

LES OGM À L'OMC : RÉSUMÉ CRITIQUE DU RAPPORT DU GROUPE SPÉCIAL DANS L'AFFAIRE CE – PRODUITS BIOTECHNOLOGIQUES

*Par Geneviève Dufour**

En mai 2003, les États-Unis, le Canada et l'Argentine – les trois plus grands producteurs d'OGM de l'époque – demandaient l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes (CE) dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Les trois États se plaignaient de mesures prises tant au niveau communautaire que par certains des États membres des CE à l'égard des produits agricoles et alimentaires issus des biotechnologies modernes. Le 29 septembre 2006, avec beaucoup de retard, le Groupe spécial distribuait un rapport de plus de mille pages. L'auteure offre un résumé sélectif critique des conclusions et recommandations de ce rapport. Plus précisément, l'auteure se concentre sur les conclusions du Groupe spécial relatives à l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS).

In May 2003, the United States, Canada and Argentina – the most important GMO's producers of the time – requested consultations with the European Community. These three countries complained about certain measures taken by the EC and its member States affecting agricultural products and food imports resulting from modern biotechnologies. On 29 September 2006, with much of delay, the Panel's report was distributed. The author offers a selective summary and criticizes the conclusions and recommendations of the report. More precisely, the author focuses on the conclusions of the Panel relating to the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

* Avocate et chargée de cours, Université du Québec à Montréal; Doctorante à l'Université Paris-Sud XI, rattachée au CEI (EA2712). Sujet de thèse : Les OGM et l'OMC : Analyse de la marge de manœuvre réglementaire des États au regard des accords SPS, OTC et du GATT. L'auteure peut être jointe à l'adresse suivante : <dufour.genevieve@uqam.ca>. Je tiens à remercier le professeur Pierre Mackay qui a fait toutes les démarches nécessaires pour me permettre de continuer les travaux entrepris par Katia en matière de sécurité alimentaire. Son soutien m'a été précieux. Je remercie aussi mon ancien étudiant Olivier Barsalou qui m'a grandement aidé dans ce projet, mon directeur de thèse, Daniel Dormoy, et le Fonds de recherche en sciences humaines du Canada pour son appui financier. Enfin, un merci tout spécial au professeur Mario Prost pour ses commentaires sur une première version du texte.

L'expertise de Katia Boustany s'étendait à un nombre considérable de domaines du droit international. En témoigne d'ailleurs la diversité des thèmes abordés dans ce recueil qui lui est dédié. Si toutefois Katia Boustany ne nous avait pas quittés aussi rapidement, un thème supplémentaire figurerait aujourd'hui à la longue liste de ses champs d'expertise, soit celui de la sécurité alimentaire et plus précisément des effets de la libéralisation des échanges sur la capacité des États – et ultimement des consommateurs – à exercer leur libre choix en matière alimentaire. La problématique soulevée par la commercialisation des organismes génétiquement modifiés (OGM) allait d'ailleurs faire l'objet de ses dernières recherches puisqu'elle avait reçu en 2002 une subvention importante du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada pour approfondir, entre autres, cette question. C'est dans ce cadre qu'à titre de chercheure doctorante, Katia Boustany m'a engagée pour l'assister et m'a, une fois de plus, mise sur la piste du sujet qui la passionnait à l'époque.

Le 29 septembre 2006, avec beaucoup de retard, un groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) distribuait un rapport volumineux relativement à la commercialisation des OGM¹. Katia Boustany l'aurait lu avec grand intérêt et en aurait analysé chacune des implications à la lumière de son riche bagage. Nous proposons donc d'en faire un résumé sélectif et critique.

* * *

I. Les faits

En mai 2003², les États-Unis, le Canada et l'Argentine – les trois plus grands producteurs d'OGM de l'époque³ – demandaient l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes (CE) dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Les trois États se plaignaient de mesures prises tant au niveau

¹ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques (Plainte des États-Unis, du Canada et de l'Argentine)* (2006), OMC Doc. WT/DS291/292/293/R (Rapport du Groupe spécial) [Rapport].

² Plus précisément le 13 mai 2003 en ce qui concerne le Canada et les États-Unis et le 14 mai 2003 pour l'Argentine.

³ À eux trois, les États-Unis, l'Argentine et le Canada cultivaient à la fin des années 90 et au début des années 2000 pas moins de 99 % de la surface totale des plantes transgéniques. En 2004, les États-Unis cultivaient 47.6 millions d'hectares de soja, de maïs, de coton et de colza transgéniques. L'Argentine cultivait 16.2 millions d'hectares de soja, de maïs et de coton transgéniques tandis que le Canada consacrait 5.4 millions d'hectares à la culture de Colza, de maïs et de soja transgéniques. Clive James, *État mondial des plantes biotechnologiques / GM commercialisées : 2004*, Compte-rendu n°32, New York, Ithaca, International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications, 2004. En 2005, le Canada est devenu le quatrième producteur de plantes transgéniques cédant la place au Brésil qui a produit 9.4 millions d'hectares de fèves de soya. Clive James, *État mondial des plantes biotechnologiques / GM commercialisées : 2005*, Compte-rendu n°34, New York, Ithaca, International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications, 2005, en ligne : ISAAA <<http://www.isaaa.org/>>.

communautaire que par certains des États membres des CE à l'égard des produits agricoles et alimentaires issus des biotechnologies modernes⁴.

N'arrivant pas à s'entendre, les États-Unis, le Canada et l'Argentine présentaient chacun, le 7 août 2003, une demande d'établissement d'un groupe spécial. Le 18 août, l'ORD reportait la création des groupes spéciaux et c'est donc suite à une deuxième demande qu'un groupe spécial unique⁵ était établi le 29 août 2003. Les quatre Membres n'arrivant pas à s'entendre sur la composition du groupe spécial, le 4 mars 2004, le Directeur général de l'OMC arrêtait sa composition⁶. La présidence est ainsi revenue à monsieur Christian Häberli⁷, et messieurs Mohan Kumar⁸ et Akio Shimizu ont été nommés à titre de membres. Plusieurs États concernés par la question et par les effets que pourrait produire la décision ont réservé leur droit de tierce partie⁹.

II. Les prétentions générales des parties

Les plaignants se sont plaints à propos de trois types de mesures¹⁰.

Premièrement, selon les plaignants, les CE auraient appliqué, depuis 1998, un moratoire sur l'approbation des produits biotechnologiques. Ainsi, le processus d'approbation aurait été ralenti à un point tel qu'aucune demande n'aurait atteint la phase finale de décision entre octobre 1998 et mai 2003¹¹.

⁴ À l'instar de la méthode utilisée par le Groupe spécial, nous nous référerons invariablement aux expressions « produits biotechnologiques », « produits génétiquement modifiés », « produits transgéniques » ou « organismes génétiquement modifiés (OGM) ».

⁵ C'est à la demande des trois États plaignants (OMC Doc. WT/DSB/M/155) qu'un seul groupe spécial a été établi conformément à l'article 9 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, Annexe 2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 426 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Mémorandum d'accord*]. Voir aussi le *Rapport*, *supra* note 1 aux pp. 322 et s.

⁶ La procédure à suivre lorsque les Membres ne s'entendent pas sur la composition d'un groupe spécial est prévue à l'article 8 :7 du *Mémorandum d'accord*.

⁷ Monsieur Häberli est citoyen suisse et agit à titre de président du Comité sur l'agriculture de l'OMC. Il a été directeur des affaires internationales de l'Office fédéral de l'Agriculture, l'institution suisse responsable d'autoriser les OGM dans le domaine agricole.

⁸ Monsieur Kumar est diplomate indien et a été impliqué à l'OMC à titre de délégué indien, attaché à l'ambassade indienne au Sri Lanka. Monsieur Shimizu est un haut-fonctionnaire japonais et expert de l'OMC auprès de son gouvernement.

⁹ Il s'agit de l'Argentine (en ce qui concerne les plaintes du Canada et des États-Unis), l'Australie, le Brésil, le Canada (en ce qui concerne les plaintes de l'Argentine et des États-Unis), le Chili, la Chine, le Taipei chinois, la Colombie, le El Salvador, le Honduras, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Paraguay, le Pérou, la Thaïlande, l'Uruguay et les États-Unis (en ce qui concerne les plaintes de l'Argentine et du Canada).

¹⁰ Pour un aperçu détaillé du discours rhétorique sous-tendant les arguments des CE, des États-Unis et du Canada, voir Dayna Nadine Scott, « Nature / Culture Clash : The Transnational Trade Dispute Over GMOs » (2005) Global Law Working Paper 06/05, New York University School of Law aux pp. 12 à 31. L'auteure n'a pas été en mesure d'étendre son analyse à l'argumentation de l'Argentine car ce dernier pays n'a pas rendu public ses communications.

¹¹ *Rapport*, *supra* note 1 aux para. 7.438 et s.

Deuxièmement, les plaignants ont soutenu que les CE avaient appliqué un moratoire sur certains produits spécifiques. Bien qu'il s'agissait de mesures distinctes du moratoire général, les plaignants reconnaissaient qu'elles y étaient liées et en découlaient¹². Étaient donc ici en cause les actes et/ou omissions des entités des CE pertinentes qui auraient donné effet, dans le contexte de procédures d'approbation particulières, à leur décision d'imposer un moratoire général sur les approbations.

Troisièmement, les plaignants ont formulé une série d'allégations relativement à des mesures de sauvegarde, adoptées par six États membres des CE, visant à interdire l'importation, l'utilisation et la commercialisation de neuf produits biotechnologiques¹³. Ces mesures avaient été adoptées sur la base de deux directives et d'un règlement communautaires prévoyant la possibilité pour un Membre d'adopter une mesure de sauvegarde dans le dessein d'interdire ou de limiter temporairement sur son territoire l'utilisation ou la vente d'un produit pourtant approuvé au niveau communautaire¹⁴. Ainsi, dans les cas où un État, en raison d'informations nouvelles ou complémentaires, aurait eu des raisons précises de considérer qu'un OGM présentait un risque pour la santé humaine ou pour l'environnement, le droit communautaire lui permettait d'adopter de manière provisoire une mesure de sauvegarde en attendant une réévaluation complète à l'échelle communautaire. En tout, neuf mesures, prises par l'Autriche, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie et le Luxembourg ont fait l'objet du différend¹⁵.

III. La remise d'un rapport fort attendu

Le rapport a finalement été remis le 29 septembre 2006, soit plus de trois ans suivant l'établissement du groupe spécial le 29 août 2003 et plus de trente mois suivant la date à laquelle la composition a été arrêtée le 4 mars 2004. En règle générale, le groupe spécial doit remettre son rapport dans un délai de six mois suivant la date à laquelle sa composition et son mandat ont été arrêtés¹⁶ et dans aucun cas le délai ne doit dépasser neuf mois¹⁷. En pratique, cette règle a été à plusieurs reprises assouplie, mais son élasticité s'est confirmée à l'occasion de l'affaire *CE – Produits biotechnologiques*. D'abord puisque les parties ont, elles-mêmes, demandé

¹² *Ibid.* aux para. 7.1628 à 7.1633.

