

Moralité publique et diversité culturelle : l'approche OMC dans la jurisprudence *Chine – Services audiovisuels*

*Emmanuel Sibidi DARANKOUM**

Résumé

Une critique fondamentale parfois adressée au droit de l'OMC réside dans le peu de place que ce dernier accorde aux valeurs non marchandes. L'article XX du GATT permet cependant de justifier une mesure restrictive pour le commerce. L'affaire *Chine – Services audiovisuels* aborde cette problématique et ouvre une ère nouvelle dans l'approche du droit au sein du débat sur la gouvernance mondiale. En ce sens, la présente étude s'efforce de promouvoir l'idée d'une mondialisation contrôlée combinant règles de libéralisation des marchés et nécessaire protection de valeurs non économiques.

Abstract

The WTO is often blamed for not taking into account noneconomic values although article XX has occasionally been invoked to justify internal measures that were deviant from GATT prescriptions. *China – Audiovisual Services* deals with this topic in opening a new era in WTO law-making. This paper thus aims at promoting the idea of a controlled globalisation which combines market liberalisation rules and the necessary protection of noneconomic values.

* Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et membre du Centre de droit des affaires et du commerce international.

Plan de l'article

Introduction	435
I. La supposition <i>arguendo</i> comme réponse à la problématique de l'applicabilité de l'article XX a) au Protocole d'accession de la Chine à l'OMC	437
A. Le Groupe spécial.....	437
1. La problématique.....	437
2. Les données de la problématique.....	438
B. L'Organe d'appel	439
1. La critique de la technique <i>arguendo</i>	439
2. La critique de l'invocabilité de l'article XX a)	440
II. Le test de <i>nécessité</i> dans la mise en œuvre de l'exception de moralité publique : les étapes de l'analyse appliquées aux mesures en cause	441
A. Est-ce que les mesures relèvent d'une des exceptions prévues à l'article XX du GATT de 1994?.....	442
B. Est-ce que les mesures satisfont aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994?	443
III. Appréciation d'ensemble : vers un aggiornamento du droit de l'OMC	449
A. Frontière du droit et technique <i>arguendo</i> : le besoin d'une délimitation plus rigoureuse	449
B. La moralité publique, une moralité culturelle : de la diversité culturelle comme moyen de défense	452
Conclusion	454

L'éveil de la Chine dans le contentieux du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est un phénomène marquant des dernières années. En effet, le leadership de la Chine dans ce contentieux n'a pas cessé d'évoluer, faisant ainsi de ce grand pays un adversaire de taille pour les autres pays développés et Membres de l'OMC. Une lecture attentive de l'ensemble des décisions impliquant la Chine dans le contentieux de l'OMC permet de constater une véritable *montée en capacité juridique* de ce pays. Cette situation nous renseigne sur une nouvelle aptitude quant à l'innovation juridique, notamment dans la mise en œuvre de l'article XX a) du GATT de 1994 traitant de l'exception de moralité publique. Cette exception, on le sait, est déployée en tant que bouclier pour stopper la force centripète du droit hégémonique de l'OMC. C'est le tour de force entrepris par la Chine dans le contentieux l'opposant aux États-Unis dans l'affaire dénommée *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissements audiovisuels*¹.

L'originalité de ce tour de force se situe à divers degrés juridiques dans le Rapport du Groupe spécial du 12 août 2009 et dans celui de l'Organe d'appel du 21 décembre 2009, adopté le 10 janvier par l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC. Les Rapports visés seront analysés cumulativement de manière à faire ressortir ce que nous considérons comme constituant une importante contribution de la Chine à l'enrichissement du droit de l'OMC. Sans entrer dans les détails de l'affaire, était en cause une panoplie de mesures prises par le gouvernement chinois en vue de réglementer les droits de commercialisation et les services de distribution pour des publications et des produits de divertissement audiovisuels. Les mesures visées touchaient pour l'essentiel le cadre juridique des investissements étrangers², avec pour effet recherché des restrictions basées sur

¹ *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport du Groupe special, WT/DS363/R (12 août 2009); *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS363/AB/R (21 décembre 2009), disponible en ligne sur le site de l'OMC: <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds363_f.htm>.

² Les États-Unis ont demandé que l'Organe de règlement des différends mette en place un groupe spécial afin de vérifier si les autorités chinoises restreignent d'une manière injustifiable le droit des entreprises en Chine et des entreprises et des personnes physiques étrangères d'importer en Chine des matériels de lecture, produits DAVD, enre-

la nécessité d'une sauvegarde de la moralité publique. Notons tout de suite que le pouvoir d'intervention des autorités à ce titre ne soulève pas de difficulté, les Panels reconnaissant son *importance* ainsi que celle de l'objectif poursuivi. En revanche, les problèmes juridiques, sur lesquels on se penchera, gravitent autour des difficultés propres au *discernement juridique* quant à la mise en œuvre de l'article XX a) du GATT de 1994. Ainsi, cette disposition peut-elle être invoquée pour justifier une éventuelle dérogation de la Chine à son Protocole d'accession à l'OMC? Une telle perspective consisterait à sortir l'article XX a) de son périmètre restrictif, celui à l'intérieur duquel il est amené à jouer le rôle de mécanisme d'éviction du droit substantiel de l'OMC, en l'occurrence, l'Accord sur le commerce des marchandises qui l'abrite et, accessoirement, l'Accord sur les services. Le Protocole d'accession étant, à notre avis, un document a priori externe, mais néanmoins annexé au GATT de 1994, l'opportunité d'une véritable jurisprudence de l'OMC s'offrait ici, opportunité dont il faut dire qu'elle a été manquée par le Groupe spécial. Ce manquement est par ailleurs désapprouvé par l'Organe d'appel qui en profite pour mettre en garde contre le danger de l'usage de la technique de *supposition Arguendo* et l'appauvrissement susceptible d'en résulter (I). L'analyse de la démarche basée sur ce principe d'économie jurisprudentielle, dite *arguendo*, sera complétée par l'étude de la mise en œuvre du test de nécessité dans le cadre du déploiement de l'article XX (II). Enfin, un dernier point d'intérêt dans le litige a trait à ce que nous considérons comme un *rappel*, ou mieux un *appel*, lancé par la Chine sur la nécessité d'un *aggiornamento* du droit de l'OMC aux valeurs non marchandes, précisément, l'opportunité d'un arrimage possible entre diversité culturelle et moralité publique s'offrait également ici. En effet, pour justifier l'exception de moralité publique (présentée comme mécanisme de préservation contre la violence et la pornographie) dans sa défense, la Chine fait levier de son particularisme culturel. Précisément, cela renvoie à la spécificité de la société chinoise en tant que communauté de valeurs et de culture. L'argument n'est pas banal, surtout que la Chine appuie sa défense en invoquant en renfort la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles dont les finalités recourent certains aspects du litige. Cet aspect de la décision retiendra particulièrement notre atten-

gistrements sonores et films pour projection en salle (ci-après les « produits pertinents ») en limitant les droits de commercialisation aux entreprises chinoises détenues par l'État.

