



HAL
open science

La place des mécanismes à dimension sécuritaire dans le droit du commerce international

Olivier Bichsel

► **To cite this version:**

Olivier Bichsel. La place des mécanismes à dimension sécuritaire dans le droit du commerce international. Paix et sécurité européenne et internationale, 2022. halshs-03739503

HAL Id: halshs-03739503

<https://shs.hal.science/halshs-03739503v1>

Submitted on 27 Jul 2022

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

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

La place des mécanismes à dimension sécuritaire dans le droit du commerce international

Olivier Bichsel

Coordinateur scientifique, Chaire Jean Monnet en intégration européenne de l'Université Laval,
Candidat au doctorat, Chaire Jean Monnet en intégration européenne - Université Laval, Québec, QC, Canada,
Contractual Phd Candidate | Doctorant contractuel, CRDEI - Université de Bordeaux, France

Résumé

Pour un État, accepter le libre-échange, c'est avant tout une démarche d'ouverture à l'autre. L'étanchéité des frontières se trouve alors relativisée, ce qui apporte son lot de risques. Cet article propose de brosser un portrait des mécanismes sécuritaires du droit du commerce international en 2020. Il tente d'identifier les traits caractéristiques de ces mécanismes en étudiant la réponse du droit du commerce international face aux risques sécuritaires. Il est expliqué que le droit du commerce international ne fonctionne que très rarement selon une logique d'exception au profit de la gestion des risques. Parallèlement, le droit du commerce international ne reste pas étranger à une certaine incertitude dans la détermination objective du risque, tant les paramètres pris en compte dans la légitimation d'une menace sont vastes. Seules les menaces les plus imminentes font l'objet d'un mécanisme assez simple, manifesté par l'exception de sécurité nationale.

Mots-clés : droit du commerce international, sécurité, doctrines de sécurité, doctrine sécuritaire du droit du commerce international.

Abstract

Accepting free trade is above all a process of opening to others. Borders are then put into perspective, which brings its share of risks. This article offers a brief analysis of the main security mechanisms in international economic law. It attempts to identify the characteristic features of these mechanisms by studying the response of international economic law to security risks. It is explained that international economic law very rarely operates according to an exceptional logic for the benefit of risk management. At the same time, international economic law is no stranger to a certain uncertainty in the objective determination of risk, as the parameters taken into account in the legitimation of a threat are vast. Only the most imminent threats are subject to a fairly simple mechanism, manifested by the national security exception.

Keywords: international economic Law, security, security doctrines, international commercial law security doctrine.

I. Introduction

La destinée originelle du droit du commerce international est la disparition complète de la pauvreté et de la guerre. L'idée est simple : plus un pays s'enrichit grâce à son partenaire, moins il tente de lui porter préjudice. Théorisée par Montesquieu selon lequel « [p]artout où il y a des mœurs douces, il y a du commerce »¹, cette idée a parfois bien fonctionné : l'Union européenne en est un exemple. D'un territoire gangréné par les émotions belliqueuses, l'Europe est devenue un espace d'échanges soutenus et d'enrichissement.

Le droit du commerce international n'a pas vocation à gouverner la paix et la sécurité internationale, mais il a – dans sa perception la plus idéaliste – vocation à créer un système d'échanges sain². Il aurait donc une vocation modératrice, intervenant prioritairement sur le développement et la libéralisation des échanges. En fixant ce qu'un État peut ou ne peut pas faire, le droit du commerce international impose des règles qui ont pour objectif de créer une architecture internationale unifiée pour le mouvement des marchandises. Cette idée d'unification se retrouve notamment dans des clauses réprimant les discriminations au sein des relations commerciales³ ou, plus récemment, dans les mesures liées à la reconnaissance mutuelle de normes. Ainsi, que l'on considère les mesures « historiques » des accords de libre-échange – baisse des droits de douane – ou les mesures de « nouvelle génération » – reconnaissance mutuelle⁴ – l'effet principal du droit du commerce international et de ces mesures reste, à terme, l'entrée de marchandises et de services étrangers sur un territoire national.

La conjugaison de l'entrée sur le territoire national de biens et de services étrangers avec la création d'un arsenal de mesures destinées à faciliter cette entrée provoque naturellement une hausse des risques sécuritaires. Nous le verrons plus précisément dans nos développements, mais il convient dès maintenant de préciser que le droit du commerce international n'est pas une aventure téméraire. Si l'architecture du droit du commerce international est prédestinée, par définition, à favoriser une mobilité accrue des marchandises – et donc l'entrée sur le territoire national – elle comprend un certain nombre de dispositifs dédiés à bloquer l'entrée de marchandises ou éventuellement de services dangereux pour l'intégrité du territoire. Dès lors, le droit du commerce international ne peut ignorer que les questions commerciales se trouvent au carrefour de multiples enjeux stratégiques, environnementaux, sociaux, et, naturellement, économiques.

Plusieurs mécanismes mettent en œuvre cette prise en compte des questions de sécurité. Nous serons bien évidemment amenés à les évoquer, tant l'objectif majeur de cette proposition est avant tout d'identifier la place des mécanismes à dimension sécuritaire dans

Cet article est tiré d'une communication présentée lors de la *Summer School* organisée par l'Institut de la Paix et du développement de l'Université Côte d'Azur en septembre 2020 et portant sur « Les doctrines en droit international et droit européen ».

¹ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XX, chap. 1^{er}, p. 410.

² Voir par exemple le préambule des *Accords de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, 1994, selon lequel « tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ».

³ Voir par exemple l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1947) [GATT] qui vise, « sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international ».

⁴ Sur ce point, cf. *infra*.

le droit du commerce international⁵. Pour autant, d'une façon plus théorique, il serait utile de déterminer l'esprit de la réponse sécuritaire du droit du commerce international. Quelle philosophie commande les mécanismes de protection proposés par cette branche particulière du droit international ? Outre le dépassement d'une démarche d'inventaire dont l'intérêt s'avèrerait limité, il s'agirait de pousser plus loin la réflexion au-delà du « comment », vers le « pourquoi ». L'intérêt serait évidemment, dans le contexte de la conciliation du libre-échange et des considérations extracommerciales, d'identifier les éléments permettant de déterminer si le droit du commerce international donne priorité au commerce au détriment d'autres enjeux. Cela permettrait d'ouvrir également un débat sur l'existence d'une « doctrine sécuritaire du droit du commerce international », et d'en dessiner les premiers contours. En effet, dans l'objectif de prendre en considération les exigences de sécurité susceptibles d'affecter le commerce international, l'OMC et ses organes de règlement des différends ont progressivement construit une véritable doctrine afin d'éclairer les différents acteurs quant à la posture à adopter face au risque. L'idée est de réaliser une interprétation cohérente des textes dont l'objectif serait moins une perception uniforme de la notion de sécurité qu'une approche harmonisée du maintien de cette sécurité. La « doctrine sécuritaire du droit du commerce international » chercherait donc à définir la dynamique globale par laquelle les acteurs doivent répondre aux risques sécuritaires.

L'idée d'une doctrine liée à la notion de sécurité en droit du commerce international n'est pas neuve. Andrew Emmerson a commencé cette réflexion à propos de l'exception de sécurité de l'article XXI du GATT⁶. Il y explique notamment la raison d'être de l'exception de sécurité comme relevant d'une « doctrine juridique » ayant une double nature :

The Legal Formalism of security exceptions attempts to harness the political concealment of trade protectionist measures. First, doctrinally, the security exceptions are not left as unwritten rules for the subjective discretion of state power. Instead, they are distilled into legally binding texts, open to challenge before an independent arbiter, signifying their 'concreteness'. Secondly, as a process, the security exceptions limit the political 'struggle for power' within the institution. Politically motivated invocations are constrained by the WTO's legal process because even legitimate invocations are to be determined within the system. The embodiment of 'law' in legal doctrine and legal process constrains the politicization of security exceptions. [Notes omises]⁷

Ainsi, en créant un cadre légal fixe à l'exception, l'aspect politique de la notion de sécurité s'efface au profit d'exceptions prévisibles, claires, encadrées par une doctrine juridique. L'auteur oppose ainsi le réalisme porté par l'idée d'une exception de sécurité large activée à la discrétion des États, au « juridisme »⁸ de la conception de l'article XXI, qui cherche à limiter les risques d'usage abusif de l'exception en reléguant le plus possible l'analyse de son contenu à des situations objectivement délimitées. Il souligne ainsi toute la tension autour de

⁵ Nous nous intéresserons principalement au droit de l'OMC. L'intégration dans notre analyse des accords de libre-échange de nouvelle génération restera partielle, tant le modèle du droit de l'OMC, malgré la crise institutionnelle qu'il subit, garde les faveurs d'un bon nombre de ces accords bi- et plurilatéraux. C'est ainsi que les exceptions de sécurité nationale type article XXI du GATT, ou encore les exceptions générales type article XX du GATT se retrouvent fréquemment en droit du commerce international, au-delà du droit de l'OMC. Une clause « type » est, dans le cadre de cet article, une clause que l'on retrouve de façon similaire à travers plusieurs accords de libre-échange. Ainsi, la clause-type article XXI du GATT se retrouve dans l'article 28.6 de l'*Accord économique et commercial global [AECG]*. - *Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA)*, 2016 ; ou encore dans l'*Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part*, 2009, art. 15.9.

