

À PROPOS DES CONVERGENCES ENTRE LE *PROTOCOLE DE CARTAGENA* ET LES ACCORDS DE L'OMC

Laurence Boisson de Chazournes and Makane Moïse Mbengue

Volume 20, Number 2, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068976ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068976ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Boisson de Chazournes, L. & Mbengue, M. (2007). À PROPOS DES CONVERGENCES ENTRE LE *PROTOCOLE DE CARTAGENA* ET LES ACCORDS DE L'OMC. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 20(2), 1–39.
<https://doi.org/10.7202/1068976ar>

Article abstract

The objective of this contribution is to emphasize the point that there is no *ipso jure* conflict between the *Cartagena Protocol* and WTO law. A conflict approach must be rejected in favour of greater attention to the principles and criteria of coexistence and coherence between the *Cartagena Protocol* and WTO law. To this end, the specific nature of the *Cartagena Protocol* must first be considered. This protocol, in contrast to other international instruments dealing with environmental protection, is an instrument which actually situates itself between trade and environment. Moreover, certain aspects of the compatibility between WTO law and the *Cartagena Protocol* bring to the fore the possibility of promoting mutual supportiveness between the two regimes. Such a “mutual supportiveness approach” is, however, subject to limits considering the orientations of the Panel’s reasoning in the *EC – Biotech* case.

À PROPOS DES CONVERGENCES ENTRE LE *PROTOCOLE DE CARTAGENA* ET LES ACCORDS DE L'OMC

Par Laurence Boisson de Chazournes* et
Makane Moïse Mbengue**

La présente contribution a pour objet de souligner qu'il n'y a pas *ipso jure* de conflit entre le *Protocole de Cartagena* et le droit de l'OMC. L'approche du conflit doit être écartée pour mettre en avant des principes et critères de coexistence et de cohérence entre le *Protocole de Cartagena* et le droit de l'OMC. Pour ce faire, il faut considérer tout d'abord la nature spécifique du *Protocole de Cartagena*. Celui-ci, contrairement aux autres instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement, est un instrument qui se situe réellement entre le commerce et l'environnement. En outre, certains éléments de compatibilité entre le droit de l'OMC et le *Protocole de Cartagena* mettent en relief la possibilité de promouvoir un soutien mutuel entre les deux régimes. Une telle approche de soutien mutuel n'est cependant pas toujours de mise, eu égard aux aspects et aux limites du raisonnement du Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*.

The objective of this contribution is to emphasize the point that there is no *ipso jure* conflict between the *Cartagena Protocol* and WTO law. A conflict approach must be rejected in favour of greater attention to the principles and criteria of coexistence and coherence between the *Cartagena Protocol* and WTO law. To this end, the specific nature of the *Cartagena Protocol* must first be considered. This protocol, in contrast to other international instruments dealing with environmental protection, is an instrument which actually situates itself between trade and environment. Moreover, certain aspects of the compatibility between WTO law and the *Cartagena Protocol* bring to the fore the possibility of promoting mutual supportiveness between the two regimes. Such a “mutual supportiveness approach” is, however, subject to limits considering the orientations of the Panel's reasoning in the *EC – Biotech* case.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** *Lecturer* à la Faculté de droit de l'Université de Genève et à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève.

Les quinze dernières années ont vu naître une profusion d'instruments internationaux de protection de l'environnement incorporant des mesures commerciales¹. La multiplication de ce type d'instruments a été telle que de plus en plus de débats et controverses ont émergé sur la scène internationale à propos des relations entre le commerce et l'environnement². La *Déclaration de Doha de la Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce* (2001)³ est ainsi allée jusqu'à lancer des négociations sur la relation entre les accords environnementaux multilatéraux (AEM) et les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁴. Parmi les instruments internationaux prévoyant des mesures commerciales aux fins de protection de l'environnement, figure au premier plan le *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*⁵.

Bon nombre d'accords environnementaux multilatéraux accordent aux États le droit de recourir à des mesures de restriction au commerce international pour garantir la réalisation et le respect des objectifs de protection de l'environnement et/ou de la santé. Le recours aux mesures commerciales dans les AEM obéit à deux logiques différentes. D'une part, il peut s'agir de prévoir le recours à des mesures commerciales à titre de « sanctions » contre les États qui ne respecteraient pas les obligations contenues dans un AEM (c'est le cas du *Protocole de Montréal relatif aux*

¹ Voir par ex. *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, 10 septembre 1998, 2244 R.T.N.U. 337 (entrée en vigueur : 27 février 2004) [*Convention de Rotterdam*]; *Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants*, 22 mai 2001, 40 I.L.M. 531 (entrée en vigueur : 17 mai 2004), en ligne : *Convention de Stockholm*, <http://www.pops.int/documents/convttext/convtext_fr.pdf> [*Convention de Stockholm*]; *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, 3 novembre 2001 (non entrée en vigueur), en ligne : *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, <http://www.planttreaty.org/texts_fr.htm> [*Traité international sur les ressources phytogénétiques*]. Sur les mesures commerciales prises aux fins de protection de l'environnement, voir Laurence Boisson de Chazournes, « The Use of Unilateral Trade Measures to Protect the Environment » dans Alexander Charles Kiss, dir., *Economic Globalization and Compliance with International Environmental Agreements*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, 181.

² Pour un panorama des questions que soulève le débat entre commerce et environnement, voir Edith Brown-Weiss et John Howard Jackson, dir., *Reconciling Environment and Trade*, Ardsley (New York), Transnational Publishers, 2001.

³ OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle de Doha*, OMC Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 (2001), en ligne : OMC <http://www.wto.org/French/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm> [*Déclaration de Doha*].

⁴ Le paragraphe 31 (i) de la *Déclaration de Doha*, *ibid.*, se lit comme suit : « [a]fin de renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement, nous convenons de négociations, sans préjuger de leur résultat, concernant : la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux (AEM). La portée des négociations sera limitée à l'applicabilité de ces règles de l'OMC existantes entre les parties à l'AEM en question. Les négociations seront sans préjudice des droits dans le cadre de l'OMC de tout Membre qui n'est pas partie à l'AEM en question ». Sur le contenu de la *Déclaration de Doha*, voir Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, « La Déclaration de Doha de la Conférence ministérielle de l'OMC et sa portée dans les relations commerce et environnement » (2002) 106 R.G.D.I.P. 855.

⁵ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 2226 R.T.N.U. 208 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003) [*Protocole de Cartagena*].

*substances qui appauvrissent la couche d'ozone*⁶). D'autre part, il peut s'agir de prévoir le recours à des mesures commerciales à des fins de « prévention » de certains risques environnementaux susceptibles d'apparaître sur le territoire d'un État du fait du commerce international. Dans ce cas de figure, les mesures commerciales permettent à un État non pas de sanctionner le non-respect par un autre État de certaines obligations internationales, mais plutôt d'anticiper la réalisation de dommages à l'environnement qui pourraient résulter du commerce de certaines substances ou produits nocifs ou dangereux.

Le *Protocole de Cartagena* relève de cette seconde catégorie d'instruments internationaux dont l'objet est de régir le commerce international de certaines substances à des fins de prévention des risques de dommage à l'environnement et/ou à la santé. Toutefois, le *Protocole de Cartagena* présente deux particularités par rapport aux autres instruments qui appartiennent à cette catégorie.

Premièrement, tandis que la quasi-totalité des AEM qui incorporent des mesures commerciales listent ou identifient spécifiquement les substances pouvant faire l'objet de restrictions commerciales (voir par exemple : *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination*⁷, *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international* (PIC)⁸, *Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants* (POP)⁹), le *Protocole de Cartagena* porte sur les organismes vivants modifiés (OVM) sans préciser ceux d'entre eux qui pourraient faire l'objet de mesures restrictives du commerce international. Deuxièmement, alors que les substances dont le commerce international est régi par les instruments internationaux sont qualifiées généralement de « substances dangereuses », les OVM dans le cadre du *Protocole de Cartagena* ne procèdent pas d'une telle qualification. Le régime du *Protocole de Cartagena* repose sur l'incertitude scientifique qui caractérise les risques liés aux OVM et ne se prononce donc pas explicitement sur la dangerosité ou la non-dangerosité des OVM susceptibles de faire l'objet du commerce international.

Ce double particularisme éclaire les risques d'entrechoquement entre le *Protocole de Cartagena* et les accords de l'OMC. Ces derniers reposent sur le principe de la prévisibilité des droits et obligations, alors que le *Protocole de Cartagena* semble instituer un régime du commerce international des OGM¹⁰ qui n'est *a priori* pas prévisible dans la mesure où la possibilité d'importer ou non un

⁶ *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, 1522 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1989 n° 42 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1989).

⁷ *Convention sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, 22 mars 1989, 1673 R.T.N.U. 57 (entrée en vigueur : 5 mai 1992).

⁸ *Convention de Rotterdam*, *supra* note 1.

⁹ *Convention de Stockholm*, *supra* note 1.

¹⁰ Dans le cadre de la présente contribution, les termes OGM et OVM seront utilisés de manière interchangeable dans la mesure où les OVM sont une sous-catégorie d'OGM.

OGM sur le territoire d'un État dépendra de l'appréciation au cas par cas dudit OGM par l'État d'importation¹¹.

Toutefois, cette collision entre le *Protocole de Cartagena* et les accords de l'OMC n'est qu'apparente ou potentielle. La présente contribution aura pour objet de souligner qu'il n'y a pas *ipso jure* de conflit entre le *Protocole de Cartagena* et le droit de l'OMC. L'approche du conflit doit être écartée pour mettre en avant des principes et critères de coexistence et de cohérence entre le *Protocole de Cartagena* et le droit de l'OMC.

Pour ce faire, il faut considérer tout d'abord la nature spécifique du *Protocole de Cartagena*. Celui-ci, contrairement aux autres instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement, est un instrument qui se situe réellement entre le commerce et l'environnement (I). Ensuite, l'accent sera mis sur certains éléments de compatibilité entre le droit de l'OMC et le *Protocole de Cartagena* ainsi que sur les aspects et les limites du raisonnement du Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*¹² (II).

I. La réglementation internationale de la biotechnologie : entre commerce et environnement

Les trente dernières années ont vu le thème de la biotechnologie¹³ se développer fortement, tant dans le domaine de la recherche que dans le cadre des négociations internationales. Les avancées dans le domaine des biotechnologies ont engendré des sentiments divers. D'un côté, elles étaient perçues comme un facteur d'exploitation et de développement des ressources génétiques de la planète¹⁴. D'un autre côté, elles ont fait naître de nombreuses craintes sur les menaces pour la biodiversité et la sécurité alimentaire. C'est du fait de l'importance croissante des biotechnologies que le *Protocole de Cartagena* fut adopté le 29 janvier 2000 après cinq années de négociations ardues. Celui-ci est entré en vigueur le 11 septembre 2003. Il se situe au carrefour des négociations entre commerce et environnement, et il

¹¹ Sur la procédure d'accord préalable en connaissance de cause et son impact sur le commerce international, voir *infra* pp. 11-13.

¹² *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte de l'Argentine, du Canada et des États-Unis)* (2006), OMC Doc. WT/DS291, 292, 293/R (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*].

¹³ *Protocole de Cartagena*, *supra* note 5, art. 3 (i) (« biotechnologie » s'entend de la manière suivante : « a) de l'application de techniques *in vitro* aux acides nucléiques, y compris la recombinaison de l'acide désoxyribonucléique (ADN) et l'introduction directe d'acides nucléiques dans des cellules ou organites; b) de la fusion cellulaire d'organismes n'appartenant pas à une même famille taxonomique, qui surmontent les barrières naturelles de la physiologie de la reproduction »).

¹⁴ Voir sur ces aspects de la biotechnologie, Jacques Bourrinet, « De l'hystérie anti-OGM à la recherche d'une biovigilance internationale en deçà et au-delà du commerce international d'organismes génétiquement modifiés » dans Jacques Bourrinet et Sandrie Maljean-Dubois, dir., *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, Paris, Documentation française, 2002, p. 5.

contient des restrictions particulières au commerce aux fins de protection de l'environnement.

Le *Protocole de Cartagena* est un instrument d'un type particulier qui intègre simultanément des considérations environnementales et des considérations commerciales (A). Il symbolise l'émergence d'une nouvelle génération d'AEM que l'on peut qualifier d'AEM à « texture commerciale »¹⁵. Les divers éléments contenus dans le *Protocole de Cartagena* trouvent également une assise dans le droit de l'OMC, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation objective des risques. En outre, au travers de la procédure d'accord préalable en connaissance de cause, le *Protocole* est un instrument qui régit les échanges commerciaux entre États d'exportation et États d'importation (B). Enfin, les clauses contenues dans le *Protocole de Cartagena* devraient être interprétées de *lege lata* et de *lege ferenda* dans le sens du « soutien mutuel » entre le *Protocole* et les accords de l'OMC (C).

A. Le *Protocole de Cartagena* comme AEM à « texture commerciale » basé sur l'évaluation objective des risques

Le *Protocole de Cartagena* s'intéresse au commerce international des OVM. C'est un instrument qui a vocation à prévenir les « effets défavorables » sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique¹⁶ et qui s'applique à tous les aspects du commerce international des OVM que le *Protocole* désigne sous le vocable « mouvements transfrontières »¹⁷. Le *Protocole de Cartagena* régit de ce fait les relations entre États exportateurs d'OVM et États d'importation. En cela, le *Protocole de Cartagena* apparaît comme un accord intégrant tant des considérations environnementales que des considérations commerciales.

Les restrictions commerciales prévues par le *Protocole de Cartagena* au nom de la protection de l'environnement et/ou de la santé ne sont pas contraires au droit de l'OMC. La protection de l'environnement et de la santé est un objectif légitime dans le cadre du droit de l'OMC et qui plus est, justifie des restrictions du commerce international, et ce dans plusieurs accords que ce soit le *GATT de 1994*, l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS)* ou l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC)*.

Rappelons que le droit de recourir à des mesures restrictives du commerce international à des fins de protection de l'environnement relève de la souveraineté de chaque État tant qu'aucune discrimination arbitraire ou injustifiable ou restriction déguisée au commerce n'est opérée¹⁸ ou encore tant que lesdites mesures sont basées

¹⁵ Sur la distinction entre AEM à « texture commerciale » et AEM à « texture environnementale », voir Boisson de Chazournes et Mbengue, *supra* note 4.

¹⁶ *Protocole de Cartagena*, *supra* note 5, art. 1.