¹³ *Ibid.* aux para. 7.2529 et s.

¹⁴ CE, *Directive 90/220/CEE du Conseil du 23 avril 1990 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement*, [1990] J.O. L. 117/15, art. 16; 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, art. 23 et 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, art. 12.

¹⁵ Il s'agit de mesures concernant les produits suivants : Autriche - maïs T25, maïs BT-176, maïs MON 810; France - Colza MS1/RF1(EC-161), Colza Topas ; Allemagne – maïs BT-176; Grèce – Colza Topas ; Italie – maïs BT-11 (EC-163), maïs MON 810, maïs MON 809 et maïs T25 ; et Luxembourg – maïs BT-176.

¹⁶ *Mémorandum d'accord*, *supra* note 5 à l'art. 12 :8.

¹⁷ *Ibid.* à l'art. 12 :9.

conjointement un délai supplémentaire pour établir leur réfutation, mais surtout en raison de la quantité considérable de documentation, de la complexité des questions soulevées, de la nécessité de consulter des experts, les échéances n'ont cessé d'être reportées¹⁸.

Un rapport intérimaire, confidentiel, a été distribué aux parties le 7 février 2006, selon la procédure régulière¹⁹. Dans les jours qui ont suivi cette distribution restreinte, le rapport confidentiel a été rendu public en tout ou en partie, entre autres par les ONG Friends of the Earth, Greenpeace et Institute for Agriculture and Trade Policy. Évidemment, cette brèche à la règle de la confidentialité²⁰ a été déplorée par les quatre États parties au différend qui n'ont pas été en mesure d'expliquer la provenance de la fuite. Celle-ci a fait l'objet de vives critiques de la part du Groupe spécial²¹.

Le 29 septembre 2006, le Groupe spécial a déposé son rapport final contenant plus de 1200 pages. Il est difficile de déterminer qui peut s'octroyer la victoire de cette joute de longue haleine. En effet, même si le Groupe spécial a jugé que les CE avaient contrevenu à certaines règles, la majorité des prétentions des plaignants n'ont pas été retenues. Certes, les CE et leurs États membres devront ajuster leur manière de faire, mais globalement, les opposants aux OGM craignaient une « décision » beaucoup moins favorable aux mesures susceptibles de restreindre le commerce international des OGM²². En effet, nous verrons que si le Groupe spécial a condamné le comportement des CE et de ses États membres, il s'est abstenu de se prononcer sur diverses problématiques qui fondent la base du différend transatlantique relatif aux OGM. Si les opposants aux OGM peuvent se réjouir du

¹⁸ Le président du Groupe spécial a ainsi avisé l'Organe de règlement des différends à sept reprises de son impossibilité à respecter les délais prescrits et prévus. Voir les communications du président du groupe du 14 juillet 2004 (OMC Doc. WT/DS291/25, WT/DS292/29, WT/DS293/19), du 20 août 2004 (OMC Doc. WT/DS291/26, WT/DS292/20, WT/DS293/20), du 2 novembre 2004 (OMC Doc. WT/DS291/27, WT/DS292/21, WT/DS293/21), du 15 juin 2005 (OMC Doc. WT/DS291/28, WT/DS292/22, WT/DS293/22), du 15 août 2005 (OMC Doc. WT/DS291/29, WT/DS292/23, WT/DS293/23), du 21 décembre 2005 (OMC Doc. WT/DS291/27, WT/DS292/24, WT/DS293/24) et du 31 mars 2006 (OMC Doc. WT/DS291/31, WT/DS292/25, WT/DS293/25). Mentionnons que le président, au moment de déposer son rapport final, a tenu à souligner le laps de temps exceptionnellement long de l'affaire (OMC Doc. WT/DS291/32, WT/DS292/26, WT/DS293/26).

¹⁹ Cette procédure permet aux États membres de demander qu'un réexamen de certaines parties soit fait avant que le rapport ne soit rendu public. Voir *Mémoire d'accord*, *supra* note 5 à l'art. 15.

²⁰ Sur cette question des renseignements commerciaux confidentiels, voir Hélène Ruiz-Fabri, « Preuve et secret dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce » (2000) 12 L'Astrée 61.

²¹ *Rapport*, *supra* note 1 aux para. 6.183 et s. Le Groupe spécial s'étonne du comportement de Friends of the Earth et de l'Institute for Agriculture and Trade Policy qui, d'une part, ont présenté des mémoires d'*amici curiae* et qui, d'autre part, semblent avoir adopté un comportement inamical en rendant public des renseignements clairement identifiés comme confidentiels. Voir *ibid.* au para. 6.196).

²² Voir entre autres les propos tenus par Juan Lopez, coordonnateur de la campagne OGM des Amis de la Terre : Les amis de la Terre, Communiqué de presse, « Verdict de l'OMC : Les États-Unis trompent le monde en criant victoire » (28 février 2006), en ligne : Les amis de la terre <http://www.amisdelaterre.org/article.php3?id_article=2136> (« le verdict de l'OMC n'est pas une victoire pour les États-Unis et les géants des biotechnologies. Chaque pays devrait donc continuer à mettre en place des réglementations strictes pour protéger ses citoyens et l'environnement face aux risques que posent les plantes modifiées génétiquement »).

flou juridique qui persiste, les juristes ne trouveront que peu de réponses. Toutefois, puisque les CE ont décidé de ne pas porter l'affaire en appel, il nous est permis d'espérer que la question de la commercialisation des OGM ne refasse, sous peu, l'objet d'un nouveau différend devant l'ORD.

IV. Les constatations du Groupe spécial relatives à l'Accord SPS

Évidemment, en raison de la complexité de l'affaire et de la longueur du rapport soumis, l'exposé qui suit n'a pas la prétention d'être exhaustif. Nous ne nous attarderons que sur certaines conclusions du Groupe spécial qui nous ont paru mériter une analyse plus critique. Par ailleurs, nous avons volontairement décidé de résumer les seuls aspects du rapport touchant à l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires²³. Le Groupe spécial n'a en effet pas jugé nécessaire d'analyser en détail les prétentions des parties relatives au GATT et à l'Accord sur les obstacles techniques au commerce. Il n'en demeure pas moins, qu'en quelques lignes, il s'est prononcé de manière significative sur la possibilité qu'une mesure restreignant le commerce des OGM puisse passer le test de l'article III du GATT (principe du traitement national). Ces développements ne feront pas l'objet de la présente étude bien qu'ils soient extrêmement intéressants²⁴.

A. Le moratoire communautaire

Selon les plaignants, bien qu'ils n'aient identifié aucun acte législatif soutenant leur prétention, les CE appliquaient, depuis octobre 1998, un moratoire sur l'approbation des produits biotechnologiques. Après avoir passé en revue l'évolution des autorisations durant la période visée ainsi que l'attitude de certains pays et de la Commission européenne, décelées à travers diverses déclarations publiques ou documents officiels internes, le Groupe spécial a conclu qu'il existait bel et bien un moratoire *de facto* au sein des Communautés européennes concernant toute demande

²³ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires [Accord SPS]* dans Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay : Textes juridiques, Genève, GATT, 1994 aux pp. 72 à 88 [GATT].

²⁴ Le lecteur intéressé pourra consulter les quelques lignes du *Rapport, supra* note 1 aux para. 7.2499 et s. On s'aperçoit d'abord que le Groupe spécial commence à analyser le caractère « moins favorable » du traitement accordé par les mesures en cause au lieu de procéder d'abord à l'enquête sur la similarité. Cette façon de faire contraste avec la méthodologie proposée par l'Organe d'appel dans *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Plainte des États-Unis)* (2000), OMC Doc. WT/DS161/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*Corée – Viande de bœuf*]. Par ailleurs, le Groupe spécial considère la preuve apportée par l'Argentine insuffisante pour établir une présomption que le traitement moins favorable s'explique par l'origine étrangère des produits biotechnologiques en plus de soumettre la possibilité que la mesure puisse s'expliquer par une différence perçue entre les produits biotechnologiques et les produits non biotechnologiques pour ce qui est de leur sécurité sanitaire. C'est là un bouleversement significatif de l'approche à avoir par rapport au principe du traitement national puisque le Groupe spécial réinsère le test du *aim and effect* dans l'examen du caractère moins favorable (alors qu'auparavant, avant d'être rejeté, il avait été appliqué dans l'examen de la similarité).

d'approbation de produits génétiquement modifiés entre octobre 1998 et août 2003²⁵. Ainsi, bien qu'aucun texte législatif ne prévoyait concrètement l'application d'un moratoire, le Groupe spécial a conclu qu'il existait bel et bien une entente au niveau communautaire à l'effet d'en appliquer un dans les faits.

Le moratoire ayant cessé d'exister en cours d'instance, les CE ont allégué l'inutilité de poursuivre l'examen au-delà afin de vérifier la compatibilité de la mesure – le moratoire – avec les règles de l'OMC²⁶. Si le Groupe spécial s'est rendu aux arguments des CE en acceptant de ne pas émettre de recommandation quant à un moratoire qui n'était plus en vigueur²⁷, il a jugé tout de même important de formuler des constatations sur la compatibilité du moratoire avec les règles de l'OMC afin d'empêcher qu'un moratoire soit éventuellement réintroduit²⁸.

C'est donc dans ce contexte que le Groupe spécial a analysé les allégations d'incompatibilité formulées par les parties plaignantes. Celles-ci concernent toutes l'*Accord SPS*.

L'*Accord SPS* fait partie des principaux accords de l'OMC²⁹. Il est destiné à limiter l'impact négatif de l'adoption de mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux »³⁰ sur le commerce international. L'objectif de l'*Accord SPS* est simple : « établir un cadre multilatéral de règles et disciplines pour orienter l'élaboration, l'adoption et l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires afin de réduire au minimum leurs effets négatifs sur le commerce »³¹. Entré en vigueur au moment de la création de l'OMC en janvier 1995, il met au monde un tout nouveau mécanisme d'adoption des règles de protection : « [i]l forme ainsi un embryon de réglementation internationale du marché intérieur des Membres de l'OMC et, partant, une évolution importante du système du GATT de 1947 »³².

Ainsi, en vertu de l'*Accord SPS*, un État peut prendre une mesure sanitaire ou phytosanitaire (mesure SPS) dans le but de protéger la vie et la santé des personnes ou des animaux, ou de préserver les végétaux sous réserve que cette mesure soit compatible avec l'*Accord SPS*. Pour l'être, la mesure doit satisfaire à certaines conditions : elle doit être fondée sur des principes scientifiques, elle doit respecter le principe de proportionnalité, et elle ne peut créer de discrimination entre les Membres de l'OMC³³. Une mesure qui respectera l'*Accord SPS* sera présumée conforme « aux obligations incombant aux Membres en vertu des dispositions du *GATT de 1994* »³⁴.

²⁵ *Rapport, supra* note 1 au para. 7.1285.

²⁶ *Ibid.* au para. 7.1297.

²⁷ *Ibid.* au para. 7.1317.