⁶ Andrew Emmerson, « Conceptualizing Security Exceptions : Legal Doctrine or Political Excuse ? », *Journal of International Economic Law*, vol. 11, n° 1, mars 2008, p. 135-154.

⁷ *Ibid.*, à la p. 143.

⁸ Traduction de « *legalism* ». *Ibid.*, à la p. 144.

l'appréhension du risque par le droit du commerce international, pris en étau entre le « réalisme » avancé par les États en raison du lien entre sécurité et souveraineté et le « juridisme » défendu par un droit du commerce international inquiet face à de potentiels abus.

Cet article poursuit donc deux objectifs. L'un, principal, va s'attacher à identifier la place des mécanismes à dimension sécuritaire dans le droit du commerce international. Le second, plus restreint et expérimental, entend ouvrir une réflexion sur une potentielle doctrine sécuritaire du droit du commerce international, qui aurait deux caractéristiques. Premièrement, les méthodes de prise en compte du risque en droit du commerce international relèveraient non pas d'une dynamique binaire d'exception, mais plutôt de « veille », visant à faire entrer les exigences de sécurité directement dans le flot des échanges. L'exception, en ce qu'elle a pour effet de rompre les flux commerciaux, serait un dernier recours. Cela nous mènerait donc à la seconde caractéristique, celle d'une approche fermement ancrée dans la conservation des échanges internationaux, où la détermination du risque serait éloignée de toute considération politique. En cela, la doctrine sécuritaire du droit du commerce international poursuivrait un certain « juridisme » en privilégiant une approche « détachée et objective »⁹ du risque, comme le soutient A. Emmerson dans son article.

Les méthodes employées par les mécanismes sécuritaires de droit du commerce international révèlent une intégration particulière de la notion de sécurité dans le système commercial international (II). Cette intégration, par voie de gestion des risques, pose la question de la détermination du risque en droit du commerce international (III).

II. L'intégration de la notion de sécurité dans les systèmes d'échange : les méthodes de prise en compte des risques de sécurité

Elargir le spectre des dispositions étudiées dans le cadre de cette étude a permis de se rendre compte de quelque chose de déterminant : en droit du commerce international, l'exception n'est pas l'usage. Comme nous allons le voir, les exceptions ne sont pas les seules dispositions ayant vocation à assurer la sécurité ou la sûreté dans le système commercial. Elles ont plutôt vocation à assurer un « dernier recours » (II.2.). D'autres systèmes, moins imposants et plus discrets, sont conçus pour veiller au maintien d'un niveau stable de sécurité dans les échanges (II.1.). Ainsi, par opposition aux « systèmes d'exceptions », ceux que nous appelons les « systèmes de veilles » s'attachent à incorporer des exigences de sécurité dans le développement « normal » des échanges.

II.1. Les « systèmes de veille » : l'incorporation des questions sécuritaires dans les flux d'échanges

La crise de la COVID-19 n'a pas, du point de vue, du droit du commerce international et au moment où ces lignes sont écrites¹⁰, entraîné de choc juridique majeur. On aurait pu en effet s'attendre à l'émergence de différends dans la lignée de ceux initiés par d'autres problématiques sanitaires telles que la catastrophe de Fukushima¹¹, la crise de la vache

⁹ « *detached and objective* ». *Ibid.*, à la p. 153.

¹⁰ Décembre 2020.

¹¹ Viabilité du commerce de poisson depuis le Japon vers la Corée du Sud après la crise nucléaire de Fukushima. Voir l'affaire *Corée — Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides*.

folle¹², ou encore l'affaire *Bœuf aux Hormones*¹³. Dans ces trois cas, comme d'ailleurs dans beaucoup de problèmes sanitaires, l'incertitude sur la réalité du risque entraîna une réponse disparate des autorités de réglementation, certaines plaidant pour l'existence d'un risque, d'autres pour son absence. Et lorsque l'on intègre une situation d'import/export dans ces affaires, le centre de gravité de l'attention des autorités s'étend lentement du maintien du niveau de sécurité approprié, vers le gain apporté par l'export d'une marchandise. Des différends naissent alors, entre ceux qui veulent exporter et ceux qui veulent se protéger, avec la suspicion sous-jacente d'un protectionnisme plus ou moins assumé. La crise de la COVID-19 n'a pas obéi à ce schéma. S'il n'est pas question ici de s'étendre en détail sur la réaction du droit du commerce international face à cette crise sanitaire, il est cependant intéressant d'évoquer la méthode retenue par cette branche du droit pour répondre à une menace sécuritaire globale, et surtout, reconnue. En effet, contrairement aux autres crises mentionnées précédemment, la crise de la COVID-19 varie sur deux points. D'une part, l'existence du problème sanitaire est globalement reconnue¹⁴, et d'autre part cette crise ne touche pas des marchandises, mais des humains. Quel enseignement apporte donc cette crise sur une potentielle doctrine sécuritaire du droit du commerce international ? En ce qui concerne les questions sécuritaires, il n'y a pas nécessairement une logique binaire de *stop and go*, dont la philosophie serait le blocage des marchandises dangereuses par exception au flot normal de l'import/export. Il y a aussi une sorte de dynamique de « veille », qui vise à faire entrer les exigences de sécurité directement dans le flot des échanges. Ainsi, contrairement au mécanisme de l'exception¹⁵ où les questions de santé publique sont prises en compte « par effacement de la force contraignante des obligations commerciales »¹⁶, le mécanisme que nous appelons de « veille » vient proposer une réponse au risque en temps réel des flux de marchandises et de services.

Les dispositifs de veille reposent à titre principal sur la méthode de la gestion des risques, « *risk management* ». Tant le droit multilatéral que le droit des accords bi et plurilatéraux reconnaissent une place de plus en plus importante à cette approche : on peut aujourd'hui dire qu'elle constitue la norme, ou du moins une partie de celle-ci. Pour mieux comprendre la notion, il faut la situer dans l'environnement des systèmes de régulation des risques :

[The] three-step risk analysis framework [comprises] risk assessment, risk management and risk communication. Risk assessment is science-based and aims at providing the scientific evidence needed to substantiate regulatory measures. The goal of risk management is to determine the scope of these measures by weighing the costs and benefits of various policy options. In doing so, it must of course consider the scientific evidence but it may also take into account other factors, such as socio-economic issues. In other words, what drives risk management is the intent to determine levels of acceptable risk, whereby in the case of the EU the recognition of the precautionary principle also implies that action may be taken even when the scientific evidence is not conclusive. Finally, risk communication delineates all those activities that have to do with the

¹² Persistance de la France à prendre des mesures restrictives alors que la crise de la Vache Folle était réputée sous contrôle. Voir Julia Butault, « Les causes juridiques de la crise de la vache folle » hal-00716311, en ligne : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-007163112>, 2010, à la p. 63.

¹³ Affaire *Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*.

¹⁴ Elle ne fait aujourd'hui aucun doute, d'autant qu'elle est reconnue par l'Organisation Mondiale de la Santé.

¹⁵ Cf. *infra*.