tion dans la partie consacrée à l'appréciation critique des éléments de droit qui ressortent de l'affaire *Chine-produits audiovisuels* (III). Les perspectives qui en découleront ne sont pas vaines, car droit de l'OMC n'est plus si jeune. Il a sans doute maintenant atteint un degré de maturité tel qu'il lui incombe désormais de s'efforcer de concilier les valeurs marchandes et celles non marchandes. Cette problématique ne laisse guère dans l'indifférence et on comprend bien l'intérêt que le Groupe spécial semble lui accorder, alors que l'Organe d'appel, quant à lui, fait montre d'évitement devant un aspect du commerce international aux enjeux importants, mais certes redoutables.

I. La supposition *arguendo* comme réponse à la problématique de l'applicabilité de l'article XX a) au Protocole d'accession de la Chine à l'OMC

Rappelons que les États-Unis reprochaient à la Chine de prendre des mesures restrictives au commerce international et jugées incompatibles avec leur Protocole d'accession à l'OMC, protocole dont on se demande ici s'il est partie intégrante du GATT de 1994 ou non. De la réponse à cette question dépendrait celle de savoir si l'article XX a) invoqué à titre de moyen défense lui est applicable. Le Groupe spécial et l'Organe d'appel sont en désaccord sur le discernement juridique de cette problématique.

A. Le Groupe spécial

Les développements qui suivent viseront donc à analyser le contexte de la mise en œuvre de l'exception de moralité publique prévue à l'alinéa XX a) du GATT de 1994. Cette analyse ne reprendra que les éléments pertinents à la discussion sur les points d'intérêt que nous avons identifiés et choisi de traiter.

1. La problématique

Le Groupe spécial utilise la technique «*arguendo*» pour analyser les mesures jugées incompatibles sous l'alinéa XX a) du GATT de 1994 pour des raisons d'économie judiciaire. Par le biais de cette technique, il évite la question à savoir si l'exception prévue à l'alinéa XX a) du GATT de 1994 peut en effet s'appliquer à une mesure qui est jugée incompatible avec le

Protocole d'accession (dont on chercherait à savoir s'il est partie intégrante ou non du GATT de 1994). L'explication fournie par le Groupe spécial nous paraît simpliste: ce n'est que dans l'éventualité où les conditions posées par l'article XX a) seraient jugées effectives qu'il procèdera au dénouement concret de la problématique relative à son applicabilité au Protocole d'accession³. Le détour par la technique de supposition *arguendo* suffit au Groupe spécial pour justifier et poser sa démarche à partir de la simple hypothèse que l'article XX était bien applicable. L'hypothèse n'a pas été vérifiée et ne le sera jamais par la suite, au grand dam de la jurisprudence. Les parties en litige n'ont aucunement cherché à forcer la note dans le sens inverse, de sorte que tout est demeuré à l'état d'hypothèse.

2. Les données de la problématique

C'est ainsi que le Groupe spécial conclut à l'incompatibilité des mesures contestées avec le Protocole d'accession⁴, avant d'examiner si ces mesures désormais incompatibles avec le Protocole d'accession sont justifiées selon l'alinéa XX a) du GATT de 1994. Comme on peut le percevoir aisément, la mise en œuvre de l'article XX a) à des contestations juridiques relevant du Protocole d'accession constitue une escalade qui suscite un débat que le Groupe spécial se devait, en principe, de trancher au préalable. Cette exigence est tout simplement contournée par l'usage susmentionné de la technique de supposition *arguendo*, qui appauvrit le débat quant à l'issue d'une question importante dans le droit de l'OMC. Cette question (que le Groupe spécial a évité de se poser) peut pourtant être clairement posée en ces termes: l'article XX peut-il être invoqué directement comme moyen de défense lors d'une violation des engagements en matière de droits de commercialisation contractés par la Chine *dans le cadre du protocole d'accession* ou ne peut-il être invoqué comme moyen de défense que lors d'une violation d'une obligation contractée *dans le cadre du GATT de 1994*? Pour résoudre cette question, il faut par ailleurs déterminer si le Protocole d'accession est partie intégrante ou non du GATT de 1994. Le Groupe spécial évite un combat à visage découvert avec cette problématique juridique – laquelle ne pouvait se dénouer que par des détours complexes – en invoquant des motifs d'économie jurisprudentielle, posant qu'il n'aurait de toute manière à la résoudre que dans l'éventualité où les conditions

³ Rapport du groupe spécial, préc., note 1, par. 7.735 à 7.745.

⁴ Voir « Résumé des conclusions sur l'incompatibilité des mesures » au paragraphe 7.706 du Rapport du Groupe spécial.

découlant de l'article XX a) seraient considérées comme satisfaites. Autrement dit, le Groupe spécial juge que l'effort pourrait être disproportionné par rapport au résultat, s'il devait trancher, au préalable, une question dont il n'est pas certain que la réponse se révèle utile à la progression et à l'issue du contentieux. Mais surtout, on voit combien cette démarche peut laisser quiconque préjuger de l'éventuelle issue, en ce sens que se profile ainsi une réponse défavorable à la décision sur la satisfaction des conditions de l'article XX a), rendant superfétatoire le besoin de trancher la véritable question. Selon les conclusions du Groupe spécial, la Chine n'a pas démontré que les mesures pertinentes étaient « nécessaires » au sens l'alinéa XX a) du GATT de 1994. L'absence de *nécessité* a ainsi pour conséquence que ces mesures n'étaient pas justifiées au titre de l'alinéa XX a) du GATT de 1994. Autrement dit, pour le point qui nous intéresse ici, les conditions requises, pour trancher la problématique de principe (l'invocabilité de l'article comme moyen de défense dans le cadre de mesures jugées incompatibles au Protocole d'accession) ne sont pas remplies. Ces conditions n'étant pas satisfaites, en l'espèce, point besoin de chercher à savoir si, en définitive, l'article XX était applicable au Protocole d'accession.

L'Organe d'appel confirme la conclusion du Groupe spécial en y apportant toutefois des précisions et éclaircissements dans la mise en œuvre du moyen de défense tiré de l'article XX a) du GATT de 1994. À ce point s'ajoutent, néanmoins, des *critiques importantes se rattachant à la supposition arguendo*.

B. L'Organe d'appel

Devant ce raisonnement du Groupe spécial, la réaction en contresens de l'Organe est doublement déterminante.