²⁸ *Ibid.* aux para. 7.1311 et 7.1312.

²⁹ Il figure à l'Annexe 1A de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* dans *GATT, supra* note 23 aux pp. 5 à 20.

³⁰ *Accord SPS, supra* note 23, préambule, para. 1 et art. 2.

³¹ *Ibid.* préambule.

³² David Luff, *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004 à la p. 266.

³³ *Accord SPS, supra* note 23 aux art. 2:2 et 2:3.

³⁴ *Accord SPS, supra* note 23 à l'art. 2:4.

Les plaignants ont donc allégué l'incompatibilité du moratoire avec les règles de l'*Accord SPS*. Selon eux, le moratoire n'aurait pas été établi sur la base d'une évaluation des risques tel que requis par l'article 5 :1, constituerait une mesure plus restrictive pour le commerce que la situation ne le requerrait (art. 5 :6)³⁵ et ne serait pas cohérent par rapport à la politique globale communautaire (art. 5 :5). De plus, le moratoire n'aurait pas respecté les obligations fondamentales découlant de l'*Accord SPS* puisqu'il n'était pas nécessaire, n'était pas fondé sur des principes scientifiques et aurait été maintenu sans preuves scientifiques suffisantes (art. 2 :2)³⁶. Qui plus est, il aurait constitué une mesure discriminatoire ou injustifiée (2 :3). Par ailleurs, les plaignants ont prétendu ne pas avoir reçu de notifications de la nouvelle mesure, contrairement à l'article 7 et à l'Annexe B1 et les États-Unis ont, de plus, prétendu que les prescriptions procédurales n'avaient pas été suivies (8 et Annexe C1)b)³⁷. Finalement, le moratoire aurait conduit les CE à contrevenir à l'article 8 et à l'Annexe C1)a) qui prescrit qu'« en ce qui concerne toutes les procédures visant à vérifier et à assurer le respect des mesures sanitaires ou phytosanitaires, les Membres feront en sorte que ces procédures soient engagées et achevées sans retard injustifié ».

En définitive, seule la dernière allégation des plaignants a été retenue par le Groupe spécial (article 8 – retard dans les approbations). En effet, ce dernier s'est rendu à l'argument des CE à l'effet que le moratoire ne pouvait pas être considéré comme une mesure SPS mais plutôt comme l'application d'une mesure SPS³⁸. En effet, le moratoire avait eu l'effet de retarder le processus d'approbation des produits. Or, selon les CE, le système d'approbation des produits constituait lui-même la mesure SPS tandis que le moratoire avait eu pour conséquence de moduler son application et sa mise en œuvre. En conséquence, le moratoire, à titre d'agent modulateur de la mesure communautaire, devait être examiné au regard des obligations procédurales énoncées par l'*Accord SPS* et non en vertu de celles encadrant l'élaboration de ces mesures. Le Groupe spécial a tranché en faveur des arguments des CE :

la décision d'appliquer un moratoire général n'était pas une décision de fond de rejeter toutes les demandes. [...] En conséquence, la décision d'appliquer un moratoire général sur les approbations ne peut être considérée comme ayant prédéterminé des décisions finales négatives au sujet de toutes les demandes en souffrance et futures.³⁹

³⁵ Seul le Canada alléguait une violation de l'article 5 :6.

³⁶ Les États-Unis n'ont pas allégué que le moratoire n'était pas nécessaire mais ont allégué qu'il n'était pas fondé sur des principes scientifiques et qu'il avait été maintenu sans preuves scientifiques suffisantes.

³⁷ Les États doivent en vertu de cet article se conformer à cinq obligations dans l'application des procédures d'approbation : 1) la publication ou la communication aux demandeurs de la durée de chaque procédure; 2) l'examen du caractère complet de la documentation et l'indication des lacunes aux demandeurs; 3) la communication des résultats de la procédure; 4) le traitement des demandes qui comportent des lacunes; et 5) la fourniture de renseignements sur le stade de la procédure et l'explication d'éventuels retards.

³⁸ *Rapport, supra* note 1 au para. 7.1329.

³⁹ *Ibid.* aux para. 7.1341 et 7.1343. Voir aussi *ibid.* para. 7.1379 et s.

Il s'agit là d'une grande victoire pour les Européens puisque cette qualification mènera le Groupe spécial à refuser d'examiner la conformité du moratoire avec la plupart des dispositions de l'*Accord SPS*⁴⁰. Le moratoire n'étant pas une mesure SPS et bien qu'il ait examiné les allégations quant à certaines autres dispositions⁴¹, seule l'allégation des plaignants à l'effet que les procédures avaient été retardées de manière injustifiée a donné lieu à une recommandation du Groupe spécial⁴².

Il est intéressant de noter que les CE ont prétendu, en soutien de leur défense, avoir agi de la sorte en application d'une approche de prudence et de précaution⁴³. Ainsi, en raison du fait que « les OGM se caractérisent par la complexité et l'incertitude scientifique »⁴⁴, les CE ont soutenu qu'il avait été difficile « d'arriver à une décision »⁴⁵. Le Groupe spécial a refusé l'argument des CE. Le Groupe spécial a noté qu'il n'existait pas de tension entre l'obligation de compléter la procédure d'approbation sans délai injustifié et l'application d'une approche de prudence et de précaution⁴⁶. Toutefois, pareille approche demeurerait soumise à des « limites raisonnables »⁴⁷ et ne devait pas empêcher l'État membre de remplir son obligation fondamentale, soit celle « d'arriver à une décision au sujet d'une demande »⁴⁸. En l'espèce, le Groupe spécial a considéré que les CE auraient dû continuer à faire progresser les demandes et devaient les compléter malgré l'incertitude scientifique⁴⁹, à supposer qu'il en existait une⁵⁰. L'incertitude aurait pu être prise en compte dans le processus de prise de décision et cette dernière aurait pu, par exemple, faire état d'une approbation limitée dans le temps ou d'une approbation soumise à d'autres conditions appropriées.

⁴⁰ Le Groupe spécial n'a donc pas examiné la compatibilité du moratoire avec les articles 5 :1, 5 :5, 5 :6, 2 :2, 2 :3 et 8 (Annexe B1). Voir à cet effet *ibid.* aux para. 7.1326 à 7.1465.

⁴¹ Quant à l'allégation concernant l'irrespect de l'article 8 et la première clause de l'Annexe C1)b), le Groupe spécial a bien examiné la conformité du moratoire avec les cinq obligations qui en découlent. Toutefois, il a, pour chacune d'elles, conclu que les États-Unis n'avaient pas établi le bien-fondé de leur allégation. Voir à cet effet *ibid.* aux para. 7.1595 à 7.1604. Relativement à l'allégation de l'Argentine concernant la nécessité pour les pays de prendre en compte les besoins spéciaux des pays en développement (art. 10 :1), le Groupe spécial a aussi examiné la conformité du moratoire. Il a conclu que l'Argentine n'avait pas établi le bien-fondé de son allégation. Voir *ibid.* aux para. 7.1613 à 7.1627. Il est intéressant de souligner que le Groupe spécial a agi d'une manière assez proactive dans son analyse de l'article 10 :1 puisque en raison du caractère vague de l'allégation de l'Argentine, il a pris le parti de la clarifier lui-même, allant jusqu'à l'interpréter en fonction des constatations qu'il avait lui-même faites dans les pages précédentes. À ce sujet, voir *ibid.* aux para. 7.1610 à 7.1612.

⁴² Pour les détails des constatations, voir *Rapport, supra* note 1 aux para. 7.1466 à 7.1570.

⁴³ *Ibid.* au para. 7.1519.

⁴⁴ *Ibid.* au para. 7.1520.

⁴⁵ *Ibid.* au para. 7.1524.

⁴⁶ *Ibid.* au para. 7.1522.

⁴⁷ *Ibid.* au para. 7.1523.

⁴⁸ *Ibid.* au para. 7.1523.

⁴⁹ *Ibid.* au para. 7.1327.

⁵⁰ Le Groupe spécial ne se prononce pas sur cette question à ce stade. Il laisse simplement entendre que même s'il admettait l'existence d'une situation d'incertitude scientifique, des conditions devaient être respectées. Voir *ibid.* au para. 7.1524.

En conséquence, le Groupe spécial a conclu au retard.

Conséquemment à cette conclusion, le Groupe spécial a ensuite passé en revue le processus d'approbation quant à un des produits en cause afin de déterminer le caractère justifié ou non du retard⁵¹. Le défaut d'agir de la Commission pour faire débloquer le processus d'approbation⁵², que le Groupe spécial a expliqué par l'existence du moratoire *de facto*, l'a mené à conclure au caractère injustifié du retard et à conclure en conséquence à un manquement des CE à l'obligation prévue par l'article 8 de l'*Accord SPS*⁵³.

B. Les mesures visant des produits spécifiques adoptées par les entités communautaires

S'agissant des mesures des CE visant des produits spécifiques, nous résumerons très brièvement les constatations et conclusions du Groupe spécial. En fait, les conclusions énoncées dans la partie précédente sur le moratoire communautaire ont déterminé en grande partie celles, plus factuelles, que le Groupe spécial a apporté aux allégations concernant les mesures visant les produits spécifiques. Ainsi, en raison de sa conclusion à l'effet qu'il était impossible d'assimiler le moratoire à une mesure SPS, le Groupe spécial a considéré la plupart des articles invoqués par les plaignants comme inapplicables⁵⁴. Mentionnons simplement qu'au terme de son analyse, le Groupe spécial a conclu que les CE avait agi d'une manière incompatible avec l'article 8 et l'Annexe C1)a), en retardant de manière injustifiée les approbations concernant 24 des 27 produits en cause.

C. Les 9 mesures de sauvegarde adoptées par 6 États Membres

À notre sens, cette section du rapport demeure la plus intéressante au niveau juridique puisqu'elle analyse enfin les mesures au regard des obligations spécifiques de l'*Accord SPS*, en plus d'aborder la question de l'application du principe de précaution – tel que prévu à l'article 5:7 de l'*Accord SPS* – à la question des OGM. La réjouissance s'avère pourtant de courte durée puisque c'est ici que les conclusions du rapport nous apparaissent les plus décevantes. Par leur analyse, les membres du Groupe spécial, ont, à notre avis, augmenté le fardeau déjà lourd qui reposait sur les Membres désireux d'adopter une mesure sanitaire ou phytosanitaire et rendu théorique le recours à la précaution en matière d'OGM.

⁵¹ *Ibid.* aux para. 7.1533 à 7.1568.

⁵² En fait, selon la procédure communautaire, la Commission aurait dû convoquer le Comité de réglementation pour une nouvelle réunion concernant la demande d'approbation du produit en question, le Colza MS8/RF3. Il semble que rien n'ait été fait pour respecter cette exigence.

⁵³ Le Groupe spécial a étudié la manière dont la Commission s'est comportée à l'égard d'un seul produit, soit le Colza MS8/RF3. Ceci lui a permis de déterminer que le moratoire avait entraîné un retard injustifié dans l'achèvement d'au moins une procédure. En conséquence, le Groupe spécial, par souci d'économie jurisprudentielle, n'a pas examiné le processus suivi à l'égard des autres demandes d'approbation. *Rapport, supra* note 1 au para. 7.1568.