¹⁶ Hélène Ruiz Fabri (dir.), *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris 16, Paris, Société de Législation Comparée, 2009 à la p. 13. Notons que cette citation aborde le sujet de l'environnement, mais reste applicable au système général de l'exception.

*dissemination of information to stake-holders and consumers about risk on the one hand, and risk regulations on the other*¹⁷.

Seuls les deux premiers mécanismes, l'analyse du risque (*risk assessment*) et la gestion des risques (*risk management*) nous intéresseront, la communication des risques n'étant pas centrale à notre réflexion. Auparavant implicite¹⁸, la notion de gestion des risques apparaît de plus en plus explicitement dans les accords de libre-échange. Il est possible d'observer un changement de ton, entre l'*Accord sur la facilitation des échanges* (AFE)¹⁹, conclu en 2013, et d'autres accords ultérieurs. Là où le système multilatéral propose « dans la mesure du possible »²⁰ une approche fondée sur la gestion des risques, les accords régionaux sont plus exigeants. On peut notamment citer l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (ACEUM), qui pose, sans atténuation ni concession, le principe selon lequel « [c]haque des Parties fonde la gestion des risques sur une évaluation des risques reposant sur des critères de sélection appropriés »²¹. L'Accord économique et commercial global (AECG), plus modéré, demande lui également l'utilisation d'une telle méthode, mais laisse une échappatoire, qui permet un élargissement du contrôle²². Quoi qu'il en soit, en s'appliquant autant aux mesures douanières²³ qu'aux mesures assimilées aux Obstacles Techniques au Commerce (OTC)²⁴, ainsi qu'aux questions sanitaires²⁵, la gestion des risques a aujourd'hui un impact quasi universel sur le commerce de marchandises. Et il y a des arguments pour soutenir qu'elle s'étend également au commerce de services, notamment de services financiers²⁶.

Une lecture croisée des dispositions liées à la gestion des risques dans différents textes de droit du commerce international permet d'éluder en quoi la gestion des risques, en permettant une veille sécuritaire, est aujourd'hui l'une des méthodes entretenues par le droit du commerce international. Par définition, l'approche par gestion des risques est prédestinée à conserver le plus possible un mouvement régulier d'échange. Plutôt que de faire un contrôle complet de chaque marchandise qui rentre sur le territoire indifféremment de ses caractéristiques, il s'agit pour les autorités de cibler les contrôles et d'anticiper intelligemment les risques. L'article 7.12.1 de l'ACEUM évoque explicitement cette idée :

¹⁷ Liana Giorgi et Annuradha Tandon, « Putting Risk Management to the Test or Why It is Ineffectual to Separate Risk Assessment from Risk Management : The Story of Maximum Levels for Aflatoxins » *Eur J Risk Reg* 123, 1:2, 2010, à la p. 125.

¹⁸ Voir la lettre de l'article 5 de l'accord SPS, qui ne mentionne pas explicitement notion, mais qui y fait référence.

¹⁹ *Protocole portant amendement de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, WT/L/940 2014.

²⁰ Art. 4.1 de l'Accord sur la Facilitation des Échanges.

²¹ *Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 2018, art. 7.12. Il faut dire que l'ACEUM est à ce jour l'un des accord les plus exigeants contrairement à ses congénères, notamment l'AECG, qui, malgré les critiques, reste au demeurant plus modéré.

²² *AECG*, *op. cit.*, art. 6.7.3.

²³ À travers l'*Accord sur la Facilitation des Échanges*, évoqué plus haut.

²⁴ À travers l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (*Accord OTC*), 1994.

²⁵ À travers l'*Accord sur l'Application des Mesures Sanitaires et Phytosanitaires* (*Accord SPS*), 1994. Sur ce point, voir par exemple Lukasz Gruscynski, « Risk Management Policies under the WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures » *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 3:1, 2008, p. 261-308.

²⁶ Voir par exemple *AECG*, *op. cit.*, art. 13.5 ; Ce terme est large, et donc n'englobe pas seulement des mesures de gestion des risque. Toutefois, on s'intéresse de plus en plus à ce type d'approche en matière de régulation financière. Voir par exemple Mamiko Yokoi-Arai, « GATS' prudential carve out in financial services and its relation with prudential regulation » *ICLQ*, 57:3, 2008, p. 613-648, à la p. 634.

De nombreux articles de doctrine et manuels ont proposé une analyse complète de l'article XX et de sa jurisprudence²⁹ : nous n'allons pas ici nous pencher en détail sur un article qui, nous ne le dirons jamais assez, a réellement façonné l'appréhension des limites du libre-échange. L'article XX est une clause dite « d'exception générale », qui accueille des motifs variés. Les principaux sont la moralité publique³⁰, l'environnement³¹, ou encore les situations de pénuries³². Ce qu'il faut comprendre, c'est que la plupart des situations pouvant mériter une exception peuvent être rattachées à cet article, qui demeure un outil particulièrement flexible. Parallèlement, les clauses-type XXI du GATT³³ proposent une exception exclusivement dédiée aux questions de sécurité nationale. Dans la même lignée, on retrouve également des clauses protégeant la divulgation de certains renseignements³⁴, ou encore une exception liée à la balance des paiements³⁵. À elles deux, les clauses-types articles XX et XXI du GATT permettent, par leur flexibilité, la couverture d'un nombre impressionnant de domaines³⁶. C'est ainsi que l'article XX j), consacré aux situations de pénuries, a pu être appliqué dans une situation liée à la transition écologique³⁷. Ce qui semble ainsi évident, c'est que toute menace sécuritaire reçoit, en droit du commerce international, une chance d'être prise en compte, dans la mesure où les domaines couverts par les clauses-types article XX du GATT couvrent la plupart des risques.

Pour comprendre la dynamique de l'exception, il faut commencer par faire la différence entre l'exception et la dérogation. Sur ce point, nous nous référons au travail de D. Carreau et P. Juillard³⁸, qui met en exergue cette différence en droit de l'OMC. Si ces mots sont sans doute liés, là où l'exception est une « échappatoire »³⁹, qui suppose au préalable la *violation* du droit, la dérogation sert « à relever temporairement un Membre de certaines de ses obligations conventionnelles ». La dérogation est une modification temporaire des règles du jeu préalablement négociées, là où l'exception permet de passer outre les règles posées. Ainsi, la dynamique de l'exception est relativement simple. En droit, elle voit l'application « d'une loi d'exception qui se singularise du droit commun »⁴⁰. Lorsqu'une exception est reconnue, cela entraîne un « effacement de la force contraignante des obligations commerciales »⁴¹. Ainsi, contrairement au mécanisme de veille vu précédemment, qui va chercher à faire du cas par cas, de la recherche ciblée, l'exception pose un coup d'arrêt net. Nous avons expliqué plus haut que cet effet n'est pas recherché par le droit du commerce international, tant celui-ci recherche une circulation constante des facteurs de production.

²⁹ Pour une analyse complète et accessible de l'article XX, voir par exemple « WTO | WTO Analytical Index — Guide to WTO Law and Practice (updated electronic version) », *wto.org*, en ligne : https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_e.htm.

³⁰ *GATT de 1947, op. cit.*, art. XX a).

³¹ *Ibid.*, art. XX b) et g), chacun envisageant la question environnementale de façon différente.

³² *Ibid.*, art. XX j).

³³ On retrouve ces clauses notamment dans l'article 28.6 de l'AECEG, ou dans l'article 32.2 de l'ACEUM.

³⁴ *ACEUM, op. cit.*, art. 23.7. Parfois ces dispositions sont intégrées dans les exceptions de sécurité nationale. Voir par exemple *AECEG, op. cit.*, art. 28.6.a.

³⁵ V. par exemple *AECEG, op. cit.*, art. 28.5.

³⁶ Cf. Figure 1. Ce schéma représente la couverture des potentielles sources de risques relativement aux trois types d'exceptions.

³⁷ Voir par exemple l'affaire *Inde — Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, 2016 Organe d'Appel. Dans cette affaire, l'Inde a soutenu être en situation de pénurie face à un manque de production nationale de panneaux solaires. L'Organe d'Appel a infirmé cette position en considérant qu'une situation de pénurie devait être analysée globalement et non nationalement.