¹⁷ *Ibid.*, art. 4.

¹⁸ Voir *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, Annexe IA de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 192 à l'art. XX (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*GATT de 1994*] («[s]ous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les

sur une évaluation scientifique des risques¹⁹. Comme il a été rappelé, par exemple, par le Groupe spécial dans l'affaire *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, à l'égard d'une mesure relevant du GATT :

nous ne sommes pas, à notre avis, tenus d'examiner l'opportunité de l'objectif général déclaré en tant que tel. En d'autres termes, nous ne sommes pas tenus d'évaluer le choix général déclaré par le Brésil, qui consiste à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux contre certains risques, ni le niveau de protection que le Brésil veut atteindre. Nous rappelons aussi à cet égard que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a dit clairement que chaque Membre de l'OMC avait "[...] le droit de fixer le niveau de protection de la santé qu'[il] jug[eait] approprié dans une situation donnée" [...]. En l'espèce, le Brésil estime que l'objectif général sur lequel l'interdiction d'importer repose est la protection de la santé et de la vie des personnes et de l'environnement, et que cet objectif est destiné à prévenir la production de quantités additionnelles de pneumatiques de rebut au Brésil et, ce faisant, à réduire l'incidence du cancer, de la dengue, de la fièvre jaune, des maladies respiratoires, des problèmes de reproduction, de la contamination de l'environnement et d'autres risques associés aux pneumatiques de rebut. À notre avis, la politique déclarée du Brésil visant à réduire l'exposition aux risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux découlant de l'accumulation de pneumatiques de rebut entre dans la catégorie des politiques visées par l'article XX b) [Nos italiques].²⁰

pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures »); *Accord relatif aux obstacles techniques au commerce, Annexe IA de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1868 R.T.N.U. 141 à l'art. 2 (2) (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord OTC*] (« [I]es Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait »); *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe IA de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 508 à l'art. 2 (3) (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord SPS*] (« [I]es Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires et phytosanitaires n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres. Les mesures sanitaires et phytosanitaires ne seront pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international »).

¹⁹ *Accord SPS, ibid.*, art. 5 (1) (« [I]es Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes »).

²⁰ *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés (Plainte des Communautés européennes)* (2007), OMC Doc. WT/DS332/R aux para. 7.97, 7.99-7.100 (Rapport du Groupe spécial).

Ainsi, le droit d'accès au marché n'est pas absolu à l'OMC. Il est sujet à certaines exceptions lorsqu'il est notamment nécessaire de protéger la santé des personnes, la santé et la vie des végétaux et des animaux ou lorsque la conservation des ressources naturelles épuisables est en jeu. En outre, les États membres de l'OMC sont habilités sous certaines conditions à restreindre l'accès au marché par l'adoption (provisoire) de mesures sanitaires ou phytosanitaires dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes. Cela représente, dans une certaine mesure, le droit pour un État importateur de baser ses décisions relatives à l'entrée d'OGM sur son territoire, sur une approche de précaution²¹.

Au sein de l'OMC, chaque État dispose du droit autonome de déterminer le niveau de protection de l'environnement ou de la santé qu'il juge approprié. L'Organe de règlement des différends de l'OMC se refusent eux-mêmes de procéder à un examen *de novo* du niveau de protection approprié déterminé par un État :

Nous ne pensons pas qu'en vertu de l'article 11 du Mémorandum d'accord, ou de toute autre disposition du Mémorandum d'accord ou de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial ou l'Organe d'appel puisse [...] substituer son propre raisonnement sur le niveau de protection que suppose la mesure à celui qui a toujours été exposé par l'Australie. La détermination du niveau de protection approprié, notion définie au paragraphe 5 de l'annexe A comme étant le "niveau de protection considéré approprié par le Membre établissant une mesure sanitaire", est une *prérogative* revenant au Membre concerné et non à un groupe spécial ou à l'Organe d'appel [Nos italiques].²²

Par conséquent, un État peut appliquer des mesures concernant les OGM, y compris des mesures fondées sur la précaution, qui entraînent un niveau de protection plus élevé que celui qui serait fondé sur les normes ou recommandations internationales pertinentes. Néanmoins, l'obligation d'évaluation « objective » du risque persiste même en cas d'insuffisance de preuves scientifiques²³. L'affaire

²¹ Sur la précaution comme élément de passerelle entre le *Protocole de Cartagena* et l'*Accord SPS*, voir *infra* pp. 25-30.

²² *Australie – Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada)* (1998), OMC Doc. WT/DS18/AB/R au para. 199 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Australie – Saumon* (Rapport de l'Organe d'appel)].

²³ *Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Plainte des États-Unis)* (2003), OMC Doc. WT/DS245/AB/R au para. 183 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Japon – Pommes* (Rapport de l'Organe d'appel)] (le concept d'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes peut s'apparenter au critère d'incertitude scientifique. Le concept a été en effet défini comme se rapportant à des situations « où l'on n'avait pas ou peu de preuves dignes de foi sur la question considérée » [Nos italiques]); FAO, *Directives techniques de la FAO pour une pêche responsable*, n°2, « L'approche de précaution appliquée aux pêches de capture et aux introductions d'espèces » au para. 18 (l'incertitude telle qu'envisagée en matière de précaution peut découler d'une telle situation d'absence ou de pauvreté des preuves relatives à un risque donné, ainsi qu'en témoignent les *Directives techniques de la FAO pour une pêche responsable* qui définissent l'incertitude comme une « incomplétude des connaissances relatives à l'état du système ou aux phénomènes naturels » [Nos italiques]). L'Organe d'appel de l'OMC a considéré que la question de l'insuffisance des preuves scientifiques pertinentes n'entretient aucun lien juridique avec l'incertitude scientifique et que les deux concepts ne sont pas « interchangeables » [*Japon – Pommes* (Rapport de l'Organe d'appel), *ibid.* au para. 184] au sein du

Australie – Mesures visant les importations de saumons a été l'occasion pour l'Organe d'appel d'expliquer que « le “risque” évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable [...]. Cela ne signifie pas, cependant, qu'un Membre ne peut déterminer que son niveau de protection appropriée correspond à un “risque nul” [Nos italiques] »²⁴.

Le droit des États d'adopter des mesures appropriées a été également reconnu par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* dans les termes ci-après : « [c]e droit qu'a un Membre d'établir son propre niveau de protection [...] est un droit autonome et non une “exception” à une “obligation générale” »²⁵.

Le *Protocole de Cartagena* fait dépendre les mesures de restriction du commerce international des OVM d'une évaluation objective des risques. Il en est de même des mesures restrictives pouvant être prises à l'OMC, notamment au regard de l'*Accord SPS*. L'évaluation des risques est une composante essentielle de l'analyse du risque. Le concept d'analyse du risque a fait l'objet de développements dans le cadre de la Commission du Codex Alimentarius. Cette dernière définit l'« analyse des risques » comme un processus comportant trois volets interdépendants et complémentaires : l'évaluation des risques, la gestion des risques et la communication des risques²⁶.

L'évaluation du risque est une phase *a priori* de l'analyse du risque dans la mesure où elle a pour objet par définition d'identifier le risque lié à une activité ou à une substance. C'est l'élément de connaissance du risque qui permet de distinguer entre l'évaluation du risque et les autres phases que sont la gestion et la communication du risque. Au moment de l'enclenchement de l'évaluation, le risque ou l'incertitude sur le risque n'est pas encore connu, voire établi. Lorsque la nature du risque est connue, l'évaluation porte alors sur la probabilité et l'ampleur dudit risque. La phase d'évaluation permet donc le passage d'un état d'ignorance à un état de

régime de l'art. 5 (7) de l'*Accord SPS*, *supra* note 18, qui incorpore explicitement l'expression « preuves scientifiques pertinentes insuffisantes ». Or, il semblerait que l'interprétation donnée par l'Organe d'appel et reprise par le Groupe spécial dans *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12 au para. 7.2940.) ne tient pas compte de la variabilité qui caractérise le critère de l'incertitude scientifique. Ceci étant, la position de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Pommes* et celle du Groupe spécial dans *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* pourraient être remises en cause dans d'autres affaires sanitaires ou environnementales à l'OMC. Dans le cadre de la présente contribution, nous utiliserons « insuffisance de preuves scientifiques » et « incertitude scientifique » comme des termes synonymes. Sur la synonymie entre les deux expressions, voir Makane Moïse Mbengue, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Paris, A. Pedone, 2009 aux pp. 222-26 [Mbengue, *Essai sur une théorie du risque*].

²⁴ *Australie – Saumon* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 22 au para. 125.

²⁵ *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* (*Plaintes du Canada et des États-Unis*) (1998), OMC Doc. WT/DS26, 48/AB/R au para. 156 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Hormones* (Rapport de l'Organe d'appel)].

²⁶ Voir Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, Commission du Codex Alimentarius, « Définition des termes relatifs à l'innocuité des aliments » dans *Manuel de procédure* (15^{ème} édition), Doc. off. FAO (2005) à la p. 47, en ligne : FAO <ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_15f.pdf>.

connaissance sur le risque. C'est en cela qu'elle correspond à une analyse *a priori* du risque. Par contre, la gestion et la communication portent sur un risque identifié grâce à la phase d'évaluation ou sur un risque pour lequel l'évaluation a démontré qu'il y a incertitude scientifique. De ce fait, elles interviennent généralement *a posteriori* de l'analyse des risques.

La pratique internationale a dessiné les contours de l'évaluation des risques. Il est généralement reconnu que l'évaluation des risques est un « processus à base scientifique »²⁷ rythmé autour de l'identification des dangers, la caractérisation des dangers, l'évaluation de l'exposition et la caractérisation des risques²⁸.

La référence à un « processus à base scientifique » implique que l'évaluation des risques s'appuie nécessairement sur des données scientifiques, des « preuves scientifiques disponibles »²⁹, des « méthodes scientifiques éprouvées »³⁰, des « principes scientifiques »³¹, des « méthodes scientifiques établies et acceptées »³², les « meilleures connaissances scientifiques disponibles »³³, certains parlant même d'un « raisonnement logique »³⁴.

Il peut être difficile de définir juridiquement ce à quoi renvoient ces divers éléments constitutifs d'une évaluation des risques fondée sur un « processus à base scientifique »³⁵. Le *Règlement sanitaire international* (2005) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) fournit par exemple une définition aux contours généraux en considérant que les « principes scientifiques » s'entendent des « lois fondamentales et des faits acceptés et connus grâce aux méthodes scientifiques »³⁶. D'aucuns ont proposé que l'idée d'un processus à base scientifique est relative entre autres à l'examen et l'évaluation de toute l'information scientifique pertinente disponible, à des analyses faisant appel à des techniques statistiques adéquates, à des mécanismes d'évaluation crédibles, transparents et complets ou encore au recours à des opinions scientifiques provenant d'une grande variété de sources, y compris des experts appartenant à des disciplines différentes et à différentes écoles scientifiques de pensée et d'opinion³⁷.

²⁷ Sur ces étapes, voir *ibid*.

²⁸ *Ibid*. Voir aussi CE, Commission, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, Bruxelles, 2000 COM(2000) 1 final à la p. 13, en ligne : EUR-Lex <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2000/com2000_0001fr01.pdf>.

²⁹ Voir par ex. *Protocole de Cartagena*, *supra* note 5, art. 15.

³⁰ *Ibid*.

³¹ Voir par ex. *Accord SPS*, *supra* note 18, art. 2.

³² Voir par ex. OMS, *Règlement sanitaire international*, 2^e éd., Genève, OMS, 2005, art. 1 (1) (entrée en vigueur : 15 juin 2007), en ligne : Organisation mondiale de la santé <http://www.who.int/csr/ihr/IHR_2005_fr.pdf> [*Règlement sanitaire international*].

³³ Voir par ex. *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, 1771 R.T.N.U. 107 à l'art. 4 (d) (entrée en vigueur : 21 mars 1994).

³⁴ Voir par ex. *supra* note 28.

³⁵ Pour une analyse de l'expression « processus à base scientifique », voir Mbengue, *Essai sur une théorie du risque*, *supra* note 23.

³⁶ Voir *Règlement sanitaire international*, *supra* note 32.

³⁷ Ruth MacKenzie *et al.*, *Guide explicatif du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*, Gland, Union mondiale pour la nature (UICN), 2003.

La *Communication de la Commission européenne sur le recours au principe de précaution* est un des rares documents officiels à définir clairement chacune des étapes de l'évaluation des risques³⁸. D'après ce document, l'identification du danger consiste à déceler les agents biologiques, chimiques (substances) ou physiques (activités) susceptibles d'avoir des effets défavorables. La caractérisation du danger consiste à déterminer, en termes quantitatifs et/ou qualitatifs, la nature et la gravité des effets défavorables liés aux agents ou à l'activité en cause. L'évaluation de l'exposition a trait à une évaluation quantitative ou qualitative de la probabilité d'exposition à l'agent étudié. La caractérisation du risque correspond à l'estimation qualitative et/ou quantitative de la probabilité, de la fréquence et de la gravité des effets défavorables, potentiels ou connus, susceptibles de se produire pour l'environnement ou la santé³⁹.

D'autres instruments internationaux optent pour une configuration différente des étapes de l'évaluation des risques. C'est le cas du *Protocole de Cartagena* qui est à l'heure actuelle l'instrument le plus élaboré en matière d'évaluation des risques. Cela témoigne de la « communauté d'intérêts » qui caractérise à ce niveau le *Protocole* et l'*Accord SPS*, ce dernier faisant également largement place à l'évaluation des risques⁴⁰. L'annexe III du *Protocole* fait le *distinguo* entre quatre phases : *l'identification des risques* qui peuvent avoir des effets défavorables; *l'évaluation de la probabilité* que ces effets défavorables surviennent et l'évaluation des conséquences qu'auraient ces effets défavorables s'ils survenaient; *l'estimation du risque global* sur la base de l'évaluation de la probabilité de survenue des effets défavorables repérés et de leurs conséquences; une recommandation indiquant si *les risques sont acceptables ou gérables*, y compris, au besoin, la définition de stratégies de gestion de ces risques.

À ces quatre phases vient se greffer la nécessité de prendre en considération dans l'évaluation des risques, les « *incertitudes quant à la gravité du risque* »⁴¹. Le *Protocole de Cartagena* fait ainsi de la précaution un élément à part entière de l'évaluation des risques. Cette tendance à l'intégration des *incertitudes* dans le processus d'évaluation des risques démontre que tous les niveaux d'incertitude scientifique – dont l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes – sont susceptibles d'être pris en compte au titre de l'évaluation des risques dans le régime du *Protocole de Cartagena*⁴².