1. La critique de la technique *arguendo*

L'Organe d'appel critique l'emploi de la technique « *arguendo* » par le Groupe spécial. Elle reconnaît qu'il s'agit d'une technique juridique qui peut rendre plus simple et efficace la prise de décision. Mais simplicité ne rime pas toujours avec enrichissement du droit. On peut se demander si les considérations de l'Organe d'appel ne sonnent pas, en quelque sorte, le glas de l'approche basée sur la technique de supposition *arguendo* pour résoudre une question fondamentale dans le cadre du droit de l'OMC?

En effet, la question se pose, puisque l'Organe d'appel affirme que cette technique n'offre pas toujours une base solide pour fonder des conclusions juridiques. Notamment, le recours à cette technique est de nature à compromettre une formulation claire du droit de l'OMC et peut devenir source de difficultés pour l'issue de certains types de questions juridiques comme celles « qui touchent à la compétence d'un groupe spécial ou les questions préliminaires dont dépend la teneur d'une analyse ultérieure »⁵. De l'avis de l'Organe d'appel, *supposer arguendo* (plutôt que régler concrètement) que la Chine peut invoquer l'alinéa XX a) du GATT de 1994 comme moyen de défense serait potentiellement contraire à l'objectif fondamental consistant à favoriser la sécurité et la prévisibilité au moyen du règlement des différends et peut ne pas contribuer à la résolution du présent différend⁶, en ce sens, qu'il peut en résulter, selon nous, un affaiblissement même de tout le mécanisme d'accès à la justice internationale de l'OMC.

2. La critique de l'invocabilité de l'article XX a)

L'Organe d'appel examine la possibilité d'invoquer un moyen de défense au titre de l'alinéa XX a) du GATT de 1994 pour justifier les mesures chinoises que le Groupe spécial avait jugées incompatibles avec les engagements de la Chine en matière de droits de commercialisation pris en vertu de la section 5.1 de son Protocole d'accession.

La section 5.1 du Protocole d'accession de la Chine dispose comme suit :

« Sans préjudice de son droit de réglementer les échanges d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC, la Chine libéralisera progressivement l'accès au droit de commercer et son étendue, de manière que, dans les trois ans à compter de son accession, toutes les entreprises en Chine aient le droit de faire le commerce de toutes marchandises sur l'ensemble du territoire douanier chinois, à l'exception de celles dont la liste figure à l'annexe 2A et qui continuent de faire l'objet d'un commerce d'État conformément au présent protocole. Ce droit de commercer s'entendra du droit d'importer et d'exporter des marchandises » (nos soulignés).

Selon l'Organe d'appel (en s'appuyant sur la mention « compatible avec l'Accord ») la clause introductive de la section 5.1⁷ du Protocole d'ac-

⁵ Rapport de l'Organe d'appel, préc., note 1, par. 213.

⁶ *Id.*, par. 213 à 215.

⁷ Au paragraphe 223 du Rapport de l'Organe d'appel, il est précisé que « les prescriptions réglementaires des Membres de l'OMC peuvent être compatibles avec les règles de l'OMC de deux façons. Tout d'abord, elles peuvent simplement ne pas enfreindre une obligation contractée dans le cadre de l'OMC. Ensuite, même si elles enfreignent

cession ne peut pas être interprétée d'une manière qui permettrait à un plaignant de refuser à la Chine la possibilité d'invoquer un moyen de défense simplement en établissant une allégation au titre de la section 5.1 et en s'abstenant d'établir une allégation au titre d'autres dispositions des accords visés relatifs au commerce des marchandises qui s'appliquent aux mêmes mesures ou à des mesures étroitement liées, et qui énoncent des obligations qui sont étroitement liées aux engagements de la Chine en matière de droits de commercialisation. L'Organe d'appel précise alors que la Chine peut s'appuyer sur la clause introductive de la section 5.1 de son Protocole d'accession et chercher à justifier ses mesures comme étant nécessaires à la protection de la moralité publique, au sens de l'alinéa XX a) du GATT de 1994⁸.

L'autre aspect de la décision susceptible de retenir l'attention, réside, non pas dans le droit de la Chine d'examiner le contenu des produits pertinents, lequel n'est pas contesté dans cette affaire, mais bien la *nécessité* des mesures prises pour effectuer ce contrôle⁹.

II. Le test de *nécessité* dans la mise en œuvre de l'exception de moralité publique: les étapes de l'analyse appliquées aux mesures en cause

Pour faire face à cette problématique de l'analyse des mesures en cause au regard de l'alinéa XX a) du GATT de 1994, le Groupe spécial explique la méthode d'analyse qu'il adoptera. Il affirme que l'examen de la mesure au regard de l'article XX du GATT de 1994 est double. Le Groupe spécial doit d'abord examiner si une mesure relève de l'une des exceptions énumérées

une obligation contractée dans le cadre de l'OMC, elles peuvent être justifiées au titre d'une exception applicable. La référence à « une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC » nous semble englober les deux types de compatibilité avec les règles de l'OMC ». Tandis que le paragraphe 230 du même Rapport se rapporte au fait de savoir si la mesure vise ceux qui peuvent importer ou exporter des marchandises, il faut établir: l'existence d'un lien objectif indiscutable avec la réglementation du commerce des marchandises en cause alors que la question de savoir si le lien objectif nécessaire existe dans un cas spécifique, doit être établi au moyen d'un examen attentif de la nature, de la conception, de la structure et de la fonction de la mesure, souvent conjointement avec un examen du contexte réglementaire dans lequel elle est située ».

⁸ Rapport de l'Organe d'appel, préc., note 1, par. 205 à 233.

⁹ Rapport du Groupe spécial, préc., note 1, par. 7.733, 7.763, 7.759 et 7.789.

aux divers alinéas de l'article XX du GATT de 1994. Par la suite, il doit examiner si la mesure en question satisfait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Pour qu'un moyen de défense au titre de l'article XX du GATT de 1994 soit fondé, les deux éléments du double critère doivent être satisfaits¹⁰. Examinons ces étapes de l'analyse.

A. Est-ce que les mesures relèvent d'une des exceptions prévues à l'article XX du GATT de 1994?

Le Groupe spécial examine d'abord la question à savoir si les mesures ont un rapport avec l'une des exceptions prévues à l'article XX GATT de 1994. Ce test est assez facilement satisfait. Le Groupe spécial estime que les mesures ont rapport avec la moralité publique et tombent donc sous l'empire de l'exception prévue à l'alinéa a)¹¹.

