

Faculté de droit et de criminologie

L'Article XX(b) du GATT et les accords OTC, le cadre indépassable strict de l'Organisation Mondiale du Commerce en matière de considérations de droit de l'Homme, et l'effet dissuasif sur les régulations des Etats Membres

Le cas précis des substituts de lait maternel

Auteur : Louise Stockmans

Promoteur : Olivier De Schutter

Année scolaire : 2024-2025

Master en droit à finalité spécialisée en droit de l'entreprise

Plagiat et erreurs méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 107 à 114 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

*Je remercie le professeur Olivier De Schutter pour son encadrement et pour la
suggestion du sujet de ce mémoire.*

Table des matières

Remerciements.....	1
Introduction	4
Chapitre 1 – L’Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) : un cadre permettant la régulation sanitaire sous conditions strictes.....	9
Section 1 – Les substituts au lait maternel comme “règlement technique” au sens de l’Accord sur les obstacles techniques au commerce.....	9
§ 1. Définition et champ d’application des règlements techniques (Annexe 1.1 de l’ accord OTC)	9
§ 2. Reconnaissance de la santé infantile comme objectif légitime (art. 2.2 OTC).....	10
§ 3. Utilisation stratégique des normes internationales pour bénéficier de la présomption de conformité (art. 2.5 et 2.4 OTC)	11
Section 2 – La transparence comme garantie procédurale et son coût juridique	13
§ 1. L’obligation de notification préalable et de consultation (art. 2.9 OTC).....	13
§ 2. Le risque d’ effet dissuasif lié aux exigences procédurales dans les pays en développement	14
Section 3 – La jurisprudence OTC comme guide d’application.....	16
§ 1. US – Tuna II (Mexico) : calibrage des mesures et absence de discrimination arbitraire	16
A. Analyse de l’Organe d’appel	16
§ 2. Transposition aux restrictions sur les substituts au lait maternel ..	17
Chapitre 2 – L’article XX(b) GATT : une clause de sauvegarde pour les mesures sanitaires.....	19
Section 1 – Les conditions d’application de l’exception sanitaire.....	19
§ 1. Architecture normative et portée de l’exception sanitaire	19
§ 2. Le critère de “nécessité” : contribution de la mesure et absence d’alternatives moins restrictives.....	19

§ 3. Le chapeau de l'article XX : interdiction de la discrimination arbitraire et absence de protectionnisme déguisé	20
§ 4. Articulation pratique « XX(b) ↔ chapeau »	22
§ 5. Le fardeau de la preuve et la méthode d'examen	22
§ 6. Application à la matière : mesures relatives aux substituts du lait maternel	23
§ 1. Procédure	24
§ 2. Questions juridiques soulevées en appel	25
§ 3. Apports majeurs sur le TBT et le GATT	25
A. Porté des accord OTC	25
B. Article III : 4 GATT et « produits similaires »	25
C. Article XX(b) GATT : nécessité et chapeau	26
§ 4. Méthode probatoire et déférence scientifique	26
§ 5. Enseignements transposables aux mesures sanitaires modernes tel que les réglementations substitut lait maternels	27
Chapitre 3 – Fondements téléologiques et pratiques nationales : entre bonnes pratiques et freins structurels.....	29
Section 1 – L'apport du préambule de l'Accord de Marrakech	29
§ 1. Intégration de la protection de la santé dans les objectifs du commerce international	29
§ 2. Compatibilité entre réduction de la pauvreté et régulation sanitaire	29
Section 2 – Les politiques nationales comme illustrations concrètes	30
§ 1. L'IMS Act indien : un alignement strict sur le Code OMS face aux pressions industrielles	30
§ 2. Le Milk Code philippin : résilience réglementaire dans un contexte socio-économique fragile	31
§ 3. Le chilling effect comme limite structurelle à la mise en œuvre des bonnes pratiques	31
Conclusion	33
Bibliographie.....	35

Introduction

Le Conseil exécutif de l'Organisation mondiale de la santé, l'OMS, a récemment réaffirmé une préoccupation ancienne mais ravivée: la commercialisation des substituts du lait maternel amplifiée par les outils numériques tels que le ciblage algorithmique, les contenus personnalisés, le marketing d'influence, compromet la réalisation d'une alimentation optimale du nourrisson et du jeune enfant. L'OMS rappelle que la protection, la promotion et le soutien de l'allaitement maternel s'inscrivent dans la mise en œuvre des engagements internationaux des États en matière de droits de l'enfant et de droit à la santé, et souligne la nécessité de mécanismes nationaux tel que, la cordante entre administrations, l'établissement d'obligations juridiques spécifiques et de sanctions dissuasives adaptés aux environnements numériques.

Conformément aux articles 12 et 11 du Pacte international relatif au droits économiques sociaux et culturels, le PIDESC, et à l'article 24 de la Charte des droits de l'Enfant¹, les États assument des obligations positives de protection de la santé et de l'alimentation des enfants ; l'encadrement du marketing des substituts du lait maternel participe directement à la mise en œuvre de ces obligations.

Dans les faits, malgré des recommandations constantes, le paysage informationnel et commercial demeure asymétrique : la publicité ciblée autour des substituts alimente un climat défavorable à l'allaitement. Les données les plus récentes disponibles indiquent que moins de la moitié des nourrissons bénéficient d'un allaitement maternel, un niveau inférieur aux objectifs fixés. La situation est d'autant plus préoccupante que, dans plusieurs pays en voie de développement, la combinaison marketing agressif et de l'accès incertain à l'eau potable et aux pratiques de préparation des biberons conformes à l'hygiène et la sécurité alimentaire, renforce les risques sanitaires.

Ce contexte s'articule avec la mondialisation commerciale : l'ouverture des marchés, facilitée par le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), a multiplié la présence et la circulation de ces produits. Pourtant, il n'existe aucune réglementation multilatérale spécifique sur le marketing des substituts du lait maternel ; le Code international de commercialisation de 1981 reste de nature non contraignante, la

transcription des principes du code en droit national est purement volontaire. Ce vide normatif interroge la capacité des États à encadrer efficacement la promotion des substituts tout en respectant leurs engagements commerciaux.

Ainsi s’articule notre problématique. Dans cette perspective, la question directrice est la suivante : dans quelle mesure les États membres de l’OMC peuvent-ils, sans méconnaître leurs obligations commerciales, adopter des mesures contraignantes encadrant voire interdisant certaines pratiques promotionnelles relatives aux substituts du lait maternel pour protéger la santé infantile ?

Nous rappelons qu’en vertu de l’article 31(3)(c) de la Convention de Vienne, les règles de l’OMC se lisent à la lumière des autres normes pertinentes du droit international applicables entre les parties, notamment le droit à la santé et les droits de l’enfant.

L’étude repose sur une analyse juridique de technique dogmatique, combinant l’examen des textes applicables de l’OMC.

Au chapitre 1, l’examen de L’Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC/TBT) (définitions, art. 2.1, 2.2, 2.4–2.5, 2.9–2.10) et la jurisprudence pertinente de l’Organe d’appel et des Groupes spéciaux (notamment US – Tuna II (Mexico)).

Au Chapitre 2, l’examen de l’article XX(b) du GATT et la jurisprudence CE – Amiante), mobilisée par analogie pour apprécier la nécessité, la proportionnalité et l’absence de discrimination.

Au Chapitre 3, une lecture téléologique appuyée sur le préambule de l’Accord de Marrakech et une mise en perspective critique à partir de la doctrine sur le regulatory chill (effet dissuasif), afin d’évaluer l’impact des obligations de transparence (notification, consultations) sur la capacité d’action des États, en particulier des pays en développement.

Délimitations. L’analyse se concentre sur les mesures techniques et promotionnelles visant les substituts du lait maternel telles que, étiquetage, allégations, publicité, pratiques de distribution.

L'examen porte principalement sur l'OTC/TBT (règlements techniques) et, en cas de restriction alléguée au commerce, sur l'art. XX(b) GATT. Ne sont pas traités de manière exhaustive le droit des investissements ni les mécanismes ISDS ou l'accord SPS ; ils n'affectent pas le cœur de la compatibilité OMC des mesures envisagées.