³⁸ *Supra* note 28 au para. 29.

³⁹ Voir aussi pour des définitions similaires, Christine Noiville et Nicolas De Sadeleer, « La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres. Le droit entre enjeux scientifiques et politiques » (2001) 2 R.D.U.E 398.

⁴⁰ Voir par ex. *Accord SPS, supra* note 18, art. 5 (« [I]es Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes »).

⁴¹ *Protocole de Cartagena, supra* note 5, annexe 3, au point 7 (f).

⁴² Sur les types d'incertitude scientifique, voir Mbengue, *Essai sur une théorie du risque, supra* note 23 à la p. 222.

Toutefois, la procédure d'évaluation des risques prévue par le *Protocole* est beaucoup plus large que celle qui ressort de l'*Accord SPS*. L'incertitude scientifique est une *étape* de l'évaluation des risques dans le régime du *Protocole*. Elle est un *résultat* de l'évaluation des risques dans le cadre de l'*Accord SPS*. Elle est une étape en ce sens que l'Annexe III du *Protocole* prévoit qu'en cas d'incertitude sur la gravité du risque, un complément d'information peut être demandé pour mener à bien l'évaluation des risques. Elle est un résultat dans le cadre de l'*Accord SPS* car la mesure SPS peut être adoptée suite à l'incertitude (dénommée « insuffisance de preuves scientifiques pertinentes ») qui découle d'une évaluation objective des risques⁴³.

Malgré cette différence, l'obligation d'évaluation des risques dans le *Protocole de Cartagena* poursuit le même objectif que celle contenue dans l'*Accord SPS*, à savoir prévenir les discriminations arbitraires ou injustifiables et les restrictions déguisées ou abusives au commerce international⁴⁴ ainsi que réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce⁴⁵. Il apparaît dès lors que le *Protocole de Cartagena* est un accord *sui generis* qui ne relève pas exclusivement du champ des AEM. Celui-ci incorpore une logique quasi-similaire aux accords de l'OMC et notamment à l'*Accord SPS* qui conditionne toutes mesures restrictives à une évaluation objective du risque. Cette nature particulière du *Protocole de Cartagena* se ressent également au travers de la procédure d'accord préalable en connaissance de cause qui est un véritable outil de régulation des échanges entre États exportateurs et États d'importation.

B. Le *Protocole de Cartagena* régit les échanges entre États d'exportation et États d'importation : la procédure d'accord préalable en connaissance de cause et son impact sur le commerce international

La communauté internationale a, à travers le *Protocole de Cartagena*, reconnu que les produits OGM sont tels qu'ils requièrent une procédure d'autorisation distincte pour leur mise sur le marché. Les parties au *Protocole de Cartagena* sont tenues de suivre la procédure d'accord préalable en connaissance de cause (AIA (*Advanced informed agreement*) en anglais et APCC en français) pour les mouvements transfrontières d'organismes vivants modifiés. L'AIA consiste en trois étapes : notification, évaluation de la notification, et décision. L'État d'exportation a

⁴³ Voir *Accord SPS*, *supra* note 18, art 5 (7).

⁴⁴ *Ibid.*, au préambule (dans la mesure où l'*Accord SPS* est un développement de l'article XX du GATT, notamment de l'article XX (b), l'interprétation « harmonieuse » de l'*Accord SPS* et du *GATT de 1994* permet de penser que l'*Accord SPS* vise également à prévenir les discriminations arbitraires ou injustifiables ainsi que les restrictions déguisées au commerce. D'ailleurs, le premier paragraphe du préambule de l'*Accord SPS* se lit comme suit : « [r]éaffirmant qu'aucun Membre ne devrait être empêché d'adopter ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ») [Nos italiques].

⁴⁵ *Ibid.*, art. 5 (4).

l'obligation de notifier par écrit à l'État d'importation les mouvements intentionnels d'organismes génétiquement modifiés. La partie d'importation a différentes options : approuver l'importation sans condition; approuver l'importation sous conditions; interdire l'importation; requérir des informations complémentaires; étendre la procédure pour une période donnée. En cas d'incertitude scientifique sur l'étendue potentielle des effets préjudiciables, la partie d'importation a le droit de prendre une décision qui minimise ou élimine de tels effets. Ces aspects procéduraux démontrent que les produits génétiquement modifiés ne sont pas soumis au même régime d'autorisation d'importation que les produits non-OGM⁴⁶.

La procédure d'accord préalable en connaissance de cause pose comme principe « qu'*avant* le premier mouvement transfrontière d'OVM [Nos italiques] »⁴⁷, l'État importateur doit être notifié du mouvement transfrontière proposé et avoir la possibilité de décider si l'importation sera autorisée et sous quelles conditions. La notification préalable de l'activité à risques est donc au cœur de l'AIA. Cette notification doit se faire avant le *premier* mouvement transfrontière d'OVM. En d'autres termes, une fois que l'État a donné son accord en connaissance de cause quant à l'importation d'un OVM visé par une notification donnée, les importations ultérieures de cet OVM ne seront pas soumises à la procédure d'AIA.

Le *Protocole de Cartagena* reste silencieux sur l'effet de l'accord préalable à l'égard des États exportateurs autres que celui qui a notifié un mouvement d'OVM. La question se pose de savoir si la procédure AIA devra s'appliquer chaque fois qu'un *nouvel* État souhaite exporter pour la première fois un OVM spécifique vers le territoire d'un État tiers, ou si elle ne s'applique que la première fois qu'un OVM spécifique est importé dans un État *indifféremment de l'État exportateur*. Dans ce dernier cas, en supposant que l'accord a été donné à la première importation, les importations ultérieures du même OVM *en provenance de tout État* devraient être autorisées dans les mêmes conditions.

Une lecture générale de la procédure AIA, en dehors du contexte du *Protocole de Cartagena*, pourrait corroborer l'interprétation selon laquelle la procédure ne s'applique qu'à un *mouvement d'OVM notifié pour la première fois* par un État exportateur et qu'une fois l'accord préalable donné par l'État importateur, les autres États exportateurs ne seraient pas tenus de se soumettre à l'AIA pour les mouvements concernant le même OVM vers l'État qui a donné son accord. Cependant, la prise en considération du contexte ainsi que de l'objet et du but du *Protocole de Cartagena* commande de retenir une interprétation plus nuancée, voire plus restrictive, des effets de l'AIA. Le *Protocole de Cartagena* repose sur l'incertitude scientifique concernant les risques liés aux OVM et accorde aux États une sorte de droit de précaution applicable à tout mouvement intentionnel d'OVM d'un État à un autre. L'État importateur, du fait de la précaution, doit pouvoir conserver le droit de vérifier que les importations ultérieures par d'autres États d'un OVM dont l'importation a été

⁴⁶ C'est là, en outre, un élément qui pourrait suggérer la non-similarité entre ces produits dans les cas où un test de similarité entrerait en jeu au titre du *GATT de 1994*, *supra* note 18, art. III ou de l'*Accord OTC*, *supra* note 18, art. 2 (1).

⁴⁷ *Protocole de Cartagena*, *supra* note 5, art. 7 (1).

consentie, ont bel et bien trait à un OVM similaire. Autrement dit, l'État importateur doit bénéficier d'un droit continu de pouvoir vérifier que la nouvelle importation concerne véritablement le même OVM précédemment autorisé selon la procédure d'AIA⁴⁸.

Partant, chaque fois qu'un nouvel État souhaite exporter un OVM vers un État tiers, il doit se plier à la procédure d'AIA même si l'État tiers en question a déjà accordé à un autre État une autorisation d'importation d'un OVM similaire. Mieux, la précaution dicte qu'un État importateur puisse décider unilatéralement et discrétionnairement de soumettre à nouveau à la procédure d'AIA les importations en provenance d'un État exportateur auquel il a initialement accordé une autorisation d'importation d'un OVM.

L'article 12 du *Protocole de Cartagena* est édifiant à ce sujet. Il prévoit qu'un État importateur puisse « à tout moment, au vu de nouvelles informations scientifiques » sur les risques liés à un OVM, « reconsidérer et modifier sa décision concernant un mouvement transfrontière intentionnel [Nos italiques] »⁴⁹. Pour ce faire, l'État importateur peut « à sa discrétion, exiger une évaluation des risques [Nos italiques] » pour les importations ultérieures d'un OVM⁵⁰. La possibilité reconnue à l'État importateur de reconsidérer son autorisation d'importation ou d'exiger une nouvelle évaluation des risques relative à un OVM dont il a consenti l'importation, implique que l'État importateur puisse exiger d'un État exportateur qu'il se soumette à nouveau à une procédure AIA. C'est en cela que l'AIA peut avoir un impact négatif sur le commerce international et notamment sur le principe de non-discrimination, pierre angulaire du système commercial multilatéral. On vise ici en particulier les hypothèses dans lesquelles il y aurait violation de la clause de la nation la plus favorisée⁵¹ parce que l'État importateur, « à sa discrétion », exempterait certains États exportateurs d'une évaluation des risques pour les importations ultérieures d'un OVM sans que cette exemption ne soit étendue à tous les autres États membres de l'OMC pour leurs importations ultérieures d'un OVM.

⁴⁸ Sur la procédure d'AIA dans le cadre du *Protocole de Cartagena*, voir François Pythoud, « Les procédures de décision précédant les mouvements transfrontières d'OVM » dans Bourinet et Maljean-Dubois, *supra* note 14, 61 aux pp. 61-69. Pour une position différente, voir Canada, Environnement Canada, *Protocole de Cartagena sur la biosécurité* (Document de consultation), 2002 à la p. 8. Pour une comparaison entre la procédure d'AIA en vertu du *Protocole de Cartagena* et d'autres procédures d'accord préalable en connaissance de cause en droit international, voir Mbengue, *Essai sur une théorie du risque*, *supra* note 23 aux pp. 266-84.

⁴⁹ *Protocole de Cartagena*, *supra* note 5, art. 12 (1).

⁵⁰ *Ibid.*, art. 12 (4).

⁵¹ Voir *GATT de 1994*, *supra* note 18, art. 1 ; voir aussi *Accord OTC*, *supra* note 18, art. 2 (1) : « [L]es Membres feront en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays [Nos italiques] ».

C. Les clauses relatives à la relation entre le *Protocole de Cartagena* et les accords de l'OMC au sein du Protocole : vers un soutien mutuel

Le *Protocole de Cartagena* incorpore le *principe du soutien mutuel* entre AEM et accords de l'OMC⁵². Le rappel de ce principe dans plusieurs instruments juridiques internationaux et la *Déclaration de Doha* de la Conférence ministérielle de l'OMC, a consolidé la reconnaissance juridique voire la cristallisation de ce principe dans le cadre des relations entre commerce et environnement. Le paragraphe 31 de la *Déclaration de Doha* se lit en effet comme suit :

[a]fin de renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement, nous convenons de négociations, sans préjuger de leur résultat, concernant :

i) la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux (AEM). La portée des négociations sera limitée à l'applicabilité de ces règles de l'OMC existantes entre les parties à l'AEM en question. Les négociations seront sans préjudice des droits dans le cadre de l'OMC de tout Membre qui n'est pas partie à l'AEM en question.⁵³

La *Déclaration ministérielle de Hong Kong* le réitère :

[n]ous réaffirmons le mandat énoncé au paragraphe 31 de la *Déclaration ministérielle de Doha*, qui vise à renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement, et nous félicitons des travaux importants entrepris au Comité du commerce et de l'environnement (CCE) réuni en Session extraordinaire. Nous donnons pour instruction aux Membres d'intensifier les négociations, sans préjuger de leur résultat, sur toutes les parties du paragraphe 31 afin de remplir le mandat.⁵⁴

De même, plusieurs AEM récemment adoptés favorisent la logique de soutien mutuel entre commerce et environnement⁵⁵. Le préambule du *Protocole de Cartagena* énonce que « *les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable* [Nos italiques] »⁵⁶. L'une des facettes du principe du soutien mutuel est la non-modification des droits et obligations contenus dans d'autres accords internationaux. Ainsi que l'indique le préambule du *Protocole de Cartagena* : « [s]oulignant que le

⁵² Sur le principe du soutien mutuel, voir Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, « À propos du principe du soutien mutuel. Les relations entre le *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques* et les Accords de l'OMC » (2007) 4 R.G.D.I.P. 605.

⁵³ Voir *Déclaration de Doha*, *supra* note 3.

⁵⁴ Voir OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration de Hong Kong*, OMC Doc. WT/MIN(05)/DEC/1 (2004) au para. 30, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min05_f/final_text_f.htm>.

⁵⁵ Voir par ex. *Convention de Rotterdam*, *supra* note 1; *Convention de Stockholm*, *supra* note 1; *Traité international sur les ressources phylogénétiques*, *supra* note 1.

⁵⁶ *Protocole de Cartagena*, *supra* note 5, préambule.

présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations des parties en vertu d'autres accords internationaux en vigueur»⁵⁷.

Le principe du soutien mutuel est un principe de coexistence et de cohérence entre les accords de l'OMC et le *Protocole de Cartagena*. Il implique qu'il n'y a pas *ad definitionem* de conflit entre le *Protocole de Cartagena* et les accords de l'OMC. En d'autres termes, les dispositions contenues dans le *Protocole de Cartagena* et celles inscrites dans les accords de l'OMC ne sont pas « mutuellement exclusives » les unes des autres et doivent pouvoir s'appliquer simultanément. C'est un principe qui induit que les accords de commerce et le *Protocole de Cartagena* poursuivent un objectif commun qu'est celui de la promotion du *développement durable*. Ce dernier, ainsi que l'a noté le tribunal arbitral dans l'*Affaire du « Rhin de fer »*, requiert que des passerelles soient édifiées pour relier et interconnecter considérations environnementales et considérations économiques :

*[t]oday, [...] international law require[s] the integration of appropriate environmental measures in the design and the implementation of economic development activities [...] Environmental law and the law on development stand not as alternatives but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm. This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law. This principle applies not only in autonomous activities but also in activities undertaken in implementation of specific treaties between the Parties.*⁵⁸

Avant le tribunal arbitral, l'Organe d'appel de l'OMC avait lui-même reconnu dans la célèbre affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* que

[l]'article XX n'a pas été modifié pendant le Cycle d'Uruguay, mais le préambule de l'*Accord sur l'OMC* montre que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale. Le préambule de l'*Accord sur l'OMC* – qui éclaire non seulement le GATT de 1994 mais aussi les autres accords visés – fait expressément état de « l'objectif de *développement durable* ».⁵⁹

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *L'arbitrage du « Rhin de fer » Belgique c. Pays-Bas (2005)*, La Haye, T.M.X. Asser Press au para. 59 (Cour permanente d'arbitrage).