Dans le cadre de son analyse, le Groupe spécial rappelle son interprétation de l'expression « moralité publique » dans l'affaire *États-Unis – Jeux* selon laquelle la moralité publique désignait les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom. Il confirme qu'il convient d'accorder aux Membres une certaine latitude pour définir et appliquer pour eux-mêmes les concepts de moralité publique et d'ordre public sur leurs territoires respectifs, selon leurs propres systèmes et échelles de valeurs¹².

Le Groupe spécial accepte l'affirmation de la Chine, appuyée sur la *Déclaration de l'UNESCO*, selon laquelle l'importation de produits pertinents pourrait, selon leur contenu, avoir une incidence négative sur la moralité publique en Chine. Le Groupe spécial note que la Chine n'invoque pas la *Déclaration de l'UNESCO* comme moyen de défense contre ses manquements aux engagements en matière de droits de commercialisation qu'elle a pris dans son Protocole d'accession¹³. Nous reviendrons sur cette question majeure dans la troisième partie de notre étude.

¹⁰ *Id.*, par. 7.746 à 7.749.

¹¹ *Id.*, par. 7.751 à 7.780.

¹² *Id.*, par. 7.759 et 7.815 à 7.819.

¹³ *Id.*, par. 7.751 et 7.758.

B. Est-ce que les mesures satisfont aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994?

Suivant cette question, le Groupe spécial examine, en conséquence, la question consistant à savoir si les mesures de la Chine satisfont aux exigences du texte introductif (communément appelé chapeau dans le jargon du droit de l'OMC) de l'article XX du GATT de 1994, en étant « nécessaires » pour protéger la moralité publique. Dans cette perspective, le Groupe spécial détermine **les quatre volets de l'analyse du critère de la nécessité**¹⁴ comme suit :

- **Volet 1 :** L'importance des intérêts ou des valeurs en jeu.
- **Volet 2 :** La contribution de la mesure à la réalisation des objectifs qu'elle poursuit.
- **Volet 3 :** L'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international. Le Groupe spécial précise qu'il ne devrait pas seulement soupeser l'incidence restrictive des mesures en cause sur les importations des produits pertinents, mais également leur effet restrictif sur ceux qui veulent se livrer à l'importation, en particulier sur leur droit d'en faire la commercialisation¹⁵.
- **Volet 4 :** Si l'analyse aboutit à une conclusion préliminaire selon laquelle la mesure est nécessaire, ce résultat doit être confirmé par une comparaison entre la mesure en cause et les mesures de rechange possibles, qui peuvent être moins restrictives pour le commerce tout en apportant une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif.

¹⁴ *Id.*, par. 7.782 à 7.793.

¹⁵ *Id.*, par. 7.788. Sur ce dernier point, l'Organe d'appel affirme que la Chine effectivement prend un engagement envers les négociants, sous forme d'un engagement d'accorder à toutes les entreprises en Chine le droit d'importer et d'exporter des marchandises. L'obligation prévue à la section 5.1 du Protocole d'accession ne concerne pas uniquement la question de savoir ce qui peut être échangé, mais plus directement la question de savoir qui a le droit de pratiquer le commerce. L'Organe d'appel constate que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en tenant compte de l'effet restrictif des dispositions sur ceux qui souhaitent pratiquer l'importation dans le cadre de son évaluation de l'effet restrictif des mesures jugées incompatibles avec les engagements de la Chine en matière de droits de commercialisation. En ce sens, voir les paragraphes 226 à 227 et 300 à 311 du Rapport de l'Organe d'appel.

Mise en œuvre des différents volets du test et les résultats de l'analyse. Pour traiter ces divers volets de l'analyse, le Groupe spécial entreprend une classification des mesures chinoises mises en cause en trois catégories, soit la disposition «relative aux critères», les dispositions «relatives au pouvoir discrétionnaire» et les dispositions «relatives à l'exclusion». Les résultats de l'analyse sont obtenus à la suite de la soumission des trois catégories de mesures chinoises qui viennent d'être identifiées au test des critères contenus dans les quatre volets de l'analyse. Le premier volet est analysé en examinant les trois catégories de mesures chinoises dans leur ensemble. Quant aux trois autres volets, ils sont analysés en examinant les différentes catégories de mesures prises séparément¹⁶. Précisément, les résultats sont obtenus par confrontation des catégories de mesures chinoises aux divers volets de l'analyse.

Résultats de l'application du volet 1 de l'analyse aux trois catégories de mesures chinoises. Le premier volet de l'analyse de nécessité est satisfait. Le Groupe spécial estime qu'il appartient à chaque Membre de déterminer le niveau de protection qu'il juge approprié dans une situation donnée. Selon le Groupe spécial, les dispositions sont compatibles avec l'affirmation de la Chine selon laquelle elle cherche à obtenir un niveau élevé de protection de la moralité publique. Le Groupe spécial affirme qu'il ne perdrait pas de vue le niveau élevé de protection de la moralité publique que la Chine a jugé approprié pour son territoire¹⁷.

Résultats de l'application des volets 2 et 3 de l'analyse aux trois catégories de mesures chinoises prises séparément. Le Groupe spécial procède ensuite à l'analyse des deuxième et troisième volets, soit la contribution à la réalisation de l'objectif que les mesures poursuivent et l'incidence restrictive sur le commerce international. Il effectue une analyse séparée pour chacune des trois catégories de dispositions¹⁸.

Résultats découlant de l'application à la première catégorie dite disposition «relative aux critères»¹⁹. Cette disposition soumet le droit d'importer certains produits pertinents à l'obtention de l'approbation par le gouvernement chinois. Cette approbation peut être obtenue à la suite de la pré-

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, préc., note 1, par. 7.814 à 7.815.

¹⁷ *Id.*, par. 7.815 à 7.819.

¹⁸ *Id.*, par. 7.820 à 7.867.

¹⁹ *Id.*, par. 7.820 à 7.836.

sentation d'une demande par une entité qui souhaite importer certains produits pertinents.

La disposition visée énonce différents types de critères d'approbation auxquels doivent satisfaire les entités importatrices. En particulier, les critères en question sont que les entités importatrices doivent disposer d'une *organisation appropriée et d'un personnel qualifié*, et que les demandes d'établissement d'entités importatrices doivent *correspondre au plan de l'État* concernant le nombre, la structure et la répartition des entités importatrices (couverture territoriale).

