqu'il s'agit de la protection de certains intérêts non commerciaux²⁴. En d'autres termes, l'objectif du GATT est la libéralisation du

22. OMC, GROUPE SPÉCIAL, *Rapport. États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/R, du 15 mai 1998, art. 7.62.

23. *Rapport Crevettes*, précité, note 2, art. 116.

24. M. HILF, « Freiheit des Welthandels contra Umweltschutz ? », (2000) 5 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 481, 486.

commerce et l'article XX y apporte des exceptions. Cependant, ces exceptions ne sont pas que de simples exceptions. La règle qu'établit le GATT est la protection de certains intérêts commerciaux. L'exception serait la renonciation à la protection des intérêts commerciaux pour une raison donnée. L'article XX, par contre, va au-delà d'une telle renonciation. Il a pour objet la protection de certains intérêts publics non commerciaux. Il ne s'agit donc pas seulement d'une exception à la règle de la protection des intérêts commerciaux, mais, au-delà de cela, l'article contient un objectif qui lui est propre, soit la protection d'autres intérêts non commerciaux. Certes, cette dernière se fait en renonçant à la protection des intérêts commerciaux, mais ce n'est pas qu'une renonciation à la libéralisation du commerce. Il s'agit aussi de concrétiser la protection de l'environnement et l'atteinte d'autres objectifs contenus dans l'article XX.

L'interprétation faite par l'Organe d'appel dans le rapport *Crevettes* a été critiquée par la doctrine. Axel Bree considère, comme nous, que l'Organe d'appel reconnaît dans ce rapport que les deux parties au différend ont des droits et obligations qui doivent être équilibrés. Cependant, il doute que l'exigence d'équilibre puisse être déduite de la fonction du chapeau de l'article XX qui est, comme il le précise, de veiller à ce que l'article XX ne soit pas invoqué de façon abusive. Selon Bree, l'article XX n'établit pas de droit légal indépendant pour les membres : il protège uniquement les autres membres contre un abus de droit. Par conséquent, le point de départ devrait être le droit d'un membre d'invoquer une exception et non l'équilibre entre les droits et obligations de tous les membres basé sur le principe de bonne foi. L'auteur considère alors que la jurisprudence du rapport *Crevettes* n'a pas de base textuelle²⁵.

Or, lorsque des intérêts opposés tels que le commerce et l'environnement sont en présence, il ne saurait être question de faire primer *a priori* l'un par rapport à l'autre. Plusieurs raisons mènent à cette conclusion.

D'abord, il y a le concept du développement durable qui exige l'intégration des facteurs économiques, sociaux et environnementaux de façon égale en vue de promouvoir un développement équilibré. L'OMC s'est rallié à l'idée du développement durable en l'insérant dans le Préambule de l'*Accord sur l'OMC*²⁶. Si l'OMC a vraiment l'intention de donner vie à ce

25. A. BREE, « Article XX GATT—Quo Vadis? The Environmental Exception after the Shrimp/Turtle Appellate Body Report », (1997) 17 *Dickinson Journal of International Law* 99, 127 et suiv.

26. *Accord sur l'OMC*, Préambule, al. 1.

concept dans sa politique, il faudrait, notamment, que la jurisprudence traite les considérations commerciales, environnementales et sociales sur un même pied. Cela interdit justement de donner automatiquement la primauté au commerce au détriment des facteurs sociaux et environnementaux pouvant entrer en jeu.

S'y ajoute le fait que la signature d'un traité commercial n'égalise pas la méconnaissance des intérêts non commerciaux. Il n'est pas possible de présumer qu'un État qui adhère à un accord commercial donne préséance aux intérêts commerciaux dans tous les cas de figure. Dans certaines situations, d'autres intérêts pourraient être jugés plus importants. C'est probablement cette idée qui a amené le professeur Hilf à considérer que la relation règle-exception n'est pas justifiée lorsqu'il s'agit de la protection des intérêts autres que commerciaux²⁷. Son raisonnement n'est d'ailleurs pas étranger à la pensée européenne, plus précisément communautaire.

1.4 Le droit communautaire : la concordance concrète

Un regard sur le droit communautaire pourrait s'avérer fort utile du fait que le même problème existe dans ce système de droit relativement bien encadré par la jurisprudence et la doctrine. L'équivalent de l'article XX du GATT est, d'une part, l'article 30 du Traité sur la Communauté européenne (TCE)²⁸ et, d'autre part, un droit prétorien maintes fois confirmé et généralement accepté. Il faut cependant rappeler que l'intégration est poussée beaucoup plus loin dans le contexte de la Communauté européenne que dans le système de l'OMC. L'intégration va au-delà de l'aspect économique, ce qui a des conséquences importantes. Ainsi, la Communauté européenne a la compétence d'harmoniser des normes environnementales. Dans les domaines des normes harmonisées, les pays membres ont perdu leur compétence initiale²⁹. En pratique, cela se traduit par une diminution de leur champ de compétence. Ce n'est que dans les domaines résiduels qu'ils peuvent intervenir et que la question de compatibilité des mesures environnementales peut surgir.

27. M. HILF, *loc. cit.*, note 24.

28. *Traité instituant la Communauté européenne du 25 mars 1957 tel que modifié par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997* (ci-après cité « TCE »), 2002, [En ligne], [http://www.europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/dat/ec_cons_treaty_fr.pdf] (19 janvier 2003).

29. TCE, art. 94 et suiv.

1.4.1 L'exception classique à l'obligation de libre circulation des marchandises

Le principe de libre circulation des marchandises se trouve ancré dans les articles 28 et 29 du TCE portant sur l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent³⁰. Le libellé de l'article 30, qui fait exception aux articles 28 et 29, ressemble beaucoup au libellé de l'article XX du GATT qui lui a servi de modèle³¹ :

Article 30

Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.

Selon la CJCE, cette norme doit être interprétée de manière stricte³². Ainsi, la liste de l'article 30 est exhaustive et, surtout, les énoncés « la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux » et « la préservation des végétaux » n'englobent pas la protection de l'environnement en général. L'application de l'article 30 est soumise aux conditions énoncées dans la deuxième phrase de l'article qui interdit la discrimination arbitraire et la restriction déguisée. Finalement, le respect de ces conditions impose aux responsables de vérifier si la mesure choisie par l'État est proportionnée par rapport à son objectif³³.

1.4.2 La dérogation prétorienne à la libre circulation des marchandises

Or, ce qui nous intéresse notamment, c'est le droit prétorien. Celui-ci a étendu en quelque sorte la marge de manœuvre des États qui souhaitent déroger aux obligations de libre circulation des marchandises. Dans un premier temps, depuis l'arrêt *Dassonville*³⁴, la CJCE fait une interprétation

30. L'article 28 du TCE est libellé comme suit : « Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. » L'article 29 du TCE dit de même concernant l'exportation.

31. D.A. REID, « Trade and the Environment : Finding a Balance — The European Union Approach », (1998) 5 *European Environmental Law Review* 144, 146.

32. Voir, parmi de nombreuses autres décisions, une des premières : CJCE, arrêt du 14 décembre 1972, 29/72, rec. 1972, p. 1309 et suiv.