L'étude suit ce plan, au chapitre 1 : « *l'Accord OTC/TBT : un cadre permettant la régulation sanitaire sous conditions strictes* ». Nous étudieront , la qualification des mesures relatives aux substituts comme règlements techniques (Annexe 1.1), le contrôle de nécessité/proportionnalité (art. 2.2), le rôle des normes internationales (arts. 2.4–2.5), la transparence (arts. 2.9–2.10) et premiers risques de regulatory chill ou *d'effet dissuasif*, en français. Au Chapitre 2 : « *L'article XX(b) du GATT : une clause de sauvegarde pour les mesures sanitaires* ». Nous étudierons la définition des exigences test de nécessité telles que celle de la contribution de la mesure à l'objectif légitime, celle de l'obligation de l'alternative la moins restrictives, niveau de protection), et la définition des exigences du chapeau. Au Chapitre 3 nous rappellerons la finalité sociale du commerce et pratiques nationales et l'orientation possible vers un encadrement effectif du marketing de substituts au lait maternel, et nous analyserons certains freins structurels.

Cette architecture vise examiner, en droit positif, dans quelle mesure les États disposent d'une marge de manœuvre pour encadrer strictement la promotion des substituts du lait maternel dans l'intérêt supérieur de la santé infantile, en calibrant leurs instruments aux exigences de l'OTC/TBT et, le cas échéant, de sécuriser ces choix par l'article XX(b) GATT, tout en s'adossant aux références internationales et en maîtrisant les coûts procéduraux de la transparence.

L'encadrement des messages promotionnels en faveur des substituts du lait maternel illustre un conflit juridique structurel entre deux régimes normatifs : le droit commercial international, porté par les textes de l'OMC, et le droit à la santé, consacré par les instruments onusiens relatifs aux droits humains. Ce conflit n'est pas simplement conjoncturel ou contextuel : il résulte d'une incompatibilité systémique entre les objectifs, les sources, et les mécanismes de mise en œuvre du droit de L'organisation

mondiale du commerce. Comme l'énoncent les auteurs, tel que James Harrison, depuis 2010².

Le droit commercial repose sur une architecture contraignante, hiérarchisée et dotée de mécanismes de sanction, dont l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) constitue un élément central. Toute réglementation nationale visant à limiter la publicité de certains produits, comme les substituts du lait maternel, peut être interprétée comme un obstacle à la liberté des échanges. Et si cette réglementation n'est pas appuyée par une justification scientifique étroite ou un consensus technique, elle peut contrevenir aux obligations commerciales imposées par l'accord OTC.

À l'inverse, le droit à la santé infantile s'exprime principalement à travers des normes non contraignantes, comme le Code OMS ou les recommandations de l'Assemblée mondiale de la santé. Il est soutenu par des principes fondamentaux issus du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ou de la Convention relative aux droits de l'enfant. Mais ces instruments n'ont ni effectivité juridique contraignante, ni mécanismes de sanction équivalents à ceux de l'OMC. Comme le relèvent les auteurs, en particulier Sarah Joseph³. Ce déséquilibre peut créer une hiérarchie implicite des normes, où les règles commerciales s'imposeraient sur les considérations de santé publique⁴. Les États qui souhaitent protéger la santé infantile par des mesures législatives fortes telles que l'interdiction des publicités trompeuses ou l'encadrement strict des étiquetages pourraient se heurter à des risques contentieux élevés s'ils ne peuvent démontrer que ces mesures sont non discriminatoires, nécessaires, et proportionnées, au sens des textes de l'OMC notamment l'accord OTC, comme l'explique James Harrison, cette situation découle d'une absence d'articulation entre les

² J Harrison, 'Raising Human Rights Arguments in WTO Dispute Settlement Proceedings' in J Harrison (ed), *The Impact of the World Trade Organisation on the Protection and Promotion of Human Rights* (Hart Publishing 2007) Warwick School of Law Research Paper, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1493297>.

³ S Joseph, 'Trade to Live or Live to Trade: The World Trade Organization, Development, and Poverty' in M Baderin and R McCorquodale (eds), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action* (OUP 2007) 49–68.

⁴ S Joseph, 'Trade to Live or Live to Trade: The World Trade Organization, Development, and Poverty' in M Baderin and R McCorquodale (eds), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action* (OUP 2007) 49–68.

deux systèmes : les dispositions de l'OMC n'imposent pas de prendre en compte les recommandations de l'OMS, même lorsqu'elles visent à prévenir des risques sanitaires graves⁵. Ainsi quand on entend réglementer les laits infantiles, le respect du cadre juridique strict de l'OMC est indépassable et doit être respecté sous peine de sanctions.

⁵ J Harrison, 'Raising Human Rights Arguments in WTO Dispute Settlement Proceedings' in J Harrison (ed), *The Impact of the World Trade Organisation on the Protection and Promotion of Human Rights* (Hart Publishing 2007) Warwick School of Law Research Paper, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1493297>.

Chapitre 1 – L’Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) : un cadre permettant la régulation sanitaire sous conditions strictes

Section 1 – Les substituts au lait maternel comme “règlement technique” au sens de l’Accord sur les obstacles techniques au commerce

§ 1. Définition et champ d’application des règlements techniques (Annexe 1.1 de l’accord OTC)

L’Accord sur les obstacles techniques au commerce, aussi nommé l’OTC, encadre les mesures nationales susceptibles de créer des restrictions au commerce international lorsqu’elles définissent des spécifications relatives aux produits ou à leurs procédés de production. Selon l’Annexe 1.1 de l’OTC , un « *règlement technique* » est un document : « *qui énonce les caractéristiques d’un produit ou les procédés et méthodes de production s’y rapportant, [...] dont le respect est obligatoire* », et qui peut également traiter de « *l’emballage, du marquage ou de l’étiquetage* ».

Cette définition, confirmée par l’Organe d’appel de l’Organisation mondiale du commerce, dans l’affaire célèbre, qui donna naissance au différend US Tuna II (Mexico), implique deux conditions cumulatives. D’une part, des prescriptions obligatoires sur un produit ou procédé, d’autre part, un effet juridique contraignant desdites prescriptions au sein de l’ordre interne⁶.

Les mesures encadrant la promotion des substituts au lait maternel dans un objectif de protection de la santé, telles que recommandés par le Code international sur la commercialisation des substituts de lait maternels de l’OMS⁷, aussi appelé le Code OMS , qu’il s’agisse d’exigences de composition, d’avertissements sanitaires obligatoires ou de restrictions publicitaires, répondent à cette définition. Elles imposent en effet aux

⁶ OMC, *États-Unis – Thon II (Mexique) (DS381)*, Résumé d’une page, constatations de fond, éd. 2023, PDF, 3 p., en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/1pagesum_f/ds381sum_f.pdf (consulté le 15 août 2025).

⁷ OMS, *Code international de commercialisation des substituts du lait maternel*, adopté par la Résolution WHA 34.22 de l’Assemblée mondiale de la Santé, 21 mai 1981.

producteurs et importateurs des produits des obligations précises, sous peine de sanctions, et déterminent les conditions de mise sur le marché⁸.

La doctrine relative aux rapports entre le droit international de droits de l'Homme et règles de l'organisation mondiale du commerce, insiste sur le fait que la qualification en « *règlement technique* » n'est pas neutre : elle déclenche l'application intégrale des disciplines de l'accord OTC, notamment l'examen de la proportionnalité de la mesure de réglementation technique par rapport à l'objectif poursuivi et l'obligation de notification préalable à l'Organisation mondiale du commerce⁹.

§ 2. Reconnaissance de la santé infantile comme objectif légitime (art. 2.2 OTC)

L'article 2.2 des accords OTC énonce que les Membres veillent à ce que leurs règlements techniques ne soient pas « *plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire* » pour atteindre un « *objectif légitime* ». La protection de la « *santé ou de la sécurité des personnes* » est expressément mentionnée parmi ces objectifs¹⁰.