³⁸ Dominique Carreau *et al.*, *Droit international économique*, 2017 à la p. 231.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Gérard Cornu et Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014 à la p. 334.

⁴¹ Ruiz Fabri, *op. cit.* à la p. 13.

Dans l'esprit du droit du commerce international, l'exception ne semble pas être le mécanisme principal par lequel les menaces de sécurité et de sûreté doivent être prises en compte. La première caractéristique d'une doctrine sécuritaire du droit du commerce international serait de concevoir l'exception comme un dernier recours et donc de privilégier les mécanismes de veille en ce qu'ils intègrent la notion de sécurité dans le droit. Il y a donc cette philosophie selon laquelle la sécurité fait partie du droit positif et que l'exception, dans la mesure où celle-ci provoque une extinction temporaire, brute et directe de l'application du droit doit être évitée, tant elle constitue une entrave aux flux commerciaux. Si nous venons de voir les dispositifs et finalement les angles d'attaques par lesquels les questions sécuritaires sont abordées par cette doctrine, nous ne sommes pas allés jusqu'au bout de l'analyse. Car l'enjeu sous-jacent, ce n'est pas tant la conciliation de la sécurité et du droit du commerce international que l'autonomie des États dans le choix du niveau de protection approprié. Dès lors, nous devons porter notre analyse sur la perception du risque, sa légitimité et la réaction permise par la doctrine sécuritaire du droit du commerce international.

III. La détermination du risque en droit du commerce international

Pour comprendre comment le droit du commerce international détermine l'existence du risque, il convient de faire un point rapide sur une notion qui en réalité recouvre l'intégralité des développements à venir : la proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité est bien connu des juristes européens pour être un outil de choix à la fois pour les juridictions européennes et internes⁴². Aujourd'hui très bien ancrée dans le droit international⁴³, la notion de proportionnalité est la clef de voute de l'action modératrice du droit du commerce international. Elle se retrouve non seulement au titre des analyses de l'article XX du GATT, mais aussi dans les analyses portées par les dispositions des accords SPS ou OTC⁴⁴. L'avantage de la proportionnalité demeure sa capacité à modérer des intérêts antagonistes, conjugué à une certaine neutralité :

*Proportionality may influence the interpretation of specific provisions in WTO law, and pose less of a danger to WTO Members pursuing legitimate policy choices than some other, vaguely defined tests would*⁴⁵.

Moins mécanique que le triptyque habituel nécessité/adaptation/proportionnalité, le droit des échanges internationaux exprime principalement l'idée de proportionnalité à travers la notion de nécessité. En réalité, le droit de l'OMC emprunte une approche guidée de la proportionnalité, imprégnée de considérations commerciales, qui attisent les controverses :

[...] proportionality in WTO law is well-established in terms of necessity, i.e. the ability of less intrusive measures to contribute to the achievement of a particular aim, while

⁴² Sur ce point, voir par exemple Valentina Vadi, « The Migration of Constitutional Ideas to Regional and International Economic Law : The Case of Proportionality », *Northwestern Journal of International Law & Business*, 35:3, 2015, p. 557-590.

⁴³ Sur ce point, voir notamment Thomas Cottier *et al.*, « The Principle of Proportionality in International Law », *SSRN Journal*, 2012, en ligne: <http://www.ssrn.com/abstract=2598410>. Elle s'applique également en droit international des investissements : voir par exemple l'application du principe de proportionnalité à l'affaire Tecmed contre Mexique, Xi Han, « The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico », *Chinese Journal of International Law*, 6:3, 2007, p. 635-652.

⁴⁴ Les accords SPS et OTC contiennent un test de proportionnalité « adapté » au droit du commerce international. Sur ce point, voir Cottier *et al.*, *op. cit.*

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 31.

*additional tests of proportionality in terms of balancing and weighing different interests in assessing policy goals adopted by governments and the suitability of the measures adopted has remained controversial. The TBT and SPS Agreements go a step further than the other WTO agreements and establish positive normative standards to assess proportionality*⁴⁶.

Au-delà de la proportionnalité, la détermination de ce qui peut ou ne peut pas être permis en matière de mesure restrictive par le droit international économique semble finalement fondée sur la cohérence de la mesure étatique. L'un des exemples les plus significatifs pourrait être l'affaire *États-Unis - Mesures affectant la production et la vente de cigarettes au clou de girofle*. Par le biais de réglementations techniques, les États-Unis ont cherché à restreindre l'importation de cigarettes au clou de girofle venant principalement de Thaïlande, sur le fondement que les cigarettes parfumées sont le point d'entrée des jeunes dans l'accoutumance à la consommation de tabac. Mais les États-Unis ne restreignaient pas les cigarettes mentholées. Concluant à la similarité des cigarettes au clou de girofle par rapport aux cigarettes mentholées⁴⁷, la mesure, par manque de cohérence manifeste au regard de l'objectif de santé publique, n'a pu avoir d'autre destin que de se voir considérée comme une « restriction déguisée au commerce international »⁴⁸, alors même que l'analyse de l'organe d'appel n'est pas allée jusqu'à mobiliser l'article XX du GATT. Face à la crainte de la restriction déguisée, le droit international économique cherche constamment à rationaliser – adoptant une approche « détachée et objective »⁴⁹ – le processus de prise en compte des risques sécuritaires. Dès lors, les caractéristiques de la proportionnalité ne sont plus seulement des paramètres d'analyse, mais des facteurs déterminants de la légitimité d'une mesure, et donc de la capacité d'un État d'introduire des mesures de restriction sécuritaire. Or, face aux situations d'incertitudes (III.1), il semble que le droit international économique s'oriente vers une standardisation des menaces (III.2), qui pose la question d'une potentielle hiérarchisation des menaces (III.3).

III.1. Une réponse hétérogène face à l'incertitude du risque

Lorsqu'un risque est avéré et palpable, le droit du commerce international n'érige aucun obstacle contre les mesures de protection calibrées pour y répondre. Nous avons deux exemples. Le premier, évoqué plus haut est la crise de la COVID-19. Le second est l'affaire *CE – Amiante*, dans laquelle l'Organe d'Appel a conclu sans difficulté en faveur des mesures destinées à protéger la France contre l'amiante, car les preuves scientifiques étaient formelles et la mesure adaptée⁵⁰. Les choses sont plus compliquées lorsque le risque n'est pas scientifiquement prouvé ou que le doute persiste. Précisons d'ores et déjà que ces situations concernent uniquement celles qui impliquent, de près ou de loin, un risque scientifiquement analysable, à savoir des risques environnementaux ou des risques de santé publique. En effet, lorsqu'il s'agit de la moralité publique, le risque n'a pas à être démontré⁵¹

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 23.

⁴⁷ Rapport de l'Organe d'Appel dans l'affaire *États-Unis - Mesures affectant la production et la vente de cigarettes au clou de girofle*, au para 160.

⁴⁸ Cette expression vient du « chapeau introductif » du *GATT de 1947*, *op. cit.*, art. XX.

⁴⁹ « *detached and objective* ». A. Emmerson, *op. cit.*, à la p. 153.

⁵⁰ Voir sur ce point, le Rapport du Groupe spéciale dans *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, au para 8.188, et le rapport de l'Organe d'Appel dans la même affaire, au para 114.

⁵¹ Autant les Groupes Spéciaux que l'Organe d'Appel ne portent pas de jugement de valeur sur les morales protégées. Le Groupe spécial constitué dans l'affaire *Chine – Produits audiovisuels* a même été jusqu'à expliquer que « *We do not consider it simply accident that the exception relating to "public morals" is the*

dès lors qu'il est prouvé qu'une mesure est destinée à répondre à une situation de préservation de la moralité publique. C'est pour cela que l'Union européenne a tenté de justifier l'interdiction de la vente de produits dérivés du phoque sur ce fondement, alors que la mesure avait une signification avant tout environnementale⁵². Dans le cas de la moralité publique, l'analyse s'intéresse directement à la conception de la mesure, pour déterminer si elle est réellement destinée à protéger la moralité publique, ou si elle ne constitue pas une restriction déguisée au commerce. Une situation similaire peut être détectée pour les questions non scientifiques évoquées par l'accord OTC : la difficulté pour rattacher une mesure à l'article 2.2 de l'accord OTC ne gravite pas tant autour de la nature des risques en cause qu'autour du degré de contribution de la mesure au risque et de ses effets restrictifs sur le commerce⁵³. Enfin, les situations impérieuses de sécurité sont également de ce rang : elles bénéficient d'une analyse différente, comme nous le verrons *infra*.