⁵⁹ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plaintes de l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande) (1998)*, OMC Doc. WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) au para. 129.

Et l'Organe d'appel de préciser plus avant :

[à] la fin du Cycle d'Uruguay, les négociateurs ont élaboré un préambule approprié pour le nouvel *Accord sur l'OMC*, qui renforçait le système commercial multilatéral en établissant une organisation internationale dans le but, notamment, de faciliter la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement de cet accord et des autres accords résultant de ce cycle, et de favoriser la réalisation de leurs objectifs. Reconnaisant qu'il importait d'assurer la continuité avec l'ancien système du GATT, les négociateurs se sont inspirés du préambule du GATT de 1947 pour rédiger celui du nouvel *Accord sur l'OMC*. Toutefois, ils ont manifestement pensé que l'objectif de "pleine utilisation des ressources mondiales" qui figurait dans le préambule du GATT de 1947 n'était plus adapté au système commercial mondial des années 90. Ils ont donc décidé de nuancer les objectifs initiaux du GATT de 1947 en y ajoutant ce qui suit: "[...] tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'*objectif de développement durable*, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique [...]". Nous notons encore une fois que ce texte démontre que les négociateurs de l'OMC ont reconnu que l'utilisation optimale des ressources mondiales devait se réaliser conformément à l'objectif de développement durable. Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'*Accord sur l'OMC*, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'*Accord sur l'OMC*, le GATT de 1994 en l'espèce [Nos italiques].⁶⁰

Le principe du soutien mutuel aboutit en définitive à la reconnaissance de l'*absence de hiérarchie* entre les accords de l'OMC et le *Protocole de Cartagena*. Il dicte une lecture harmonieuse du *Protocole de Cartagena* et des accords de l'OMC. Cela revient à dire que le *Protocole de Cartagena* peut servir à l'*interprétation* des accords de l'OMC. Toutefois, le principe du soutien mutuel n'exige pas des organes de règlement des différends de l'OMC qu'ils procèdent à l'*application per se* du *Protocole* dans le cadre d'un différend porté devant eux. Pour traduire cette ligne de démarcation entre interprétation et application *per se*, on peut se référer à la distinction entre « applicabilité indirecte » (*indirect applicability*) et « applicabilité directe » (*direct applicability*) du droit non-OMC dans le cadre du système commercial multilatéral. Ainsi qu'il a été expliqué :

[t]he concept of "applicability" is to be understood as the possibility for the WTO dispute-settlement bodies to use the Cartagena Protocol as a tool for interpreting rights and obligations under WTO Agreements. To qualify such a situation, one may refer to the concept of "indirect applicability" which is different from "direct applicability" in the sense that the latter would imply that the WTO dispute-settlement bodies are entitled to apply

⁶⁰ *Ibid.* aux para. 152-53.

*mutatis mutandis rights and obligations outside their jurisdiction.*⁶¹ Thus, *indirect applicability deals only with the option of WTO dispute settlement bodies to take into account MEAs rules in the interpretation and application of WTO rights and obligations.*⁶²

II. La réception du *Protocole de Cartagena* à l'OMC

Le *Protocole de Cartagena* n'est pas « contraire aux règles classiques du libre-échange »⁶³. Il peut trouver application aux côtés des accords de l'OMC⁶⁴. Il peut aussi servir à leur interprétation. Toutefois, à la lumière du rapport rendu par le Groupe spécial dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*⁶⁵, une distinction peut être opérée entre la réception « virtuelle » du *Protocole de Cartagena* à l'OMC (c'est-à-dire les voies éventuelles d'articulation entre les deux régimes) (B) et la réception « vécue » (C) du *Protocole* à l'OMC suite aux conclusions du Groupe spécial dans l'affaire *Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*⁶⁶. Avant d'analyser ces deux variantes de la réception, il convient de se poser la question de savoir quels sont les accords de l'OMC qui pourraient s'appliquer concrètement en matière de commerce international des OGM (A).

A. Applicabilité des accords de l'OMC au commerce international des OGM

En tant que marchandises, les OGM sont soumis aux disciplines du droit de l'OMC. Les modalités d'appréhension ne sont toutefois ni simples, ni évidentes, en raison à la fois de la diversité des OGM et des risques qu'ils sont susceptibles de faire

⁶¹ Pour une position en faveur de l'« applicabilité directe » (*direct applicability*), voir Joost Pauwelyn, « Bridging fragmentation and unity: International law as a universe of inter-connected islands » (2004) 25 Mich. J. Int'l L. p. 910 (Pauwelyn considère que : « *although the jurisdiction of WTO panels is limited to WTO claims, in my view, all international law binding on both parties to a dispute may, in principle, be part of the applicable law before a WTO panel. Non-WTO law is part of this applicable law, and may, in particular, provide a defence against violation of WTO law (for example, an environmental agreement binding between the disputing parties may, depending on the relevant conflict rules, excuse a violation of GATT, independently of GATT Article XX). While non-WTO law to be referred to when interpreting WTO terms ought to be limited to law that reflects the common intentions of all WTO members, in my view, the applicable law in a particular dispute may also include law binding only between the two disputing parties (it need not be binding on all WTO members)* »).

⁶² Voir Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, « Trade, Environment and Biotechnology: On Coexistence and Coherence » dans Thomas Cottier et Daniel Wüger, dir., *Genetic Engineering: Challenges posed by a New Technology to the World Trading System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p. 205 [Boisson de Chazournes et Mbengue, « Coexistence and Coherence »].

⁶³ Sur cette affirmation, voir Marie-Angèle Hermitte et Christine Noiville, « Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international » dans Bourrinet et Maljean-Dubois, *supra* note 14, 317 à la p. 319.

⁶⁴ Sur ce point, voir Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, « GMOs and Trade: Issues at Stake in the EC Biotech Dispute » (2004) 13:3 R.E.C.I.E.L. 289.

⁶⁵ *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12.

⁶⁶ *Ibid.*

peser, ainsi que de la pluralité des mesures restrictives du commerce auxquelles ils peuvent donner lieu. À cela il faut ajouter la complexité même du système de l'OMC, constitué d'une série d'accords différents. Leur commerce pourrait être évalué, selon les cas, au regard de l'*Accord SPS*, de l'*Accord OTC*, voire du *GATT de 1994*. Une réflexion au cas par cas doit être conduite, en fonction notamment de l'OGM en cause et des risques qu'il suscite (sanitaire et/ou environnemental). Indiscutablement, l'articulation entre les accords de l'OMC eux-mêmes, sur une question comme celle des OGM, n'est pas claire et contribue encore à complexifier leur appréhension juridique.

Le *Protocole de Cartagena* prend en considération tant le risque sanitaire qu'environnemental. L'*Accord SPS* semble avoir une vision plus limitative du risque pris en compte par une mesure de restriction au commerce, en se limitant à ceux de nature sanitaire ou phytosanitaire. L'*Accord SPS* ne semble pas à première vue s'appliquer à tous les produits et à tous les risques. L'annexe A, paragraphe 1 de l'*Accord SPS* définit une « mesure sanitaire ou phytosanitaire » comme :

[t]oute mesure appliquée:

- a) pour protéger, sur le territoire du Membre, la santé et la vie des animaux ou préserver les végétaux des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, maladies, organismes porteurs de maladies ou organismes pathogènes;
- b) pour protéger, sur le territoire du Membre, la santé et la vie des personnes et des animaux des risques découlant des additifs, contaminants, toxines ou organismes pathogènes présents dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux;
- c) pour protéger, sur le territoire du Membre, la santé et la vie des personnes des risques découlant de maladies véhiculées par des animaux, des plantes ou leurs produits, ou de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites; ou
- d) pour empêcher ou limiter, sur le territoire du Membre, d'autres dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites.⁶⁷

La solution concernant le champ d'application des mesures SPS doit être recherchée tant dans l'*Accord SPS* que dans l'*Accord OTC*. En vertu de l'article 1 (5) de l'*Accord OTC*, « les dispositions d[e] [cet] accord ne s'appliquent pas aux mesures sanitaires et phytosanitaires telles qu'elles sont définies à l'Annexe A de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires »⁶⁸. Comment interpréter une telle formulation? Une lecture du préambule de l'*Accord OTC* montre clairement que cet accord a un champ d'application plus large que l'*Accord SPS*. Premièrement,

⁶⁷ *Accord SPS*, *supra* note 18, Annexe A, au para. 1.

⁶⁸ *Accord OTC*, *supra* note 18, art. 1 (5).

l'*Accord OTC* couvre tant les aspects sanitaires et phytosanitaires que les aspects environnementaux *per se*, comme l'affirme son préambule :

[r]econnaissant que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement.⁶⁹

Deuxièmement, l'*Accord OTC* bénéficie d'une sorte de « compétence résiduelle » alors que l'*Accord SPS* n'a qu'une « compétence d'attribution »⁷⁰. En effet, le champ d'application de l'*Accord SPS* est défini par une énumération limitative des mesures SPS. Aussi, il serait inadéquat d'affirmer de manière absolue que l'*Accord SPS* couvre le risque environnemental *lato sensu*. L'*Accord SPS* ne couvre le risque environnemental que d'une manière limitée à travers les considérations phytosanitaires et incidemment certaines considérations de santé animale. La protection de la santé et de la vie des végétaux « des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, maladies, organismes porteurs de maladies ou organismes pathogènes »⁷¹ constitue par exemple concomitamment un objectif sanitaire et environnemental. De même, l'article 5 (2) de l'*Accord SPS* démontre que le risque environnemental n'est pas inconnu dans le régime de cet accord :

[d]ans l'évaluation des risques, les Membres tiendront compte des preuves scientifiques disponibles; des procédés et méthodes de production pertinents; des méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes; de la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques; de l'existence de zones exemptes de parasites ou de maladies; *des conditions écologiques et environnementales pertinentes*; et des régimes de quarantaine ou autres [Nos italiques].⁷²

Ceci étant, tous les risques environnementaux non-couverts par l'*Accord SPS* tombent en principe sous la coupe de l'*Accord OTC*⁷³. Les mesures restrictives du commerce international des OGM ne sauraient par conséquent tomber exclusivement sous le couvert de l'*Accord SPS*. D'autres accords de l'OMC tels l'*Accord OTC* peuvent également trouver application en matière de commerce international d'OGM notamment pour ce qui est des risques de nature environnementale liés aux OGM. Le

⁶⁹ *Ibid.*, préambule.

⁷⁰ Ce point est reflété dans l'article 1 (4) de l'*Accord SPS*, *supra* note 18 (« [a]ucune disposition du présent accord n'affectera les droits que les Membres tiennent de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce en ce qui concerne les mesures n'entrant pas dans le champ du présent accord »).

⁷¹ *Ibid.*, Annexe A, au para. 1 (a).

⁷² *Ibid.*, art. 5 (2).

⁷³ Sur la relation entre l'*Accord SPS* et l'*Accord OTC*, voir Gabrielle Marceau et Joel P. Trachtman, « The technical barriers to trade agreement, the sanitary and phytosanitary measures agreement and the general agreement on tariffs and trade – A map of the WTO and domestic regulation of goods » (2002) 46 *J. World Trade* 876.

traitement du commerce des OGM ne saurait être limité à l'*Accord SPS* ni ne peut concerner l'*Accord OTC* que de manière résiduelle ou alternative. Comme l'a rappelé l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers* :

[i]l est maintenant bien établi que l'Accord sur l'OMC constitue un "engagement unique" et, par conséquent, toutes les obligations contractées dans le cadre de l'OMC sont en général cumulatives et les Membres doivent se conformer simultanément à la totalité d'entre elles.⁷⁴

Dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*⁷⁵, le Groupe spécial a adopté une interprétation large⁷⁶ du champ d'application de l'annexe A 1) de l'*Accord SPS* en appréciant la licéité de la réglementation communautaire et des mesures litigieuses *exclusivement* à la lumière de l'*Accord SPS*⁷⁷. Pourtant, le Groupe spécial a admis dans le même temps qu'une réglementation peut très bien incorporer simultanément l'adoption de mesures SPS et de mesures non-SPS⁷⁸. Il va ainsi jusqu'à affirmer *expressis verbis* que

ni l'Accord sur l'OMC ni la jurisprudence de l'OMC n'établissent qu'une prescription satisfaisant à la condition mentionnée au paragraphe précédent ne peut pas être réputée englober deux, voire plus de deux mesures distinctes qui doivent être évaluées au titre d'Accords de l'OMC différents. Nous notons que l'Annexe A 1) de l'Accord SPS, qui définit l'expression "mesure SPS", fait référence à "[t]oute mesure" et à des "prescriptions". Mais ces références ne signifient pas qu'une prescription ne peut pas être considérée comme englobant une mesure SPS ainsi qu'une mesure non SPS.⁷⁹

Et le Groupe spécial de conclure dans les termes suivants :

[r]appelons que l'article 1.5 dit que les dispositions de l'*Accord OTC* "ne s'appliquent pas" aux mesures SPS telles qu'elles sont définies à l'Annexe A 1) de l'*Accord SPS*. Pour mieux illustrer le fonctionnement de l'article 1.5, nous nous reportons à notre exemple particulier de

⁷⁴ *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Plainte des Communautés européennes)* (1999), OMC Doc. WT/DS98/AB/R au para. 74 (Rapport de l'Organe d'appel). Voir aussi *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée (Plainte des Philippines)* (1997), OMC Doc. WT/DS22/AB/R à la p. 12 (Rapport de l'Organe d'appel) (« [c]ontrairement à l'ancien système du GATT, l'*Accord sur l'OMC* est un instrument conventionnel unique qui a été accepté par les Membres de l'OMC en tant que constituant un "engagement unique" »).

⁷⁵ *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12.

⁷⁶ Pour une critique, voir Jacqueline Peel, « A GMO by any other name... might be an SPS risk! Implications of expanding the scope of the WTO sanitary and phytosanitary measures agreement » (2006) E.J.I.L. 1015.