Appliqué aux substituts au lait maternel, cet article permet à un État de justifier, dans des conditions strictes, l'imposition d'avertissements sanitaires obligatoires tels que préconisées par le Code international de commercialisation des substituts de lait maternels, par exemple, un avertissement indiquant que le lait maternel est l'aliment idéal pour le nourrisson, et aussi la limitation ou l'interdiction de certaines allégations nutritionnelles ou de santé qui placent, de manière implicite ou non, les substituts au lait maternel sur un pied d'égalité avec l'allaitement maternel ou les désignerait comme

⁸ OMS, *Code international de commercialisation des substituts du lait maternel*, adopté par la Résolution WHA 34.22 de l'Assemblée mondiale de la Santé, 21 mai 1981.

⁹ S. Joseph, « Trade to Live or Live to Trade : The World Trade Organization, Development, and Poverty », in M. Baderin et R. McCorquodale (dir.), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; éd. en ligne, Oxford Academic, 1er janv. 2009, p. 49.

J. Harrison, « Raising Human Rights Arguments in WTO Dispute Settlement Proceedings », in J. Harrison (dir.), *The Impact of the World Trade Organisation on the Protection and Promotion of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, sept. 2007 ; Warwick School of Law Research Paper, 23 oct. 2009, [en ligne] : <https://ssrn.com/abstract=1493297>.

¹⁰ voy. Art 2.2 de l'accord OTC

supérieurs à l'allaitement maternel, ainsi que le contrôle strict de l'étiquetage pour éviter toute présentation trompeuse.

Dans le différend US-Tuna II (Mexico), l'Organe d'appel au sein du règlement des différends à l'OMC a confirmé que la protection d'un objectif environnemental ou sanitaire peut justifier des restrictions importantes, à condition que ces restrictions soient proportionnées et fondées sur des données probantes¹¹.

Par analogie, la santé infantile constitue un objectif d'une importance au moins équivalente, soutenu par un consensus scientifique international, sur les risques liés à l'usage inapproprié des substituts au lait maternel¹².

§ 3. Utilisation stratégique des normes internationales pour bénéficier de la présomption de conformité (art. 2.5 et 2.4 OTC)

L'article 2.5 des accords OTC instaure une présomption réfutable de conformité, lorsqu'une mesure nationale visant un objectif légitime s'aligne sur les normes internationales pertinentes. En matière de substituts au lait maternel, le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel de l'OMS, aussi nommé le Code OMS, constitue la référence la plus largement reconnue¹³.

Bien que le Code international de commercialisation des substituts au lait maternel de l'OMS de 1981, relève d'un caractère purement volontaire, c'est à dire, non contraignant, et ne constitue pas, au sens strict, une "*norme internationale pertinente*" au sens strict de l'article 2.4 de l'accord OTC tel qu'explicité par l'Organe d'appel dans le différend US-Tuna II (Mexico) son alignement peut être mobilisé comme référence

¹¹Organisation mondiale du commerce (OMC), *États-Unis – Thon II (Mexique) (DS381)*, Résumé d'une page, constatations de fond, édition 2023, PDF, 3 p., disponible en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/1pagesum_f/ds381sum_f.pdf (consulté le 15 août 2025).

¹² Organisation mondiale de la Santé (OMS), *Marketing of breast-milk substitutes: national implementation of the International Code, status report 2024*, Genève, OMS, 2024, ISBN 978-92-4-009448-2 (version électronique).

¹³ International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes, *Studies in Family Planning*, vol. 13, n° 4, 1982, p. 126, [en ligne] : <https://doi.org/10.2307/1965713>.

persuasive pour étayer l'objectif sanitaire et la proportionnalité de la mesure et, le cas échéant, soutenir l'argument d'une présomption de conformité au titre de l'article 2.5 de l'accords OTC, sans que telle présomption soit automatique¹⁴.

Cependant, comme le rappelle US – Tuna II, encore faut-il que la norme invoquée soit « *véritablement internationale* » au sens de l'article 2.4 des accords OTC, c'est-à-dire ouverte à la participation de tous les Membres de l'OMC. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a écarté une norme régionale américaine, pour défaut de représentativité¹⁵. Bien que le Code OMS ne présente pas ce défaut, son statut non contraignant pourrait être invoqué.

En pratique, l'adossement au Code OMS ne vaut pas conformité automatique au sens de l'art. 2.4 OTC, mais renforce la justification sanitaire et réduit le risque contentieux sous l'art. 2.5, si la mesure est dûment calibrée.

C'est pourquoi aligner les réglementations restreignant la commercialisation des substituts de lait maternels sur le Code OMS présente un double avantage, le premier étant, le renforcement de la légitimité de la mesure au regard du droit de l'OMC. Et le second étant, la réduction du risque de litige dans le cadre des accords sur les obstacles techniques au commerce.

En conclusion de ce chapitre, dans cette architecture normative, la qualification des mesures encadrant les substituts au lait maternel comme *règlements techniques* au sens de l'accord OTC est ainsi qu'annoncée par Sarah Joseph, déterminante.¹⁶ Car elle ouvre

¹⁴ Organisation mondiale du commerce (OMC), *États-Unis – Thon II (Mexique) (DS381)*, Résumé d'une page, constatations de fond, édition 2023, PDF, 3 p., disponible en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/1pagesum_f/ds381sum_f.pdf (consulté le 15 août 2025).

¹⁵ Organisation mondiale du commerce (OMC), *États-Unis – Thon II (Mexique) (DS381)*, Résumé d'une page, constatations de fond, édition 2023, PDF, 3 p., disponible en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/1pagesum_f/ds381sum_f.pdf (consulté le 15 août 2025).

¹⁶ S. Joseph, « Trade to Live or Live to Trade : The World Trade Organization, Development, and Poverty », in M. Baderin et R. McCorquodale (dir.), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; éd. en ligne, Oxford Academic, 1er janv. 2009, p. 49-68.

la possibilité pour les États de se prévaloir d'un objectif sanitaire légitime, tout en les soumettant aux obligations procédurales et substantielles de l'accord OTC. Cette double dimension opportunité et contrainte prépare l'analyse de la transparence et du risque «*Regulatory chill*»¹⁷, qui se traduit en français, risque d'effet dissuasif sur les régulations des états membres qui feront l'objet de la section suivante.

Section 2 – La transparence comme garantie procédurale et son coût juridique

§ 1. L'obligation de notification préalable et de consultation (art. 2.9 OTC)

La transparence constitue l'un des piliers procéduraux de l'accord OTC¹⁸. Tel que souligné à travers la jurisprudence US-Tuna II (Mexico)¹⁹. Conformément à l'article 2.9, lorsqu'un Membre élabore un « *règlement technique* » susceptible d'avoir un effet notable sur le commerce international et qui s'écarte des normes internationales pertinentes, il doit, d'abord, publier un avis préalable suffisamment tôt pour permettre aux parties intéressées d'en prendre connaissance. Ensuite, il doit notifier le projet de mesure à l'OMC via le Secrétariat, en indiquant les produits visés, l'objectif poursuivi et la raison d'être. Et aussi, fournir sur demande le texte complet du projet et préciser les divergences avec les standards internationaux. Il doit également accorder un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de formuler des observations, et aussi prendre en compte ces observations²⁰.

¹⁷ K. Tienhaara, « Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n° 2, 2018, p. 229-250, [en ligne] : <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.

¹⁸ M. B. Karttunen, *Transparency in the WTO SPS and TBT Agreements*, Cambridge, 2020, « the real jewel in the crown ».

¹⁹ Organisation mondiale du commerce (OMC), *États-Unis – Thon II (Mexique) (DS381)*, Résumé d'une page, constatations de fond, édition 2023, PDF, 3 p., disponible en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/1pagesum_f/ds381sum_f.pdf (consulté le 15 août 2025).

²⁰ Voy l'accord OTC, art. 2.9

Cette obligation vise à prévenir l'adoption de mesures protectionnistes déguisées et à favoriser l'harmonisation technique. Toutefois, comme le souligne la jurisprudence US-Tuna II (Mexico) la transparence n'est pas une simple formalité administrative : son respect est essentiel pour la légalité de la mesure au regard de l'accord OTC²¹.