Dès lors, le débat sur l'incertitude du risque est transféré directement vers les accords SPS, ainsi que vers l'article XX (b) du GATT. Dans cet article, tout comme dans l'article 2.2 de l'accord SPS, la preuve du risque est censée être scientifique. En l'absence de preuve scientifique suffisante, une mesure ne doit pas être maintenue⁵⁴. L'État n'est pas pour autant tenu de suivre automatiquement ce qui constitue l'opinion scientifique majoritaire⁵⁵. Mais qu'en est-il lorsqu'il n'y a tout simplement aucune preuve scientifique du risque ? Cette question fait directement référence au principe de précaution. L'affaire *CE-Hormone* a ouvert la porte au principe de précaution en droit de l'OMC à travers les dispositions de l'article 5.7 de l'accord SPS⁵⁶. Celles-ci permettent de prendre temporairement des mesures, en l'absence de preuve scientifique suffisante. Pour, autant, l'application de ce principe de précaution est limitée⁵⁷. En réalité, aucun accord de libre-échange ne reconnaît explicitement un principe de précaution large. Le champ d'application d'un risque non avéré est limité, et la durée d'application autorisée de ce principe de précaution incertaine⁵⁸. Il semble alors que le droit du commerce international, face à l'incertitude de certains risques, ait tenté de trouver un consensus détourné en recourant à une standardisation des menaces.

first exception identified in the ten sub-paragraphs of Article XX » (Paragraphe 7.187), sous-entendant que les rédacteurs du GATT apportaient une importance particulière à la moralité publique. Il y a aussi une difficulté politique pour une « juridiction » commerciale de porter un regard sur la légitimité morale d'une mesure, dans la mesure où la moralité est intimement liée à la souveraineté. Il est donc moins politique de s'attacher à analyser sa conception. On retrouve là encore l'approche « détachée et objective » identifiée par A. Emmerson (*op. cit.*, à la p. 153). Sur ce point, voir notamment A.-C. Hatton, R. Ouellet, L. Letourneau, « Du rôle de la genèse dans l'exégèse : pour une interprétation historiquement éclairée de l'exception de moralité publique du GATT », RBDI 2010/2, p. 603 et s. ; S. Charnovitz, « The Moral Exception in Trade Policy », *Virginia Journal of International Law*, 1998, p. 20-21.

⁵² Sur ce point, Olivier Bichsel, « La prise en compte du bien-être animal en droit de l'Organisation Mondiale du Commerce : un trompe-l'œil ? », *Revue semestrielle de droit animalier*, Institut de droit européen des droits de l'Homme, Université de Montpellier, 2/2021, p. 577-596.

⁵³ Cela se remarque relativement bien dans le rapport de l'Organe d'Appel dans l'affaire CE – Sardine, au para 286 et suivants. On constate que l'analyse dans le cadre de cette affaire tourne principalement autour de la conception de la mesure, plus qu'autour de l'objectif recherché par celle-ci.

⁵⁴ *Accord SPS*, *op. cit.*, art. 2.2.

⁵⁵ Hélène Ruiz Fabri, « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », Hors-Série « Le Principe de précaution », *Revue juridique de l'Environnement*, 2000, p. 55-66, à la p. 62.

⁵⁶ *Ibid.* à la p. 66 : « On ne peut donc conclure ni à une antinomie, ni à une méconnaissance de la précaution par l'OMC. L'encadrement dont elle est l'objet n'est jamais que le reflet de la méfiance des États concernant un usage abusif [du] principe ».

⁵⁷ Voir notamment Jan Bohanes, « Risk Regulation in WTO Law : A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle », *Columbia Journal of Transnational Law*, 40:2, 2002, p. 323-390.

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 370.

III.2. Rationaliser la détermination du risque : le recours aux standards internationaux

Comme nous l'avons constaté, pour favoriser ce mouvement régulier des échanges, les accords de droit du commerce international cherchent à fixer des critères, plus ou moins fermes, sur lesquels les États devront axer leur contrôle, comme ici avec l'article 4.4 de l'AFE :

Chaque Membre fondera la gestion des risques sur une évaluation des risques reposant sur des critères de sélection appropriés. Ces critères pourront inclure, entre autres, le code du Système harmonisé, la nature et la description des marchandises, le pays d'origine, le pays de départ de l'expédition, la valeur des marchandises, les antécédents des négociants pour ce qui est du respect des exigences, et le type de moyens de transport⁵⁹.

Ce que cet article démontre, c'est que le point de tension ne gravite pas tant autour de la gestion du risque qu'autour de la première étape évoquée plus haut, l'évaluation des risques. L'évaluation du risque détermine les risques sécuritaires qui sont ciblés : si un élément n'est pas digne d'une démarche d'évaluation du risque, il ne constituera pas, logiquement, une menace de sécurité. Derrière tout cela se trouve naturellement la légitimité de la menace et de la réaction face à celle-ci : la méfiance envers les tentations protectionnistes règne. Il est donc courant que le droit du commerce international fasse référence à des standards de classifications internationaux, car ils ont le mérite d'être globaux et non régionaux ou nationaux⁶⁰. Les standards internationaux résultant d'un effort de consensus et bénéficiant d'une application globale sont plus à même de s'intégrer dans le système commercial international. C'est par un effet d'harmonisation, porté par plusieurs accords⁶¹, que les menaces sécuritaires sont progressivement prises en compte. L'article 2.4 de l'accord OTC montre assez bien la dynamique recherchée :

Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques [...]⁶².

Les règlements techniques doivent servir de base aux réglementations nationales. Pour autant, il ne s'agit pas d'une classification des menaces. La stratégie est plutôt de standardiser les produits de sorte que tout ce qui sort de ces standards soit considéré comme dangereux parce qu'anormal. Cette approche est particulièrement perceptible dans l'ACEUM qui invite les parties à prendre en compte « l'incidence des produits non conformes »⁶³ dans les choix d'évaluation de la conformité. Dès lors, un produit sans le standard approprié peut devenir par défaut une menace potentielle.

⁵⁹ AFE, *op. cit.*, art. 4.4.

⁶⁰ On peut notamment citer l'affaire « Thon-Dauphin », sur le label « Dolphin-Safe ».

⁶¹ Il est possible de citer en premier lieu l'article 3 de l'accord SPS intitulé « harmonisation ». Citons également l'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (article 7.9.2), l'ACEUM (article 9.17.e 9.16.e). Certains accords raisonnent également sur le terrain de l'équivalence, tels que l'Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique (article 6.14). D'autres accords raisonnent sur le terrain plus général de la coopération réglementaire. C'est notamment ce que fait l'Union européenne dans son accord avec le Canada (21.4.h ; 21.4.r). De surcroît, il convient de préciser que tous ces accords font parallèlement référence à l'accord SPS, et confirmant les engagements des parties à son égard.

⁶² Accord OTC, *op. cit.*, art. 2.4.

⁶³ ACEUM, *op. cit.*, art. 11.6.8.

Cet état des choses a permis aux États de disposer d'une présomption de licéité en droit de l'OMC lorsqu'une mesure sécuritaire est fondée sur des standards internationaux. C'est ce qu'indique l'Organe d'Appel de l'OMC dans l'affaire *CE-Hormones* :

La présomption (réfragable) comporte deux aspects : d'une part, présomption de la nécessité de la mesure, telle que l'exige l'article 2:2, d'autre part présomption de conformité à l'Accord SPS plus largement et au GATT. Pour que joue la présomption, toutefois, l'exigence envers le Membre se resserre : l'article 3:2 ne fait plus état de mesures SPS prises « sur la base » de normes internationales, mais bien de mesures « conformes » à ces normes. Cette conformité n'est établie que lorsque la mesure SPS « incorpore complètement la norme internationale et la transforme en pratique en une norme nationale » (CE – Hormones, *op. cit.*, § 170)⁶⁴.