33. J.-C. GAUTRON, *Droit européen*, 8^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 1997, p. 140.

34. CJCE, arrêt *Dassonville*, du 11 juillet 1974, 8/74, rec. 1974, p. 837 et suiv.

très large de l'interdiction des mesures d'effet équivalent à l'importation en considérant désormais l'article 28 du TCE non seulement comme une interdiction de discrimination mais aussi comme une interdiction de restriction³⁵. Il n'est désormais pas seulement interdit de discriminer, mais aussi d'adopter « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire ». Dans un second temps, cela conduit la CJCE à élaborer dans l'arrêt *Cassis de Dijon*³⁶ la jurisprudence sur les « exigences impératives » en vertu desquelles un État membre peut déroger à l'interdiction de l'article 28. Cette jurisprudence remédie au fait qu'après l'arrêt *Dassonville* un grand nombre de mesures étatiques est interdit, ce qui risque d'empêcher les États de poursuivre leurs politiques autres que commerciales.

La protection de l'environnement est reconnue comme une telle exigence impérative dans le célèbre arrêt *Brûleurs d'huiles usagées*³⁷. Dans l'arrêt *Bouteilles danoises*³⁸, la CJCE considère pour la première fois que cette exigence impérative relative à la protection de l'environnement permet d'ériger un obstacle à la libre circulation des biens. Un système de consigne et de reprise d'emballage mis en place bien qu'il entrave le commerce et qu'il soit contraire à l'article 30 du TCE (aujourd'hui l'article 28) peut être maintenu. L'importance de cette décision est considérable, même si la réglementation est finalement jugée disproportionnée en ce qu'elle exige un agrément préalable des emballages. Toutefois, il n'est pas clair si cette jurisprudence des exigences impératives concerne une exception du genre de celle qui se trouve à l'article 30 ou si elle doit être interprétée comme dégageant une limite inhérente aux éléments constitutifs de l'article 28. La CJCE ne s'est jamais prononcée sur la question et la doctrine n'est pas unanime³⁹. Or, même si la terminologie indique plutôt qu'il s'agit d'une limite inhérente, l'examen auquel procède la CJCE ressemble étrangement à celui qui est fait en vertu de l'exception de l'article 30.

35. R. STREINZ, *Europarecht*, 5^e éd., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2001, p. 731.

36. CJCE, arrêt *Cassis de Dijon*, du 20 février 1979, 120/78, rec. 1979, p. 649, 662, n° 8.

37. CJCE, arrêt *Brûleurs d'huiles usagées*, du 7 février 1985, 240/83, rec. 1985, p. 531, p. 549, n° 13.

38. CJCE, arrêt *Bouteilles danoises*, du 20 septembre 1988, 302/86, rec. 1988, p. 4607, 4630, n° 13.

39. A. EPINEY, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1997, p. 119.

Cette jurisprudence étant bien connue par les États membres, l'article 30 n'a jamais été modifié, bien que plusieurs occasions se soient présentées. La protection de l'environnement a cependant fait son entrée dans d'autres normes qui l'indiquent expressément. Ainsi, selon l'article 2 du TCE, une des missions de la Communauté européenne est de promouvoir un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement⁴⁰. Ensuite, l'action de la Communauté européenne comporte, entre autres, une politique dans le domaine de l'environnement selon l'article 3 du TCE⁴¹. L'article 6 ordonne même que les « exigences de la protection de l'environnement [soient] intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable⁴² ». L'article 95, enfin qui parle de l'harmonisation des normes dans les pays membres, concède à ces derniers — lorsqu'ils le jugent nécessaire — la possibilité de maintenir leur législation nationale si celle-ci est justifiée par des exigences importantes, notamment celles qui sont visées à l'article 30 ou relatives à la protection de l'environnement⁴³.

Par conséquent, la protection de l'environnement est mentionnée dans des articles d'importance fondamentale pour le droit et la politique communautaires. Cela lui confère un poids considérable dans les préoccupations de la Communauté européenne. Il est alors inadmissible d'accorder la primauté à la libre circulation des marchandises aux dépens de l'environnement. En cas de conflit, il faut trouver un juste équilibre entre les intérêts de libre circulation des marchandises et de protection de l'environnement. Il est nécessaire, comme le formule Sebastian Heselhaus, d'opérer la conciliation des intérêts opposés dans le sens d'une concordance concrète et d'harmoniser les différents objectifs, en accordant à chacun des objectifs divergents l'efficacité optimale⁴⁴.

Les efforts de recherche d'une concordance concrète reposent sur l'idée que les intérêts divergents, voire opposés, ont une valeur équivalente et qu'aucun ne l'emporte *a priori* sur l'autre. Voilà la raison pour laquelle on emploie les termes « harmonisation », « équilibre », « conciliation » et

40. Voir TCE, art. 2.

41. *Id.*, art. 3 (1).

42. *Id.*, art. 6.

43. *Id.*, art. 95, al. 4.

44. S. HESELHAUS, « Rechtfertigung unmittelbar diskriminierender Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit — Nationaler Umweltschutz in einem unvollkommenen Binnenmarkt », (2001) 21 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 645, 648 : praktische Konkordanz, concordance concrète (notre traduction).

« concordance ». La recherche de la concordance concrète n'est rien d'autre que l'harmonisation *in concreto* des intérêts opposés tout en conservant leur essence.

1.5 Le point quant au droit de l'OMC

Les ressemblances du droit communautaire avec le droit du GATT sont frappantes. L'article XX du GATT n'a pas non plus été modifié par l'entrée en vigueur des accords de Marrakech, malgré l'existence bien connue du problème de la protection de l'environnement. Par contre, le Préambule de l'*Accord sur l'OMC* y fait référence en reconnaissant que l'utilisation des ressources mondiales doit se faire dans la perspective du développement durable et en déclarant l'OMC résolue à mettre en place un système commercial multilatéral intégré, plus viable et durable⁴⁵. Il reconnaît l'interrelation entre les problèmes commerciaux et les problèmes environnementaux avec emphase⁴⁶ et reflète ainsi l'importance que les États membres accordent à cette problématique. Certes, une référence faite dans un préambule n'a pas le même poids qu'une référence qui se trouve dans le texte de l'instrument, comme c'est le cas en droit communautaire. Cependant, l'Organe d'appel accorde tout de même une grande importance au Préambule lorsqu'il dit que celui-ci doit « éclairer, ordonner et nuancer [l']interprétation » du GATT parce qu'il reflète la volonté des négociateurs⁴⁷.

Il n'est donc pas exclu que l'Organe d'appel ait effectivement voulu accorder une plus grande valeur à l'exception de l'article XX que la jurisprudence traditionnelle. Le vocabulaire qu'il emploie est associé en droit communautaire à une situation où des droits équivalents mais opposés doivent être harmonisés. S'il s'avère que le choix de ce vocabulaire n'est pas fortuit et que l'Organe d'appel ouvre effectivement la possibilité d'invoquer l'article XX non pas comme une simple exception mais comme un droit équivalent par rapport aux autres droits découlant du GATT, il n'est plus très loin de la « concordance concrète » du droit communautaire. Comme la reconnaissance d'un droit équivalent ne suffit pas, il faut réaliser l'équivalence en pratique par un mécanisme de conciliation, comme la concordance concrète communautaire.