L'article 2.10 prévoit une exception au prescrit de l'art 2.9 en cas de problème urgent de santé, de sécurité ou de protection de l'environnement. Dans ce cas, un Membre peut omettre certaines étapes de l'article 2.9, à condition de respecter les prescriptions suivantes : premièrement, le Membre doit notifier immédiatement la mesure adoptée, deuxièmement il doit fournir le texte complet aux Membres intéressés et troisièmement , il doit offrir la possibilité aux autres membres de présenter des observations, même après adoption.

En pratique, cette clause permet de réagir rapidement à des crises sanitaires, mais elle n'exonère pas l'État de ses obligations de justification et de proportionnalité.

§ 2. Le risque d' *effet dissuasif* lié aux exigences procédurales dans les pays en développement

Si la transparence renforce la prévisibilité et la confiance mutuelle, elle peut aussi constituer un obstacle indirect à l'adoption de mesures sanitaires ambitieuses, en particulier pour les pays en développement²². Le « *regulatory chill* »²³, ici traduit, *effet dissuasif*, est un concept bien connu en droit économique international, qui désigne la tendance des États à s'autocensurer par crainte d'un litige ou des coûts

²¹ Organisation mondiale du commerce (OMC), *États-Unis – Thon II (Mexique) (DS381)*, Résumé d'une page, constatations de fond, édition 2023, PDF, 3 p., disponible en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/1pagesum_f/ds381sum_f.pdf (consulté le 15 août 2025).

²² K. Tienhaara, « Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n° 2, 2018, p. 229-250, [en ligne] : <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.

²³ K. Tienhaara, « Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n° 2, 2018, p. 229-250, [en ligne] : <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.

administratifs²⁴. Ces coûts administratifs, sont liés notamment, dans le cadre des réglementations sanitaires en encadrant la promotion des substituts au lait maternel, à la procédure de notification et de justification.

Dans le contexte des réglementations relatives aux substituts au lait maternel, les obligations de notification, de consultation et de réponse aux observations peuvent mobiliser des ressources juridiques et techniques importantes, parfois au-delà des capacités administratives locales²⁵. Les États peuvent redouter que la notification d'une mesure restrictive déclenche une contestation formelle de la part de partenaires commerciaux ou des multinationales du secteur, ce qui pourrait geler ou affaiblir la mesure avant même son adoption.

Dans ce cadre, l'appui sur des normes internationales reconnues, comme le Code OMS peut atténuer *l'effet dissuasif* en renforçant la présomption de légitimité de la mesure au regard des accords OTC.

Le phénomène d'effet dissuasif est amplifié par le caractère politiquement sensible du lait infantile, où les intérêts économiques des exportateurs et fabricants peuvent aussi peser lourdement sur la diplomatie commerciale. L'Inde illustre ce phénomène, bien que les lois indiennes soient alignées sur le Code OMS, les pressions économiques et diplomatiques peuvent conduire à une application inégale ou à un recul réglementaire ou administratif, tel qu'observé récemment Inde, où les moyens alloués au contrôle des substituts de lait maternels ont été diminués par les autorités²⁶.

²⁴K. Tienhaara, « Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n° 2, 2018, p. 229-250, [en ligne] : <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.

²⁵ Organisation mondiale de la Santé (OMS), *Marketing of breast-milk substitutes: national implementation of the International Code*, status report 2024, Genève, OMS, 2024, ISBN 978-92-4-009448-2 (version électronique).

²⁶R. Nagarajan, « FSSAI does a U-turn on its role in monitoring violations of baby food law », *The Times of India* (India Business), 10 avril 2025, 18:42 IST, en ligne : <https://timesofindia.indiatimes.com/business/india-business/fssai-does-a-u-turn-on-its-role-in-monitoring-violations-of-baby-food-law/articleshow/120162084.cms> (consulté le 18 août 2025).

Section 3 – La jurisprudence OTC comme guide d’application

§ 1. US – Tuna II (Mexico) : calibrage des mesures et absence de discrimination arbitraire

Le différend US Tuna II (Mexico) portait sur l’étiquetage « dolphin-safe » imposé par les États-Unis aux produits de thon. Les mesures en cause lors du différend, la Dolphin Protection Consumer Information Act et les règlements d’application fixaient les conditions dans lesquelles un produit pouvait être étiqueté comme respectueux des dauphins.

Le Mexique soutenait que ces exigences constituaient un obstacle technique au commerce contraire à l’accord OTC, car elles restreignaient l’accès de ses exportations au marché américain, en imposant des conditions plus strictes que celles prévues par l’Accord international sur le programme pour les dauphins.

A. Analyse de l’Organe d’appel

L’Organe d’appel a qualifié les mesures américaines de « règlement technique » au sens de l’Annexe 1.1 du OTC, car elles fixaient des prescriptions obligatoires relatives à l’étiquetage des produits.

Sur l’article 2.2 OTC imposant que la mesure ne soit pas plus restrictive que nécessaire pour atteindre l’objectif légitime, l’Organe d’appel a inversé la conclusion du Groupe spécial, estimant que la mesure américaine contribuait mieux aux objectifs légitimes de protection des dauphins et d’information des consommateurs que l’alternative proposée par le Mexique. L’organe d’appel affirme que la mesure américaine est conforme à l’art 2.2 OTC.

Sur l’article 2.4 OTC relatif aux normes internationales pertinentes), l’organe d’Appel, a jugé que la norme « dolphin-safe » de l’AIDCP n’était pas une norme internationale pertinente, car elle n’était pas ouverte à tous les membres de l’OMC.

§ 2. Transposition aux restrictions sur les substituts au lait maternel

L'affaire US – Tuna II offre plusieurs enseignements majeurs pour la régulation des substituts au lait maternel : Qualification comme règlement technique

Comme l'étiquetage « dolphin-safe », les avertissements sanitaires obligatoires sur le lait infantile sont des prescriptions contraignantes relatives à l'étiquetage, ils tombent dans le champ de l'OTC quant à l'objectif légitime et proportionnalité. La protection de la santé infantile est un objectif légitime au sens de l'article 2.2, comparable à la protection de l'environnement et de la vie animale. Ainsi, une mesure plus stricte que les standards internationaux (Code OMS, Codex) peut être justifiée si elle contribue de manière significative à l'objectif et qu'aucune alternative moins restrictive n'offre le même niveau de protection.

Quant à la Valeur des normes internationales, l'alignement sur le Code OMS peut fournir une présomption de conformité en vertu de l'art. 2.5 OTC, mais comme pour l'AIDCP, un débat peut exister sur son caractère de « norme internationale pertinente » en raison de son statut non contraignant. En cas de contestation, l'État devra démontrer que le Code OMS, bien que non obligatoire, reflète un consensus international sur la protection de la santé infantile.

Quant au cadre conforme à l'OMC des mesures de protection de la santé US – Tuna II rappelle que la mesure doit être calibrée en fonction du risque. Pour le lait infantile, cela implique de proportionner l'intensité des restrictions relatives à la publicité, l'étiquetage, aux risques sanitaires identifiés tels la malnutrition liée au risque de d'utilisation inadéquate des substituts au lait maternel.

La jurisprudence US – Tuna II confirme que des mesures d'étiquetage strictes, voire plus exigeantes que les normes internationales, peuvent être compatibles avec les accords OTC si elles sont soigneusement calibrées et justifiées. Transposé aux substituts de lait maternel, ce raisonnement permet à un État de défendre des obligations d'avertissement sanitaire ou des restrictions publicitaires renforcées, à condition de prouver leur efficacité et leur proportionnalité.

Cette articulation entre légitimité sanitaire et discipline commerciale prépare l'étude de l'article XX(b) du GATT, qui offre un ancrage supplémentaire pour justifier ces mesures.

lorsque la mesure de protection sanitaire est attaquée comme restriction au commerce incompatible avec les exigences des accords Otc, le contrôle quitte le TBT pour se placer sous l'exception générale de l'article XX(b) GATT, qui opère comme clause de sauvegarde sanitaire.

Autrement dit , Lorsque la mesure est alléguée restrictive du commerce, l'analyse bascule vers l'exception générale de l'art. XX(b) GATT, qui opère comme clause de sauvegarde sanitaire.