⁵⁴ *Ibid.* aux para. 7.1689 et s.

Rappelons brièvement le cadre factuel. Habituellement, lorsqu'un produit a été accepté au niveau communautaire, les États membres doivent accepter leur commercialisation. Exceptionnellement, les États, s'ils ont des motifs raisonnables de craindre pour la santé humaine ou l'environnement, peuvent adopter de manière provisoire une mesure de sauvegarde qui interdira ou restreindra le commerce ou l'utilisation de ce produit. Ce sera le cas, par exemple, lorsque, après qu'un produit ait été scientifiquement évalué ou suite à son approbation, de nouvelles données auront été publiées quant à son innocuité. L'État désirant adopter une mesure de sauvegarde devra alors informer immédiatement la Commission et les autres États membres de l'adoption de sa mesure. Après réception de la notification, dans un délai de trois mois, la Commission prendra une décision : elle décidera ainsi soit de modifier l'approbation de commercialisation à l'échelle communautaire soit de supprimer la mesure. Dans ce processus, la Commission sera assistée de deux comités, le Comité de réglementation et/ou le Comité permanent des denrées alimentaires.

En l'espèce, six États membres ont adopté des mesures de sauvegarde visant à interdire neuf produits différents qui avaient été préalablement approuvés au niveau communautaire⁵⁵. Dans chaque cas, une notification est parvenue à la Commission qui s'est empressée de consulter le comité scientifique pertinent afin de vérifier si l'information fournie par l'État constituait une preuve scientifique pertinente dans l'appréciation du caractère dangereux du produit en cause. Pour chaque produit, les comités ont confirmé leur évaluation initiale et ont réaffirmé la nature sécuritaire des produits en cause pour la santé humaine ou l'environnement⁵⁶. Au moment de l'établissement du Groupe spécial, les mesures de sauvegarde étaient néanmoins encore en vigueur.

Le Groupe spécial a débuté son analyse en vérifiant l'applicabilité de l'*Accord SPS* aux mesures en cause⁵⁷. Dans cette optique, il a déterminé si les mesures de sauvegarde étaient des « mesures sanitaires ou phytosanitaires » au sens de l'*Accord SPS*⁵⁸ et si ces mesures pouvaient, directement ou indirectement, affecter le commerce international⁵⁹. Une mesure devait être considérée comme SPS si elle avait été appliquée pour protéger la vie ou la santé d'un certain nombre de risques énumérés à l'Annexe A1) ou si elle avait été appliquée pour empêcher ou limiter certains autres dommages. Le Groupe spécial a interprété très généreusement la manière dont pouvaient être considérés les OGM au regard de l'*Accord SPS*⁶⁰. Ainsi,

⁵⁵ Pour la liste des États et des produits en cause, voir *supra* note 15.

⁵⁶ *Rapport, supra* note 1 au para. 7.2536.

⁵⁷ Il s'agissait du premier différend où l'applicabilité de l'*Accord SPS* était contestée par une des parties.

⁵⁸ Plus précisément, au sens de l'Annexe A1).

⁵⁹ Selon l'article 1:1 de l'*Accord SPS*, ce dernier s'applique à « toutes les mesures sanitaires et phytosanitaires qui peuvent, directement ou indirectement, affecter le commerce international ».

⁶⁰ Sur la question de l'extension du champ d'application de l'*Accord SPS*, voir : Jacqueline Peel, « A GMO by Another Name ... Might be an SPS Risk!: Implications of Expanding the Scope of the WTO Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement » (2007) 17 :5 EJIL 1009; Chistiane Conrad, « PPMs, The EC – Biotech Dispute and the Applicability of the SPS Agreement : Are the Panel's Findings Built on Shaky Ground? » (2006) Hebrew University International Law Research Paper no. 8-06, Institute of European and International Economic Law, University of Bern, en ligne : Social Science research Network <<http://ssrn.com/abstract=920742>>.

selon les circonstances, un OGM pourra être assimilé à un parasite⁶¹, à un organisme porteur de maladies⁶² ou à organisme pathogène⁶³, comme un produit alimentaire, une boisson ou un aliment pour animal⁶⁴, et comme contenant des additifs⁶⁵, des contaminants⁶⁶, des toxines⁶⁷ ou des allergènes⁶⁸. Ces qualifications apportent d'intéressants développements pour tous ceux qui s'intéressent davantage à l'aspect technique et scientifique des OGM. Les conclusions demeurent toutefois surprenantes et il semble qu'on ait voulu à tout prix rendre l'*Accord SPS* applicable. Ensuite, le Groupe spécial précise la possibilité que les OGM causent « d'autres dommages »⁶⁹, tel que des dommages économiques (perte de ventes par les agriculteurs) et des dommages aux biens et infrastructures⁷⁰. Le Groupe spécial ne s'est toutefois pas dit « persuadé que l'expression [...] comprend les dommages à la biodiversité »⁷¹.

Le Groupe spécial a donc considéré les mesures de sauvegarde comme des mesures SPS⁷². En conséquence, l'*Accord SPS* a été jugé applicable. Cette conclusion a néanmoins donné lieu à une série de remarques intéressantes à l'égard de cet accord encore peu analysé par la « jurisprudence » de l'OMC⁷³. Nous avons sélectionné certaines d'entre elles afin de mettre en relief leurs implications.

⁶¹ Dans le sens où une plante génétiquement modifiée peut croître dans des endroits où elle est indésirable, qu'elle peut transférer ses gènes à des plantes non génétiquement modifiées, qu'elle peut développer une résistance à des pesticides dans des organismes ciblés comme non ciblés et qu'elle peut avoir d'autres effets sur des organismes ciblés comme non ciblés. À cet effet, voir le *Rapport*, *supra* note 1 aux para. 7.233 et s.

⁶² Selon le Groupe spécial, la question n'est pas de savoir si les OGM sont des maladies mais plutôt s'ils sont susceptibles de provoquer la maladie. *Ibid.* aux para. 7.276 et s.

⁶³ La question est surtout traitée par rapport à la problématique relative aux gènes marqueurs de résistance aux antibiotiques. *Ibid.* aux para. 7.7.276 et s.

⁶⁴ Le Groupe spécial interprète largement la notion. Il considère ainsi que les semences et le pollen des cultures consommés par les insectes entrent dans la catégorie « aliments pour animaux ». *Ibid.* aux para. 7.287 et s.

⁶⁵ Selon le Groupe spécial, le gène intentionnellement ajouté dans un but technologique peut être considéré comme un additif. *Ibid.* aux para. 7.293 et s.

⁶⁶ Ce sera le cas lorsque le gène aura été ajouté de manière non intentionnelle. *Ibid.* aux para. 7.305 et s.

⁶⁷ *Ibid.* 7.317 et s.

⁶⁸ *Ibid.* 7.325 et s.

⁶⁹ La question est d'importance car dans sa définition d'une mesure SPS, l'*Accord SPS* réfère en dernier lieu aux mesures destinées à limiter ou à empêcher la réalisation « d'autres dommages ».

⁷⁰ *Ibid.* aux para. 7.364 et s.

⁷¹ *Ibid.* au para. 7.372.

⁷² Pour le détail de l'analyse, voir *ibid.* aux para. 7.2561 à 7.2922. Chaque mesure avait été adoptée dans le but avoué de se protéger contre les risques pour la santé et l'environnement. En effet, les mesures avaient été adoptées dans le cadre de l'article 16 de la Directive 90/220 et de l'article 12 du Règlement 258/97. Toutefois, il semble que le Groupe spécial ait eu une interprétation très libérale des termes tel que « parasite », « organisme porteur », « organisme pathogène », « additif », « contaminant ».

⁷³ Depuis 1995, peu de cas ont concerné l'*Accord SPS*. Il s'agit des affaires *CE - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Plainte des États-Unis)* (1997), OMC Doc. WT/DS26/R\USA (Rapport du Groupe Spécial); *CE - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Plainte du Canada)* (1997), OMC Doc. WT/DS48/R\CAN (Rapport du Groupe Spécial) [*CE - Viande aux Hormones (Groupe spécial)*] et *CE - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Plainte du Canada et des États-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE - Viande aux Hormones (Organe d'appel)*]; *Australie - Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada)* (1998) OMC Doc. WT/DS18/R (Rapport du Groupe spécial) [*Australie - Saumons (Groupe spécial)*]

1. LA PLACE DE LA PRÉCAUTION AU SEIN DE L'ACCORD SPS : UN DROIT ET NON UNE EXCEPTION

Pour satisfaire aux conditions de l'Accord SPS, toute mesure doit être basée sur une preuve scientifique (article 2 :2) qui doit se formaliser dans une évaluation des risques (article 5 :1)⁷⁴. Cette dernière, strictement encadrée par le droit de l'OMC, doit offrir le fondement scientifique de la nécessité de la mesure. Elle doit d'ailleurs contenir une description des mesures envisageables et une évaluation de leur efficacité à prévenir le risque évalué⁷⁵.

Selon la prétention des CE, les mesures de sauvegarde adoptées pour prévenir le risque que présentent les OGM devaient être évaluées au titre de l'article 5 :7 de l'Accord SPS. Ce dernier prend en compte, dans une certaine mesure, le principe de précaution⁷⁶. Ainsi, dans les cas où les preuves scientifiques demeurent insuffisantes pour justifier une mesure⁷⁷, l'Accord SPS permet à l'État, à certaines conditions, d'adopter une mesure SPS. L'article 5 :7 se lit comme suit :

Dans 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

et Australie – Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada) (1998), OMC Doc. WT/DS18/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [Australie – Saumons (Organe d'appel)]; Japon – Mesures visant les produits agricoles (Plainte des États-Unis) (1997), OMC Doc. WT/DS76/R (Rapport du Groupe spécial) [Japon – Produits agricoles (Groupe spécial)]; et Japon – Mesures visant les produits agricoles (Plainte des États-Unis) (1997), OMC Doc. WT/DS76/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [Japon – Produits agricoles (Organe d'appel)]; Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Plainte des États-Unis) (2003), OMC. Doc. WT/DS245/R (Rapport du Groupe spécial) [Japon – Pommes (Groupe spécial)] et Japon – Mesures visant l'importation de pommes (Plainte des États-Unis) (2003), OMC. Doc. WT/DS245/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel) [Japon – Pommes (Organe d'appel)]; et CE – Produits biotechnologiques, *supra* note 1.

⁷⁴ La relation entre les articles 2 :2 et 5 :1 est nébuleuse et une fine étude de la jurisprudence mène à conclure que l'alliage entre ces deux dispositions n'a pas encore été clarifié. Pour une analyse détaillée, voir Richard Ouellet, *Le rôle de la science dans l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires de l'OMC*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2002 aux pp. 259 à 286. Voir aussi: Gavin Goh, « Tipping the Apple Cart : The Limits of Science and Law in the SPS Agreement after Japan – Apples » (2006) 40:4 *Journal of World Trade* 655 aux pp. 663 et s.; Jacqueline Peel, « Risk regulation under the WTO SPS agreement : science as an international normative yardstick? » (2004) Jean Monnet Working paper 02/04, New York University School of Law à la p. 80.