Selon les conclusions du Groupe spécial, les dispositions relatives à l'organisation appropriée et au personnel qualifié qui prévoient que seules les entités importatrices qui disposent d'une organisation appropriée et d'un personnel qualifié seront approuvées, contribuent à l'objectif de protéger la moralité publique en Chine²⁰. Il conclut aussi que la disposition ne prive pas a priori des types particuliers d'entreprises en Chine du droit de se livrer à l'importation et qu'elle passe le test de l'incidence restrictive sur le commerce international²¹. Quant aux dispositions relatives au plan d'État, qui prévoient que seules les entités importatrices qui se conforment au plan de l'État concernant le nombre, la structure et la répartition (couverture territoriale) des entités importatrices de publications seront approuvées, le Groupe spécial conclut qu'elles contribuent à l'objectif de moralité publique²². Il estime aussi qu'elles n'ont pas une incidence défavorable majeure sur les importations de produits pertinents. Par voie de conséquence, le Groupe spécial conclut que ces dispositions sont donc « nécessaires » à la protection de la moralité publique en Chine, sous réserve de l'absence de solutions de rechange raisonnablement disponibles²³.

Examinant ces conclusions du Groupe spécial, l'Organe d'appel fait valoir que le Groupe spécial a créé une certaine confusion dans son analyse en utilisant le terme « conclure » lorsqu'il énonce ces constatations intermédiaires, de même que le fait qu'il a qualifié de « nécessaires » certaines mesures avant d'avoir examiné la disponibilité d'une mesure de rechange

²⁰ *Id.*, par. 7.823 à 7.825.

²¹ *Id.*, par. 7.826 à 7.828.

²² *Id.*, par. 7.829 à 7.833.

²³ *Id.*, par. 7.834 à 7.836.

moins restrictive. Toutefois, il conclut que l'approche du Groupe spécial ne constituait pas une erreur en droit²⁴. Enfin, l'Organe d'appel constate que la Chine n'a pas communiqué le *plan de l'État* au Groupe spécial et que la charge de démontrer que ses mesures étaient « nécessaires » à la protection de la moralité publique au sens de l'alinéa XX a) de 1994 incombaît à la Chine. Pour s'acquitter de cette charge, la Chine était tenue de présenter des arguments et de produire des éléments de preuve concernant la contribution de la prescription relative au *plan de l'État* à la protection de la moralité publique en Chine. L'Organe d'appel constate donc que le Groupe spécial a fait erreur en concluant à la nécessité des dispositions, vu le manque d'éléments de preuve présentés par la Chine pour justifier cette conclusion²⁵.

*Résultats découlant de l'application à la deuxième catégorie dite dispositions « relatives au pouvoir discrétionnaire »*²⁶. Ces dispositions prévoient que l'importation de certains produits ne peut se faire que par des entités désignées par l'État et que cette désignation ne se fait qu'à l'initiative de l'autorité administrative compétente et qu'il n'y a pas de processus d'approbation à la suite de la présentation de demandes²⁷.

Le Groupe spécial conclut que la prescription en matière de désignation contribue de « façon indirecte, encore que non insignifiante », à la protection de la moralité publique en Chine²⁸.

Pour ce qui est de l'incidence restrictive des dispositions « relatives au pouvoir discrétionnaire », le Groupe spécial conclut que ces dispositions font davantage obstacle au droit de commercer que ne le ferait une prescription d'approbation à la suite de la présentation d'une demande. Les dispositions prévoient qu'il n'existe aucun processus de présentation de demande et les autorités compétentes ont le pouvoir discrétionnaire de désigner les entités de leur choix. Le Groupe spécial conclut donc que ces dispositions ne sont donc pas nécessaires²⁹.

²⁴ Rapport de l'Organe d'appel, préc., note 1, par. 237 à 249.

²⁵ *Id.*, par. 279 à 299.

²⁶ Rapport du Groupe spécial, préc., note 1, par. 7.837 à 7.849.

²⁷ *Id.*, par. 7.837 à 7.840.

²⁸ *Id.*, par. 7.841 à 7.844.

²⁹ *Id.*, par. 7.845 à 7.849.

*Résultats découlant de l'application à la troisième catégorie dite dispositions « relatives à l'exclusion »*³⁰. Ces dispositions comprennent les prescriptions voulant que les entités importatrices de certains produits pertinents soient des entreprises à capital entièrement détenu par l'État, en ce sens qu'elles empêchent les entreprises à participation étrangère d'obtenir le droit d'importer les produits pertinents³¹.

Le Groupe spécial conclut que le fait d'exiger que les entités importatrices de publications soient des entreprises à capital entièrement détenu par l'État ne contribue pas sensiblement à la protection de la moralité publique en Chine³². Par effet de suite, il procède à l'analyse de l'incidence restrictive sur le commerce international de la prescription relative à la propriété de l'État en concluant que la disposition prive a priori certaines entreprises du droit de se livrer à l'importation des produits pertinents et que, par conséquent, cette mesure a une incidence restrictive sur le commerce international³³.

Sur la base de ces facteurs, les dispositions relatives à la propriété de l'État ne sont pas nécessaires à la protection de la moralité publique³⁴. L'Organe d'appel, confirme toutes ces conclusions du Groupe spécial relatives à la contribution à la protection de la moralité publique des mesures qui touchent à la propriété de l'État et à l'exclusion des entreprises à participation étrangère³⁵.

Application du volet 4 de l'analyse aux trois catégories de mesures.

Cette opération consiste à entrevoir des solutions de rechange possibles pour la disposition « relative aux critères ». Le Groupe spécial a constaté que deux des critères d'approbation, soit la condition relative à *l'organisation appropriée et au personnel qualifié* ainsi que la condition relative au *plan d'État* concernant le nombre, la structure et la répartition des entités importatrices, pouvaient être qualifiées de « nécessaires ». Il rappelle que s'il parvient à une conclusion préliminaire que la mesure contestée est nécessaire, ce résultat doit être confirmé par une comparaison entre la mesure et les solutions de rechange possible, qui peuvent être moins

³⁰ *Id.*, par. 7.850 à 7.786.

³¹ *Id.*, par. 7.850 à 7.851.

³² *Id.*, par. 7.852 à 7.860 et 7.895.

³³ *Id.*, par. 7.861 à 7.862 et 7.866 à 7.867.

³⁴ *Id.*, par. 7.863 et 7.868.

³⁵ Rapport de l'Organe d'appel, préc., note 1, par. 250 à 278.

restrictives pour le commerce tout en apportant une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif³⁶.

Le Groupe spécial note que les États-Unis ont proposé plusieurs solutions de rechange possibles qu'il considère raisonnablement disponibles pour la Chine. Une de ces solutions est que le gouvernement chinois prenne les décisions finales en matière d'examen du contenu avant que les produits ne soient dédouanés. En exigeant que les produits à importer soient soumis à l'examen du gouvernement chinois, et en particulier à des examinateurs du contenu qualifiés et appartenant à l'administration publique, la Chine pourrait être suffisamment assurée que l'examen du contenu est effectué conformément aux règles applicables. Cette mesure permettrait à la Chine d'empêcher que des contenus prohibés ne soient diffusés sur son territoire tout en n'entraînant aucune restriction du droit d'importer puisqu'il ne serait pas nécessaire de sélectionner des importateurs, du fait que ceux-ci n'auraient pas à prendre de décision en matière d'examen du contenu³⁷.