Chapitre 2 – L'article XX(b) GATT : une clause de sauvegarde pour les mesures sanitaires

Section 1 – Les conditions d'application de l'exception sanitaire

§ 1. Architecture normative et portée de l'exception sanitaire

L'article XX du GATT organise des exceptions générales : chaque alinéa (ici XX(b)) reconnaît la possibilité d'adopter une mesure poursuivant un objectif légitime, l'alinéa b) concernant la protection de la santé et de la vie humaine, et le chapeau vérifie ensuite qu'elle n'est ni discriminatoire de manière arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée au commerce²⁷. Cette articulation n'impose pas un ordre analytique rigide : l'« *économie juridictionnelle* » peut dicter l'ordre d'examen, le chapeau complétant sans dupliquer les conditions propres aux alinéas.²⁸

§ 2. Le critère de “nécessité” : contribution de la mesure et absence d'alternatives moins restrictives

Comme l'explique Lorand Bartels, la jurisprudence existante sur le chapeau de l'art XX(b) du GATT indique qu'une discrimination puisse être justifiée seulement si elle est « *nécessaire* » pour atteindre un objectif légitime. Ce qui signifie, que pour que cette discrimination soit justifiée, il faut, qu'il n'y ait pas d'autre mesure, raisonnablement accessible à l'état qui entend réguler, qui réaliserait les objectifs sanitaires poursuivis tout en étant moins discriminatoire²⁹.

²⁷ OMC, *GATT 1994*, article XX — Exceptions générales, alinéa (b).

²⁸ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 95, 109–131.

²⁹ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 95, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

La « *nécessité* » se détermine par une mise en balance entre l'importance de l'intérêt protégé, la contribution de la mesure à la réalisation de cet objectif, l'impact sur les échanges, et l'existence d'alternatives raisonnablement disponibles assurant un niveau de protection équivalent avec une atteinte moindre au commerce.³⁰

Dans le cas des réglementations encadrant les substituts au lait maternels, le contrôle de nécessité comporte deux volets complémentaires. D'une part, l'État qui entend réguler doit démontrer un lien effectif entre la mesure et la protection de la santé et de la vie humaine recherchée, ici, la santé infantile via la protection de l'allaitement, ainsi, la mesure doit contribuer réellement à limiter un risque avéré tel que la malnutrition ou la mauvaise utilisation des substituts. D'autre part, il lui appartient d'établir qu'aucune mesure alternative raisonnablement disponible, moins restrictive pour le commerce, n'offre le même niveau de protection.

§ 3. Le chapeau de l'article XX : interdiction de la discrimination arbitraire et absence de protectionnisme déguisé

Même si la mesure franchit l'étape de la nécessité, elle doit encore satisfaire aux exigences autonomes du chapeau telles que l'interdiction de discrimination arbitraire ou injustifiable, et l'interdiction de restriction déguisée au commerce³¹.

Quant à ce que mesure la discrimination, selon Lorand Bartels, la jurisprudence OMC implique que la *discrimination* du chapeau est un concept économique, donc elle s'apprécie entre produits compétitifs sur le marché domestique. Le chapeau offre en réalité deux voies :

La première, si les mêmes conditions ne prévalent pas, au regard de l'objectif de la mesure, des effets disparates peuvent être justifiés ;

³⁰ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 95, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

³¹ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 95, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

La seconde, si les mêmes conditions prévalent, il faut encore établir que l'écart n'est pas arbitraire ou injustifiable ³² par une justification autonome, indépendante de la simple finalité sanitaire. Cette séparation évite de dupliquer au stade de XX(b) et de l'examen de nécessité des raisonnements qui relèvent en propre du chapeau³³.

Quant à la « restriction déguisée » : il s'agit d'un but improprie déguisé sous une finalité légitime. La « restriction déguisée » ne vise pas seulement un défaut de publication ou de procédure : elle renvoie au détournement de finalité, il s'agit d'une mesure ostensiblement sanitaire mais poursuivant un but improprie, comme le protectionnisme³⁴.

Quant au caractère « arbitraire », l'historique de rédaction éclaire « *arbitrary discrimination* » comme une conduite sans but adéquat ; l'ajout ultérieur d'« *injustifiable* » n'en modifie pas le cœur³⁵.

Concrètement, l'application doit être impartiale entre produits nationaux et importés, sans calibrage opportuniste au détriment d'un partenaire commercial, et sans détournement de l'objectif sanitaire vers une finalité protectionniste. Cette exigence, comme troisième condition cumulative, fonctionne comme un contrôle de proportionnalité externe : elle vérifie la cohérence d'ensemble et l'équité d'application de la mesure. La conformité au chapeau requiert une application impartiale et cohérente

³² Voy. art. XX(b) GATT.

³³ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 121, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

³⁴ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 121, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

³⁵ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 121, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

dans des situations comparables ; toute incohérence systémique ou calibrage opportuniste révélerait une discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée³⁶.

Lorand Bartels critique l'idée que la justification au chapeau doive être rattachée à l'objectif de la mesure : si l'on a déjà constaté que les "mêmes conditions" prévalent, c'est précisément que l'objectif ne suffit pas à justifier la disparité. Il faut donc une rationalité autonome, distincte de l'objectif, pour que la discrimination ne soit ni arbitraire ni injustifiable³⁷.

§ 4. Articulation pratique « XX(b) ↔ chapeau »

En droit et en logique, les effets discriminatoires d'une mesure doivent être réservés au chapeau, pour ne pas dupliquer sous l'alinéa XX(b) une condition que le chapeau traite avec ses propres justifications. C'est pourquoi l'examen XX(b) se concentre sur la nécessité (contribution/alternatives), tandis que le chapeau traite la non-discrimination (entre produits concurrents) et l'absence de déguisement³⁸.

§ 5. Le fardeau de la preuve et la méthode d'examen

Nous soulignons une donnée procédurale décisive : au titre de l'article XX, le défendeur supporte la charge d'établir au premier abord, que sa mesure tombe bien dans l'exception invoquée et qu'elle respecte le chapeau, autrement dit, qu'elle n'est ni arbitraire ni

³⁶ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 121, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

³⁷ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 118, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

³⁸ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p.95, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

discriminatoire sans que cette discrimination puisse être justifiée, et qu'elle ne constitue pas une restriction déguisée³⁹.

Ce renversement du fardeau de la preuve par rapport à la logique courante en matière d'obstacles techniques au commerce (OTC) explique l'exigence argumentaire élevée imposée à l'État qui défend une mesure sanitaire. Dans le même esprit, les panels ou organes de l'OMC peuvent raisonner de manière holistique sur la preuve, tel qu'observe au cour du différend CE-Amiante, ils comparent la conviction globale apportée par les parties, tout en demeurant guidés par le principe selon lequel la partie qui allègue un fait doit en rapporter la preuve⁴⁰.

§ 6. Application à la matière : mesures relatives aux substituts du lait maternel

La réussite d'une défense fondée sur l'article XX(b) suppose une démonstration probatoire exigeante : contribution sanitaire, nécessité au sens d'absence d'alternatives équivalentes moins restrictives, et respect du chapeau de l'art XX à savoir , non-discrimination, absence de restriction déguisée, le tout à la charge de l'État défendeur.

Dans ce cadre, un État qui interdit ou restreint la promotion (publicité directe/indirecte, échantillons, allégations, contenus en ligne) doit établir sous XX(b) :

(i) la contribution réelle de ces instruments à la protection de la vie humaine ;

³⁹ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p.95, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

⁴⁰ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 115, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

Voy. OMC, Organe d'appel, *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits contenant de l'amiante* (CE — Amiante), Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, adopté le 12 mars 2001 (AB-2000-11).

OMC, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (DS135): One-Page Case Summary, « Règlement des différends – résumé en une page », en ligne : https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds135sum_e.pdf (consulté le 18 août 2025).

(ii) l'absence d'alternatives raisonnablement disponibles offrant un niveau équivalent de protection (les si (chapeau) pour sécuriser la compatibilité OMC d'une politique sanitaire ambitieuse

Cette démarche suit la reconstruction proposée par Bartels : séparer nettement la nécessité, et la non-discrimination au niveau du chapeau , pour sécuriser la compatibilité OMC d'une politique sanitaire ambitieuse.