⁷⁵ Japon – Pommes (Groupe spécial), *supra* note 73 au para. 8.283 ; Japon – Pommes (Organe d'appel), *supra* note 73 au para. 208.

⁷⁶ CE – Viande aux Hormones (Organe d'appel), *supra* note 73 au para. 124.

⁷⁷ L'article 2 :2 de l'Accord SPS impose aux Membres de baser leurs mesures sur des principes scientifiques et de ne pas les maintenir « sans preuve scientifique suffisante, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5 ». Dès lors, on comprend que si la preuve n'est pas suffisante, un Membre peut recourir à l'exception prévue. Japon – Produits agricoles (Organe d'appel), *supra* note 73 au para. 80.

nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable.

Les organes juridictionnels de l'OMC ont rarement eu l'occasion d'interpréter cet article et aucun État n'a, jusqu'à présent, été en mesure de l'invoquer avec succès⁷⁸.

L'Organe d'appel a identifié quatre conditions que doit respecter un Membre pour se prévaloir de l'article 5 :7 :

Conformément à la première phrase de l'article 5:7, un Membre peut provisoirement adopter une mesure SPS si cette mesure est:

- 1) imposée relativement à une situation dans laquelle les informations scientifiques pertinentes sont insuffisantes
- 2) adoptée "sur la base des renseignements pertinents disponibles".

Conformément à la seconde phrase de l'article 5:7, une telle mesure provisoire ne peut être maintenue que si le Membre qui a adopté la mesure

- 1) s'efforce d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque
- 2) examine en conséquence la mesure [...] dans un délai raisonnable.⁷⁹

Ces conditions sont cumulatives et d'importance égale⁸⁰. Nous verrons, un peu plus loin, que l'interprétation donnée à la première condition⁸¹ par le Groupe spécial a rendu plutôt théorique l'utilisation de l'article 5 :7 en matière de commercialisation d'aliments génétiquement modifiés.

Il est intéressant de noter que, pour la première fois, la place de l'article 5 :7 au sein de l'*Accord SPS* a été abordée. Ainsi, une des précisions importantes faites par le Groupe spécial réside dans la reconnaissance du recours à l'article 5 :7 par les Membres de l'OMC comme un droit et non comme une exception aux obligations posées par les articles 2 :2 et 5 :1⁸². Cette interprétation, résultat d'une analogie avec

⁷⁸ Cet article a été invoqué, sans succès, dans les affaires *CE – Viande aux hormones*, *supra* note 73, *Japon – Produits agricoles*, *supra* note 73 et *Japon – Pommes*, *supra* note 73.

⁷⁹ *Japon – Produits agricoles* (Organe d'appel), *supra* note 73 au para. 89.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Le Groupe spécial a analysé seulement la première de ces conditions.

⁸² *Rapport*, *supra* note 1 au para. 7.2969. Selon certains, le fait que le recours à la précaution constitue un droit en vertu du régime de l'*Accord SPS* plutôt qu'une obligation (obligation de prévenir contre tout risque de dommage grave ou irréversible) fait en sorte que les exportateurs n'ont pas l'obligation de prendre en compte le principe de précaution lorsqu'ils promeuvent leurs exportations. Voir Mariëlle Mathee et Dominique Vermersch, « Are the precautionary principle and the international trade of genetically modified organisms reconcilable? » (2000) 12 *Journal of agricultural and environmental ethics* 59 à la p. 66.

l'affaire *CE – Préférences tarifaires*⁸³, serait conforme, selon le Groupe spécial aux termes utilisés par l'Organe d'appel dans *Japon – Produits agricoles*⁸⁴.

L'effet de cette qualification s'est traduit en termes concrets pour le Groupe spécial qui a dès lors adopté une méthodologie afin d'évaluer si les pays Membres des CE pouvaient justifier leurs mesures de sauvegarde au regard de l'article 5:7. Le Groupe spécial a fixé la marche à suivre de la manière suivante⁸⁵. Il a annoncé qu'il examinerait d'abord le respect de l'article 5:1, l'article fixant l'obligation de baser toute mesure sur une évaluation des risques. S'il concluait que les mesures de sauvegarde n'avaient pas été adoptées sur la base d'une évaluation des risques, il examinerait si les mesures répondaient néanmoins aux quatre exigences de l'article 5:7. Dans l'affirmative, il conclurait qu'il n'y avait eu ni violation de l'article 5:1, ni violation de l'article 5:7. Toutefois, s'il concluait qu'une des quatre conditions d'application de l'article 5:7 n'avait pas été respectée, le Groupe spécial devrait conclure qu'il y avait eu violation de l'obligation de procéder à une évaluation des risques conformément à l'article 5:1.

Cette méthode contraste avec la manière de procéder adoptée tant dans l'affaire *Japon – Produits agricoles* que *Japon – Pommes*, où les groupes spéciaux ont commencé par évaluer la conformité avec l'article 2:2, pour ensuite passer à l'examen de l'article 5:7 et finalement vérifier si une évaluation des risques avait été produite conformément à l'article 5:1. Cette marche à suivre a néanmoins permis au Groupe spécial d'établir la règle quant à l'attribution de la charge de la preuve : il devenait clair que les plaignants avaient le fardeau de démontrer que les mesures de sauvegarde étaient incompatibles avec au moins l'une des quatre prescriptions énoncées à l'article 5:7⁸⁶. Il convient à cet égard de noter qu'aucune des parties plaignantes n'avaient soulevé cette question dans leur demande d'établissement du Groupe spécial⁸⁷.

Ainsi, suite à une analyse précise par rapport à chacune des mesures de sauvegarde, le Groupe spécial a conclu qu'aucune des mesures en cause ne

⁸³ *Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (Plainte de l'Inde)* (2004), OMC Doc. WT/DS246/AB/R au para. 88 (Rapport de l'Organe d'appel) [*CE – Préférences tarifaires*].

⁸⁴ Dans cette affaire, le Groupe spécial avait décrit l'article 5:7 comme une « exemption assortie de réserves de l'obligation énoncée à l'article 2:2 de ne pas maintenir de mesures SPS sans preuves scientifiques suffisantes » [Nos italiques] et non pas comme une *exception*. *Japon – Produits agricoles (Organe d'appel)*, *supra* note 73 au para. 80. Pour une critique acerbe de cette conclusion, voir : Tomer Broude, « Genetically Modified Rules : The Awkward Rule-Exception-Right Distinction in EC- Biotech » (2006) Research Paper no. 14-06, International Forum, The Hebrew University of Jerusalem, en ligne : Social Science research Network <<http://ssrn.com/abstract=949623>>.

⁸⁵ *Rapport, supra* note 1 aux para. 7.3003 à 7.3007.

⁸⁶ *Rapport, supra* note 1 au para. 7.2977.

⁸⁷ Rappelons que dans l'affaire *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers (Plainte des Communautés européennes)* (1999), OMC Doc. WT/DS98/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), au para. 124 [*Corée – Produits laitiers*], l'Organe d'appel a considéré que l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord* imposait l'identification de toutes les dispositions de l'accord présumé violé.

rencontrait l'exigence fixée par l'article 5 :1⁸⁸. D'abord, le Groupe spécial a refusé de considérer les différentes études soumises par les six pays comme constituant des évaluations des risques au sens de l'*Accord SPS*. Malgré le caractère scientifique de celles-ci et bien que certaines d'entre elles concluaient sans l'ombre d'un doute à un risque sérieux pour le consommateur, dont la mort, le Groupe spécial a conclu qu'elles ne répondaient pas à la définition de l'évaluation du risque⁸⁹. Ensuite, et c'est sur cette base que le restant des constatations du Groupe spécial seront établies, il a convenu qu'il existait bien, pour chaque produit, une évaluation des risques – l'évaluation initiale faite au niveau communautaire et ayant servi à l'approbation – mais que les mesures n'étaient pas « basées » sur celle-ci⁹⁰. En effet, aucune de ces évaluations ne faisait état d'un danger relié à la commercialisation des produits issus de la biotechnologie. En conséquence, les mesures de sauvegarde ne pouvaient pas être « basées sur » l'évaluation puisque l'évaluation n'établissait pas leur nécessité.

Dans ces circonstances, le Groupe spécial, tel qu'il l'avait annoncé, a vérifié la conformité des mesures avec l'article 5 :7. Le résultat est le même en ce qui concerne les neuf mesures de sauvegarde contestées : la première condition d'application de l'article n'est pas remplie car il n'y a pas « insuffisance de preuve scientifique »⁹¹.

Cette conclusion, à laquelle le Groupe spécial arrive suite à de nombreuses explications et répétitions, semblait pourtant s'imposer d'elle-même considérant qu'il avait auparavant conclu à l'existence d'une évaluation des risques et donc à l'existence d'une preuve scientifique. En effet, comment aurait-il pu conclure autrement à l'issue de son examen au titre de la première condition à remplir, pour justifier une mesure de précaution en vertu de l'article 5 :7, c'est-à-dire l'existence d'une situation d'insuffisance de preuve scientifique, alors qu'il venait à peine de conclure qu'il existait une évaluation des risques concluant à l'innocuité des produits en question?

Cette conclusion pose directement la question suivante : doit-on nécessairement conclure à l'existence d'une preuve suffisante dès lors qu'il en existe

⁸⁸ La conclusion est la même pour chacune des neuf mesures de sauvegarde, *Rapport, supra* note 1 au para. 7.3206. Nous prenons en exemple l'analyse faite par rapport à la mesure autrichienne visant à interdire la commercialisation de maïs T-25. L'analogie peut se faire ensuite par rapport aux huit autres mesures.

⁸⁹ Cette question mériterait assurément une analyse plus approfondie car il semble, à première vue, que le Groupe spécial ait élevé les critères permettant de qualifier une étude d'« évaluation du risque » au sens de l'article 5 :1. Par exemple, le Groupe spécial a refusé de prendre en considération une étude soumise par l'Autriche pour justifier sa mesure concernant le maïs MON810. Selon le Groupe spécial, l'étude se borne à des expériences en laboratoire. Cette étude identifie pourtant clairement l'effet (la mort) et démontre de toute évidence une possibilité que cet effet ne se réalise dans le futur. La détermination des chances que les résultats obtenus en laboratoire se reproduisent en milieu naturel relève quant à elle de l'évaluation de la probabilité, étape non nécessaire en ce qui concerne la deuxième définition de l'évaluation des risques pourtant applicable en l'espèce. Voir *ibid.* aux para. 7.3098 et s.

⁹⁰ Le Groupe spécial analyse chacune des mesures individuellement. Voir *ibid.* aux para. 7.3035 à 7.3214.