Les conséquences seraient considérables, car, en plaçant les intérêts environnementaux au même niveau que les intérêts économiques, l'Organe

45. Préambule de l'*Accord sur l'OMC*, al. 1 et 4.

46. D. AHN, *loc. cit.*, note 5, 820.

47. Rapport *Crevettes*, précité, note 2, paragr. 153.

d'appel interdirait de laisser primer *a priori* le commerce sur l'environnement⁴⁸. Toutefois, nous ne pouvons conclure que la protection de l'environnement l'emporte systématiquement sur le commerce. Ce n'est pas non plus le cas en droit communautaire où l'importance de l'environnement est très nette. Cependant, comme le souligne le professeur Ulrich Becker, un haut niveau dans la protection de l'environnement aura des résultats positifs certains pour le développement durable, argument qui milite pour le fait de prendre au sérieux la protection de l'environnement lors de la recherche d'un équilibre entre celle-ci et le commerce⁴⁹.

Pour l'instant, c'est se livrer à des spéculations que de vouloir prédire quelle voie l'Organe d'appel empruntera à l'avenir, car les indices sont encore trop minces pour déceler une jurisprudence claire. Or, il est absolument indispensable que l'Organe d'appel attribue à l'environnement la même valeur dans sa jurisprudence que les États dans le Préambule de l'*Accord sur l'OMC*. L'Organe d'appel ne dépasserait pas ses compétences puisque ce sont les États membres de l'OMC qui ont augmenté la valeur de la protection de l'environnement dans le système de l'OMC en l'introduisant dans le Préambule de l'*Accord sur l'OMC*, qui s'applique à tout le système en question.

Si l'Organe d'appel décide de suivre la voie qu'il semble avoir choisie, il devra mettre au point son propre système de concordance concrète. En droit communautaire, tout un mécanisme d'harmonisation se dissimule derrière la notion de concordance concrète. Il a été élaboré au cours des années en empruntant aux droits nationaux des pays membres leurs développements en matière de conciliation de droits contradictoires. Aujourd'hui, le système jouit d'une reconnaissance officielle et fait partie de l'acquis communautaire.

2 Une solution à l'interprétation contestable du terme « nécessaire » de l'article XX b) du GATT

Dans la partie précédente, nous avons discuté une question en quelque sorte préliminaire, ce qui laissera l'explication de la réalisation de la concordance concrète à la présente partie. Nous irons alors plus loin dans les détails de l'interprétation de l'article XX du GATT. Nous aurons aussi l'occasion d'exposer la façon européenne de jongler avec les problèmes traités.

48. M. HILF, *loc. cit.*, note 24, 486.

49. U. BECKER, « Artikel 30 EGV », dans J. SCHWARZE (dir.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 468, n° 57.

Nous montrerons dans un premier temps que l'interprétation de l'article XX b) en vertu du GATT a conduit à des résultats peu justifiables au regard du texte de la disposition, bien que le motif ayant poussé les groupes spéciaux à cette interprétation soit compréhensible et, dans une certaine mesure, justifié. Dans un second temps, nous proposerons l'utilisation du principe de proportionnalité comme moyen de circonscrire l'application de l'article XX b), tout en restant près du texte et en conservant l'essence de l'article XX b). Ce principe que le droit communautaire a intégré depuis longtemps dans son raisonnement est un moyen qui permet d'équilibrer les intérêts opposés qui se trouvent discutés en vertu de l'article XX. Rappelons que ce principe n'est pas applicable uniquement dans le contexte de l'article XX b), mais qu'il peut également servir à trouver l'équilibre entre les intérêts en cause sous l'empire de l'article XX g).

2.1 L'interprétation contestable et ses motifs

L'interprétation de l'article XX b) du GATT a été développée sous l'ancien régime du GATT. Le premier rapport traitant de l'article XX b) est le rapport *Cigarettes*⁵⁰. Dans cette affaire, la Thaïlande avait interdit, pour des raisons de santé publique, l'importation de cigarettes, mais elle n'avait pas proscrit la production et la vente de cigarettes thaïlandaises. Bien que la décision porte dans ce cas sur une mesure de nature sanitaire, son interprétation de l'article XX b) sera décisive par la suite.

Le Groupe spécial constate d'abord que les mesures destinées à réduire la consommation de cigarettes entrent dans le champ d'application de l'article XX b) puisque cette disposition autorise clairement les parties contractantes à donner à la santé des personnes priorité sur la libéralisation de commerce⁵¹. Le Groupe spécial se demande ensuite si la mesure est nécessaire. Il se réfère à une décision antérieure, le rapport *Article 337*⁵², portant sur l'article XX d) qui contient également la condition de nécessité, et il soutient que le terme « nécessaire » a le même sens à l'alinéa d) qu'à l'alinéa b). Suivant le raisonnement du rapport *Article 337*, il décide alors que les restrictions thaïlandaises ne peuvent être considérées comme « nécessaires » au sens de l'article XX b) que s'il n'y a pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec le GATT que la Thaïlande peut raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de santé⁵³. Par la suite, le Groupe spécial propose plusieurs

50. Rapport *Cigarettes*, précité, note 2.

51. *Id.*, paragr. 73.

52. Rapport *Article 337*, précité, note 8, paragr. 5.26.

53. Rapport *Cigarettes*, précité, note 2, paragr. 75.

solutions de rechange compatibles avec le GATT, ce qui l'amène à constater que la pratique suivie par la Thaïlande, qui ne permettait pas l'importation de cigarettes étrangères alors qu'elle autorisait la vente de cigarettes d'origine nationale, est incompatible avec le GATT et n'est pas « nécessaire » au sens de l'article XX b)⁵⁴.

Selon cette décision, un État doit d'abord chercher une mesure compatible avec le GATT. S'il n'y en a pas, il peut appliquer une mesure incompatible, mais la mesure choisie doit être la moins incompatible possible avec le GATT. Nous discuterons ci-dessous les deux éléments de ce test et nous verrons que les groupes spéciaux ont été motivés par le souci de limiter l'application de l'article XX b).

2.1.1 La recherche d'une mesure de rechange compatible

Le premier volet de la jurisprudence du rapport *Cigarettes*, l'exigence de recherche d'une mesure de rechange compatible, est réitéré par les groupes spéciaux ultérieurs.

Ainsi, dans le rapport *Thon I*, le Groupe spécial considère que les États-Unis n'avaient pas démontré qu'ils avaient épuisé tous les moyens qu'ils pouvaient raisonnablement utiliser pour atteindre leurs objectifs. Un de ces moyens aurait été la négociation d'arrangements de coopération internationale, moyen compatible avec le GATT. En outre, la mesure est basée sur des conditions imprévisibles, ce qui fait qu'elle ne peut être considérée comme nécessaire⁵⁵. Le Groupe spécial ne fait pas que suivre la jurisprudence du rapport *Cigarettes*, il la précise et l'illustre en ajoutant le critère de négociation et en enjoignant aux parties d'utiliser des mesures prévisibles. Dans le rapport *Thon II*, le Groupe spécial choisit le même chemin. Il constate que le sens ordinaire du mot « nécessaire » est qu'il n'y a pas de mesure de rechange et il se réfère également au rapport *Article 337* qu'il approuve expressément⁵⁶. En fin de compte, il conclut que les mesures prises pour contraindre d'autres pays à modifier leurs politiques ne peuvent être considérées comme nécessaires⁵⁷. Le rapport *Thon II* adopte le même raisonnement tout en resserrant encore un peu plus le sens du mot « nécessaire » par l'interdiction de mesures coercitives. Cette jurisprudence extrêmement stricte, à notre avis, contient des faiblesses qui méritent d'être éclairées.