Quant aux divergences de l'Organe d'appel et la "ligne sûre" de plaidoyer, Bartels met en évidence une ambivalence de l'Organe d'Appel de l'OMC: certaines affaires traitent la « nécessité » en XX sous l'angle des effets discriminatoires, d'autres sous l'angle des effets restrictifs ; alors même que la formule « less WTO-inconsistent » appelle les deux. Pour éviter l'écueil il faut séparer la ligne défense en étages, XX(b) au regard de la contribution à l'objectif légitime et les alternatives « OMC compatibles » et le chapeau de l'art XX traitant de discrimination économique entre produits concurrents et absence de but impropre. Et ainsi organiser l'ordre d'analyse par économie juridictionnelle.

En synthèse, la réussite d'une défense fondée sur l'article XX(b) suppose une démonstration probatoire exigeante : contribution sanitaire de la mesure , nécessité au sens d'absence d'alternatives équivalentes moins restrictives, et respect du chapeau (non-discrimination, absence de restriction déguisée), le tout à la charge de l'État défendeur.

Cette trame offre le socle méthodologique de la justification sanitaire et prépare l'examen, dans la Section 2, pour opérationnaliser ces critères dans des cas concrets.

Section 2 – La jurisprudence comme modèle argumentatif EC – Amiante : primauté de la santé publique et preuve scientifique

§ 1. Procédure

Par le décret n° 96-1133 du 24 décembre 1996, la France a institué une interdiction totale d'importation, de mise sur le marché et d'usage de l'amiante chrysotile et des produits en contenant. En 1998, le Canada, important exportateur de ses produits, saisit les organes de l'Organisation Mondiale du commerce en alléguant des violations des articles III, XI et XIII du GATT 1994, ainsi que des accords OTC et des accords SPS. Un rapport de

groupe spécial en 2000, puis un rapport de l'Organe d'appel (2001) (WT/DS135/AB/R) sont intervenus.

§ 2. Questions juridiques soulevées en appel

Deux questions structurent l'examen : la première étant, le décret français constitue-t-il une « réglementation technique » au sens de l'Accord OTC ? La seconde étant, l'interdiction totale d'importation d'amiante, elle être justifiée par le régime d'exceptions générales de l'article XX(b) GATT traitant de l'exception générale pour protection de la vie et de la santé humaine⁴¹.

§ 3. Apports majeurs sur le TBT et le GATT

A. Porté des accord OTC

Le débat portait sur la qualification du décret français : une mesure d'interdiction générale n'équivaut pas mécaniquement à une « spécification » de caractéristiques techniques. L'organe d'appel conclut que le décret français dans sa globalité n'est pas une réglementation technique au sens de l'accord OTC. Car il s'agit d'une interdiction générale, non d'une réglementation définissant des caractéristiques techniques autorisant la mise sur le marché.

B. Article III : 4 GATT et « produits similaires »

L'Organe d'Appel admet que des produits contenant de l'amiante et leurs substituts (p. ex. fibres de verre ou de cellulose) puissent être similaires au sens de l'article III:4, mais reconnaît que la dangerosité est un critère pertinent dans l'analyse, ouvrant la voie à un traitement différencié justifié par la santé publique.

Il est justifié que des produits similaires soient traités différemment en raison de risques sanitaires.

⁴¹ OMC, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (DS135) : One-Page Case Summary, « Règlement des différends – résumé en une page », en ligne : https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds135sum_e.pdf (consulté le 18 août 2025).

C. Article XX(b) GATT : nécessité et chapeau

Sur le test de nécessité, l'organe d'appel confirme la possibilité pour l'État de définir son niveau de protection, même jusqu'au zéro amiante, et souligne que l'absence d'alternative raisonnablement disponible, moins restrictive et offrant un niveau de protection équivalent, fonde la légitimité de l'interdiction. Le chapeau est satisfait dès lors que l'application est indistincte et ne révèle ni discrimination arbitraire, ni restriction déguisée⁴².

Dans l'analyse de « nécessité » sous XX(b), Bartels rappelle que la balance des intérêts à opérer intègre non seulement la contribution et l'impact de la mesure sur les échanges, mais aussi l'existence d'alternatives raisonnablement disponibles qui seraient moins incompatibles avec les objectifs de l'OMC . Cette formule signifie deux choses à la fois : l'alternative doit être moins restrictive du commerce et moins discriminatoire au sens des conditions de concurrence entre produits d'origines différentes. Autrement dit, une option qui réduirait les échanges mais accroîtrait la discrimination, ou l'inverse, ne constitue pas une « alternative moins incompatible » au sens du test : la comparaison porte sur les deux dimensions, restriction et discrimination⁴³.

§ 4. Méthode probatoire et déférence scientifique

L'affaire illustre une déférence à l'égard de l'avis scientifique, ici experts médicaux , l'Organe d'appel refusant d'exiger une quantification précise du risque lorsque le

⁴²L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 119-125, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

⁴³ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 119-125, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).

consensus médical établit la dangerosité⁴⁴. L'affaire EC Amiante rappelle également la charge probatoire pesante, sous l'article XX, sur le défendeur, appelé à démontrer de prime abord la nécessité et la conformité au chapeau.

Les Panels ou L'organe d'appel peuvent, dans des procédures croisées, raisonner de façon holistique sur la preuve, tout en restant guidées par le principe selon lequel la partie qui allègue doit prouver⁴⁵.

§ 5. Enseignements transposables aux mesures sanitaires modernes tel que les réglementations substitut lait maternels

Trois enseignements structurent l'argumentation à transposer : le premier, la dangerosité, ou le risque sanitaire, peut entrer dans l'analyse des produits similaires et justifier un traitement différencié ;

le second, la nécessité se conçoit comme contribution réelle à l'objectif de santé et absence d'alternative moins restrictive assurant un niveau de protection équivalent ;

Le troisième le chapeau exige une application impartiale, excluant protectionnisme déguisé. En matière de substituts du lait maternel, cela fonde la possibilité de restrictions fortes telles que étiquetage sanitaire renforcé, interdictions de certaines promotions, voire interdictions ciblées), sous réserve de preuves scientifiques et d'une calibration cohérente avec le risque, en cohérence avec la logique de US – Tuna II sur la cohérence et le calibrage des distinctions réglementaires.

Dans Ec amiante L'organe d'appel s'appuie largement sur un consensus médical de 4 experts.

⁴⁴ OMC, Organe d'appel, Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits contenant de l'amiante (CE — Amiante), Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, adopté le 12 mars 2001 (AB-2000-11) ; OMC, European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (DS135): One-Page Case Summary, « Règlement des différends – résumé en une page », en ligne : https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds135sum_e.pdf (consulté le 18 août 2025).

⁴⁵ L. Bartels, « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 115. Disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025)

Première affaire ex asbestos au l'organe d' appel accepte partiellement des amicus curias mais sans vraiment pouvoir le justifier et ensuite ils affirment leur droit d'accepter dans still turtle.

Une des questions les plus controversées au cours de la procédure CE — Amiante concernait la possibilité pour le Groupe spécial et/ou l'Organe d'appel d'accepter des communications non sollicitées, ou mémoires amicus curiae, émanant de sources autres que les membres de l'OMC.

En conclusion, CE – Amiante fournit un modèle argumentatif robuste pour défendre des mesures sanitaires strictes lorsque la protection de la vie humaine est en jeu sous conditions strictes , et permet aux Etats Membres d'opérer une définition souveraine du niveau de protection, à condition d'apporter la preuve de l'efficacité de la mesure et l'absence d'alternatives équivalentes, le tout appliqué sans discrimination. Ce schéma, combiné à la logique de calibrage issue de US – Tuna II, soutient une régulation ambitieuse des substituts du lait maternel sous XX(b), tout en balisant la démonstration probatoire que l'État devra fournir.

En conclusion, au total, XX(b) autorise des mesures strictes en matière de promotion des substituts au lait maternel si l'État démontre la contribution à protection de la santé et de la vie humaine , l'absence d'alternative équivalente moins restrictive et la cohérence d'application au regard du chapeau.