Cette présomption de licéité n'est pas pour autant un sauf-conduit : une application partielle⁶⁵ ou exagérée⁶⁶ des standards demande une analyse supplémentaire et, de plus, la présomption demeure réfragable. C'est en cela qu'en droit de l'OMC, fonder une mesure sécuritaire sur des standards internationaux n'est pas une obligation pour les États⁶⁷. La dynamique relève plutôt de l'incitation : « si le système ne peut [...] pas obliger les Membres à la conformité aux normes internationales, il peut en revanche créer une incitation en ce sens »⁶⁸. Les accords régionaux ont dès lors poursuivi une voie un peu plus contraignante. Bien au-delà du recours aux standards internationaux prôné par le droit de l'OMC⁶⁹, les accords régionaux sont allés jusqu'à proposer une reconnaissance mutuelle des procédures d'évaluation de la conformité. C'est notamment le cas de l'AECG⁷⁰, et avec une dynamique différente⁷¹, de l'ACEUM⁷². Ainsi, au lieu de reconnaître, indirectement, via des standards internationaux, des catégories de risques standardisées, il est question de reconnaître bilatéralement et directement soit les organismes et protocoles d'évaluation de la conformité, soit les standards de conformité nationaux du partenaire économique. C'est ainsi que des produits canadiens peuvent, avec l'AECG, entrer sur le territoire européen avec une certification européenne type « CE ». Il s'agit là non plus d'une harmonisation indirecte, qui passe par une norme internationale, mais d'une véritable synchronisation des normes nationales. Il est possible de penser que cet effet de synchronisation est aujourd'hui catalysé par la montée en puissance des dispositions de coopération réglementaire. À travers des chapitres dédiés à la « coopération en matière de réglementation »⁷³ ou encore aux « Bonnes pratiques de réglementation »⁷⁴, les États communiquent de plus en plus à travers les accords de libre-échange pour élaborer leurs normes internes.

⁶⁴ Carreau *et al.*, *op. cit.* à la p. 301.

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 302.

⁶⁶ *Ibid.* aux p. 302-303.

⁶⁷ L'absence d'obligation est déduite notamment par l'expression *Ibid.* aux p. 300-301.

⁶⁸ *Ibid.* à la p. 301.

⁶⁹ Il faut préciser que les accords régionaux tels que l'AECG ou l'ACEUM incorporent souvent des dispositions de l'OMC en ce qui concerne les normes techniques, ces dispositions servant de « base ». Voir par exemple l'incorporation de dispositions de l'accord OTC dans l'ACEUM à l'article 11.3.

⁷⁰ *Accord économique et commercial global – Protocole de reconnaissance mutuelle des résultats de l'évaluation de la conformité.*

⁷¹ Christian Deblock, « L'Amérique du Nord, un espace toujours plus intégré. L'ACEUM et la coopération réglementaire », Hors-série - Mars 2022, 1^{er} avril 2022, *Revue québécoise de droit international*, <https://www.sqdi.org/fr/lamerique-du-nord-un-espace-toujours-plus-integre-laceum-et-la-cooperation-reglementaire/> aux p. 155-156.

⁷² *ACEUM*, *op. cit.*, art. 11.6.

⁷³ *AECG*, *op. cit.*, ch 21.

⁷⁴ *ACEUM*, *op. cit.*, ch 28.

En dehors des accords de libre-échange, les acteurs majeurs du commerce international ont également proposé des dispositifs d'agrégation des opérateurs économiques et non des produits. C'est notamment en droit européen, le statut d'Opérateur Economique Agréé.

[A]vec les attentats du 11 septembre 2001, les États-Unis ont imposé au reste du monde une série de mesures de contrôle contraignantes visant à sécuriser les flux internationaux de marchandises et donc, la chaîne logistique. Ils ont parallèlement créé un nouvel agrément, le C-TPAT, destiné aux opérateurs fiables, afin de ne pas les pénaliser. La communauté internationale, à travers l'Organisation mondiale des douanes (OMD), y a répondu en élaborant un « cadre de normes visant à sécuriser et faciliter le commerce mondial (Safe) » auquel plus de 150 pays ont souscrit, dont l'Union européenne. La réponse concrète de cette dernière a été la création du statut d'opérateur économique agréé (OEA), qui a été intégré dans le Code des douanes communautaire modernisé et qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008. Au 31 décembre 2010, la douane a délivré 380 statuts d'OEA contre 200 un an plus tôt.⁷⁵

Cette procédure comprend des critères de sécurité variés, axés tant sur la sécurité que sur la sûreté⁷⁶. Ce dispositif, créé à la suite des événements du 11 septembre 2001, s'adresse plutôt à des menaces liées à la sûreté du territoire qu'à la sécurité sanitaire. Visant les opérateurs plutôt que les marchandises, le système de l'OEA vient compléter les critères d'analyse du risque tout en accélérant le passage à la frontière.

Il ne faut pas penser que le droit du commerce international empêche de prendre en compte un risque sécuritaire qui ne fait pas partie d'une classification. L'accord OTC donne explicitement le droit aux États de créer toute réglementation destinée à répondre à des « objectifs légitimes »⁷⁷, qui sont « entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement »⁷⁸. Les États restent souverains, en particulier quand la raison sécuritaire est impérieuse, comme nous allons le voir par la suite. Il n'y a donc pas un effet de restriction manifeste des catégories de menaces. Pourtant, sans expressément restreindre le champ de compétence d'un État pour décider de ce qui constitue un risque ou non, il semblerait que le droit du commerce international utilise les standards internationaux et la coopération, comme vecteur de légitimité des menaces. Là serait finalement la seconde caractéristique de cette doctrine sécuritaire du droit du commerce international, qui viserait une approche « détachée et objective »⁷⁹ du risque, déconnecté de toute considération politique, tendant vers le juridisme identifié par A. Emmerson. En effet, les standards internationaux, par le consensus qu'ils produisent, tendent vers l'objectivité et éloignent le débat potentiellement houleux de la détermination du risque, favorisant une approche plus détachée et donc juridique. Pour autant, sans rentrer dans une analyse critique, il convient de se pencher sur un effet perceptible de cette doctrine. En effectuant une sorte de tri parmi les menaces, on s'aperçoit qu'à certains égards, le droit du commerce international ne les approche pas de façon identique. On assiste dès lors à une forme de hiérarchisation des menaces.

⁷⁵ « 4/ Opérateur économique agréé. Un sésame incontournable dans le nouveau contexte sécuritaire - Le Moci », (17 mars 2011), en ligne : *Le Moniteur du Commerce International (MOCI)* <https://www.lemoci.com/actualites/reglementation/4-operateur-economique-agree-un-sesame-incontournable-dans-le-nouveau-contexte-securitaire/>.

⁷⁶ *Circulaire, Instruction rénovée sur la certification Opérateur Économique Agréé (OEA) suite à l'entrée en application du Code des Douanes de l'Union*, by République Française, Ministère des Finances et des Comptes Publics, NOR: FCPD1611516C, 2016.

⁷⁷ *Accord OTC*, *op. cit.*, art. 2.2.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ « *detached and objective* ». A. Emmerson, *op. cit.*, à la p. 153.

III.3. Vers un effet de hiérarchisation des menaces ?