54. *Id.*, paragr. 81.

55. Rapport *Thon I*, précité, note 2, paragr. 5.28.

56. Rapport *Thon II*, précité, note 2, paragr. 5.31.

57. *Id.*, paragr. 5.39.

L'exigence première de mise en œuvre d'une mesure compatible avec le GATT ne semble pas être excessivement lourde⁵⁸. En outre, elle est conforme à la signification ordinaire du mot « nécessaire ». Une mesure est nécessaire si elle est « indispensable »⁵⁹. Si l'adoption d'une autre mesure est possible, alors la mesure envisagée n'est pas indispensable. Cependant, il faut toujours avoir à l'esprit que la nécessité est évaluée par rapport à l'objectif que l'État veut atteindre ; autrement dit, pour être nécessaire la mesure doit être indispensable en vue d'atteindre l'objectif fixé. Si un État dispose d'un autre moyen pour atteindre le même objectif, la mesure envisagée n'est pas indispensable. Il est possible de reprocher à la jurisprudence d'avoir perdu de vue ce rapport entre mesure et objectif à atteindre. Résumant les trois décisions, la jurisprudence a considéré que l'interdiction d'importation sans restriction de la vente du produit domestique (rapport *Cigarettes*) ainsi que des mesures prises sans effort de négociation (rapport *Thon I*), basées sur des conditions imprévisibles (rapport *Thon I*) ou coercitives (rapport *Thon II*), n'étaient pas nécessaires.

Le rapport *Cigarettes* discute sérieusement la question de savoir si la Thaïlande aurait pu atteindre son objectif avec une autre mesure. Le Groupe spécial propose diverses solutions de rechange permettant d'atteindre l'objectif thaïlandais⁶⁰. Il démontre ainsi que la Thaïlande avait d'autres moyens qu'elle aurait pu employer dans sa lutte. Or, le souci d'avoir à l'esprit que « nécessaire » veut dire « indispensable pour atteindre un objectif » s'estompe de plus en plus. Se dessine alors un processus d'émancipation du mot « nécessaire ». Celui-ci se voit attribuer une tout autre signification du fait que les groupes spéciaux l'utilisent pour décider de l'opportunité de la mesure en cause.

Ainsi, dans le rapport *Thon I*, le Groupe spécial est d'avis que les États-Unis n'ont pas démontré qu'ils n'avaient pas d'autre solution, puisque la négociation avec le Mexique constituait une solution de rechange selon le Groupe spécial. Ce dernier ne se demande jamais si la négociation permet d'atteindre le but que les États-Unis se sont fixé. La mesure unilatérale est rejetée avec l'argument que la négociation internationale paraît souhaitable du fait que l'espace de vie des dauphins dépasse les frontières des États-Unis. Bien que la discussion se fasse par rapport au mot « nécessaire » et que la rhétorique imite les critères établis dans le rapport

58. Cf. S. HUDNALL, « Towards a Greener International Trade System: Multilateral Environmental Agreements and the World Trade Organization », (1996) 29 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 175, 188.

59. *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, s.v. « nécessaire ».

60. Rapport *Crevettes*, précité, note 2, paragr. 77-79.

Cigarettes, elle ne porte pas du tout sur la nécessité de la mesure, mais sur l'acceptabilité de son caractère unilatéral. L'impression que le test que subit la mesure américaine n'est pas un test de nécessité est d'autant plus forte que, de l'avis du Groupe spécial, le fondement imprévisible de la mesure en fait une mesure qui ne peut être considérée comme nécessaire. Ce n'est pas la nécessité au sens du terme qui est en cause.

La même constatation s'impose au regard du rapport *Thon II*, bien que celui-ci commence par dire que « nécessaire » signifie qu'une solution de rechange n'existe pas. Puis le Groupe spécial, tout en suivant la rhétorique du test de nécessité, s'éloigne de celui-ci. Il se demande si la mesure en cause est nécessaire pour ensuite constater qu'une mesure coercitive ne l'est pas. L'argumentation porte sur le danger que constituent les mesures coercitives pour les objectifs du GATT et non sur la nécessité de la mesure pour atteindre le but que les États-Unis se sont fixé⁶¹.

Le test de nécessité, initialement très près de la terminologie, semble aujourd'hui être dénaturé et loin des termes du paragraphe b) de l'article XX. Les groupes spéciaux étaient visiblement motivés par la volonté de poser des balises à l'utilisation de l'article XX b) et de restreindre les mesures pouvant être justifiées. Cela les a conduit à introduire sous le terme « nécessaire » des critères supplémentaires qui n'ont pas de base textuelle.

Il est cependant possible que le vent ait changé et que sous le régime de l'OMC les décisions s'en tiennent au texte. Dans l'affaire *Amiante*, un groupe spécial et l'Organe d'appel se sont récemment prononcés sur l'article XX b)⁶². Celui-ci est toutefois regardé sous un angle sanitaire plutôt qu'environnemental. Or, comme celui dans le rapport *Cigarettes*, le raisonnement pourrait être transposé ultérieurement à un cas environnemental, ce qui le rend important à nos fins.

Le Groupe spécial, dans le rapport *Amiante*, rappelle le test établi dans le rapport *Cigarettes*. Se référant au rapport *Article 337*, il constate que, « pour déterminer si une mesure est nécessaire, il importe d'apprécier si des mesures compatibles ou moins incompatibles sont raisonnablement disponibles⁶³ ». Ensuite, il passe à l'examen de la question de savoir si la mesure de rechange proposée par le Canada est suffisamment efficace au regard des objectifs de la politique de santé française et si elle constitue une mesure raisonnablement disponible⁶⁴. Il conclut que la Communauté

61. Rapport *Thon II*, précité, note 2, paragr. 5.35-5.39.

62. Rapport *Amiante-Groupe spécial*, précité, note 2.

63. *Id.*, paragr. 8.206.

64. *Id.*, paragr. 8.208.

européenne a apporté la preuve qu'il n'existait pas de mesure de rechange raisonnablement disponible à l'interdiction⁶⁵.

Cette décision est d'autant plus importante qu'elle a été confirmée par l'Organe d'appel avec l'argument qu'« on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que la France emploie une autre mesure *quelle qu'elle soit*, si cette mesure supposait la continuation du risque même que le Décret à « arrêter » et que « l'« utilisation contrôlée » ne serait pas une autre mesure qui permettrait d'atteindre l'objectif poursuivi par la France⁶⁶ ».

Le Groupe spécial et l'Organe d'appel reviennent ainsi à un véritable test de nécessité en examinant les solutions de rechange au regard de l'objectif à atteindre et la possibilité de demander à l'État de les adopter. Nulle part le Groupe spécial n'introduit un critère tel que la négociation d'une entente ou la prévisibilité. Toute l'analyse se fait uniquement au regard de la nécessité de la mesure pour atteindre l'objectif.