⁹¹ *Ibid.* aux para. 7.3215 à 7.3371.

une? Le Groupe spécial suggère effectivement une telle conclusion. Appliqué aux aliments génétiquement modifiés, ce raisonnement mène à conclure à l'inapplicabilité de l'article 5:7 de l'*Accord SPS* dès lors qu'il existe des évaluations des risques démontrant l'innocuité et la sécurité de leur utilisation. Ainsi, on refuse qu'un Membre remette en doute les résultats d'une évaluation⁹² et qu'il prenne un temps d'arrêt, le temps qu'il soit en mesure de produire une nouvelle évaluation des risques. Alors qu'on s'attendrait précisément à ce que la précaution joue un rôle lorsque surgit un questionnement nouveau – motivé par une remise en question sérieuse⁹³ de données préalablement obtenues –, le Groupe spécial confirme et porte à son paroxysme la logique adoptée jusqu'à maintenant par les organes juridictionnels de l'OMC : la précaution répond aux situations d'insuffisance de preuves scientifiques et non aux situations d'incertitude scientifique⁹⁴. On permet certes à l'État de prendre une mesure lorsqu'il aura la preuve avérée que ses doutes étaient fondés, mais en attendant qu'il procède lui-même à une nouvelle évaluation – processus qui peut prendre des années – et malgré l'existence de doute sérieux émis par différents scientifiques renommés⁹⁵, il n'est pas justifié d'agir avec précaution. Ainsi, dès lors qu'une évaluation des risques existe, toute mesure doit être basée sur celle-ci et nul ne peut prétendre à une insuffisance de preuves. Autrement dit, il existe des situations d'insuffisance de preuves et des situations de suffisance de preuves. De nouvelles informations remettant en question des résultats préalablement obtenus ne permettraient pas de passer d'une situation de suffisance à une situation d'insuffisance de preuves :

Cependant, lorsqu'il a été procédé à une évaluation des risques [...], elle ne cesse pas d'être une évaluation des risques au sens de l'Annexe A4)

⁹² Les CE, par rapport à la mesure de sauvegarde autrichienne à l'égard du maïs T-25, ont d'ailleurs soutenu que l'Autriche ne souscrivait pas aux conclusions de l'évaluation des risques du Comité scientifique des pesticides et de sa réévaluation postérieure. Le Groupe spécial a rappelé que le refus de l'Autriche de souscrire à l'évaluation n'avait pas d'effet sur la qualification d'évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et de l'Annexe A4). *Ibid.* à la note de bas de page 2082. On retrouve la même remarque à l'égard de certaines autres mesures de sauvegarde. Voir par exemple, la mesure autrichienne relativement au maïs BT-176, *ibid.* à la note de bas de page 2093; la mesure autrichienne relativement au maïs MON810, *ibid.* à la note de bas de page 2104; la mesure française relativement au Colza MS1/RF1 (EC-161), *ibid.* à la note de bas de page 2115; la mesure française relativement au Colza Topas, *ibid.* à la note de bas de page 2126.

⁹³ Évidemment, notre objectif ici n'est pas de permettre que tout État puisse soulever le doute sur une évaluation préalable des risques sans qu'il n'ait de sérieux motifs de remise en question. Une lecture attentive du rapport nous mène pourtant à croire que la plupart des études soumises par les six États en cause présentait des résultats inquiétants qui, à défaut de satisfaire aux conditions strictes de la définition de l'évaluation des risques, aurait dû mener le Groupe spécial à conclure que d'une « situation de suffisance de preuves scientifiques », ces États avaient considéré faire dorénavant face à une « situation d'insuffisance de preuve scientifiques ». Voir *ibid.* aux para. 7.3035 et s.

⁹⁴ Selon l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles*, *supra* note 73 au para. 184, l'application de l'article 5:7 ne devait pas être déclenchée par l'existence d'une incertitude scientifique mais plutôt par l'insuffisance des preuves scientifiques, deux notions non interchangeable.

⁹⁵ Les États n'ont pas la capacité de baser une mesure sur de simples doutes soulevés par une portion minoritaire de scientifiques à moins que ceux-ci n'aient fait valoir leur prétention dans le cadre même d'une évaluation des risques exposant l'opinion majoritaire et qu'ils aient démontré de manière précise et exhaustive les fondements scientifiques de leur position. Voir *Rapport*, *supra* note 1 aux para. 7.3240 et 7.3059 et s.

simplement parce qu'un Membre particulier juge que les risques n'ont pas été évalués avec un degré de précision "suffisant", que l'évaluation n'a pas résisté au passage du temps, et qu'il est "probable" que l'évaluation devra être révisée à un certain moment à l'avenir.⁹⁶

Seule une nouvelle évaluation en bonne et due forme peut justifier l'adoption d'une mesure. Les CE l'ont appris à leurs dépens. Avec une telle interprétation, le Groupe spécial établit un seuil unique pour le recours à la précaution. Il restreint son recours à deux situations. Premièrement, aux cas où il n'existe pas encore d'évaluation des risques. Dans ce contexte, on comprend que l'article 5 :7 servira bien peu en matière de commercialisation des aliments transgéniques puisque les produits ne sont pas commercialisés avant qu'une évaluation des risques ne soit produite. En aucun cas, l'article 5 :7 ne pourra servir à donner un temps de réflexion aux États qui constatent une dissension dans la communauté scientifique ou qui s'opposent aux données exposées dans une évaluation des risques existantes sans détenir encore de preuve spécifique soutenant leur opposition. Deuxièmement, l'article 5.7 ne sera utile qu'aux seuls cas d'urgence exigeant une réaction rapide, en cas de crise sanitaire par exemple. Or, la précaution devrait permettre d'agir avant qu'un risque ne se réalise, avant que des dommages ne soient causés et devrait pouvoir englober les situations où l'incertitude persiste. C'est du moins l'esprit du principe consacré par la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, au principe 15 :

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.⁹⁷

L'existence de preuves fiables suffirait donc, selon le Groupe spécial, à disqualifier un État, plus soucieux, désirant invoquer la précaution pour motif que les preuves existantes ne le rassurent guère. L'existence de preuves fiables impliquerait nécessairement l'absence de doute. Il n'existerait dès lors que deux situations possibles : la complétude des savoirs ou l'absence des savoirs. Entre les deux, aucune possibilité de gradation ne semble trouver grâce aux yeux de l'OMC, l'incomplétude des savoirs étant exclue, la prise en considération d'éléments indécidables ne semblant pas une alternative possible.

En se plongeant dans la réalité qui entoure les procédures d'évaluation des risques relatives aux OGM, on saisit avec plus d'acuité toutes les implications de ces questionnements. On le sait, le nombre de preuves scientifiques fiables démontrant les

⁹⁶ *Ibid.* au para. 7.3240.

⁹⁷ « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement » dans *Rapport de la conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, 3-14 juin 1992, annexe 1 (A/CONF.151/26 (Vol. I)).

dangers reliés à la commercialisation des OGM demeure très limité. En fait, mis à part quelques exceptions⁹⁸, il n'existe pas de preuve précise du danger que peut provoquer la culture ou la consommation d'aliments génétiquement modifiés. Cela s'explique par plusieurs raisons *a priori* évidentes. D'abord, ceux qui produisent ces aliments, nous le savons, préservent jalousement toute information pouvant mener à la conclusion qu'ils sont susceptibles de présenter un danger pour la santé ou l'environnement. La décision du tribunal allemand imposant à Monsanto l'obligation de divulguer les résultats inquiétants de ses recherches suite aux efforts soutenus de Greenpeace en témoigne⁹⁹. Il ne faut donc pas sous-estimer le fait que les résultats d'analyse bénéficient souvent de la protection du secret industriel et sont rendus publics au compte-goutte. Ensuite, on comprend facilement que peu de recherches soient menées par les détracteurs des OGM. Les ONG ne possèdent pas les moyens financiers pour subventionner les recherches nécessaires et même les gouvernements ont du mal à fournir les moyens financiers nécessaires à la réalisation d'études à long

⁹⁸ Le cas du maïs génétiquement modifié MON 863, dont les études sont restées secrètes longtemps et que la justice allemande a permis de rendre publiques, démontre un lien entre la consommation de cet OGM par des rats et des troubles physiologiques. Voir à cet effet : Hervé Kempf, « L'expertise confidentielle sur un inquiétant maïs transgénique » *Le Monde* (23 avril 2004), en ligne : Le Monde.fr <<http://www.lemonde.fr/recherche>>. Les troubles physiologiques se traduiraient par « une augmentation de globules blancs chez les mâles, une réduction des globules rouges immatures chez les femelles, une augmentation importante de sucre dans le sang des femelles et une plus haute fréquence d'irrégularités dans les reins des mâles telles qu'une inflammation et une réduction de poids » : Greenpeace, « MON863, Le maïs OGM de Monsanto : impropre aux rats, impropre aux humains », Document d'information, Juin 2005. Par ailleurs, en novembre 2005, la Commonwealth Scientific and Industry Research Organisation (CSIRO) a annoncé la cessation d'une expérience sur des pois génétiquement modifiés. En effet, les mulots nourris de ces pois résistant aux insectes auraient développé des maladies pulmonaires. Pour les résultats des tests : Vanessa E. Prescott, Peter M. Campbell, Andrew Moore, Joerg Mattes, Marc E. Rothenberg, Paul S. Foster, T. J. V. Higgins et Simon P. Hogan, « Transgenic Expression of Bean Amylase Inhibitor in Peas Results in Altered Structure and Immunogenicity » (2005) 53 :23 *Journal of Agricultural and food chemistry* 9023; CSIRO, Communiqué, « GM pea study backs case-by-case risk assessment » (17 novembre 2005) en ligne : CSIRO <<http://www.csiro.au/csiro/content/standard/pssp,..html>>. Mentionnons aussi les études du professeur Pusztai qui avaient mené à conclure que la consommation de pommes de terre génétiquement modifiées par des rats causait des problèmes intestinaux : S.W.B. Ewen et Arpad Pusztai, « Effets of Diets Containing Genetically Modified Patatoes Expressing Galanthus Rivalis Lectin on Rat Small Intestine » (1999) 354 : 9187 *The Lancet* 1353. Voir aussi la page Internet personnelle du professeur Pusztai à l'adresse suivante : <<http://www.freenetpages.co.uk/hp/a.pusztai/>>. Les résultats de cette dernière étude ont toutefois été fortement critiqués. Pour un survol de l'affaire Pusztai, voir : Jean Paul Oury, *Plantes génétiquement modifiées : controverses, communication et idéologies*, Thèse de doctorat en épistémologie, histoire des sciences et des techniques, École normale supérieure à la p.36. D'autres études plus récentes présentent aussi des résultats inquiétants. Voir les études de la biologiste Manuela Malatesta, de l'Université d'Urbino, démontrant que les organes des souris nourries au soja transgénique ont été modifiés. Des études postérieures ont permis à la biologiste de conclure qu'un retour à l'alimentation normale faisait disparaître les anomalies observées : Manuela Malatesta, « Reversibility of hepatocyte nuclear modifications in mice fed on genetically modified soybean » (2005) 49 :3 *European Journal of Histochemistry* 237, en ligne : EJM <http://www.ejh.it/pdf/2005_3/malatesta.pdf>. Voir aussi les résultats des études du directeur de l'Institut d'écologie génétique de l'Université de Tromsø, le Norvégien Terje Traavik, qui a réussi à démontrer qu'un mécanisme d'expression de gènes, considéré jusqu'à maintenant possible que chez les plantes, s'était réalisé dans des cellules humaines : « The 35S CaMV plant virus promoter is active in human enterocyte-like cells » (2006) *European Food Research and Technology* 185.