Le recours accru aux standards au titre de la détermination et de la légitimation du risque pose la question d'une potentielle hiérarchisation des risques. À cet égard, il n'échappera à personne que le droit du commerce international est régulièrement critiqué pour son manque d'égard envers des thématiques extracommerciales, telles que l'environnement ou encore la sécurité sanitaire. En mettant de côté les critiques sur l'activisme judiciaire de l'Organe d'Appel⁸⁰, il faut admettre en effet que faire reconnaître une exception n'est pas facile en droit de l'OMC. Toutefois, une affaire devant l'OMC coûte cher à un État, en termes relationnel et économique. On peut donc s'attendre à ce qu'un État, qui effectue une demande devant l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC, le fasse en connaissance de cause, avec des chances très raisonnables de succès. Cela signifie que l'échantillon des affaires qui passe à l'OMC n'est pas forcément représentatif de la réalité du terrain. En revanche, il demeure possible de proposer une analyse purement factuelle : le droit du commerce international a toujours été dans une dynamique de facilitation des échanges. C'est après tout son but. Dès lors, on retrouve une multitude de dispositions et de rappels sur l'importance du commerce international dans des dispositions pourtant destinées à en limiter la portée. Que ce soit dans les accords SPS, OTC ou dans le GATT, il est ainsi régulièrement demandé aux États de concevoir des mesures qui « ne soient pas plus restrictives pour le commerce »⁸¹ que nécessaire⁸². Il faut évidemment rappeler le test du « chapeau » de l'article XX du GATT : non seulement celui-ci prohibe les discriminations arbitraires ou injustifiables, mais il vérifie également l'existence d'une « restriction déguisée au commerce international ». N'oublions pas non plus que les États doivent régulièrement démontrer qu'aucune alternative raisonnablement disponible pour protéger le commerce n'a été trouvée⁸³ lorsqu'ils sont confrontés au test de nécessité. À partir du moment où cette marge de manœuvre existe, « *the importance of the regulatory objective at stake should not be used to grant more deference to WTO Members* »⁸⁴. Souvent donc, le débat porte davantage sur la conception de la mesure que sur les objectifs qui sont les siens : c'est ce que nous avons vu dans l'article 2.2 de l'accord OTC étudié plus haut, et ce qui transparait de la plupart des tests en droit de l'OMC. C'est normal : le droit du commerce international n'a pas pour objectif ni pour fonction de régir le fonctionnement des mesures sécuritaires. Il est seulement conçu pour sauvegarder les intérêts économiques.

Il pourrait être soutenu au regard de ce qui a été expliqué plus haut qu'il existe des catégories de menaces qui sont davantage prises au sérieux que d'autres. Ainsi, les menaces prouvées par un consensus⁸⁵ ont plus d'importance que celles fondées sur des résultats scientifiques disparates, ou celles ne reposant pas sur des preuves scientifiques. Il est également possible d'arguer que les risques résultant des travaux issus d'une coopération internationale sont davantage pris au sérieux, ceux-ci reposant sur un certain degré de

⁸⁰ Sur ce point, voir par exemple John O McGinnis, « Against Global Governance in the WTO » (2004) 45 Harvard International Law Journal 353.

⁸¹ *Accord SPS, op. cit.*, art. 5.6.

⁸² *Voir également, Accord SPS, art. 5.4 ; Accord OTC, op. cit.*, art. 2.3.

⁸³ Cette condition fait partie du test de nécessité en droit de l'OMC.

⁸⁴ A. Herwig, A. Serdarevic, « Standard of Review for Necessity and Proportionality Analysis in EU and WTO Law : Why Differences in Standards of Review Are Legitimate », dans *Deference in International Courts and Tribunals : Standard of Review and Margin of Appreciation*. Oxford University Press ; 2014, à la p. 219.

⁸⁵ Par exemple, les risques liés à l'Amiante. Cf. Rapport du Groupe spéciale dans *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, au para 8.188, et le rapport de l'Organe d'Appel dans la même affaire, au para 114.

consensus et nécessitant, dès lors, moins de justification. Pour autant, il demeure difficile de soutenir fondamentalement qu'une hiérarchie formelle existe entre les risques : l'enjeu reste plutôt la preuve du risque et non les caractéristiques intrinsèques de celui-ci. Il y a, en revanche, un réel argument à soutenir qu'une hiérarchie de menace existe au regard de clauses-types article XXI du GATT, au regard de leur démarche d'analyse particulière.

En tant qu'exception consacrée à la sécurité nationale, l'exception-type article XXI du GATT est « l'exception parmi les exceptions ». En effet, tant juridiquement qu'historiquement, la clause-type⁸⁶ article XXI du GATT représente l'échappatoire ultime. Dès les prémisses du GATT, on retrouve l'idée d'une exception de sécurité⁸⁷, et une explication du dilemme posé par les questions de sécurité nationale dans leur relation avec le commerce international, ici exposé par le *Chairman* de la Commission A du comité préparatoire du GATT :

[t]here must be some latitude here for security measures. It is really a question of balance. We have got to have some exceptions. We cannot make it too tight, because we cannot prohibit measures which are needed purely for security reasons. On the other hand, we cannot make it so broad that, under the guise of security, countries will put on measures which really have a commercial purpose⁸⁸.

Le dilemme, toujours le même, tourne autour de la capacité du droit du commerce international à faire la distinction entre restriction légitime et tentation protectionniste. Pour autant, ici, les enjeux sont plus importants, puisque l'article XXI du GATT se rapporte directement à des éléments de souveraineté de l'État. Avant 1994, l'article XXI n'est apparu qu'une poignée de fois. Il a notamment été utilisé pour justifier des restrictions à l'importation lors de situation de conflit⁸⁹. Après 1994 et la naissance de l'OMC, une utilisation concrète de l'article XXI a tardé à se manifester. Il a fallu attendre 2014 avec le conflit Russie – Ukraine⁹⁰ pour voir une application concrète de l'article, puis l'ère Trump⁹¹, durant laquelle ce consensus silencieux fut rapidement rompu, à la fois dans le cadre d'une guerre commerciale menée contre la Chine, et pour faire pression sur les pays en instance de négociation avec les États-Unis. L'article XXI a ainsi servi de justification à un certain nombre de mesures, posées par les États-Unis, pour restreindre le flux entrant de certaines marchandises considérées comme stratégiques, telles que l'acier.

L'exception de sécurité nationale est considérée comme une « *self judging exception* »⁹². Elle laisse en effet une grande latitude de choix aux États, dans la mesure où son écriture est parsemée d'expressions accordant à celui qui invoque la clause une certaine autonomie. C'est en cela qu'A. Emerson évoque la perception « réaliste » des États de cette clause

⁸⁶ La clause se retrouve quasiment mot pour mot dans *AECG, op. cit.*, art. 28.6; *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, op. cit.*, art. 15.9 ; Les dispositions de l'ACEUM sont différentes, mais conservent les caractéristiques générales de l'article XXI du GATT, à savoir la capacité pour un État de juger de lui-même de l'opportunité de l'exception, *ACEUM, op. cit.*, art. 32.2.

⁸⁷ *Report of the first session of the preparatory committee of the United Nations conference on trade and employment*, United Nations conference on trade and employment à la p. 37.

⁸⁸ « The Drafting History of GATT Article XXI : The U.S. View of the Scope of the Security Exception », en ligne : *International Economic Law and Policy Blog* <https://ielp.worldtradelaw.net/2018/03/drafting-history-of-gatt-article-xxi.html>.

⁸⁹ « Article XXI - Security Exception » dans *WTO Analytical Index (pre 1994)*, OMC.

⁹⁰ Avec l'affaire Russie — Mesures concernant le trafic en transit.

⁹¹ Avec l'affaire États-Unis — Certaines mesures visant les produits en acier et en aluminium.

⁹² Roger P Alford, « The Self-Judging WTO Security Exception » (2011) 697 *Utah Law Review*, en ligne : https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/330.

dédiée à répondre à la « projection émotionnelle »⁹³ portée par les enjeux inhérents de souveraineté liés à l'exception. C'est ainsi qu'une partie peut « prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité⁹⁴ se rattachant soit à des questions liées aux matières fissiles⁹⁵, à l'approvisionnement des forces armées⁹⁶, ou à une situation en « temps de guerre »⁹⁷ ou de « grave tension internationale »⁹⁸. En raison de cette terminologie particulière⁹⁹, l'article XXI laisse penser qu'un État peut, en toute autonomie, prendre des mesures restreignant le commerce international, sans qu'un quelconque organisme de règlement des différends puisse le contester. Cela signifierait, en théorie, que les situations visées par l'article XXI sont en effet plus importantes que les autres (qui elles doivent répondre à plusieurs critères pour être légitimées), allant dans le sens d'une hiérarchisation des menaces. Dans l'affaire *Russie — Mesures concernant le trafic en transit*, le Panel a confirmé cette analyse. Selon le Panel¹⁰⁰, les membres de l'OMC ne sont limités sur l'application de l'article XXI du GATT que par deux éléments : le rattachement de la mesure à la lettre de l'article, l'appréciation de la conception de la mesure¹⁰¹. Le Panel n'est en revanche pas l'interprète de la nécessité de la mesure :

[I]l appartient à la Russie de déterminer la « nécessité » des mesures pour la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. C'est la conclusion qui doit logiquement être tirée si l'on veut donner un effet juridique à l'expression adjectivale « qu'elle estimera »¹⁰².