Comme la décision porte sur une mesure sanitaire, la pression politique était peut-être forte de procéder à ce genre d'analyse dans ce cas d'espèce. La santé humaine ici en cause est un sujet très sensible aux yeux des gouvernements, domaine d'action dont ils sont probablement plus jaloux que du domaine de l'environnement. L'Organe du règlement des différends et, partant, l'OMC elle-même risquaient de perdre leur crédibilité si la juridiction avait décidé de s'immiscer dans cette politique interne. Cependant, le retour au texte serait également de mise dans le domaine de l'environnement, et l'avenir montrera si le rapport *Amiante* constitue un renversement de la jurisprudence dans le sens que nous préconisons. C'est la rigueur de l'analyse qui lui confère sa crédibilité, et cette rigueur se mesure avant tout par rapport aux fondements de l'analyse, les fondements textuels étant parmi les plus importants.

2.1.2 L'exigence de mise en œuvre d'une mesure moins incompatible

L'autre volet du test de nécessité établi dans le rapport *Cigarettes*, la condition qui consiste à appliquer la mesure la moins incompatible possible avec le GATT, si une mesure compatible n'est pas disponible, n'a jamais fait l'objet de discussion en vertu du GATT puisque les mesures en cause ont toutes été jugées non nécessaires en vertu du premier volet, soit celui de la mesure de rechange compatible. Ce critère souffre d'ailleurs d'une faiblesse non négligeable. Le fait de demander aux États d'appliquer

65. *Id.*, paragr. 8.222.

66. Rapport *Amiante-Organe d'appel*, précité, note 2, paragr. 174.

la mesure la moins incompatible possible implique qu'il y a des degrés de compatibilité. Or, qui décide de ces degrés ? Plus important encore, est-ce possible d'établir des degrés d'incompatibilité ? Cela nous semble extrêmement douteux puisque, à notre avis, une mesure est soit compatible, soit incompatible avec le GATT. Il n'y a pas de plus et moins, il y a uniquement un compatible ou un incompatible. Par exemple, il nous paraît impossible d'établir si une taxe incompatible est moins incompatible qu'une restriction d'importation incompatible.

L'exigence de mise en œuvre d'une mesure moins incompatible a été critiquée dans la littérature pour deux raisons principales. D'abord, il a été dit qu'il était presque toujours possible de trouver une mesure moins restrictive⁶⁷ et, ensuite, des auteurs ont argumenté à savoir que la mesure la moins restrictive n'était pas nécessairement une mesure efficace pour atteindre l'objectif⁶⁸. Le vocabulaire employé (« mesure moins restrictive ») n'est pas exact au regard de la jurisprudence parce que les groupes spéciaux parlent de « mesures moins incompatibles⁶⁹ ». Or, nous verrons à la section 2.2.3. qu'il serait en effet plus approprié de parler de mesure moins restrictive.

Visiblement, les groupes spéciaux réitérant la formule de la mesure la moins incompatible possible, comme dans le cas de leur demande d'appliquer une mesure compatible, sont encore une fois motivés par la volonté de restreindre le recours à l'article XX b) du GATT. Toutefois, ne serait-il pas possible de penser à une formule qui arrive à préserver l'essence de l'article XX tout en maintenant l'utilisation de ce dernier dans des limites acceptables ?

2.2 La restriction du recours à l'article XX b) du GATT et le maintien de son essence : le principe de proportionnalité

Dans la section qui suit, nous proposerons un moyen en vue de tenir compte de la volonté des groupes spéciaux de restreindre l'application de l'article XX b) du GATT. Cette volonté nous semble tout à fait légitime et conforme au rôle et au texte de l'article XX dans le système du GATT. D'une part, si nous acceptons l'idée que l'article XX est une disposition d'exception, il va de soi qu'il convient de l'interpréter de façon stricte.

67. S. HUDNALL, *loc. cit.*, note 58, 188 ; D. ESTY, *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*, Washington, DC, Institute for International Economics, 1994, p. 48.

68. A. EMMENEGGER BRUNNER, « Conflicts between International Trade and Multilateral Environmental Agreements », (1997) *Annual Survey of International and Comparative Law* 74, 82.

69. Rapport *Cigarettes*, précité, note 2, paragr. 75.

D'autre part, même si nous adoptons l'approche selon laquelle l'article XX crée un droit équivalent, il faut respecter les limites inhérentes à ce droit. Si nous constatons que le texte de la disposition ou le rôle de l'article dans le système de droit indiquent une restriction, celle-ci doit être reflétée dans l'interprétation qui est faite de la disposition.

Le terme « nécessaire », par exemple, exprime une telle restriction, car il énonce un rapport précis entre la mesure et l'objectif, celui de la nécessité. Cependant, le rôle de l'article XX dans le GATT indique également une limite soit parce que l'article XX contient une exception d'interprétation stricte, soit parce qu'il renferme une disposition ayant une valeur égale et devant être harmonisée avec les autres dispositions.

Peu importe l'approche adoptée, le recours à l'article XX b) et g) connaît donc certaines limites. Toutefois, l'importance de celles-ci diffère d'une approche à l'autre, les limites étant moins étendues dans le cas de l'approche règle-exception. Or, cela joue un rôle seulement au moment de la pondération des différents facteurs qui entrent en jeu. D'un point de vue théorique, la démarche à suivre lors de l'interprétation est la même.

Comme nous l'avons vu dans la section 2.1, les groupes spéciaux ont essayé d'établir des conditions d'application afin d'atteindre une certaine restriction. La première condition est celle qui impose aux États de recourir à des mesures compatibles dans la mesure du possible. Nous sommes d'accord avec les groupes spéciaux que le premier souci des États doit être de chercher une mesure compatible avec le GATT et capable de leur permettre d'atteindre l'objectif voulu. Or, dans la doctrine se trouvent de nombreuses critiques condamnant cette jurisprudence sur la base de l'argument que les États peuvent toujours trouver une mesure de rechange⁷⁰. Nous verrons cependant qu'il est possible de pallier cette faiblesse qui n'en est pas vraiment une.

S'il est impossible de trouver une mesure compatible, la seconde condition établie par les groupes spéciaux enjoint aux États de choisir la mesure la moins incompatible possible parmi les mesures à leur disposition. C'est ici qu'une comparaison avec le droit communautaire peut s'avérer fort utile. Celui-ci connaît en effet le même genre de problème puisque le TCE est un traité de nature économique et commerciale en premier lieu ; cependant, précisons que le droit communautaire reconnaît, tout comme le

70. S. HUDNALL, *loc. cit.*, note 58 ; D. ESTY, *op. cit.*, note 67 ; M. MEIER, « GATT, WTO, and the Environment : To what Extent do GATT/WTO Rules Permit Member Nations to Protect the Environment when doing so Adversely Affects Trade ? », (1997) 8 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 241, 248.

GATT, des exceptions et des limites intrinsèques aux principes du libre-échange pour des raisons environnementales⁷¹. Certes, il y a des différences dues à la particularité du droit communautaire, mais, en principe, les mêmes problèmes se posent.