Tout en reconnaissant que la mise en œuvre de la proposition des États-Unis pourrait obliger la Chine à affecter des ressources humaines additionnelles aux autorités chargées de procéder à l'examen du contenu, le Groupe spécial estime que la Chine n'a pas démontré que la solution de rechange proposée par les États-Unis lui imposerait une charge indue, financière ou autre et la Chine pourrait facilement alléger sa charge en percevant des droits appropriés³⁸. Sur ce point, l'Organe d'appel confirme l'analyse du Groupe spécial sur les mesures de rechange raisonnablement disponibles pour la Chine³⁹. Il spécifie qu'il ne devrait pas être constaté qu'une mesure de rechange n'est pas raisonnablement disponible simplement parce qu'elle implique un changement de type particulier ou coût administratif. Il confirme qu'afin d'établir qu'une mesure de rechange n'est pas raisonnablement disponible, le défendeur doit établir que cette mesure de rechange lui imposerait une charge indue et il doit fournir des éléments de preuve suffisants pour étayer cette affirmation⁴⁰.

C'est dans ce contexte que le test de nécessité a pu constituer un obstacle à la pertinence de la défense dans cette affaire *Chine – Services audio-*

³⁶ Rapport du Groupe spécial, préc., note 1, par. 7.869 à 7.873.

³⁷ *Id.*, par. 7.873 à 7.909.

³⁸ *Id.*, par. 7.903 à 7.906.

³⁹ Rapport de l'Organe d'appel, préc., note 1, par. 312 à 335.

⁴⁰ *Id.*, par. 327.

visuels. Ceci étant, quelle appréciation d'ensemble peut-on faire de cette jurisprudence. À notre avis, il en résulte plusieurs consécration ou apports, certes en demi-teintes, mais qui sont loin d'être négligeables.

III. Appréciation d'ensemble : vers un *aggiornamento* du droit de l'OMC

Si, dans le règne des fins de l'OMC, le commerce passe avant les questions morales, les réponses quant à une ouverture progressive et prudente dans le traitement de ces questions de moralité ne doivent pas conduire à mal alimenter la conscience collective sur le principe de primauté de la *rule of law*. D'où une double nécessité pour adapter le droit de l'OMC aux besoins de la modernité : d'une part, tracer la frontière de l'usage de la supposition *arguendo* et, d'autre part, s'efforcer de prendre en compte les valeurs non marchandes – ici la défense de la diversité culturelle est appelée en renfort à l'exception de moralité publique.

A. Frontière du droit et technique *arguendo* : le besoin d'une délimitation plus rigoureuse

Constatons que selon l'Organe d'appel, le recours à une supposition *arguendo* est une technique juridique qu'une personne chargée d'une tâche juridictionnelle peut utiliser pour rendre plus simple et plus efficace la prise de décisions. Il avait lui-même, jadis, recouru à cette technique dans le cadre de sa propre jurisprudence⁴¹. Néanmoins, la technique n'en est pas moins rejetée ici comme appauvrissant le développement la prévisibilité de la règle de droit, et ce, compte tenu de procès en cours⁴². L'histoire du droit de l'OMC s'alourdit sans cesse du fardeau de questions

⁴¹ Affaire *États-Unis – Directive sur les cautions en douane*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS345/ AB/R (16 juillet 2008), par. 308-310 et 319

⁴² Cf. les affaires suivantes : *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, rapport du Groupe spécial, WT/DS381/R (15 septembre 2011) ; *Communautés européennes – Certaines mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés de phoques*, WT/DS3G9 (en cours). Ces affaires mettent en cause des incompatibilités avec l'Accord sur les obstacles techniques au commerce mais pour lesquelles on peut se demander ce qui se passera si le défendeur décide d'invoquer l'article XX du GATT, question qui a déjà donné lieu à des débats dans le cadre du contentieux *Amiante* sans obtenir de réponse car le Groupe spécial et l'Organe d'appel avaient déjà trouvé un moyen de contourner l'obstacle.

demeurant sans réponse (notamment l'affaire *Amiante*⁴³ qui n'avait pas clarifié pas la question de l'invocabilité de l'article XX). Il importe, et c'est le message de l'Organe d'appel, de mettre un frein à ce passif en fixant une ligne de démarcation nette dans l'usage de la supposition *arguendo*. Cela amène l'Organe d'appel aux considérations suivantes, en guise d'avertissement pour l'avenir :

– « Si des groupes spéciaux et l'Organe d'appel peuvent choisir d'employer cette technique dans des circonstances particulières, elle n'offre peut-être pas toujours une base solide pour fonder des conclusions juridiques. L'utilisation de la technique peut compromettre une formulation claire du droit de l'OMC pertinent et créer des difficultés pour la mise en œuvre. Le recours à cette technique peut aussi être problématique pour certains types de questions juridiques, par exemple, les questions qui touchent à la compétence d'un groupe spécial ou les questions préliminaires dont dépend la teneur d'une analyse ultérieure. Le règlement des différends à l'OMC a pour objet de résoudre les différends d'une manière qui préserve les droits et les obligations des Membres et clarifie les dispositions existantes des accords visés conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Ce faisant, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne sont pas tenus de privilégier l'approche la plus pratique ou celle qui est suggérée par une ou plusieurs parties au différend. Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel doivent plutôt adopter une méthode analytique ou une structure appropriée pour le règlement des questions dont ils sont saisis et qui leur permette de procéder à une évaluation objective des questions pertinentes et de formuler des constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés. »⁴⁴

– En ne réglant pas concrètement, à titre de question préalable, la problématique de l'invocabilité de l'article XX, le Groupe spécial n'a pu qu'affaiblir sa décision qui repose sur un fondement incertain quant aux constatations sur l'absence de nécessité des mesures chinoises. En effet, « certains éléments du raisonnement du Groupe spécial au titre de l'article XX a), notamment son analyse de l'effet restrictif approprié à prendre en compte, dépendait, au moins dans une certaine mesure, de la possibilité d'invoquer l'article XX a) comme moyen de défense pour un manquement aux engagements de la Chine en matière de droits de commercialisation. Par conséquent, ces parties de l'ana-

⁴³ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (CE – Amiante)*, rapport du Groupe spécial, WT/DS135/R (18 septembre 2000), rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R (12 mars 2001).

⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel, préc., note 1, par. 213.

lyse du Groupe spécial reposent sur un fondement incertain en raison de l'absence de décision sur l'applicabilité de l'article XX a) en l'espèce. En outre, l'absence de clarté sur la question de savoir si la Chine peut invoquer l'article XX a) comme moyen de défense pour une violation de la section 5.1 de son protocole d'accession peut laisser les participants dans l'incertitude quant au champ d'action réglementaire dont dispose la Chine pour la mise en œuvre et quant au point de savoir si une mesure de mise en œuvre est, en fait, compatible avec les obligations contractées par la Chine dans le cadre de l'OMC ou est susceptible d'être à nouveau contestée dans une procédure au titre de l'article 21 : 5 du Mémoire d'accord.»⁴⁵

– L'Organe termine en posant qu'à son avis, « supposer *arguendo* que la Chine peut invoquer l'article XX a) pourrait être contraire à l'objectif consistant à favoriser la sécurité et la prévisibilité au moyen du règlement des différends et peut ne pas contribuer à la résolution du présent différend, en particulier parce qu'une telle approche risque de créer une incertitude en ce qui concerne les obligations de mise en œuvre de la Chine. Nous notons que la question de savoir si la clause introductive de la section 5.1 permet à la Chine de faire valoir un moyen de défense au titre de l'article XX a) est une question d'interprétation du droit relevant de l'article 17 : 6 du Mémoire d'accord. Pour ces raisons, nous avons décidé d'examiner cette question nous-mêmes. »⁴⁶

On le voit, l'applicabilité de l'article XX a), en l'espèce, constituait un véritable imbroglio juridique auquel se sont mêlées des tierces parties, dont le nombre ici était un des plus élevés de l'histoire de la jurisprudence de l'OMC. En particulier, l'Union européenne a fait remarquer que l'article XX a) ne s'applique pas directement au Protocole d'accession de la Chine parce que les exceptions ne peuvent être invoquées que dans le cadre de l'accord spécifique dans lequel elles sont contenues, alors que les engagements énoncés dans le Protocole d'accession ne font pas partie du GATT de 1994⁴⁷. La réponse à cet aspect de la décision demeure floue et il

⁴⁵ *Id.*, par. 214.

⁴⁶ *Id.*, par. 215.

⁴⁷ En revanche, l'Union européenne était d'avis que l'article XX a) était indirectement pertinent pour l'interprétation de l'obligation contractée par la Chine dans la section 5.1 de son protocole d'accession du fait de la clause introductive de cette section, relative au droit de réglementer les échanges. Ce qu'avait fait le Groupe spécial, en déterminant que le droit de la Chine de réglementer les échanges englobait un droit « de base » (celui de réglementer les importations et les exportations) et un droit dérivé de réglementer la question de savoir qui pouvait importer ou exporter des marchandises « dans les cas où cela [était] accessoire (ou nécessaire) par rapport à la réglemen-

faut se résoudre à espérer que d'autres jurisprudences ne le contourneront plus à leur tour, considérant les frontières entre le droit et la technique *arguendo* dégagées par l'Organe d'appel. Surtout, il importe, pour les décisions à venir, de donner un sens au principe de cohérence et d'unité de la jurisprudence de l'OMC. À cette considération, il convient d'ajouter le besoin d'un *aggiornamento* du droit de l'OMC aux exigences contemporaines en matière de valeurs non marchandes que la société civile, désormais relayée par les États, appelle de ses vœux.

B. La moralité publique, une moralité culturelle : de la diversité culturelle comme moyen de défense

Dans le cadre de l'invocation de l'article XX a), la Chine a plaidé l'applicabilité en renfort de l'article 8 de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle. D'abord, devant le Groupe spécial, la question posée avait reçu une réplique favorable en ces termes :

«[...] la Chine n'a pas invoqué la Déclaration comme moyen de défense contre ses manquements aux engagements en matière de droits de commercialisation qu'elle a pris dans son protocole d'accession. La Chine a plutôt fait référence à la Déclaration à l'appui de l'affirmation générale selon laquelle l'importation de produits du type en cause en l'espèce pourrait, selon leur contenu, avoir une incidence négative sur la moralité publique en Chine. [Le Groupe spécial ne voit] aucun problème à accepter cette affirmation géné-

tation des marchandises pertinentes. En ce sens, voir les commentaires d'Hélène RUIZ FABRI, « Chronique de jurisprudence de l'OMC », (2010) *J.D.I.* 950-951. Selon cette auteure, « dans la mesure où la possibilité de recourir à l'article XX a) dépendait de la réponse à cette question, l'Union européenne estimait que le Groupe spécial avait commis une erreur de droit en examinant le moyen de défense de la Chine au titre de l'article XX a) sur une base *arguendo*. Avant d'entreprendre son analyse au titre de l'article XX a), le Groupe spécial aurait donc d'abord dû montrer que « les mesures jugées incompatibles avec les engagements de la Chine en matière de droits de commercialisation étaient accessoires (au sens de « nécessaires ») à la réglementation des marchandises considérées ». L'Union européenne renforçait sa contestation de l'approche *arguendo* en soulignant qu'elle n'avait pas aidé à résoudre effectivement le différend entre les parties puisque la Chine ne savait toujours pas si elle pouvait adopter « des mesures de rechange moins incompatibles avec les règles du GATT (moins restrictives), comme celles qu'ont indiquées les États-Unis » sans courir le risque d'une contestation nouvelle de ces mesures susceptible de déboucher sur une condamnation par l'ORD ». Pour une lecture des motifs sur ce point, voir le paragraphe 111 du Rapport de l'Organe d'appel.

rale, mais [fait observer] [...] [qu'il doit se] concentrer de façon plus spécifique sur les types de contenus qui sont effectivement prohibés au titre des mesures chinoises pertinentes.»⁴⁸

Cette attitude d'ouverture du Groupe spécial est un pas en avant vers l'accueil de valeurs autre que le commerce dans nos sociétés modernes. Mais elle ne suffit pas à résoudre la question fondamentale de son intégration systématique dans le droit de l'OMC.

Pourtant, la question de l'exception de moralité publique présentée comme expression d'une *moralité culturelle* allait faire rebond devant l'Organe d'appel, cette fois, sous la forme de la prise en compte de la *spécificité culturelle* chinoise et formulée dans les mémoires de la défense en ces termes :

«La Chine relève que les biens et les services culturels ont une nature spécifique des biens et services culturels «en tant que porteurs d'identités, de valeurs et de sens», car ils ne font pas que satisfaire un besoin commercial mais jouent aussi un rôle crucial en influençant et en définissant les caractéristiques de la société. Notant que cette spécificité des biens culturels a été affirmée dans la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle et dans la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, la Chine demandait dès lors que l'Organe d'appel soit «conscient» dans le présent appel de la nature spécifique des biens culturels.»⁴⁹

Fait curieux, cette interpellation, quoiqu'explicite, n'a reçu aucune réponse ou réaction de la part de l'Organe d'appel. Faut-il y voir une marque de sagesse ou un manque d'audace ?