Là où nous avons précédemment expliqué que le contrôle de nécessité d'une mesure était l'un des éléments cruciaux de prise en compte des éléments extracommerciaux, l'article XXI se sépare complètement de cette analyse. Tombe également l'obligation de trouver la mesure la moins restrictive au commerce international. En apparence, il semble que l'exception de sécurité puisse provoquer l'effondrement d'une grande partie des édifices destinés à préserver l'intégrité du commerce international. Ce n'est pas le cas : le Panel tente cependant d'ériger, autant que possible, des garde-fous. Il reste en effet maître de la détermination du champ d'application des trois possibilités de mise en œuvre de l'article XXI b), ainsi que de l'expression « intérêt essentiel de sa sécurité ». Ainsi, sur l'article XXI b) iii) invoqué par la Russie, le Panel précise :

[M]oins le « cas de grave tension internationale » invoqué par le Membre est caractéristique, c'est-à-dire plus il est éloigné d'un conflit armé ou d'une situation de désordre public (que ce soit sur le territoire du Membre invoquant la disposition ou

⁹³ A. Emmerson, *op. cit.*, à la p.142. L'expression vient de M. Koskenniemi qu'Emmerson cite abondamment dans son texte. Voir Martti Koskenniemi, « Out of Europe: Carl Schmitt, Hans Morgenthau, and the turn to “international relations” », dans Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law*, New York: Cambridge University Press, 2002.

⁹⁴ *GATT de 1947, op. cit.*, art. XXI b).

⁹⁵ *Ibid.*, art. XXI b) i).

⁹⁶ *Ibid.*, art. XXI b) ii).

⁹⁷ *Ibid.*, art. XXI b) iii).

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Terminologie que l'on retrouve également à l'article XXI a), sur la protection de certains renseignements.

¹⁰⁰ Précisons tout de même que les développements à venir sont fondés sur le travail du Panel, qui n'est pas le dernier niveau d'analyse disponible en droit de l'OMC. À l'heure actuelle, l'Organe d'Appel ne s'est pas prononcé sur la question, c'est donc le travail du Panel qui, à l'heure actuelle fait foi. Il est toutefois possible que l'état de l'interprétation évolue dans le futur.

¹⁰¹ *Russie — Mesures concernant le trafic en transit*, para 1.138.

¹⁰² *Ibid.*, para 7.146

dans son environnement immédiat), moins les intérêts de défense ou militaires, ou intérêts en matière de maintien de la loi et de l'ordre public qui peuvent être généralement attendu, sont manifestes. Dans de tels cas, un Membre devrait énoncer les intérêts essentiels de sa sécurité de manière plus précise que ce qui serait requis lorsque le cas de grave tension internationale impliquait, par exemple, un conflit armé¹⁰³.

Il y a ici quelque chose de familier. Sans y voir un test de nécessité en tant que tel, on retrouve une dynamique, au demeurant logique, expliquée plus haut : plus le risque est démontré, moins l'analyse est rigoureuse. De même, si la notion de risque est corroborée par une prise en compte de l'ONU, elle a plus de chance d'être acceptée¹⁰⁴. L'obligation d'interpréter de bonne foi conformément aux articles 31.1 et 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est un autre garde-fou cité par le Panel : « L'obligation de bonne foi exige que les Membres n'utilisent pas les exceptions prévues à l'article XXI comme un moyen de contourner leurs obligations au titre du GATT de 1994 »¹⁰⁵. Finalement, le travail du Panel aura confirmé la théorie d'Emmerson, sur l'existence d'un certain « juridisme » tenant vers une approche « détachée et objective »¹⁰⁶ de la situation. Ainsi, dans le cas du conflit armé survenu en 2021 sur le territoire ukrainien, la suspension, par l'UE et d'autres membres de l'OMC, du traitement de nation la plus favorisée de la Russie¹⁰⁷, semble *prima facie* justifiée¹⁰⁸. En effet, en l'espèce, la menace à la paix et la sécurité internationale laissent peu de doute¹⁰⁹. Malgré tout, il y a, *de facto*, une faculté plus importante pour les États à prendre des mesures se rapportant à une clause de type article XXI du GATT. Il y a donc des arguments pour soutenir l'existence d'une hiérarchie entre les situations impérieuses décrites par l'article XXI du GATT et les « autres » risques. Pour autant, cette différence est négligeable, ou du moins se justifie par la nature des enjeux en cause. Une menace grave à la paix et la sécurité internationale dépasse, en tout point, le droit de l'OMC, et celui-ci ne devrait constituer un obstacle à cet égard.

IV. Conclusion

Cette contribution aura tenté d'identifier la place des mécanismes à dimension sécuritaire dans le droit du commerce international. Par deux biais, la veille et l'exception, le droit du commerce international tente de répondre aux menaces sécuritaires. Derrière ces deux mécanismes, un débat subsiste : celui de la détermination du risque, tout particulièrement lorsque le consensus sur son existence est absent. Si le recours à une forme de standardisation des menaces a pu insuffler un vent de rationalisation dans la détermination

¹⁰³ *Ibid.*, para 7.135.

¹⁰⁴ Le Panel se fonde explicitement sur le travail de l'Assemblée générale des Nations Unies. Voir *ibid.*, para 7.737.

¹⁰⁵ *Ibid.*, para 7.133.

¹⁰⁶ « *detached and objective* ». A. Emmerson, *op. cit.*, à la p. 153.

¹⁰⁷ « Statement by Executive Vice-President Dombrovskis on EU Decision to Stop Treating Russia as a Most-Favoured-Nation at the WTO », (15 mars 2022), en ligne : *European Commission* https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/dombrovskis/announcements/statement-executive-vice-president-dombrovskis-eu-decision-0_en.

¹⁰⁸ Il s'agit là d'une analyse strictement limitée à l'apparence, qui ignore notamment l'interdiction, en droit de l'OMC, de recourir aux contremesures sans initier, au préalable, une procédure de règlement des différends.

¹⁰⁹ Voir par exemple la résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies « Agression contre l'Ukraine » du 1^{er} mars 2022 (A/ES-11/L.1).

du risque, le droit du commerce international ne reste malgré tout pas étranger à une certaine incertitude dans la détermination objective du risque, tant les paramètres pris en compte dans la légitimation d'une menace sont vastes. Seules les menaces les plus imminentes font l'objet d'un mécanisme assez simple, manifesté par l'exception de sécurité nationale.

Tous ces éléments permettent d'identifier des tendances qui pourraient former une potentielle « doctrine sécuritaire du droit du commerce international ». Ce qui ressort en premier lieu de ces analyses, c'est que la doctrine sécuritaire du droit du commerce international serait... commerciale. Elle n'est sécuritaire que dans une mesure de nécessité : elle réserve l'essentiel de son analyse au traitement des mesures ayant un impact sur les échanges internationaux. C'est pour cela que c'est avant tout une doctrine de gestion des risques, où l'exception doit rester une exception. Timide sur les questions impérieuses de sécurité, incertaine lorsqu'un risque n'est pas scientifiquement avéré, elle cherche à s'émanciper de la difficulté de la détermination du risque, toujours guidée par l'intérêt commercial. Cette doctrine contournerait donc les difficultés du consensus à travers des méthodes d'harmonisation, allant jusqu'à provoquer ce que l'on pourrait appeler une harmonisation des risques. Ce que ces développements semblent montrer, c'est que la doctrine sécuritaire du droit du commerce international cacherait sa subjectivité par son objectivité. Sous le couvert de la détermination « détachée et objective »¹¹⁰ du risque, la doctrine sécuritaire du droit du commerce international ferait ce que le droit du commerce international fait de mieux : considérer les échanges internationaux.

¹¹⁰ « *detached and objective* ». A. Emmerson, *op. cit.*, à la p. 153.