2.2.1 Le principe de proportionnalité en droit communautaire

En droit communautaire, chaque fois qu'un droit se trouve restreint soit par une exception, soit par une limite intrinsèque, il faut respecter le principe de proportionnalité. Celui-ci s'applique tant à l'exception consacrée à l'article 30 du TCE qu'aux exigences impératives développées par la jurisprudence⁷². C'est un principe bien ancré dans les traditions du droit des États membres et il a fait son entrée au niveau communautaire par la jurisprudence qui s'inspire du droit interne des États membres⁷³. Comme la CJCE le dit désormais elle-même, « le principe de proportionnalité est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire⁷⁴ ». Ainsi, la CJCE a considéré dans l'arrêt *Bouteilles danoises* précitée que la limitation de la libre circulation des marchandises par la mise en place d'un système de consigne et de reprise des emballages vides était proportionnelle⁷⁵.

C'est l'application du principe de proportionnalité qui permet d'atteindre la concordance concrète. Le postulat à cet égard exige d'établir un équilibre entre les intérêts opposés ayant la même valeur, et le principe de proportionnalité est l'outil qui permet d'atteindre cet équilibre. De même, ce principe est utilisé dans des situations où les intérêts opposés n'ont pas la même valeur, mais où un droit est limité par un autre jugé plus important. Le mérite du principe de proportionnalité est surtout de constituer un

71. TCE, art. 30 (exception) et CJCE, arrêt *Brûleurs d'huile usagées*, précité, note 37, p. 549, n° 12 (limite intrinsèque).

72. J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit communautaire matériel*, Paris, Hachette, 2001, p. 28 (pour l'exception de l'article 30) et p. 31 (pour la limite intrinsèque); J.-C. GAUTRON, *op. cit.*, note 33, p. 140; J.H. JANS, *European Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2000, p. 254.

73. J.-C. GAUTRON, *op. cit.*, note 33, p. 140. D'ailleurs, le droit allemand constitue un système de droit où une importance particulièrement grande est attribuée à ce principe. Il s'applique notamment en droit constitutionnel et administratif. Il a été élaboré et raffiné dans maintes décisions de la Cour constitutionnelle pour les droits constitutionnels, dont les droits fondamentaux. La CJCE s'est beaucoup inspirée de la jurisprudence allemande très en avance là-dessus.

74. CJCE, arrêt *Schräder/Hauptzollamt Gronau* du 11 juillet 1989, 326/87, rec. 1989, p. 2263, 2269.

75. CJCE, arrêt *Bouteilles danoises*, précité, note 36, p. 4630, n° 13.

cadre logique permettant de peser tous les arguments pertinents. Leur poids varie en fonction des droits (exception classique ou droit de valeur égale) en cause, mais aussi selon les faits qui se rattachent aux droits.

Sans se référer au principe de proportionnalité, l'Organe d'appel considère dans le rapport *Crevettes*, que le point d'équilibre « n'est pas fixe ni immuable, [que] ce point se déplace dès lors que le type et la forme des mesures en cause varient et que les faits qui sous-tendent les affaires considérées diffèrent⁷⁶ ». La nature de la mesure en cause et les faits sont des facteurs à considérer au moment d'établir le point d'équilibre entre l'article XX du GATT et les autres dispositions de ce dernier. Ce raisonnement rappelle le principe de proportionnalité. Le poids accordé aux différents facteurs et la perspective dans laquelle ils sont pesés lors de l'établissement de la proportionnalité dépendent du rapport entre les droits antinomiques.

Lorsqu'il s'agit d'un cas où un droit l'emporte sur un autre, le principe de proportionnalité sert à restreindre la limitation du droit jugé plus important à un minimum incontournable. Si, par exemple, on considère que l'article XX est une exception par rapport aux autres dispositions du GATT, l'application du principe de proportionnalité se fera dans l'objectif de veiller à ce que l'article XX ne prenne pas trop d'ampleur aux dépens des dispositions de fond du GATT. Par contre, lorsque les deux droits ont la même valeur, le principe de proportionnalité aidera à trouver l'équilibre approprié entre les deux. À l'aide de ce principe, les droits opposés seront limités le moins possible. Par conséquent, si on considère que l'article XX est un droit de valeur égale par rapport aux dispositions de fond du GATT, alors le principe de proportionnalité facilitera l'harmonisation des deux droits.

Autrement dit, le principe de proportionnalité jouit d'une certaine universalité. C'est un principe souple, rappelant à l'utilisateur le genre d'arguments à mettre dans la balance, mais lui laissant le choix lorsqu'il s'agit de peser ceux-ci. Ce n'est à vrai dire qu'un guide de réflexion.

Du moins idéalement et suivant en cela l'exemple du droit interne allemand⁷⁷, la vérification de la proportionnalité d'une mesure se fait en trois temps, car « proportionnalité » veut dire que la mesure est appropriée, nécessaire et adéquate ou raisonnable par rapport à l'objectif légitime à

76. Rapport *Crevettes*, précité, note 2, paragr. 159.

77. Voir les explications de C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, n° 97.

atteindre⁷⁸. Une étape préliminaire consiste à vérifier si cet objectif est légitime. L'analyse est alors comparable à celle des groupes spéciaux qui établissent que la politique sur laquelle se fonde la mesure est une politique prévue par l'article XX b) ou g). C'est par rapport à l'objectif légitime que la suite de l'analyse se déroule. Il n'y a pas de remise en question du bien-fondé de l'objectif dans le cas d'espèce, car la vérification porte seulement sur la mesure prise pour atteindre l'objectif.

2.2.2 La mesure appropriée

La mesure doit être appropriée ou apte à atteindre le but. Cette analyse aide à exclure des mesures par lesquelles l'État ne peut pas atteindre son objectif soit parce qu'elles ne concernent pas précisément le problème à résoudre, soit parce qu'elles ne vont pas assez loin⁷⁹. Ce critère permet d'établir s'il y a un lien de causalité entre la mesure et la protection de l'environnement et de filtrer les mesures environnementales en apparence mais protectionnistes en réalité⁸⁰.

C'est cette étape précisément qui permet de prévenir que les groupes spéciaux se tournent trop rapidement vers une mesure de rechange. La critique de certains auteurs qui craignent qu'il ne soit presque toujours possible de trouver une autre solution ne peut donc pas être maintenue⁸¹. Une mesure de rechange est digne de ce nom seulement si elle a la même efficacité et si elle est aussi appropriée que la mesure initiale. En conséquence, les États n'ont pas toujours à leur disposition une mesure dans ce sens. Souvent, il y a une foule d'autres mesures qui auraient pu être prises, mais, pour pouvoir parler de mesures de rechange, il faut s'assurer qu'elles sont aussi efficaces et appropriées. Rappelons que le test de proportionnalité se fait au regard de l'objectif à atteindre. La condition qui impose de vérifier si la mesure est appropriée empêche que les États voient leur mesure être rejetée sur la base de l'argument qu'une autre mesure existe, si cette dernière n'est pas aussi appropriée pour atteindre l'objectif.

78. Les conditions que la mesure doit être appropriée et nécessaire en vue de l'atteinte des objectifs légitimement fixés sont toujours vérifiées. La quatrième condition est une condition garde-fou, vérifiée seulement dans des cas extrêmes.