Chapitre 3 – Fondements téléologiques et pratiques nationales : entre bonnes pratiques et freins structurels

Section 1 – L’apport du préambule de l’Accord de Marrakech

§ 1. Intégration de la protection de la santé dans les objectifs du commerce international

Le préambule de l’Accord de Marrakech associe explicitement l’ouverture des échanges à des finalités sociales et sanitaires. Il dispose que le système commercial doit contribuer à « *élever les niveaux de vie, assurer le plein emploi et une croissance soutenue du revenu réel et de la demande effective [...] et protéger la santé humaine* ». Cette clause téléologique autorise une lecture finaliste des règles de l’OMC, dans laquelle les mesures destinées à encadrer la commercialisation de produits sensibles, ici les substituts du lait maternel, poursuivent une finalité légitime inhérente à l’architecture même du système commercial. L’objectif de *protection de la vie humaine* ne constitue pas une exception contingente, mais s’inscrit dans les valeurs structurantes de l’organisation mondiale du commerce⁴⁶.

Parce qu’elles permettent la mise en œuvre des obligations en matière de droit à la santé et de droits de l’enfant, les mesures ici envisagées réalisent la finalité sociale du commerce rappelée par le préambule de Marrakech.

§ 2. Compatibilité entre réduction de la pauvreté et régulation sanitaire

Le conseil de L’OMS dénonce combien la mauvaise utilisation des substituts, telle que la dilution excessive, l’absence d’eau potable et la désinformation, aggrave la mortalité infantile dans les pays à faibles revenus. Dans cette perspective, la régulation de la promotion, de l’étiquetage et de la distribution des substituts concourt simultanément à la

⁴⁶ S. Joseph, « Trade to Live or Live to Trade : The World Trade Organization, Development, and Poverty », in M. Baderin et R. McCorquodale (dirs), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action* (Oxford, 2007 ; édition en ligne, Oxford Academic, 1er janv. 2009), p. 49.

réduction de la pauvreté et à la réalisation des objectifs du préambule⁴⁷. Cette convergence justifie que les États puissent adopter des politiques protectrices sans violer leurs engagements à l'OMC, dès lors qu'elles s'appuient sur des recommandations internationale et respectent les exigences de transparence et de non-discrimination rappelées dans les chapitres précédents.

La lecture téléologique issue du préambule du Pacte de Marrakech confère une légitimité de principe aux mesures sanitaires relatives aux substituts du lait maternel : elles participent aux finalités sociales du commerce international. Cette légitimité de principe appelle une mise en œuvre concrète, illustrée par les pratiques nationales qui suivent⁴⁸.

Section 2 – Les politiques nationales comme illustrations concrètes

§ 1. L'IMS Act indien : un alignement strict sur le Code OMS face aux pressions industrielles

L'Inde a adopté dès 1992 (amendée en 2003) la loi Infant Milk Substitutes (IMS) Act, qui interdit toute promotion, packaging attractif, distribution d'échantillons et sponsoring pour les substituts destinés aux enfants de moins de deux ans. Cette ligne stricte s'est traduite par des poursuites, notamment contre Nestlé India en 2012 pour non-conformité d'étiquetage et par une amélioration mesurable des indicateurs de santé : l'ONG BPNI relève une progression de l'allaitement exclusif de 36,8 % (2000) à 64,9 % (2014), malgré des ressources administratives limitées et des influences industrielles persistantes⁴⁹. Des controverses récentes ainsi qu'un revirement de la FSSAI sur la surveillance de l'IMS Act nourrissent toutefois des inquiétudes quant à la pérennité de

⁴⁷ OMC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, préambule, 15 avril 1994 (entrée en vigueur le 1er janvier 1995), 1867 RTNU 154 ; texte officiel français en ligne : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/marag_f.htm

⁴⁸ S. Joseph, « Trade to Live or Live to Trade : The World Trade Organization, Development, and Poverty », in M. Baderin et R. McCorquodale (dirs), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action* (Oxford, 2007 ; édition en ligne, Oxford Academic, 1er janv. 2009), p. 49.

⁴⁹ Rema Nagarajan, « FSSAI does a U-turn on its role in monitoring violations of baby food law », *The Times of India* (India Business), 10 avril 2025, 18:42 IST, en ligne : <https://timesofindia.indiatimes.com/business/india-business/fssai-does-a-u-turn-on-its-role-in-monitoring-violations-of-baby-food-law/articleshow/120162084.cms> (consulté le 18 août 2025).

l'application, révélant la fragilité institutionnelle qui peut affecter les pays en développement.

§ 2. Le Milk Code philippin : résilience réglementaire dans un contexte socio-économique fragile

Aux Philippines, l'Executive Order 51 (1987) (« Milk Code ») interdit la publicité et les dons gratuits de substituts ; les RIRR de 2006 ont renforcé l'arsenal en alignant la réglementation sur le Code OMS. Si le dispositif a été contesté par l'industrie (PHAP) et certains intérêts étrangers, il a reçu le soutien de l'OMS et d'ONG, la justification reposant sur la pauvreté structurelle, l'insuffisance d'accès à l'eau potable et les risques de malnutrition. Cette résilience réglementaire témoigne d'une capacité d'arbitrage en faveur de la santé publique dans un environnement économique contraint.

§ 3. Le chilling effect comme limite structurelle à la mise en œuvre des bonnes pratiques

Ce mémoire identifie un frein transversal : l'effet dissuasif. Les obligations procédurales des accords OTC telles que la notification, la consultations, la prise en compte des observations si elles garantissent la transparence, peuvent dissuader certains États, surtout en développement, d'adopter des mesures ambitieuses, en raison des coûts administratifs et du risque contentieux. Ce risque de découragement se manifeste notamment lorsqu'une mesure s'écarte des standards internationaux et doit être défendue techniquement dans un contexte de capacités limitées. Les cas indien et philippin montrent à la fois la possibilité d'une régulation efficace et la vulnérabilité de son application face à des pressions économiques et à des revirements institutionnels. D'où l'intérêt stratégique de s'adosser autant que possible aux références internationales (OMS, Codex) pour réduire l'effet dissuasif en renforçant la présomption de légitimité au regard du droit de l'OMC.

Dans la littérature, le l'effet dissuasif désigne l'autocensure réglementaire par anticipation d'un risque contentieux ou de coûts politico-administratifs élevés. Des analyses quantitatives soulignent que l'ampleur du phénomène dépend des capacités

administratives des États et n'est pas uniforme⁵⁰. Dans le cadre OMC, les obligations de transparence OTC de notification obligatoire, et de réponse aux observations renforcent la prévisibilité mais peuvent peser sur les administrations des pays en développement⁵¹. D'où l'intérêt d'adosser les mesures aux normes internationales telles que le Code OMS pour réduire le risque d'effet dissuasif, en consolidant leur légitimité.

Les expériences indienne et philippine confirment qu'une régulation robuste des substituts du lait maternel est compatible avec les disciplines de l'OMC lorsque la mesure est calibrée, justifiée scientifiquement et transparente. Elles révèlent néanmoins le coût procédural et la pression contentieuse susceptibles d'induire un effet dissuasif, ce qui plaide pour un ancrage fort dans les normes internationales et pour un renforcement des capacités administratives.

En conclusion, la téléologie du système OMC, telle que rappelée par le préambule de Marrakech, et les pratiques nationales étudiées convergent : la protection de la santé infantile peut et doit être poursuivie à l'intérieur du cadre multilatéral, pour autant que les États combinent fondements normatifs, discipline procédurale, et calibrage des mesures. L'effet dissuasif demeure une contrainte réelle ; son dépassement passe par l'adossement aux standards internationaux et par des capacités juridiques suffisantes pour soutenir la défense des mesures en cas de contentieux.

⁵⁰ K. Tienhaara, « Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n° 2, 2018, p. 229-250, <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.

⁵¹ K. Tienhaara, « Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n° 2, 2018, p. 229-250, <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309> ; voy. S. Joseph, « Trade to Live or Live to Trade : The World Trade Organization, Development, and Poverty », in M. Baderin et R. McCorquodale (dirs), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action* (Oxford, 2007 ; édition en ligne, Oxford Academic, 1er janv. 2009), p. 49.