⁹⁹ Voir *ibid*, le cas du maïs MON 863.

terme¹⁰⁰. Par ailleurs, l'absence de mécanisme universel de traçabilité et d'étiquetage rend toute tentative d'évaluation difficile par ceux qui ne créent pas les aliments génétiquement modifiés¹⁰¹. En conséquence, les scientifiques demeurent tributaires des subventions qui leur sont allouées dans un domaine où la recherche s'avère excessivement coûteuse. Pourtant, bien que plusieurs expériences aient démontré l'innocuité des produits génétiquement modifiés sur la santé des humains, quelques scientifiques remettent en doute le caractère définitif de ces conclusions et appellent à une utilisation prudente des données scientifiques vu l'absence de recherches indépendantes menées sur une longue période¹⁰². C'est donc dire à quel point le cas des OGM appartient au domaine de l'incertitude scientifique.

Le Groupe spécial confirme dans son rapport le champ d'application de l'article 5 :7 de l'*Accord SPS* : une mesure peut être adoptée en cas d'insuffisance de preuves scientifiques mais en aucun cas en situation d'incertitude scientifique. Olivier Godard différencie avec acuité ces notions¹⁰³. Dans le premier cas, le manque de preuve concerne essentiellement des variables non définies, mais la nature physique du dommage encouru est élucidée. Ainsi, on connaît le dommage craint avec précision, on sait que sa réalisation est probable ou possible mais on demeure incapable d'en évaluer le pourcentage de réalisation ou on remet en question la confiance à attribuer à un élément pris en considération dans cette appréciation. Cette « incertitude » liée au manque d'informations pourrait justifier le recours à une mesure provisoire prévue par l'article 5 :7 de l'*Accord SPS*. Dans le deuxième cas, les scientifiques demeurent incapables de se prononcer sur les phénomènes de base qui sont pourtant le fondement de la réalisation possible ou probable des dommages. Qui plus est, ils n'arrivent pas à établir objectivement la distribution des probabilités. On fait alors face au risque hypothétique et non avéré. La « jurisprudence » de l'OMC a exclu le recours à la précaution dans ces cas. Pourtant, ces situations relèvent bel et

¹⁰⁰ Par exemple, en France, des échantillons de sang de bovins nourris au maïs transgénique BT ont été gelés en 1999 et ont dû attendre, faute de moyens financiers, jusqu'en 2004 avant que les tests ne soient effectués par l'INRA.

¹⁰¹ Sylvestre-José-Tidiane Manga, « Le droit du commerce international des produits agricoles génétiquement modifiés (OGM) : les obstacles de la preuve scientifique et l'avènement du principe de précaution » (2000) 41 :2 *Les Cahiers de Droit* 349 aux pp. 355 et s.

¹⁰² Entre autres, Gilles-Éric Séralini (professeur de biologie moléculaire à l'Université de Caen), Jean-Pierre Berlan (directeur de recherche de l'INRA, Montpellier), Michael Hansen (directeur scientifique au Consumer Policy Institute, New York), Suzanne Pons (biologiste), Arpad Pusztai (chercheur au Rowett Institute en Écosse pendant 35 ans et spécialisé dans le domaine des protéines végétales présentes dans notre alimentation), Robert Ali Brac de la Perrière (généticien), Anne Briand-Bouthiaux (docteur vétérinaire), Michel Buisson (agro-économiste), Matthieu Calame (ingénieur agronome), Frédéric Jacquemart (docteur en médecine, spécialiste de biologie médicale). Ces scientifiques se sont tous opposés publiquement à la culture et à la commercialisation des OGM tant que des recherches supplémentaires n'auraient pas été menées. Pour les lire, voir entre autres : Geysler, Frédéric Prat, dir., *Société civile contre OGM*, Barret-sur-Méouge, Yves Michel, 2004, 63 et Berlan, Jean-Pierre et al., *La guerre au vivant: Organismes génétiquement modifiés et autres mystifications scientifiques*, Marseille : Agone, Montréal : Comeau & Nadeau, 2001 ; Gilles-Éric Séralini, OGM, le vrai débat, Flammarion, Paris, 2000 ; Gilles-Éric Séralini, *Génétiquement incorrect*, Paris, Flammarion, 2005 ; Fabien Deglise, « Un spécialiste des OGM met en garde le Canada contre le saumon transgénique » *Le Devoir* (25 octobre 2005) A-2.

¹⁰³ Olivier Godard, « Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique » (2005) *Chaire de développement durable, Cahier n° 2005-018*, École polytechnique, Paris à la p. 14.

bien du principe de précaution et l'adoption de mesures devrait être permise, le temps que soit élucidée l'incertitude¹⁰⁴.

Les CE, au regard des affaires précédentes, et conscientes de la faiblesse de leur argumentation quant à l'insuffisance de preuves, ont proposé un argument intéressant qui aurait pu faire sortir l'OMC de l'impasse¹⁰⁵ par rapport à l'article 5 :7. Selon les CE, la notion d'insuffisance de preuves devait s'apprécier en fonction du niveau de protection approprié fixé, autrement dit suivant le niveau de risque qu'une population donnée acceptait d'assumer¹⁰⁶. L'idée était donc la suivante : si l'existence d'une preuve scientifique renvoyait à un concept objectif, il n'était pas certain qu'il en soit ainsi pour celui d'insuffisance de preuves.

2. LE REFUS DE PRENDRE EN CONSIDÉRATION LE NIVEAU DE PROTECTION APPROPRIÉ POUR APPRÉCIER L'INSUFFISANCE DE PREUVES

La suffisance de la preuve doit-elle être étudiée d'un point de vue objectif ou subjectif? Autrement dit, doit-on tenir compte de la perception de l'État qui invoque l'article 5 :7 pour conclure à l'insuffisance de preuves ou s'agit-il plutôt d'un état de fait objectif que le Groupe spécial ou l'Organe d'appel se contentera de constater? La question n'est pas dépourvue d'intérêt. En effet, ceux qui refusent d'assumer les risques liés à la commercialisation d'un nouveau produit exigeront évidemment une preuve plus forte de son innocuité que ceux qui considèrent le produit comme une amélioration des produits issus de cultures traditionnelles¹⁰⁷.

¹⁰⁴ En effet, même en situation d'incertitude scientifique pure et simple, le principe de précaution impose une obligation de recherche des données manquantes. Si l'obtention de données quantitatives demeure moins saisissable, plusieurs approches fondées sur une description qualitative demeurent envisageables. Olivier Godard, *ibid.* à la p.15, décrit ainsi la « sensibilité décisionnelle », la « réductibilité », l'« observabilité » et la « consistance scientifique ».

¹⁰⁵ Rappelons-le, jamais l'article 5 :7 n'a pu être invoqué avec succès jusqu'à maintenant.

¹⁰⁶ Mentionnons que l'*Accord SPS* encadre aussi l'exercice visant à déterminer le niveau de protection approprié. Sur cette question, voir Anamaria Postelnicu-Reynier, « L'OMC, la souveraineté alimentaire et le cadre international des stratégies juridiques de sécurité alimentaire » dans Francis Snyder (dir.), *Sécurité alimentaire internationale et pluralisme juridique mondial*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 127; Lukasz Gruszczynski, « Science in the Process of Risk Regulation under the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures » (2006) 7 : 4 German Law Journal 371. Sur l'obligation de cohérence dans la détermination du niveau approprié de risque, voir : OMC, Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, *Directives pour favoriser la mise en œuvre de l'article 5 :5 dans la pratique*, 18 juillet 2000, OMC Doc. G/SPS/15, à la p. 2, à la directive. De manière plus générale, sur la question de l'acceptabilité du risque, voir : Christine Noiville, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du risque acceptable*, Paris, Presses universitaires de France, 2003.

¹⁰⁷ Rappelons qu'il s'agit d'une des différences fondamentales dans l'opposition de perceptions des Européens d'une part et des Nord-américains d'autre part. Selon Pascal Lamy : « Sur tout ce qui touche aux nouvelles matières, que ce soit les hormones, les OGM, etc., il est évident que nous n'avons pas pour l'instant la même philosophie : aux États-Unis, les nouveautés sont une opportunité alors qu'en Europe, on les considère plutôt comme un risque... C'est un débat typique de la globalisation » : Pascal Lamy, « Divergences euro-américaines sur l'agenda de la prochaine réunion de l'OMC » *Le Monde* (21 octobre 1999). Voir aussi : Horst G. Krenzler et Anne MacGregor, « GM food: the next major transatlantic trade war? » (2000) 5 European foreign affairs review 287.

C'est la question qui s'est posée au Groupe spécial. En effet, les CE prétendaient que le caractère suffisant de la preuve ne pouvait être examiné hors de son contexte : il devait être évalué au regard tant des objectifs du législateur que du niveau de protection approprié que les États membres avaient fixé. Le concept d'insuffisance en étant un « relationnel », on devait nécessairement référer aux préoccupations du législateur pour l'évaluer¹⁰⁸. Il serait ainsi artificiel de supposer qu'il existait un moment où la preuve disponible devenait suffisante pour tout objet. Selon les CE, l'action du législateur, en réponse à une preuve scientifique, était donc fonction de ses préoccupations¹⁰⁹. Ainsi, plus le niveau de protection approprié était élevé (car le niveau de risque accepté par la population est bas), plus le législateur était porté à considérer, pendant une période relativement longue, que les preuves scientifiques demeuraient insuffisantes, et qu'une mesure était justifiée¹¹⁰.

Sans surprise¹¹¹, le Groupe spécial a rejeté les arguments européens.

S'il a reconnu que la détermination quant à savoir si la preuve était suffisante pour permettre une évaluation des risques devait être analysée au cas par cas, il n'était pas convaincu que les objectifs de protection poursuivis par le législateur s'avéraient pertinents pour une telle détermination¹¹². Les objectifs de protection du législateur pouvaient certes être pris en considération lorsque venait le temps de choisir quel risque évaluer, dans le dessein d'adopter une mesure, ou encore lorsque venait le temps de déterminer la mesure à prendre pour atteindre le niveau de protection contre le risque. Mais, de l'avis du Groupe spécial, il n'existait aucun lien entre les objectifs de protection du législateur et la tâche d'évaluer l'existence et l'importance d'un risque potentiel¹¹³. Le Groupe spécial a donc rappelé le principe : il n'importe pas de savoir s'il existait une preuve scientifique pertinente permettant de procéder à une évaluation des risques adéquate pour que le législateur puisse atteindre ses objectifs, mais si la preuve permettait de procéder à une évaluation des risques tel que requis par l'article 5 :1 et tel que défini par l'Annexe A4)¹¹⁴.