79. A. PINEY, « Artikel 30 », dans Christian CALLIES et Matthias RUFFERT (dir.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Neuwied, Kriitel, Luchterhand Verlag GmbH, 1999, p. 520, n° 46.

80. J.H. JANS, *op. cit.*, note 72, p. 255.

81. Voir S. HUDNALL, *loc. cit.*, note 67 ; D. ESTY, *op. cit.*, note 67 ; A. EMMENEGGER BRUNNER, *loc. cit.*, note 68.

2.2.3 La mesure nécessaire

La mesure doit ensuite être nécessaire pour atteindre l'objectif. Dans l'arrêt *Bouteilles danoises*, par exemple, la CJCE s'interroge à savoir si la mesure danoise est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés⁸².

Il ne faut pas confondre cette nécessité avec la condition de nécessité de l'article XX b) du GATT. Le terme est identique à celui de l'article XX b), mais la signification est différente. Dans l'article XX b), le mot « nécessaire » indique la nature du rapport qui doit exister entre toute mesure et l'objectif précis de cet article. En droit communautaire par contre, le terme « nécessaire » sert à vérifier la proportionnalité des mesures en général en fonction du rapport qui doit exister entre la mesure en cause et l'objectif. Pour mieux comprendre le sens communautaire du terme « nécessaire », il est utile d'appliquer le principe de proportionnalité à l'article XX g), ce qui est tout à fait possible et même souhaitable. Le critère de nécessité y permettrait de vérifier si la mesure choisie est nécessaire pour atteindre l'objectif qui consiste à mettre en place une mesure « se rapportant à la conservation » de la ressource en question.

La jurisprudence communautaire interprète ce critère de nécessité comme permettant l'examen destiné à filtrer les mesures qui vont au-delà de ce qui est requis pour atteindre l'objectif, à savoir des mesures trop sévères⁸³. En conséquence, s'il y a une mesure dont l'effet est moins restrictif et qui est tout de même aussi apte à atteindre l'objectif, c'est cette mesure moins restrictive qui doit être appliquée⁸⁴. C'est à ce moment qu'il faut prendre en considération des mesures d'autres États qui garantissent le même niveau de protection : dans ce cas, la reconnaissance des mesures étrangères s'impose comme moyen moins restrictif⁸⁵.

Ce raisonnement a probablement motivé les groupes spéciaux à exiger que les États prennent la mesure la moins « incompatible » possible. La terminologie prête à confusion dans ce cas, puisque, comme nous l'avons déjà dit, il n'est pas possible d'établir des degrés d'incompatibilité. En revanche, il est possible de constater quelle est la mesure la moins restrictive pour le commerce. C'est une question d'impact chiffrable. Par exemple, il est évident qu'une restriction quantitative, qui limite le volume d'importation d'un produit, est une mesure moins restrictive que l'embargo

82. CJCE, arrêt *Bouteilles danoises*, précité, note 38, p. 4630, n° 12.

83. A. EPINEY, *loc. cit.*, note 79, n° 47.

84. CJCE, arrêt *Bouteilles danoises*, précité, note 38, p. 4630, n° 6.

85. S. HESELHAUS, *loc. cit.*, note 44, 647.

total, qui prohibe toute importation. Cela ne veut pas dire qu'il est toujours aisé de chiffrer l'impact des mesures à la disposition des États, et il n'est pas, non plus, toujours possible de dire si les différentes mesures sont toutes aptes à atteindre l'objectif avec la même efficacité. Or, cette approche a de loin l'avantage d'établir des degrés en théorie, même si cela peut se révéler difficile en pratique, tandis que l'approche de l'incompatibilité ne permet tout simplement pas d'établir des degrés.

2.2.4 La mesure adéquate ou raisonnable

Finalement, la mesure doit être adéquate. Il s'agit en droit communautaire de trouver un équilibre entre la restriction de la libre circulation des biens, d'une part, et l'intérêt protégé, d'autre part⁸⁶. Ce terme permet de tenir compte des facteurs de proportionnalité qui n'ont pas encore été considérés. Le but est de vérifier si la relation entre l'objectif et le moyen est raisonnable. Même si une mesure est appropriée et nécessaire, elle peut, par exemple, se révéler trop lourde de conséquences pour être adéquate par rapport à l'objectif. En pratique, il est toutefois rare qu'une mesure échoue pour la raison qu'elle n'est pas adéquate. Dans la plupart des cas, elle ne sera déjà pas conforme au critère de nécessité.

2.3 L'application du test de proportionnalité à l'article XX du GATT

Il existe des ressemblances entre le droit communautaire et la jurisprudence du GATT. Le terme « nécessaire » dans l'article XX b) de ce dernier déclenche un test qui ressemble fortement à celui qui est inspiré par le principe de proportionnalité en droit communautaire.

L'Organe d'appel constate d'ailleurs dans le rapport *Essence* que l'article XX emploie divers termes concernant les différentes catégories de politiques. Ces termes énoncent le type ou de degré de lien ou relation entre la mesure et l'intérêt ou la politique d'État⁸⁷. Les mots « nécessaire », comme dans l'article XX b), ou « se rapportant à », comme dans l'article XX g), ne font rien d'autre que préciser la relation requise entre la mesure et l'objectif. Le test de proportionnalité en droit communautaire concerne également cette relation entre la mesure et l'objectif. Il sert à établir un équilibre entre les intérêts divergents que sont le libre-échange et la volonté de protéger une autre valeur.

86. A. EPINEY, *loc. cit.*, note 79, n° 49.

87. Rapport *Essence*, précité, note 2, p. 19.

Du fait que le principe de proportionnalité sert à équilibrer des intérêts opposés en général, il peut être appliqué à la plupart des situations où il s'agit de résoudre avec harmonie un conflit entre deux éléments antinomiques. Par conséquent, son application n'est pas limitée à l'article XX b). Ce principe peut aussi bien servir lors de l'application de l'article XX g), voire de l'article XX en général. Cela facilite la tâche de la jurisprudence qui doit rendre ses décisions les plus cohérentes possible.

Nous pourrions soutenir que l'article XX est la consécration d'un tel test de proportionnalité. Il facilite même les choses à celui qui doit en juger puisqu'il donne des indices quant à la qualité de la relation entre la mesure et la politique⁸⁸. Il est dès lors possible de préciser selon le domaine la relation est requise, soit une relation de « nécessité » dans le cas de l'article XX b) et une relation moins exigeante de simple « rapport » dans le cas de l'article XX g).

Le Groupe spécial, dans le rapport *Hareng-saumon*, se trompe donc lorsqu'il dit que « l'article XX g) n'indique pas quel rapport doit exister entre les mesures commerciales et la conservation⁸⁹ ». Il s'efforce de dégager le rapport approprié et établit qu'il faut que la « mesure vise principalement à la conservation⁹⁰ ». Dans le rapport *Essence*, l'Organe d'appel n'est pas amené à trancher la question parce qu'il n'y a pas de différend entre les parties sur ce point, mais il fait tout de même remarquer que cette expression elle-même « ne fait pas partie du texte⁹¹ », premier indice qu'il juge douteuse cette jurisprudence selon laquelle le rapport dégagé dans le rapport *Hareng-saumon* exige que la mesure vise principalement la conservation. Il l'abandonne expressément dans son rapport *Crevettes* où il définit le rapport établi par l'article XX g) comme « relation substantielle », définition plus près du terme « rapport⁹² ».