⁷⁷ *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12 aux para. 7.148-416. Voir sur la question, Christiane R. Conrad, « The EC biotech Dispute and Applicability of the SPS Agreement: Are the Panel's Findings Built on Shaky Ground? » (2007) 6 *World Trade Review* 233.

⁷⁸ *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12 au para. 7.166.

⁷⁹ *Ibid.*

prescription hypothétique figurant dans la loi consolidée. À cette fin, nous supposons que la loi consolidée peut être considérée comme un règlement technique au sens de l'Annexe 1 1) de l'*Accord OTC*. Nous avons dit ci-dessus que, dans la mesure où la prescription figurant dans la loi consolidée est appliquée dans l'un des buts énumérés à l'Annexe A 1) de l'*Accord SPS*, elle peut être considérée comme une mesure SPS. En tant que telle, elle doit être évaluée au titre de l'*Accord SPS*, à condition qu'elle puisse affecter le commerce international. L'article 1.5 indique clairement que, dans la mesure où la prescription en cause peut être considérée comme une mesure SPS, les dispositions de l'*Accord OTC* "ne s'applique[ra]ient pas", même si la prescription en cause figure dans une loi qui correspond à la définition d'un règlement technique. Nous avons aussi dit que, dans la mesure où la prescription en cause est appliquée dans un but non visé par l'Annexe A 1) de l'*Accord SPS*, elle peut être considérée comme englobant une mesure non SPS. D'après ses termes, l'article 1.5 ne peut pas s'appliquer à des mesures non SPS. Cependant, étant donné qu'il est supposé qu'elle fait partie d'un règlement technique, la prescription doit être évaluée au titre de l'*Accord OTC*, dans la mesure où elle incorpore une mesure non SPS. Ainsi que le démontrent les considérations qui précèdent, notre point de vue selon lequel une prescription peut dans certains cas incorporer plus d'une mesure est compatible avec les dispositions de l'article 1.5 et leur donne sens et effet.⁸⁰

Malgré les constatations du Groupe spécial, la question de la relation entre l'*Accord SPS* et l'*Accord OTC* est loin d'être épuisée. Le débat reste ouvert quant à la question de savoir si le risque purement environnemental relève de l'*Accord SPS*⁸¹ et si les mesures commerciales liées aux OGM peuvent mieux être appréhendées à la lumière de l'*Accord OTC* voire du *GATT de 1994*.

B. La réception « virtuelle » du *Protocole de Cartagena* à l'OMC

La réception « virtuelle » du *Protocole de Cartagena* à l'OMC soulève deux questions générales. D'une part, une question relative à la possibilité de considérer le *Protocole* en tant que « norme internationale pertinente » dans le cadre de l'OMC (1). D'autre part, une question sur la potentialité de la précaution à permettre un rapprochement entre le *Protocole* et les accords de l'OMC (2).

1. LE *PROTOCOLE DE CARTAGENA* COMME « NORME INTERNATIONALE PERTINENTE » DANS LE CADRE DE L'OMC?

Les standards internationaux ou normes internationales se sont développés dans l'ordre juridique international pour permettre aux États de bénéficier de filets de

⁸⁰ *Ibid.* au para. 7.167.

⁸¹ Voir sur ce point Marie-Pierre Lanfranchi, « L'affaire *CE – Produits Biotechnologiques* : Éléments du débat judiciaire » (2008) 2 *Revue européenne de droit de l'environnement* 135.

sécurité lorsqu'ils adoptent des mesures de santé publique ou de protection de l'environnement⁸². Autrement dit, les standards internationaux garantissent une certaine prévisibilité des mesures pouvant être prises par les États dans les sphères environnementale et sanitaire. C'est pourquoi les standards jouent un rôle de premier plan à l'échelle du commerce international de substances à risques. Ils y remplissent une fonction de dénominateur commun qui permet de prévenir le protectionnisme, les restrictions déguisées au commerce et les discriminations abusives dans les échanges commerciaux internationaux que les États pourraient pratiquer au nom de l'anticipation des risques environnementaux et sanitaires. Ils constituent un référentiel juridique sur lequel l'on peut se baser pour évaluer et qualifier le comportement d'un État par rapport à une question donnée. Cela explique l'attractivité de ces standards dans bon nombre d'instruments internationaux et en particulier les accords de l'OMC. Ces derniers font des standards internationaux un outil d'*harmonisation* des standards nationaux adoptés dans le champ la protection de l'environnement et/ou de la santé publique.

Les *Accords SPS* et *OTC* se réfèrent substantiellement à certains ensembles de standards internationaux, tels ceux du Codex Alimentarius, de la *Convention internationale pour la protection des végétaux*⁸³ (CIPV) et de l'Organisation mondiale de la santé animale (OIE) comme base présumée de la conformité des mesures des États membres de l'OMC. L'article 3 (2) de l'*Accord SPS*, par exemple, prévoit que

[...]mesures sanitaires ou phytosanitaires qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes du présent accord et du GATT de 1994.⁸⁴

Partant, un État membre de l'OMC qui prend une mesure sanitaire ou phytosanitaire conforme à un ou des standards du Codex Alimentarius, ne sera pas soumis en principe à l'obligation de prouver ou de justifier scientifiquement ladite mesure. *A contrario*, un État qui recourt à des normes plus protectrices que les standards internationaux ou un État qui décide de légiférer en l'absence de norme internationale, devra prouver scientifiquement le bien fondé de sa mesure.

Le *Protocole de Cartagena* pourrait jouer *de facto* le rôle d'une *norme internationale* dans le cadre de l'OMC. Cela impliquerait qu'un État qui base ses mesures de restriction du commerce international sur le *Protocole de Cartagena* pourrait être présumé agir en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC.

⁸² Sur l'importance des standards internationaux en matière d'environnement et de santé et leur portée dans le champ du commerce international, voir Estelle Brosset et Ève Truilhé-Marengo, dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale : Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, Documentation Française, 2006.

⁸³ *Convention internationale pour la protection des végétaux*, 6 décembre 1951, 150 R.T.N.U. 67 (entrée en vigueur : 3 avril 1952).

⁸⁴ *Accord SPS*, *supra* note 18, art. 3 (2).

Le *GATT de 1994* ne se réfère pas proprement dit aux standards internationaux; l'approche a été jusqu'à maintenant de prendre en compte les instruments internationaux non-OMC à titre d'éléments factuels pouvant guider l'interprétation de l'article XX pour ce qui est notamment des questions environnementales et sanitaires et non à titre de véritables normes internationales sur lesquelles les États peuvent baser leurs mesures⁸⁵. L'*Accord SPS* est, quant à lui, peu, voire pas ouvert à d'autres standards internationaux que ceux explicitement mentionnés dans l'Annexe A de l'*Accord SPS*. En effet, pour qu'un standard puisse être reconnu comme standard SPS, il faut qu'il ait été préalablement identifié comme tel par le Comité SPS. L'*Accord OTC* est, lui, beaucoup plus flexible, et l'on pourrait penser que des règlements techniques pris sur la base du *Protocole de Cartagena* seraient plus faciles à justifier dans le cadre de l'*Accord OTC*. Toutefois, des doutes pourraient surgir en raison de la définition stricte de la norme internationale en vertu de l'annexe I (2) de l'*Accord OTC*⁸⁶.

À la lumière des obstacles qui pourraient découler de la qualification de norme internationale, il semble utile de faire une distinction entre la norme internationale *de facto* et la norme internationale *de jure*. Un instrument conventionnel tel le *Protocole de Cartagena* pourrait être qualifié de norme internationale du fait de sa *fonction* et non en raison de sa texture juridique. La norme internationale *de jure* est celle qui répond notamment à la définition donnée à l'annexe I (2) de l'*Accord OTC*, c'est-à-dire un document de nature technique adopté par un organisme de standardisation internationale, et dont le respect n'est pas obligatoire. Le *Protocole de Cartagena*, du fait de sa fonction, pourrait jouer *de facto* le rôle de standard international à différents titres. Par exemple, l'article 5 (1) de l'*Accord SPS* prévoit que

⁸⁵ Il convient de noter qu'une approche similaire se retrouve aussi pour les normes internationales qui présentent plus le caractère de normes techniques *per se* que d'instruments conventionnels comme le *Protocole de Cartagena*. Par exemple, dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12, le Groupe spécial s'est fondé sur l'annexe 3 de la Norme internationale pour les mesures phytosanitaires n° 11 (« NIMP n° 11 ») de la FAO pour déterminer si un OVM peut être réputé être un « organisme nuisible » (voir FAO, *Normes internationales pour les mesures phytosanitaires : Analyse du risque phytosanitaire pour les organismes de quarantaine incluant l'analyse des risques pour l'environnement*, n° 11, Rome, Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, 2004 à la p. 42). La Communauté européenne a indiqué qu'à la date d'établissement du Groupe spécial elles n'avaient pas ratifié la *Convention internationale sur la protection des végétaux* (CIPV) de 1997, sur la base de laquelle a été publiée la NIMP n° 11 et que partant, le Groupe spécial ne pouvait pas se fonder sur ladite norme. Le Groupe spécial a répondu dans les termes suivants : « [n]ous notons à cet égard que nous n'appliquons pas la NIMP n° 11 en tant que telle ni ne considérons qu'elle détermine le sens des termes employés à l'Annexe A 1) de l'*Accord SPS*. Nous pensons toutefois pouvoir nous y reporter si nous estimons qu'elle peut nous renseigner et nous aider à établir le sens et la portée des termes utilisés à l'Annexe A 1) [Nos italiques] » (*CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *ibid.* au para. 7.253 et à la n. 406).

⁸⁶ *Accord OTC*, *supra* note 18, annexe I (2) (elle est définie comme un « [d]ocument approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés »).

[I]es Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, *compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes* [Nos italiques].⁸⁷

La procédure d'évaluation des risques prévue à l'Annexe I du *Protocole de Cartagena* s'apparente aux éléments de l'évaluation des risques au titre de l'*Accord SPS*⁸⁸. La procédure prévue par le *Protocole de Cartagena* va même plus loin en termes d'évaluation des risques. Partant, un État partie au *Protocole de Cartagena* qui prend des mesures de restriction du commerce à la suite d'une évaluation des risques basée sur la procédure prévue par le *Protocole* devrait être présumé agir de manière conforme aux obligations contenues dans l'*Accord SPS*. Ici, est mise en-avant la fonction du *Protocole* qui est de régir l'évaluation des risques; cette fonction légitime le *Protocole* à bénéficier du statut de standard international sur lequel les mesures commerciales afférentes aux OGM pourraient être basées.

Il y a néanmoins un risque à considérer le *Protocole de Cartagena* comme une simple norme internationale pertinente applicable dans le cadre du commerce international. En effet, de plus en plus d'organisations internationales et d'organismes de standardisation internationale (Codex Alimentarius, Organisation de la santé animale) interviennent dans la formulation de normes internationales afférentes aux produits biotechnologiques en général et aux OGM en particulier. Le *Protocole de Cartagena* pourrait alors entrer en concurrence avec d'autres normes internationales et voir son poids amoindri, certains auteurs allant même jusqu'à évoquer des possibilités de « *risk assessment shopping* »⁸⁹. Il est donc important de développer des principes de cohérence et de coexistence entre les standards internationaux formulés en matière de commerce international d'OGM afin d'éviter des collisions sur le plan juridique. Les normes techniques internationales ont vocation à s'appliquer afin de garantir un traitement adéquat des risques issus de certaines activités ou substances et non à créer des conflits juridiques.

⁸⁷ Voir aussi l'article 2 (2) de l'*Accord OTC*, *supra* note 18 (« [I]es Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. *Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles* [Nos italiques] »).

⁸⁸ Sur l'évaluation des risques, voir *supra* pp. 8-11. Voir aussi Anne Petitpierre *et al.*, « Commerce, environnement et régulation internationale des biotechnologies » (2004) 1 *EcoLomic Policy and Law* 7.

⁸⁹ Voir sur ce point Vanessa Richard, « Normes techniques internationales : articulations, collisions et perspectives » dans Brossset et Truilhé-Marengo, *supra* note 82, 265 aux pp. 278-79.

2. LA PRÉCAUTION COMME VECTEUR DE RAPPROCHEMENT ENTRE LE *PROTOCOLE DE CARTAGENA* ET LES ACCORDS DE L'OMC?

La précaution⁹⁰ est fortement ancrée dans le régime du *Protocole de Cartagena*. Elle module les droits et obligations prévus par le *Protocole*. Le principe de précaution – si principe il y a – ne s'est pas imposé à titre de principe général autonome par rapport aux droits et obligations négociés dans le cadre des accords de l'OMC. L'Organe d'appel lors du célèbre différend *CE – Hormones* entre la Communauté européenne, les États-Unis et le Canada, s'est refusé à prendre position sur le statut de la précaution, considérant qu'

il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position au sujet de cette question importante mais abstraite [...] le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité.⁹¹

Toutefois, si l'Organe d'appel s'est abstenu de prendre position sur le statut de la précaution et s'est refusé par ricochet à reconnaître sa prévalence sur les droits et obligations contenus dans les accords de l'OMC – et particulièrement l'*Accord SPS* – il en a consacré certaines facettes au travers du *corpus juris* en vigueur de l'OMC⁹².

⁹⁰ Sur les divers aspects de la précaution, voir Laurence Boisson de Chazournes, « Precaution in International Law: Reflection on its Composite Nature » dans Tafsir Malick Ndiaye et Rüdiger Wolfrum, dir., *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas Mensah*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007, 21.

⁹¹ *CE – Hormones* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 25 au para. 123. Une position similaire a été prise récemment par le Groupe Spécial établi dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12 aux para. 7.88-89 : « [i] nous apparaît d'après les arguments des parties et autres données disponibles que le débat juridique sur le point de savoir si le principe de précaution constitue un principe reconnu de droit international général ou coutumier se poursuit. Notamment, il n'y a eu, jusqu'ici, aucune décision faisant autorité prise par une cour ou un tribunal international qui reconnaisse le principe de précaution en tant que principe de droit international général ou coutumier. Il est exact que des dispositions appliquant explicitement ou implicitement le principe de précaution ont été incorporées dans de nombreuses conventions et déclarations internationales, même si, pour la plupart, il s'agit de conventions et de déclarations sur l'environnement. Par ailleurs, le principe a été invoqué et appliqué par les États au niveau national, là encore dans le cadre essentiellement du droit environnemental national. D'un autre côté, des questions subsistent en ce qui concerne la définition et la teneur précise du principe de précaution. Enfin, en ce qui concerne la doctrine, nous notons que de nombreux auteurs ont été d'avis que le principe de précaution existait en tant que principe général dans le droit international. Dans le même temps, comme l'Organe d'appel l'a déjà noté, d'autres se sont dits sceptiques et considèrent que le principe de précaution n'a pas encore atteint le statut de principe général dans le droit international [...]. Étant donné que le statut juridique du principe de précaution reste incertain, comme l'Organe d'appel avant nous, nous considérons que la prudence nous suggère de ne pas essayer de régler cette question complexe, en particulier s'il n'est pas nécessaire de le faire. L'analyse que nous faisons plus loin indique clairement qu'afin de nous prononcer sur les allégations juridiques portées à notre connaissance nous n'avons pas à prendre position sur le point de savoir si le principe de précaution est ou non un principe reconnu de droit international général ou coutumier. Par conséquent, nous nous abstenons d'exprimer un point de vue sur cette question ».