Conclusion

Ce travail a interrogé la compatibilité de mesures nationales de régulation de substituts au lait maternel avec les disciplines de l'OMC. L'analyse a montré que la tension entre ouverture commerciale et protection de la santé infantile est moins le signe d'une opposition frontale que l'expression d'une articulation juridique exigeante, qui requiert une conception précise des instruments et une justification probatoire rigoureuse.

En premier lieu, l'examen de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) établit que les prescriptions relatives à la composition, à l'étiquetage, aux allégations et à certaines modalités de promotion relèvent, pour l'essentiel, de la notion de règlement technique tel que défini par l'Annexe 1.1. La protection de la santé constitue un objectif légitime au sens de l'article 2.2, sous réserve du respect du standard qui impose « *pas plus restrictif au commerce qu'il n'est nécessaire* ». L'adossement aux références internationales telle que le Code OMS renforce la plausibilité de la mesure (arts. 2.4–2.5), sans emporter conformité automatique. Les obligations de transparence (arts. 2.9–2.10) apparaissent, en pratique, déterminantes pour la sécurité juridique et l'acceptabilité internationale de la mesure, tout en générant un coût procédural susceptible d'alimenter un effet dissuasif pour certaines administrations, en particulier dans les pays en développement.

En deuxième lieu, lorsque la mesure est contestée au titre d'une restriction au commerce, l'article XX(b) du GATT joue le rôle de clause de sauvegarde sanitaire. La jurisprudence, notamment CE – Amiante, confirme qu'une régulation stricte, voire une interdiction, peut être validée si l'État démontre la contribution effective de l'instrument à l'objectif de santé, l'absence d'alternative moins restrictive offrant un niveau de protection équivalent, et le respect des exigences autonomes du chapeau c'est à dire ,l'absence de discrimination arbitraire ou injustifiable et de restriction déguisée. Il est constant, par ailleurs, que l'État peut fixer un niveau de protection élevé, pour autant que le calibrage et l'application demeurent cohérents et non discriminatoires.

En troisième lieu, la lecture téléologique inspirée par le préambule de l'Accord de Marrakech, combinée aux pratiques nationales de l'Inde et des Philippines, atteste qu'un

encadrement robuste des pratiques promotionnelles est à la fois pertinent au regard des finalités sociales du commerce et réalisable en droit. Ces expériences mettent toutefois en lumière des contraintes structurelles comme des capacités administratives réduites et pressions économiques des fabricants.

En Réponse à la problématique. Il ressort de l'ensemble que des mesures contraignantes encadrant voire interdisant certaines pratiques promotionnelles relatives aux substituts du lait maternel peuvent être compatibles avec les engagements de l'OMC.

Ainsi les raisons du vide législatif encore trop important dénoncé par les comités onusiens sont à chercher ailleurs que dans la complexité des mécanismes d'exceptions de l'OMC.

Deux limites doivent être soulignées : la relativement faible densité contentieuse sur le marketing numérique au sein de l'OMC, et l'évolution rapide des techniques promotionnelles. Elles appellent (a) la poursuite des travaux au Comité OTC en vue de recommandations sur les environnements numériques ; le renforcement du rôle des références OMS pour consolider l'argument de légitimité ; l'appui aux capacités administratives, afin que la transparence demeure un levier de coopération plutôt qu'un facteur de regulatory chill.

En définitive, loin de constituer un obstacle, le cadre de l'OMC offre, pour qui en maîtrise la grammaire, une marge de manœuvre réelle au service de la santé infantile. La conciliation des exigences du commerce et des impératifs de santé n'exige pas l'affaiblissement de l'un par l'autre ; elle requiert une conception juridique précise, éclairée par la preuve et cohérente dans son application.

Bibliographie

- Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT), art. XX(b).
- Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), article 2.2.
- Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), article 2.9.
- Bartels, L., « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 109–131.
- Bartels, L., « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 115, consultable à : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).
- Bartels, L., « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 118, consulté le 16 août 2025, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958.
- Bartels, L., « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 119-125, consultable à : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958 (consulté le 16 août 2025).
- Bartels, L., « The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction », *American Journal of International Law*, vol. 109, 2015, p. 121, consulté le 16 août 2025, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551958.
- Berge, T. L., et Berger, A., « Do Investor-State Dispute Settlement Cases Influence Domestic Environmental Regulation? The Role of Respondent State Bureaucratic Capacity », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12, n° 1, 2020, p. 1–41, [en ligne] : <https://doi.org/10.1093/jnlids/idaa027>.

- CNUCED (UNCTAD), *Training Module on the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures*, Nations Unies, 2005.
- Harrison, J., « Raising Human Rights Arguments in WTO Dispute Settlement Proceedings », in James Harrison (dir.), *The Impact of the World Trade Organisation on the Protection and Promotion of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, septembre 2007 ; *Warwick School of Law Research Paper*, 23 octobre 2009, [en ligne] : <https://ssrn.com/abstract=1493297>.
- International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes, *Studies in Family Planning*, vol. 13, n° 4, 1982, p. 126, [en ligne] : <https://doi.org/10.2307/1965713>.
- Joseph, S., « Trade to Live or Live to Trade : The World Trade Organization, Development, and Poverty », in Mashood Baderin et Robert McCorquodale (dir.), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; édition en ligne, Oxford Academic, 1er janvier 2009, p. 49-68
- Karttunen, M. B., *Transparency in the WTO SPS and TBT Agreements : The Real Jewel in the Crown*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
- Milsom, P., Smith, R., Modisenyane, S. M., et Walls, H., « Do international trade and investment agreements generate regulatory chill in public health policymaking? A case study of nutrition and alcohol policy in South Africa », *Globalization and Health*, vol. 17, n° 1, 2021, [en ligne] : <https://doi.org/10.1186/s12992-021-00757-6>.
- Nagarajan R., « FSSAI does a U-turn on its role in monitoring violations of baby food law », *The Times of India* (India Business), 10 avril 2025, 18:42 IST, consultable à : <https://timesofindia.indiatimes.com/business/india-business/fssai-does-a-u-turn-on-its-role-in-monitoring-violations-of-baby-food-law/articleshow/120162084.cms> (consulté le 18 août 2025).
- Organisation Mondiale de la Santé (OMS), *Code international de commercialisation des substituts du lait maternel*, Résolution WHA 34.22 adoptée par l'Assemblée mondiale de la Santé, 21 mai 1981.
- Organisation Mondiale du Commerce (OMC), *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, préambule, 15 avril 1994 (entrée en vigueur le

1er janvier 1995), 1867 RTNU 154, consultable à : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/marag_f.htm.

- Organisation Mondiale du Commerce (OMC), *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (DS135): One-Page Case Summary, « Règlement des différends – résumé en une page », consultable à : https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds135sum_e.pdf (consulté le 18 août 2025).
- Organisation Mondiale du Commerce (OMC), *États-Unis – Thon II (Mexique)* (DS381), Résumé d’une page, constatations de fond, édition 2023, PDF, 3 pages, disponible en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/1pagesum_f/ds381sum_f.pdf (consulté le 15 août 2025).
- Organisation Mondiale du Commerce (OMC), *GATT 1994*, article XX — Exceptions générales.
- Organisation Mondiale du Commerce (OMC), *Organe d’appel, Communautés européennes — Mesures affectant l’amiante et les produits contenant de l’amiante* (CE — Amiante), Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS135/AB/R, adopté le 12 mars 2001 (AB-2000-11).
- Schram, A., Friel, S., VanDuzer, J. A., Ruckert, A., et Labonté, R., « Internalisation of International Investment Agreements in Public Policymaking: Developing a Conceptual Framework of Regulatory Chill », *Global Policy*, vol. 9, n° 2, 2018, p. 193–205, [en ligne] : <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12545>.
- Tienhaara, K., « Regulatory chill in a warming world: The threat to climate policy posed by investor-state dispute settlement », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, n° 2, 2018, p. 229-250, [en ligne] : <https://doi.org/10.1017/S2047102517000309>.