Pour notre part, nous proposons de suivre la jurisprudence communautaire en appliquant le test de proportionnalité, puisque celui-ci convient parfaitement aux besoins de l'article XX. Inconsciemment, les groupes spéciaux l'ont déjà partiellement adopté et ils pourraient remplacer la condition contestable des mesures moins « incompatibles » par des mesures moins « restrictives », la seconde étape du test de proportionnalité. Pour tenir compte des différentes relations que l'article XX prévoit entre la

88. *Ibid.*

89. Rapport *Hareng-saumon*, précité, note 2, paragr. 4.5.

90. *Id.*, paragr. 4.6.

91. Rapport *Essence*, précité, note 2, p. 20.

92. Rapport *Crevettes*, précité, note 2, paragr. 136.

mesure et la politique, il suffit de pondérer les arguments mis dans la balance en fonction des différentes relations. Il ne faut pas se laisser déranger par la dénomination de la seconde étape du test de proportionnalité qui contrôle si la mesure est « nécessaire » par rapport à la politique poursuivie. Cette « nécessité » est différente de la « nécessité » de l'article XX. Cette dernière donne des indices sur le poids accordé aux mesures prises conformément à l'article XX, tandis que la « nécessité » du test de proportionnalité exprime le concept général de filtre pour des mesures qui vont trop loin.

Sur le plan pratique, le test de proportionnalité aura pour conséquence qu'une mesure appliquée en vertu de l'article XX b) sera plus difficile à justifier qu'une mesure prise sous l'empire de l'article XX g). Le terme « nécessaire » de l'article XX b) exprime un rapport strict entre la mesure et la politique. Il faut avoir de bonnes raisons pour justifier la mesure donnée. Dans le contexte de l'article XX g), il suffit que la mesure se rapporte à la politique. La relation entre la mesure et la politique y est moins stricte. Il sera donc plus facile de démontrer qu'on a le droit d'atteindre le but donné avec la mesure donnée.

Le test de proportionnalité a une seconde fonction en droit communautaire. La deuxième phrase de l'article 30 du TCE contient presque la même interdiction concernant la discrimination arbitraire et la restriction déguisée du commerce que l'article XX du GATT. Bien que cela ne fasse pas l'unanimité parmi les auteurs de la doctrine⁹³, l'avis raisonnable serait que ces deux interdictions sont déjà respectées lors du test de proportionnalité. Il semble peu probable qu'une mesure qui passe ce test puisse constituer une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée. Cette opinion est renforcée, croyons-nous, par le fait que la CJCE considère que le principe de proportionnalité est à la base de la deuxième phrase de l'article 30⁹⁴.

Ce raisonnement peut être transposé dans le droit de l'OMC. Comme l'Organe d'appel le constate dans le rapport *Crevettes*, le chapeau « n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi [...] une de ses applications, communément dénommée la doctrine de l'abus de droit, interdit l'exercice abusif de ces droits⁹⁵ ». La vérification qu'un tel abus n'est pas en cause se fait au moment du test de proportionnalité. L'Organe d'appel pourrait donc mettre de côté son contrôle en deux étapes, celui de la mesure en tant que telle d'abord et ensuite celui de son application.

93. Sur le débat, voir A. EPINEY, *loc. cit.*, note 79, nos 41-44.

94. CJCE, arrêt *Loi de pureté pour la bière*, du 12 mars 1987, 178/84, rec. 1987, p. 1227 et suiv., n° 44.

95. Rapport *Crevettes*, précité, note 2, paragr. 158.

Cependant, il n'est pas indispensable de l'abandonner, puisqu'il serait possible d'imaginer aisément un test supplémentaire concernant la discrimination et la restriction déguisée, même si les cas sont probablement rares où les tests de proportionnalité ne dévoilent pas les éléments de discrimination arbitraire ou injustifiable et de restriction déguisée.

Conclusion

Notre discussion aura contribué, nous l'espérons, à éclairer les deux points que nous avons traités. Notre objectif était de donner aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel une idée de la façon d'aborder la problématique du conflit entre les règles du commerce et l'intérêt environnemental, et comment elle est abordée ailleurs.

Comme le démontre, entre autres, la référence au principe du développement durable, l'OMC et l'Organe d'appel reconnaissent que les préoccupations environnementales sont tout à fait légitimes. Or, pour acquérir ou conserver, selon le point de vue, sa légitimité, l'OMC devrait transposer, à l'aide de son mécanisme de règlement des différends, cette reconnaissance dans ses décisions. Cela suppose des changements par rapport à la jurisprudence traditionnelle.

À notre avis, la mise en relief de l'importance de l'environnement dans le Préambule de l'*Accord sur l'OMC* donne aux tribunaux l'outil qu'il leur faut pour valoriser de façon importante les dispositions de l'article XX du GATT portant sur l'environnement. Notre discussion met en évidence qu'il est possible de voir dans l'article XX plus qu'une simple exception d'interprétation stricte. Il n'est pas inusité, comme le droit communautaire le montre, de puiser des éléments de décision dans d'autres textes que l'article servant d'interface entre l'environnement et le commerce. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel appelés à trancher un différend, qui se trouve justement à cheval sur deux intérêts, risquent de perdre leur crédibilité si la maxime du développement durable valable pour tout le système de droit de l'OMC reste lettre morte dès qu'un conflit est régi par l'article XX du GATT du fait que ce dernier a avant tout un but commercial. Si l'OMC veut que soit pris au sérieux son discours concernant le développement durable, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent intégrer activement dans leurs décisions les aspects environnementaux et sociaux. Le principe de concordance concrète permet de jongler avec plusieurs aspects sans que l'un soit annulé par l'existence d'un autre.

Notre discussion sur l'interprétation du terme « nécessaire » nous a permis de faire une démonstration de la façon dont il est possible d'arriver en pratique à un juste équilibre entre les intérêts commerciaux et environnementaux. Cependant, la concordance concrète n'est qu'un postulat, et sa

réalisation dépend de la pondération des aspects mis dans la balance. Le principe de proportionnalité sert de cadre de réflexion pour faciliter la pondération. Il est applicable chaque fois qu'il faut trouver un équilibre entre deux intérêts divergents, voire opposés.

Il serait dommage que la jurisprudence de l'OMC soit contrainte de partir à zéro, tandis qu'elle pourrait profiter des expériences du droit communautaire. Il ne s'agit pas ici d'adopter le droit communautaire tel quel, mais tout simplement de se laisser inspirer par des mécanismes de solution élaborés par celui-ci. La transposition de ces mécanismes, comme le principe de concordance concrète ou de proportionnalité, exigera sûrement certaines adaptations au droit de l'OMC. Cependant, il est indéniablement utile de puiser des idées ailleurs dans le but de faire une sorte d'économie de jurisprudence. L'avantage du nouveau système de règlement des différends qui permet à la juridiction d'élaborer une jurisprudence cohérente devrait être utilisé pour développer également une cohérence entre le discours sur le développement durable et la pratique.