⁹² *CE – Hormones* (Rapport de l'Organe d'appel), *ibid.* au para. 124 (« [i] nous paraît important, néanmoins, de noter certains aspects de la relation entre le principe de précaution et l'*Accord SPS* »).

La précaution est ainsi corollaire du droit autonome dont dispose chaque État de déterminer le niveau de protection de l'environnement ou de la santé qu'il juge approprié, un tel droit pouvant entraîner un niveau de protection plus élevé que celui recommandé par des normes ou recommandations internationales⁹³.

La précaution a pour réceptacle l'article 5 (7) de l'*Accord SPS*⁹⁴. L'article 5 (7) fonctionne comme une « exemption assortie de réserves [Nos italiques] »⁹⁵ de l'obligation énoncée à l'article 2 (2) de l'*Accord SPS*⁹⁶ de ne pas maintenir de mesures SPS sans preuves scientifiques suffisantes⁹⁷. Ce statut d'exemption ne fait pas de l'article 5 (7) un mécanisme dérogatoire ou une simple exception aux droits et obligations contenus dans l'*Accord SPS*. L'article 5 (7) repose sur un véritable droit autonome⁹⁸ et aurait des implications sur la charge de la preuve ainsi que l'a noté le Groupe spécial dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* :

[q]ualifier l'article 5:7 de droit assorti de réserves, et non d'exception, a également des répercussions sur l'attribution de la charge de la preuve en

Premièrement, le principe n'a pas été incorporé dans l'*Accord SPS* comme motif justifiant des mesures SPS qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations des Membres énoncées dans des dispositions particulières dudit accord. Deuxièmement, le principe de précaution est effectivement pris en compte à l'article 5.7 de l'*Accord SPS*. En même temps, nous partageons l'avis des Communautés européennes selon lequel il n'est pas nécessaire de poser en principe que l'article 5.7 est exhaustif en ce qui concerne la pertinence du principe de précaution. Ce principe est également pris en compte dans le sixième alinéa du préambule et à l'article 3.3. Ces derniers reconnaissent explicitement le droit des Membres d'établir leur propre niveau approprié de protection sanitaire, lequel peut être plus élevé (c'est-à-dire plus prudent) que celui qu'impliquent les normes, directives et recommandations internationales existantes. Troisièmement, un groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s'il existe des "preuves scientifiques suffisantes" pour justifier le maintien par un Membre d'une mesure SPS particulière peut, évidemment, et doit, garder à l'esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes [Nos italiques] ».

⁹³ Sur le statut de la précaution à l'OMC, voir Gabrielle Marceau, « Le principe de précaution dans la jurisprudence de l'OMC – Leçon inaugurale » (2005) 2 *EcoLomic Policy and Law* 20.

⁹⁴ L'article 5 (7) de l'*Accord SPS*, *supra* note 18, se lit comme suit : « [d]ans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable ».

⁹⁵ *Japon – Mesures visant les produits agricoles (Plainte des États-Unis)* (1999), OMC Doc. WT/DS76/AB/R au para. 80 (Rapport de l'Organe d'appel) [*Japon – Produits agricoles II* (Rapport de l'Organe d'appel)].

⁹⁶ L'article 2 (2) de l'*Accord SPS* se lit comme suit : « [l]es Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes ».

⁹⁷ Pour une discussion de la relation entre l'article 2 (2) et l'article 5 (7), voir Makane Moïse Mbengue, « La relation entre l'article 5 :1 et l'article 5 :7 de l'*Accord SPS* à la lumière de l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* » (2008) 2 *Revue européenne de droit de l'environnement* 155.

⁹⁸ *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12 au para. 7.2969.

ce qui concerne la question de la compatibilité d'une mesure SPS avec l'article 5:7. D'après ce que l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *CE – Préférences tarifaires*, dans les cas où la disposition contenant l'autorisation constituait un droit et non une exception, "la partie plaignante avait la charge d'établir qu'une mesure contestée est incompatible avec la disposition autorisant un comportement particulier" [...] dans les cas où une partie plaignante allègue qu'une mesure SPS est incompatible avec l'obligation [...] de ne pas maintenir des mesures SPS sans preuves scientifiques suffisantes, il incombe à la partie plaignante, et non à la partie défenderesse, de démontrer que la mesure SPS contestée est incompatible.⁹⁹

En dehors de cette insertion matérielle de la précaution dans l'article 5 (7), d'autres éléments militent en faveur d'un « traitement précautionneux » du risque à l'OMC. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* a admis que l'on ne peut exiger d'un État membre de l'OMC de suspendre l'adoption de mesures de santé « à l'acquisition de certitudes concernant un risque » car cela aboutirait à empêcher toute possibilité de légiférer dans le domaine de la santé publique¹⁰⁰.

L'interprétation faite par les organes de règlement des différends de la portée de l'évaluation des risques, constitue un autre facteur favorisant l'acceptation d'un traitement précautionneux du risque dans le cadre de l'OMC. L'affaire *Australie – Saumon* a été l'occasion pour l'Organe d'appel d'expliquer que bien que le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un « risque vérifiable », cela ne saurait signifier qu'un État membre de l'OMC « ne peut déterminer que son niveau de protection approprié correspond à un "risque nul" [Nos italiques] »¹⁰¹. Enfin, l'évaluation du risque sur laquelle repose une mesure peut inclure des données non quantifiables de nature factuelle ou qualitative et ne se limite pas exclusivement à des données scientifiques purement quantitatives¹⁰². Cette interprétation a été confirmée dans l'affaire *CE – Hormones* par l'Organe d'appel qui a rejeté l'interprétation initiale du Groupe spécial, selon laquelle l'évaluation du risque devait être quantitative et établir un niveau de risque minimum. Ces ouvertures permettent-elles pour autant d'affirmer que le critère de l'incertitude scientifique, fondement essentiel de la mesure de précaution, a un droit de cité à l'OMC ?

En réalité, la prise en compte du critère de l'incertitude scientifique par les organes de règlement des différends à l'OMC demeure beaucoup plus floue et relative. À la lumière du rapport d'appel sur l'affaire *CE – Hormones*, il a été rappelé

⁹⁹ *Ibid.* au para. 7.2976.

¹⁰⁰ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2000), OMC Doc. WT/DS135/R au para. 8.221 (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Amiante* (Rapport du Groupe spécial)].

¹⁰¹ *Australie – Saumon* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 22 au para. 126.

¹⁰² Sur les implications de la précaution en matière d'évaluation des risques, voir Laurence Boisson de Chazournes, « New Technologies, the Precautionary Principle, and Public Participation » dans Therese Murphy, dir., *New Technologies and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 161.

que « des gouvernements [...] responsables et représentatifs peuvent agir de bonne foi sur la base de ce qui peut être, à un moment donné, une *opinion divergente* provenant de sources compétentes et respectées [Nos italiques] »¹⁰³. L'Organe d'appel précise, par exemple, dans l'affaire *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* que dans l'élaboration d'une politique de santé, un État n'est pas tenu de suivre « automatiquement » une opinion scientifique majoritaire, et que partant l'appréciation de la licéité de mesures sanitaires ou environnementales à l'OMC ne doit pas se faire forcément sur la base du « poids *prépondérant* de la preuve [Nos italiques] »¹⁰⁴. La précaution est antinomique de la prépondérance scientifique. Elle reconnaît en fait une place à l'opinion scientifique minoritaire et dans ce contexte l'incertitude scientifique jouit d'une certaine légitimité à l'OMC.

Toutefois, le refus de l'Organe d'appel de considérer que l'article 5 (7) inclut le critère de l'incertitude scientifique et de créer une passerelle entre ce critère et celui de l'insuffisance des preuves scientifiques pertinentes¹⁰⁵, relativise un tant soi peu l'intégration effective de l'incertitude scientifique dans le *corpus* de l'*Accord SPS*. Il faut espérer qu'à l'avenir, les organes de règlement des différends de l'OMC reconnaîtront la parenté – certes relative – qui caractérise le concept d'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes et le concept d'incertitude scientifique afin de donner plus de poids à la précaution dans le cadre de l'article 5 (7) de l'*Accord SPS*.

L'approche de précaution telle qu'envisagée par le *Protocole de Cartagena* n'est pas fondamentalement différente de la perception de la précaution à l'OMC, c'est-à-dire une incertitude découlant de l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes. Toutefois, un problème peut se poser quant au *caractère provisoire* des mesures de précaution. Dans le cadre de l'article 5 (7) de l'*Accord SPS*, la mesure SPS de précaution est une mesure provisoire alors que le *Protocole* est silencieux sur ce point. Ceci étant, la précaution dicte une évaluation continue des risques et partant une mesure de précaution prise en vertu du *Protocole* est appelée à être modifiée en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques. Ce qui confirme son caractère provisoire. Une constante demeure dans le *modus operandi* de la précaution : le caractère provisoire des mesures de précaution. La précaution n'a pas vocation à s'appliquer *ad vitam aeternam*. Elle implique une obligation continue d'objectivation du risque, afin de réduire la part d'incertitude qui le caractérise.

Malgré les incertitudes sur le statut de l'incertitude scientifique, la jurisprudence de l'OMC a permis de mieux cerner les contours du caractère provisoire d'une mesure de précaution. L'article 5 (7) énonce quatre prescriptions auxquelles il faut satisfaire pour qu'une mesure de précaution soit justifiée. Ces prescriptions, de nature cumulative, sont les suivantes :

- i) la mesure est imposée relativement à une situation dans laquelle "les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes"; ii) la mesure est

¹⁰³ *CE – Hormones* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 25 au para. 194.

¹⁰⁴ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R au para. 178 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Amiante* (Rapport de l'Organe d'appel)].

¹⁰⁵ *Japon – Pommes* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 23 au para. 184.

adoptée sur la base des "renseignements pertinents disponibles"; iii) une mesure provisoire de précaution ne peut être maintenue que si l'État qui l'a adoptée "s'efforce d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque"; iv) et si l'État "examine en conséquence la mesure de précaution dans un délai raisonnable."¹⁰⁶

Il découle de ces prescriptions que le caractère provisoire d'une mesure de précaution est tributaire de données scientifiques plus approfondies et de l'évolution des connaissances scientifiques. En outre, le caractère provisoire place une obligation à la charge de l'État qui prend les mesures de précaution, laquelle obligation consiste à effectuer des recherches pour obtenir les données scientifiques additionnelles nécessaires à une « évaluation plus objective du risque »¹⁰⁷. Ces recherches devront être à même de permettre un réexamen périodique des mesures de précaution et ce, afin de tenir compte des nouvelles données scientifiques disponibles.

À la suite de la lecture qu'en ont faite les organes de règlement des différends de l'OMC, le caractère provisoire de la mesure de précaution induit donc un *moratoire* de type particulier qui permet de situer la précaution au carrefour de l'abstention et de l'action. Abstention en ce sens que la mesure de précaution pourrait conduire à l'interdiction d'une activité ou d'une substance à risque (par exemple, une interdiction d'importer). Action dans la mesure où le moratoire résultant de la précaution doit servir à la production de connaissances scientifiques qui viendront infirmer ou confirmer l'existence d'un risque grave pour l'environnement et/ou la santé. Ce n'est donc pas au terme d'un « moratoire passif » mais d'un « moratoire actif »¹⁰⁸ que la mesure de précaution sera soit modifiée soit retirée.

En cela, l'article 5 (7) est perçu à sens unique et n'intègre pas tous les aspects de la précaution tels que contenus dans le *Protocole de Cartagena*. La précaution repose certes sur une obligation continue de procéder à des recherches scientifiques aux fins d'objectivation du risque, mais il peut tout à fait arriver qu'au cours de ce processus d'objectivation, l'incertitude scientifique croît au lieu de décroître. Or, l'article 5 (7) semble prendre pour acquis que si les études scientifiques vont *in crescendo*, l'incertitude ira *decrecendo*.

Le *Protocole de Cartagena* fait reposer le caractère provisoire d'une mesure de précaution sur l'évolution des connaissances scientifiques mais l'élément déterminant est l'évitement du risque et du dommage liés aux mouvements transfrontières d'OGM. Dès lors, ce n'est pas l'acquisition de plus de certitude scientifique qui influe *prima facie* sur le caractère provisoire de la mesure de précaution mais bel et bien le degré d'incertitude qui caractérise tant le risque que le dommage y afférant. L'interprétation de l'article 5 (7) dans un sens plus

¹⁰⁶ Voir par ex. *Japon – Produits agricoles II* (Rapport de l'Organe d'appel), *supra* note 95 au para. 89.

¹⁰⁷ *Accord SPS*, *supra* note 18, art. 5(7).

¹⁰⁸ Sur ces concepts, voir Laurence Boy *et al.*, « Analyse de la Communication de la Commission européenne de 2000 au regard des débats actuels sur le principe de précaution » (2001) 15 R.I.D. Econ. 38.

« précautionneux » permettrait de donner plus de poids aux objectifs de protection sanitaire ou phytosanitaire fixés par un État au travers de l'adoption de mesures SPS en situation d'incertitude scientifique. Pour ce faire, il convient d'intégrer dans le synopsis de l'article 5 (7) la possibilité pour un État de maintenir provisoirement une mesure SPS de précaution tant qu'un objectif de protection de la santé ou de l'environnement n'a pas été atteint.

En définitive, l'approche de précaution ne saurait être un frein à la prise en considération du *Protocole de Cartagena* à l'OMC. La précaution trouve un reflet dans le droit positif de l'OMC en vertu de l'article 5 (7) et le critère de l'insuffisance des preuves scientifiques pertinentes peut inclure l'incertitude scientifique visée par le *Protocole de Cartagena*¹⁰⁹.