Nos observations sur ce point sont les suivantes. La diversité culturelle ne peut être protégée et promue que si certaines conceptions culturelles de la moralité (d'où la transition vers un concept de *moralité culturelle*, faisant ici valoir la possibilité de différentes cultures de la moralité, certaines témoignant un particularisme indéniable – ce qui peut être le cas de la Chine) et des libertés fondamentales sont garanties, sans préjudice des *acquis universels* relatifs aux droits des personnes. En ce sens, se pourrait-il que la notion de spécificité culturelle accolée à celle d'exception de moralité publique renvoie à une conception de l'intégration des valeurs établis-

⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, préc., note 1, par. 7.758 et note 538.

⁴⁹ Rapport de l'Organe d'appel, préc., note 1, par. 25.

sant toutefois la nécessité d'accommoder, dans la mesure du possible et sur la base de critères ou principes identifiables, certaines conceptions culturelles de la moralité? On peut y voir ici, la possibilité d'une *marge OMC d'appréciation* de la doctrine canadienne des *accommodements raisonnables*. La doctrine canadienne se positionnerait ainsi en passeur de valeurs entre le droit de l'OMC et les impératifs de protection étatique de la moralité. Cette doctrine, on le voudrait volontiers, aurait ainsi la potentialité de permettre à l'OMC d'*accorder* les règles interétatiques du jeu du commerce aux droits particularistes des États en matière de *sécurité morale et culturelle* (prenant place au sein d'une catégorie plus large, celle de sécurité humaine), en l'occurrence les droits de la Chine dans l'affaire *Chine-Produits audiovisuels*. Si tel devenait le cas, on s'acheminerait vers l'achèvement d'un nouvel ordre économique international et l'OMC serait garante de l'esprit de cohérence en son sein, en ce que seraient prises en compte, outre les nécessités de nature marchande ou commerciale, les besoins sociétaux déclinés en termes de valeurs sociales immuables, bref, de diversité culturelle et de moralité publique. Une bonne complicité interinstitutionnelle entre l'OMC et l'UNESCO, notamment, permettrait l'achèvement rapide de cette quête de la modernité.

*
* * *

Comme on le voit, l'intérêt de la jurisprudence *Chine – Services audiovisuels* est crucial puisque les importantes questions juridiques d'ordre plus fondamental qu'instrumental n'ont pas reçu de réponses ni finales, ni adéquates ou attendues; de sorte que le feuilleton contient encore des épisodes à suivre... Chose certaine, on ne peut masquer l'apport de la Chine à tous les niveaux, témoignant ainsi de sa capacité juridique à maîtriser les enjeux du millénaire en cours, et peut-être, de celui à venir! En termes de hiérarchie des fins, entre une victoire sur le plan économique (celle des États-Unis) et une victoire sur le plan de l'éveil des consciences quant aux valeurs non économiques dans un contexte de mondialisation (celle gagnée par la Chine), laquelle doit-elle l'emporter sur l'autre? Laquelle serait davantage une victoire à la Pyhrrus?

Avant de répondre à cette question, notons la qualité de la montée en puissance de la Chine dans le contentieux de l'OMC, ce contentieux qui a toujours été perçu comme trop compliqué pour des juristes autres que ceux situés dans les pays occidentaux. On ne peut que s'en réjouir et espé-

rer de ce mouvement un élan vers *la résolution effective d'un défi du droit mondialisé, à savoir la régulation adéquate de l'interface valeurs marchandes versus valeurs non marchandes*. C'est pour rendre hommage à l'apport de la Chine, de son rôle grandissant dans la reconfiguration du droit moderne, que je me suis proposé d'analyser les mérites d'une vision à la fois pragmatique et fondamentale dans l'arrimage subtil entre commerce et culture, indiquant ainsi la direction à suivre en matière de mondialisation du commerce et des droits fondamentaux. À cet égard, le 19 janvier 2010 demeure dans les annales de l'OMC comme une date marquant l'escalade de la jurisprudence *Chine – Services audiovisuels* dans la prise en compte effective (il faut le répéter) de la « nature spécifique des biens et services culturels en tant que porteurs d'identités, de valeurs et de sens, car ils ne font pas que satisfaire un besoin commercial mais jouent aussi un rôle crucial en influençant et en définissant les caractéristiques de la société. Cherchant à faire levier d'instruments de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, d'une part, et de la Convention UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », la Chine a percé devant les panels de l'OMC une brèche qui se veut un sillage dans lequel coule un véritable humanisme attendu et qui faisait défaut à ce droit de l'OMC ! C'est une première mondiale pour les panels de l'OMC d'avoir été si habilement confrontés à la plus grande problématique du XXI^e siècle : la nécessité mise en avant par la Chine d'accueillir comme moyen de défense la possibilité d'invoquer l'article XX alinéa a) portant *l'exception de moralité publique*... Le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont tour à tour sollicité une prorogation inhabituelle des délais de procédure pour rendre d'abord une décision de 300 pages suivie de celle devant l'Organe d'appel de plus de 500 pages ! Il a donc fallu plus de 800 pages pour scruter et analyser les prétentions et motiver les décisions prises dans cette affaire.

En réponse à la question posée en début de notre conclusion, disons qu'il s'en dégage une victoire certaine de la Chine. Victoire pourtant passée sous silence par une doctrine sélective qui mentionne peu l'efficacité de la plaidoirie de la Chine qui a pour effet la possibilité, auparavant inédite, de la mise en œuvre de l'article XX, alinéa a) d'une manière qui érige désormais cette disposition en principe cardinal du droit de l'OMC (Accords et Protocoles d'accession compris). Ensuite, la stratégie déployée par la Chine oblige – là aussi un apport inédit – l'Organe d'appel à revenir, pour y mettre fin, sur une technicalité jurisprudentielle dite *arguendo* qu'elle avait

elle-même initiée, mais dont le déploiement par les Groupes spéciaux compromet, à coup sûr, l'évolution du droit de l'OMC. La portée de cette rectification dans une décision marquant l'éveil de la Chine dans le contentieux de l'OMC constitue l'amorce d'une nouvelle ère dans les conceptions du droit. Elle produit de grandes conséquences dans la mesure où il y a émergence d'un nouveau régime juridique procédural et de fond entourant le contentieux de l'article XX. Il importe de rendre hommage à la Chine et de mesurer concrètement l'importance de cette révolution à la Copernic. C'est le signe qu'il est possible de (re)penser du même souffle la mondialisation aux prismes, de l'*Économie*, d'une part, et de la *Personne*, d'autre part; et que ces deux réalités ne sont pas nécessairement exclusives l'une de l'autre!