C. La réception « vécue » du *Protocole de Cartagena* à l'OMC : l'« isolation clinique » du *Protocole de Cartagena* dans le rapport du Groupe spécial rendu dans l'affaire *Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*

L'affaire *CE – Approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*¹¹⁰ a mis en jeu d'une part, le fonctionnement et l'application par les Communautés européennes de leur régime d'approbation des produits biotechnologiques et d'autre part, certaines mesures adoptées et appliquées par les États membres des Communautés européennes qui interdisent ou limitent la commercialisation des produits biotechnologiques¹¹¹. Le régime communautaire d'approbation des produits biotechnologiques comprend deux principaux instruments juridiques : la *Directive CE 2001/18 régissant la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement*¹¹² et le *Règlement CE n° 258/97 régissant les nouveaux aliments et les nouveaux ingrédients alimentaires*¹¹³.

L'objectif du régime communautaire est de protéger la santé humaine et l'environnement. Pour réaliser ces objectifs, la législation applicable exige que les Communautés européennes procèdent à une évaluation au cas par cas des risques potentiels que les produits biotechnologiques pourraient présenter pour la santé humaine et l'environnement. Sur la base de cette évaluation, la commercialisation d'un produit biotechnologique particulier est approuvée ou ne l'est pas. Les instruments

¹⁰⁹ Voir *supra* note 5. Voir aussi Mbengue, *Essai sur une théorie du risque*, *supra* note 23 aux pp. 223-25.

¹¹⁰ *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *supra* note 12.

¹¹¹ Pour une analyse critique approfondie de l'affaire, voir Geneviève Dufour, « Les OGM à l'OMC : résumé critique du rapport du Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits biotechnologiques* » (2007) Hors-série R.Q.D.I. 281. Voir aussi Carolie Henckels, « GMOs in the WTO: A Critique of the Panel's Legal Reasoning in *EC – Biotech* » (2006) 7 *Melbourne Journal of International Law* 278.

¹¹² CE, *Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil*, [2001] J.O. L 106/1.

¹¹³ CE, *Règlement 258/97 du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires*, [1997] J.O. L 43/1.

juridiques pertinents décrivent la procédure administrative à appliquer au cas où une entreprise souhaite obtenir une approbation pour mettre un produit biotechnologique sur le marché, ainsi que les critères en fonction desquels une demande d'approbation est évaluée.

La législation communautaire autorise, dans certaines conditions, les États membres des Communautés européennes (CE) à adopter des mesures de « sauvegarde » pour les produits biotechnologiques qui ont été approuvés en vue d'une commercialisation dans l'ensemble des CE. Plus particulièrement, les différents États membres des CE peuvent limiter ou interdire, à titre provisoire, l'utilisation et/ou la vente d'un produit biotechnologique approuvé sur leur territoire s'ils ont des raisons précises de considérer, sur la base d'informations nouvelles ou complémentaires ou sur la base de connaissances scientifiques, que le produit particulier présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement. Dans les cas où un État membre adopte une mesure de « sauvegarde », il doit informer les autres États membres des CE et la Commission de l'action qu'il a entreprise et une décision concernant la mesure de « sauvegarde » de l'État membre doit alors être prise au niveau communautaire dans un délai prescrit. C'est, entre autres, ce système d'approbation et de commercialisation des produits biotechnologiques dont notamment les OGM, qui a fait l'objet d'une demande d'établissement d'un groupe spécial de la part de l'Argentine, du Canada et des États-Unis.

Un point saillant du rapport du Groupe spécial mérite ici une attention particulière. Il a trait à la non-prise en compte par le Groupe spécial du *Protocole de Cartagena*. En l'espèce, les Communautés européennes avaient soutenu que la *Convention de 1992 sur la diversité biologique (CDB)*¹¹⁴ et le *Protocole de Cartagena* (appelé *Protocole sur la biosécurité* par le Groupe spécial) étaient des instruments contraignants à prendre en compte dans la procédure devant le Groupe spécial¹¹⁵, en insistant plus spécifiquement sur le soutien mutuel qui doit caractériser la relation entre le *Protocole de Cartagena* et les accords de l'OMC :

même si le *Protocole sur la biosécurité* n'a pas été invoqué dans des procédures antérieures de règlement d'un différend dans le cadre de l'OMC, il y a de nombreux éléments étayant l'idée que le *Protocole sur la biosécurité* et l'*Accord SPS* (ainsi que l'*Accord OTC* et le *GATT de 1994*) sont si étroitement liés qu'ils devraient être interprétés et appliqués d'une manière mutuellement compatible, dans la mesure où cela est possible (comme c'est le cas en l'espèce). Les Communautés européennes indiquent à cet égard qu'il n'y a pas d'incompatibilité *a priori* entre des Accords de l'OMC (*Accord SPS*, *Accord OTC*, *GATT de 1994*) et le *Protocole sur la biosécurité*; que les deux instruments sont complémentaires; et que les dispositions du *Protocole* relatives à la précaution et à l'évaluation des risques éclairent le sens et l'effet des dispositions pertinentes des Accords

¹¹⁴ *Convention de 1992 sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79, R.T. Can. 1993 n° 24 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993).

¹¹⁵ La *Convention sur la diversité biologique* lie les Communautés européennes, l'Argentine et le Canada et a été signée par les États-Unis. Le *Protocole de Cartagena* lie les Communautés européennes et a été signé par l'Argentine et le Canada.

de l'OMC. En outre, elles estiment que les négociateurs du *Protocole sur la biosécurité* étaient particulièrement conscients de sa relation avec les Accords de l'OMC et ne peuvent avoir voulu qu'il y ait une incompatibilité d'approche. Des gouvernements raisonnables ont conclu que l'autorisation des OGM (y compris les prescriptions en matière d'importation) exigeait une approche particulière, et ils ne peuvent guère avoir voulu que cette approche soit incompatible avec les règles de l'OMC. Les Communautés européennes font valoir, enfin, que l'application de leurs mesures internes est pleinement compatible avec les Accords de l'OMC, et que cela est confirmé par les prescriptions du *Protocole sur la biosécurité*.¹¹⁶

Les États-Unis, quant à eux ont fait valoir qu'il n'y a pas d'instruments de droit international contraignants applicable au différend, autres que les accords de l'OMC. Selon eux, la question ne doit pas être examinée à la lumière des dispositions du *Protocole de Cartagena*, ni d'autres sources de droit international. Ils se sont ainsi opposés à toute idée que le *Protocole de Cartagena* soit une règle de droit international aux fins de l'interprétation des accords de l'OMC et ce, conformément aux principes énoncés à l'article 31 (3)(c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*¹¹⁷, selon lesquels la règle internationale doit être « applicable dans les relations entre les parties ». Le *Protocole de Cartagena* ne serait donc pas applicable aux relations entre les États-Unis et les Communautés européennes, parce que les États-Unis n'y sont pas partie.

Sans aboutir à des conclusions différentes de celles des États-Unis, le Canada a mis en relief une approche originale du principe du soutien mutuel :

il ne faudrait pas tenir compte du *Protocole sur la biosécurité* dans l'interprétation des obligations au titre de l'*Accord sur l'OMC*, étant donné que les propres termes du *Protocole* soulignent que « le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur » [...]. En particulier, le *Protocole sur la biosécurité* n'habilite pas les Communautés européennes à prendre des mesures qui font abstraction des conclusions de leurs évaluations des risques scientifiques ou à suspendre le fonctionnement de leur processus d'évaluation des risques. Selon le Canada, il n'y a pas d'incompatibilité entre les obligations découlant du *Protocole sur la biosécurité* et les obligations dans le cadre de l'OMC pertinentes pour le présent différend. Le *Protocole sur la biosécurité* est fondé sur une évaluation des risques transparente, rationnelle du point de vue scientifique qui sert de base aux décisions concernant l'importation des produits auxquels il s'applique. Le Canada fait valoir que les mesures des Communautés européennes – moratoire, interdiction de commercialiser des produits spécifiques et interdictions

¹¹⁶ CE – *Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, supra note 12 au para. 7.55.

¹¹⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

appliquées par les États membres – sont des réfutations absolues de ce fondement.¹¹⁸

Quant à l'Argentine, elle s'est placée sur le terrain des articles 31 (2) et 31 (3) de la *Convention de Vienne*. Elle a fait valoir en particulier que le *Protocole de Cartagena* n'est pas un accord « ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité »¹¹⁹ au sens de l'article 31 (2)(a) de la *Convention de Vienne*. En outre, l'Argentine a argué que le *Protocole de Cartagena* n'est pas un « accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions »¹²⁰ au sens de l'article 31 (3)(a) de la *Convention de Vienne*. Comme les États-Unis, l'Argentine a considéré que le *Protocole* ne peut pas être considéré comme « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »¹²¹ au sens de l'article 31 (3)(c) de la *Convention de Vienne*, puisque les Communautés européennes sont la seule partie au différend qui soit liée par les dispositions du *Protocole*¹²².

L'interprétation à laquelle a procédé le Groupe spécial pour apprécier si le *Protocole de Cartagena* était applicable ou non (dans le sens d'« applicabilité indirecte »¹²³) dénote d'une certaine rigidité. Bien que le Groupe spécial ait partagé l'avis des Communautés européennes selon lequel un traité comme le *Protocole de Cartagena* serait admissible en tant que « règle de droit international » dans un différend à l'OMC, il a rejeté la possibilité d'interpréter les droits et obligations contenus dans les accords de l'OMC et notamment dans l'*Accord SPS* à la lumière du *Protocole*.

Le Groupe spécial a mis en avant le fait que l'article 31 (3)(c) de la *Convention de Vienne* indique que ce sont uniquement les règles de droit international qui sont « applicables dans les relations entre les parties » dont il faut tenir compte pour interpréter un traité. D'après le Groupe spécial, cette limitation amène à se poser la question de savoir ce que signifie l'expression « les parties ». Celle-ci ne fait pas référence à « une ou plusieurs parties ». Il ne fait pas non plus référence à « toute partie à un différend ». Aussi, le Groupe spécial a-t-il considéré qu'on peut inférer de ces éléments que les règles de droit international applicables dans les relations entre « les parties » sont

les règles de droit international applicables dans les relations entre les États qui ont consenti à être liés par le traité qui est interprété, et à l'égard desquels ce traité est en vigueur. Cette compréhension de l'expression « les parties » amène logiquement à penser que les règles de droit international dont il faut tenir compte pour interpréter les Accords de l'OMC en cause en

¹¹⁸ CE – *Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, supra note 12 au para. 7.61.

¹¹⁹ *Convention de Vienne*, supra note 117, art. 31 (2)(a).

¹²⁰ *Ibid.*, art. 31 (3)(a).

¹²¹ *Ibid.*, art. 31 (3)(c).

¹²² *Ibid.* au para. 7.63.

¹²³ Sur le concept d'applicabilité indirecte voir supra pp. 16-17.

l'espèce sont celles qui sont applicables dans les *relations entre les Membres de l'OMC* [Nos italiques].¹²⁴

À l'aune de ce constat, le Groupe spécial a estimé que si une règle de droit international n'est pas applicable à « *un* » des Membres de l'OMC, la règle ne saurait en aucun cas être considérée comme « applicable dans les relations entre *tous* les Membres de l'OMC »¹²⁵. Comme en déduit la Commission du droit international, « toutes les parties au traité à interpréter [en l'espèce, les accords de l'OMC] doivent être parties à l'autre traité [en l'espèce, le *Protocole de Cartagena*] »¹²⁶. En conséquence, sur la base de son interprétation de l'article 31 (3)(c), le Groupe spécial a conclu que pour interpréter les accords de l'OMC il ne faut pas tenir compte d'une règle de droit international qui n'est pas applicable à l'une des parties à un différend donné car cela signifierait que « si une règle de droit international n'est pas applicable à [l'une des] parties au présent différend, la règle n'est pas applicable dans les relations entre *tous* les Membres de l'OMC »¹²⁷. Le Groupe spécial explique que même en dehors de toute exégèse de l'article 31 (3)(c), il ne pourrait pas *de lege ferenda* concevoir comment un État souverain approuverait une « règle impérative d'interprétation des traités »¹²⁸ qui aurait comme conséquence que l'interprétation d'un traité auquel cet État est partie, est « affectée par d'autres règles de droit international que ledit État a décidé de ne pas accepter »¹²⁹. Et le Groupe spécial de préciser :

[n]ous ne considérons pas que les règles du *Protocole sur la biosécurité* peuvent être considérées comme applicables aux États-Unis simplement parce qu'ils participent au mécanisme d'échange prévu dans le Protocole. Il en résulte que le *Protocole sur la biosécurité* n'est pas en vigueur pour l'Argentine, le Canada ou les États-Unis. Nous en déduisons que le *Protocole sur la biosécurité* n'est pas "applicable" dans les relations entre ces Membres de l'OMC et tous les autres Membres de l'OMC. Comme nous l'avons dit plus haut, à notre avis, le simple fait que des Membres de l'OMC comme l'Argentine et le Canada ont signé le *Protocole sur la biosécurité* ne signifie pas que le *Protocole* leur soit applicable. Compte tenu du fait que plusieurs Membres de l'OMC, y compris les parties plaignantes dans le présent différend, ne sont pas parties au *Protocole sur la biosécurité*, nous ne partageons pas l'avis des Communautés européennes selon lequel il nous faut tenir compte du *Protocole sur la*

¹²⁴ CE – *Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, supra note 12 au para. 7.68.

¹²⁵ *Ibid.* au para. 7.68.

¹²⁶ Voir Groupe d'étude de la Commission du droit international, *Fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, Doc. NU A/CN.4/L.644 (2006) 682 au para. 448.

¹²⁷ CE – *Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, supra note 12 au para. 7.71. Sur les problèmes posés par cette interprétation et pour une analyse comparative, voir Freya Baetens, « Muddling the Waters of Treaty Interpretation: Relevant Rules of International Law in the MOX Plant OSPAR Arbitration and EC Biotech Case » (2008) 77 *Nordic J. Int'l L.* 197.

¹²⁸ CE – *Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, *ibid.* au para. 7.68.

¹²⁹ *Ibid.* au para. 7.71.

biosécurité pour interpréter les Accords multilatéraux de l'OMC en cause en l'espèce.¹³⁰

Le Groupe spécial a tout de même tenu à ne pas prendre position sur la question de savoir s'il serait habilité à tenir compte des autres règles pertinentes de droit international, dans un différend dans lequel les règles pertinentes de droit international sont applicables dans les relations entre toutes les parties au différend, mais non entre tous les Membres de l'OMC¹³¹. Ceci étant, le refus de prendre en compte le *Protocole de Cartagena* même à titre d'instrument interprétatif des droits et obligations contenus dans les accords de l'OMC témoigne à certains égards d'une logique d'isolation clinique du droit de l'OMC du reste du droit international public.

Le Groupe spécial lui-même a reconnu que l'interprétation des termes d'un traité suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, peut se faire à la lumière « d'autres règles pertinentes de droit international [qui] peuvent dans certains cas aider celui qui interprète un traité à établir, ou confirmer, le sens ordinaire des termes du traité dans le contexte spécifique dans lequel ils sont utilisés »¹³². Cependant, le Groupe spécial suivant en cela une pratique fort répandue dans le système de règlement des différends à l'OMC, juge que le sens ordinaire des termes d'un traité est souvent déterminé sur la base de *dictionnaires*. De ce fait, il s'est refusé à considérer les « autres règles pertinentes de droit international » comme de véritables règles juridiques, mais tout simplement comme des « éléments de preuve indiquant le sens ordinaire des termes de la même façon que les dictionnaires »¹³³. L'on peut regretter un tel déclasserement des règles contenues dans les accords non-OMC. Cela contribue à la fragmentation du droit international¹³⁴ et à une hiérarchisation juridique qui ne dit pas son nom en faveur des accords de l'OMC. Qui plus est, la hiérarchisation risque d'éclipser les instruments juridiques internationaux conclus en dehors de l'OMC au profit d'instruments non-juridiques. C'est ce qui pourrait être déduit de la remarque du Groupe spécial selon lequel

un groupe spécial ne doit pas nécessairement recourir à d'autres règles de droit international, en particulier s'il considère que le sens ordinaire des

¹³⁰ *Ibid.* au para. 7.75.

¹³¹ *Ibid.* au para. 7.72.

¹³² *Ibid.* au para. 7.92.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Voir *supra* note 126 au para. 450 (selon la CDI, l'interprétation du Groupe spécial « rend pratiquement impossible de jamais trouver un contexte multilatéral où il serait permis de faire référence à d'autres traités internationaux pour faciliter l'interprétation en vertu du paragraphe 3 (c) de l'article 31. Le Groupe spécial assure ce qu'il appelle la « cohérence » de son interprétation du traité de l'OMC au prix de la cohérence du régime des traités internationaux dans son ensemble. Il cherche à atténuer cette conséquence en acceptant que d'autres traités puissent néanmoins être pris en compte comme faits permettant d'éclaircir le sens ordinaire de certains termes du trait pertinent de l'OMC, ce qui est naturellement toujours possible et s'est déjà fait dans le passé »).

termes des Accords de l'OMC peut être établi par référence à d'autres éléments.¹³⁵

En matière de commerce international des OGM, le *Protocole de Cartagena* devrait être considéré comme le principal instrument de référence dans l'interprétation du sens ordinaire des termes auxquels font mention les accords de l'OMC, et notamment l'*Accord SPS*. Cela d'autant plus qu'un très grand nombre d'États sont parties au *Protocole*¹³⁶. Ainsi, par exemple, le Groupe spécial ne s'est pas prononcé sur la similarité ou la non-similarité entre produits biotechnologiques et produits non-biotechnologiques. Une réelle prise en compte du *Protocole de Cartagena* lui aurait permis de constater que la soumission des OVM à une procédure spéciale d'importation prouve qu'il y a un large consensus au sein de la communauté internationale sur la nécessité de traiter de manière différente les produits traditionnels et les produits biotechnologiques. Les dictionnaires ne peuvent être à même de résoudre des questions juridiques et scientifiques complexes telles que celles liées au commerce international des OGM. Dans l'affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris*, l'Organe d'appel avait lancé une mise en garde :

[p]our mettre en évidence le sens ordinaire, un groupe spécial peut commencer par les définitions que donnent les dictionnaires des termes à interpréter. Mais les dictionnaires, à eux seuls, ne permettent pas nécessairement de résoudre des questions complexes d'interprétation, car ils visent habituellement à cataloguer *tous* les sens des termes – que ceux-ci soient courants ou rares, universels ou spécialisés.¹³⁷

Comme pour réfuter toute critique en ce sens, le Groupe spécial a indiqué qu'il a demandé à plusieurs organisations internationales (CODEX, FAO, Secrétariat de la CIPV, OMS, OIE, Secrétariat de CDB et PNUE) d'indiquer les données (ouvrages de référence, glossaires, documents officiels des organisations internationales pertinentes, y compris les conventions, normes et lignes directrices, etc.) qui pourraient « [l']aider à déterminer le sens ordinaire de certains termes utilisés dans les définitions figurant à l'Annexe A de l'*Accord SPS* »¹³⁸. Toutefois, le poids accordé aux renseignements que le Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique* aurait pu fournir au Groupe spécial ne transparait nulle part dans son rapport. Ce dernier par une formule évasive précise que le Groupe spécial a « tenu

¹³⁵ *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, supra note 12 au para. 7.93. Voir aussi Benn MacGrady, « Fragmentation of International Law or “Systemic Integration of Treaty Regimes”: EC Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31 (3)(c) of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* » (2008) 42 J. World Trade 589.

¹³⁶ Au 15 août 2007, 142 États étaient parties au *Protocole de Cartagena*.

¹³⁷ *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontière de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda)* (2005), OMC Doc. WT/DS285/AB/R au para. 164 (Rapport de l'Organe d'appel).

¹³⁸ *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, supra note 12 au para. 7.96.

compte, selon qu'il convient, des données qu'[il] a obtenues »¹³⁹. Une telle démarche ne concourt point à faciliter le soutien mutuel entre AEM et accords de l'OMC.

* * *

Le principe du soutien mutuel doit être la « boussole » des relations entre instruments internationaux de protection de l'environnement et accords de commerce international. Pour favoriser un tel climat de soutien mutuel, il est important de reconnaître l'existence d'une *présomption d'absence de conflit entre accords internationaux*¹⁴⁰. Aussi, qu'ils soient ou non considérés comme des *lege speciales*, les accords de l'OMC et les AEM font partie intégrante du système du droit international public¹⁴¹ et, de ce fait, interagissent nécessairement les uns sur les autres de manière étroite. Ainsi que l'expliquait Sir Hersch Lauterpacht :

*[i]t is the treaty as a whole which is law. The treaty as a whole transcends any of its individual provisions or even the sum total of its provisions. For the treaty, once signed and ratified, is more than the expression of the intention of the parties. It is part of international law and must be interpreted against the general background of its rules and principles.*¹⁴²

Les AEM tels le *Protocole de Cartagena* ne contiennent pas de clauses suggérant une exclusion des droits et obligations généraux énoncés dans les accords de l'OMC. De même, ces derniers n'incorporent pas de telles clauses. Par conséquent, en l'absence de clauses expresses, il n'est pas possible de présumer de l'existence d'un conflit entre les AEM et les accords de l'OMC. Comme il a été dit :

[w]hile jurisdiction [of panels and Appellate Body] is mostly limited to [WTO Agreements], no similarly explicit statement can be found with regard to the sources of applicable law. As with any other treaty, however, it is widely acknowledged that the agreement instituting the WTO was born into the wider body of international law. From this assumption, it would normally follow that the multilateral trading system continues to be

¹³⁹ CE – *Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, supra note 12 au para. 7.96.

¹⁴⁰ Sur cette présomption, voir par ex. *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile (Plainte des Communautés européennes)* (1998), OMC Doc. WT/DS54/R au para. 14.28, à la n. 649 (Rapport du Groupe spécial) (« nous rappellerons d'abord qu'en droit international public il existe une présomption d'absence de conflit [...]. En droit international, pour qu'il y ait conflit entre deux traités, trois conditions doivent être remplies. Premièrement, les traités considérés doivent avoir les mêmes parties. Deuxièmement, ils doivent porter sur la même matière. S'il en était autrement, il ne pourrait pas y avoir de conflit. Troisièmement, les dispositions doivent être en conflit, en ce sens que les dispositions doivent imposer des obligations s'excluant mutuellement »). Voir aussi Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

¹⁴¹ Sur la question de la *lex specialis*, voir Anja Lindroos, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis* » (2005) 74 *Nordic J. Int'l L.* 31.

¹⁴² Hersch Lauterpacht, « Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties » (1949) 26 *Brit. Y.B. Int'l L.* 76.

*governed by the precepts of public international law, at least to the extent that these have not been contracted out, deviated from, or otherwise replaced.*¹⁴³

Au-delà du renforcement effectif de la présomption d'absence de conflit entre AEM et accords de l'OMC, le principe du soutien mutuel requiert que de nouvelles stratégies juridiques soient mises en place dans l'ordre juridique international¹⁴⁴. Parmi ces stratégies, deux d'entre-elles présentent une importance particulière. Il s'agit d'une part, de la coordination *ex ante* et d'autre part, de la coordination *ex post* entre AEM et accords de commerce international¹⁴⁵. La coordination *ex ante* implique que soit envisagée, dès la phase de l'élaboration d'un AEM, la cohérence et la coexistence avec d'autres instruments internationaux qui pourraient trouver application. Cette mise en cohérence s'impose notamment lorsque des droits protégés et des obligations prévues par un AEM peuvent achopper avec d'autres droits et obligations contenus dans des accords tels ceux du commerce international.

La coordination *ex post*, quant à elle, a trait également à la mise en cohérence des AEM et des accords de commerce international. Toutefois, contrairement à la coordination *ex ante* qui s'appuie sur l'intégration des normes contenues dans les instruments pertinents lors de la phase d'*élaboration* d'un instrument juridique donné, la coordination *ex post* se fonde sur l'établissement de passerelles institutionnelles (coopération interinstitutionnelle) et normatives (normalisation/standardisation) devant faciliter la cohérence dans la *mise en œuvre* des accords internationaux. L'établissement de ces passerelles s'articule autour de principes *in statu nascendi* tels ceux de « complémentarité » et de « non-subordination » ainsi que de principes plus ancrés dans la *lex lata*, tel celui de « non modification des droits et obligations » énoncé dans d'autres accords internationaux¹⁴⁶.

Un exemple de coordination *ex post* des instruments – dont pourraient s'inspirer les AEM et les accords de commerce international – est offert par la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*¹⁴⁷. La *Convention* énonce le principe du droit souverain des États à « formuler et mettre en œuvre leurs politiques culturelles et d'adopter des mesures pour protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles ainsi que pour

¹⁴³ Anja Lindroos et Micheal Mehling, « Dispelling the Chimera of “Self-Contained Regimes”: International Law and the WTO » (2005) 16 E.J.I.L. 861.

¹⁴⁴ Pour une analyse complète des diverses modalités de conciliation entre le commerce et l'environnement, voir *supra* note 2.

¹⁴⁵ Sur ces deux types de coordination, voir Laurence Boisson de Chazournes, « Suivi, supervision et coordination des instruments normatifs de l'UNESCO » dans Abdulqawi A. Yusuf, dir., *Standard-Setting in UNESCO – Sixty Years of Normative Action in Education, Science and Culture*, Paris, Bureau de l'UNESCO pour les standards internationaux et les affaires légales, 2007 à la p. 51.

¹⁴⁶ Voir sur le contenu et la portée de ces principes, Boisson de Chazournes et Mbengue, « Coexistence and Coherence », *supra* note 62.

¹⁴⁷ *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, R.T. Can. 2007 n° 8 (entrée en vigueur : 18 mars 2007).

renforcer la coopération internationale »¹⁴⁸. Il transparaît de ce droit souverain, la possibilité pour les États parties de restreindre les échanges internationaux en matière de commerce de biens et services culturels. Aussi un problème de « cohérence », voire de « coexistence » pourrait se poser entre la *Convention* et les accords de l'OMC notamment le *GATT de 1994*¹⁴⁹ et l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS)¹⁵⁰. C'est du fait de ces risques d'« incohérence » que l'article 20 de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* inclut *expressis verbis* les principes de soutien mutuel, de complémentarité et de non-subordination dans les relations avec les autres instruments internationaux¹⁵¹.

La démarche choisie par la *Convention* est exceptionnelle eu égard à la pratique habituelle, notamment celle suivie dans les instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement, qui est celle de l'insertion des principes de soutien mutuel et de non-subordination dans le préambule et non dans le texte du traité. L'incorporation de ces principes dans le dispositif de la *Convention* donne à ces derniers une force juridique particulière. Autre fait particulier, la *Convention* insiste spécifiquement sur la coordination *ex post* au point d'obliger les États parties à promouvoir ses objectifs et ses principes dans d'« autres enceintes internationales »¹⁵².

Ces divers développements témoignent de la nécessité d'adopter une nouvelle approche en matière de production normative internationale. Celle-ci ne doit pas s'opérer au détriment de la cohérence et de la coexistence entre différents *corpus* de règles internationales. Tout au contraire, la multiplication des instruments juridiques internationaux doit prendre assise sur le soutien mutuel entre divers systèmes d'instruments.

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 5 (1).

¹⁴⁹ *GATT de 1994*, *supra* note 18.

¹⁵⁰ *Accord général sur le commerce des services (Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce)*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 219.

¹⁵¹ L'article 20 de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelle*, *supra* note 147, se lit comme suit : « Article 20 - Relations avec les autres instruments : soutien mutuel, complémentarité et non-subordination : 1. Les Parties reconnaissent qu'elles doivent remplir de bonne foi leurs obligations en vertu de la présente Convention et de tous les autres traités auxquels elles sont parties. Ainsi, sans subordonner cette Convention aux autres traités, (a) elles encouragent le soutien mutuel entre cette Convention et les autres traités auxquels elles sont parties ; et (b) lorsqu'elles interprètent et appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales, les Parties prennent en compte les dispositions pertinentes de la présente Convention. 2. Rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties au titre d'autres traités auxquels elles sont parties »).

¹⁵² L'article 21 de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelle*, *ibid.*, se lit comme suit : « Article 21 - Concertation et coordination internationales : Les Parties s'engagent à promouvoir les objectifs et principes de la présente Convention dans d'autres enceintes internationales. À cette fin, les Parties se consultent, s'il y a lieu, en gardant à l'esprit ces objectifs et ces principes ».