Par ailleurs, les CE ont soutenu que pour déterminer si une évaluation était adéquate, il fallait tenir compte du niveau de protection approprié fixé par le Membre¹¹⁵. Ainsi, une évaluation pourrait ne pas être adéquate pour un membre au très haut niveau de protection tandis qu'elle pourrait satisfaire un membre au bas niveau de protection. Le Groupe spécial a reconnu que le niveau de protection était pertinent pour déterminer la mesure à appliquer¹¹⁶. Toutefois, la définition de

¹⁰⁸ *Rapport, supra* note 1 au para. 7.3226.

¹⁰⁹ *Ibid.* au para. 7.3227.

¹¹⁰ *Ibid.* au para. 7.3227.

¹¹¹ Sans surprise si on se fit à la manière dont l'*Accord SPS* a été appliqué et interprété depuis son adoption. Les organes juridictionnels ont ainsi interprété l'*Accord* de manière à accorder à la science une place prépondérante et jamais des critères politiques ou sociaux n'ont triomphé. À cet effet, voir le travail très intéressant et méticuleux du professeur Richard Ouellet, *supra* note 74.

¹¹² *Rapport, supra* note 1 au para. 7.3234.

¹¹³ *Ibid.* au para. 7.3238.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 7.3233.

¹¹⁵ *Ibid.* au para. 7.3241.

¹¹⁶ *Ibid.* au para. 7.3242.

l'évaluation des risques n'indiquait pas la pertinence du niveau de protection d'un Membre dans l'évaluation de l'existence ou de l'amplitude du risque. Le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire que les scientifiques connaissent le niveau de risque d'un Membre pour évaluer objectivement l'existence et l'amplitude du risque¹¹⁷. Par cette remarque, on pourrait penser que les membres du Groupe spécial ne désiraient tout simplement pas comprendre l'argument avancé par les CE. Nous pensons plutôt qu'au sein des instances de l'OMC, aussi bien que parmi les organisations de normalisation spécialisées¹¹⁸, une croyance aveugle en la science, discipline apte à produire la vérité¹¹⁹ et incapable d'erreur, prédomine¹²⁰. Dans cet état d'esprit, il est clair que les membres du Groupe spécial ne pouvaient tout simplement pas analyser, sans préjugés, l'argument européen qui les obligeait à moduler le rôle normatif de la science en fonction d'une prise en considération du politique. La science ayant, dans chacune des décisions impliquant l'*Accord SPS*, assumé, seule, un rôle normatif capable de déterminer la légalité des normes adoptées, il était peu probable que les membres du Groupe spécial modifient leur approche d'une manière aussi drastique. L'approche proposée par les CE avait pourtant le mérite de redonner aux États une marge de manœuvre certaine dans un domaine où l'on constate de plus en plus une dévitalisation de leur fonction normative¹²¹.

En définitive, le Groupe spécial a refusé les arguments des CE à l'effet que, dans le contexte de l'article 5 :7, l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes devait être évaluée en fonction du niveau de protection fixé par le Membre¹²².

Quelle constatation peut-on tirer de cette conclusion? Nous savons que l'OMC permet à un État membre d'établir, lui-même, le niveau de protection

¹¹⁷ *Ibid.* au para. 7.3243.

¹¹⁸ En particulier, la Commission du *Codex alimentarius*, l'Organisation internationale de l'épizootie et les organisations oeuvrant dans le cadre de la *Convention internationale pour la protection de végétaux*. Sur ce thème : Sandrine Maljean-Dubois, « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques » dans Estelle Brosset et Ève Truilhé-Marengo, dir., *Les enjeux de la normalisation technique internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La documentation Française, 2006, 199 [Brosset et Truilhé-Marengo].

¹¹⁹ Pourtant, comme le remarque Laurence Boy, « [s]i l'on assiste de nos jours à un retour de la science, ce n'est plus la science « moderne » et cartésienne obéissant aux lois de la raison, mais une science de l'incertitude et qui n'oppose plus le sujet à l'objet observé » : Laurence Boy, « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulations? » [1997] Petites affiches 4 à la p.1.

¹²⁰ Pour une critique de cette croyance, voir Vern R. Walker, « The myth of science as a “neutral arbiter” for triggering precautions » (2003) 26 B.C. Int'l. & Comp. L. Rev. 197; Vern R Walker, « Transforming Science into Law : Transparency and Defaults Reasoning in International Trade Disputes » dans Wendy Elizabeth Wagner et Rena Steinzor, *Rescuing Science from Politics – Regulation and the Distortion of Scientific Research*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 165. Pour une opinion contraire, voir Kathleen Ambrose, « Science and WTO » (2000) 31 Law & Pol'y Int'l Bus. 861.

¹²¹ Geneviève Dufour, Olivier Barsalou et Pierre Mackay, « La mondialisation de l'État de droit entre dislocation et recomposition : le cas du *Codex alimentarius* et du droit transnational » (2006) 47 :3 Les Cahiers de Droit 475 aux pp. 484 et s.

¹²² *Rapport, supra* note 1 au para 7.3246.

approprié¹²³. Elle permet aussi que ce niveau soit très élevé. Il peut même correspondre à un degré d'acceptation du risque zéro¹²⁴. Par ailleurs, nous constatons que l'OMC refuse à ses Membres les moyens juridiques leur permettant d'atteindre le niveau de protection souhaité¹²⁵. Selon le Groupe spécial, dès qu'une évaluation du risque existe, le doute est levé, et nul ne peut désormais plus prétendre à l'existence d'une insuffisance de preuves lui permettant d'adopter une mesure de précaution. Pourtant, malgré l'existence de preuves démontrant l'innocuité et la sécurité des aliments génétiquement modifiés tant pour la santé que pour l'environnement, un nombre considérable de scientifiques reconnus¹²⁶ préviennent et remettent en question l'exactitude de ces données. Selon eux, il serait encore trop tôt pour conclure à l'innocuité. Ils ne possèdent certes pas encore la preuve scientifique capable de prouver le bien-fondé de leurs doutes, mais ceux-ci s'appuient tout de même sur des données de base, tout au moins sur des théories scientifiques plausibles, qui ne semblent pas dépourvues d'intérêt. Dans ces circonstances, l'approche proposée par les CE présentait un attrait non négligeable. Elle permettait à des États désireux de n'accepter aucun risque, ayant adopté un niveau de protection très élevé, possédant des résultats inquiétants provenant d'études sérieuses, de considérer l'évaluation existante insuffisante et d'adopter une mesure de précaution, le temps d'évaluer plus avant le produit en question. En clair : les études réalisées au niveau européen ne les rassuraient pas suffisamment et d'après des données préliminaires obtenues au niveau national, ils avaient adopté des mesures de sauvegarde, le temps d'obtenir des résultats confirmant ou infirmant leurs craintes. On sait qu'en aucun cas le recours à la précaution ne permet l'inaction. Au contraire, la précaution impose la recherche¹²⁷ afin que la preuve scientifique devienne suffisante. Il était légitime de croire que les doutes sérieux soulevés par de multiples experts rendaient nécessaire pour les États plus craintifs – et pour leur population parfois fortement échaudée par des crises alimentaires et sanitaires – une réévaluation des données jugées suffisantes par les uns mais insuffisantes pour les autres.

L'approche européenne nous semblait donc tenir compte de la réalité, de l'évolution des données scientifiques et des fluctuations des craintes des populations, censées être formalisées par le concept du niveau de protection appropriée. Il nous apparaissait donc que la proposition des CE offrait les bases d'une conciliation, du moins d'une prise en compte des différences culturelles¹²⁸ entre les différents pays

¹²³ *Accord SPS*, supra note 23 au préambule et à l'art. 5. *CE – Viande aux Hormones (Organe d'appel)*, supra note 73 au para. 172.

¹²⁴ *Australie – Saumons (Organe d'appel)*, supra note 73 au para. 125. Mentionnons tout de même qu'il nous paraît impossible d'atteindre un degré de risque zéro.

¹²⁵ Jean-Pierre Cot, « Le principe de précaution en droit européen et international » dans Jean Waline et Philippe Ardant, *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, 159 à la p. 184.

¹²⁶ *Supra* à la note de bas de page 102.

¹²⁷ C'est d'ailleurs parce que le Japon ne s'était pas conformé à cette obligation d'obtenir des informations supplémentaires que les organes juridictionnels de l'OMC ne lui ont pas donné raison. *Japon – Produits agricoles (Groupe spécial)*, supra note 73 au para. 8.59 ; *Japon – Produits agricoles (Organe d'appel)*, supra note 73 au para. 92.

¹²⁸ Christine Noiville, « Brèves réflexions sur la reconnaissance d'un "droit à la différence alimentaire" dans le commerce international » (2003) 45 *Sociologie du travail* 63.

européens, de l'incertitude scientifique soulevée par des chercheurs sérieux et, surtout, de la nature éphémère des résultats scientifiques.

En définitive, le Groupe spécial a considéré les mesures de sauvegarde incompatibles avec les articles 5 :7 et 5 :1. Aussi a-t-il jugé que les CE avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2 :2¹²⁹. Cette dernière conclusion qui semble aller de soi pour le Groupe spécial aurait pourtant mérité une analyse plus complète. En effet, il ne semble pas évident que le défaut d'avoir procédé à une évaluation scientifique des risques au sens de l'article 5 :1 mène nécessairement à conclure que les mesures n'étaient pas fondées sur des principes scientifiques et avaient été maintenues sans preuves scientifiques suffisantes¹³⁰. Dans certains cas, des exigences procédurales pourraient expliquer le défaut de s'être conformé à l'article 5 :1 sans que ne soit automatiquement constatée la violation de l'article 2 :3.

3. LA CONFORMITÉ DES MESURES DE SAUVEGARDE AVEC LES AUTRES DISPOSITIONS DE L'ACCORD SPS

Par soucis d'économie jurisprudentielle, parce qu'il avait préalablement conclu à une incompatibilité des mesures de sauvegarde avec l'obligation de baser toute mesure sur une évaluation des risques (article 5 :1), le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire d'évaluer la conformité des mesures de sauvegarde avec les autres dispositions de l'Accord SPS invoquées par les plaignants.

Ainsi, le Groupe spécial a refusé de se prononcer sur la conformité des mesures avec les articles 5 :6¹³¹, 5 :5¹³² et 2 :3¹³³.

V. Les questions qui ont fait l'objet d'une clarification

Résumer un rapport aussi volumineux en peu de pages est tâche impossible. Pour cette raison, nous avons éludé volontairement certaines questions. Celles-ci, non sans importance, mériteraient qu'on s'y attarde. Sans entrer dans les détails, nous en exposons ci-après quelques-unes de manière succincte.

Ainsi en est-il de l'incertitude qui persistait jusqu'alors quant à l'accord qui devait être pris en considération lors d'un différend mettant en jeu les produits génétiquement modifiés. Si la majorité des commentateurs semblait s'entendre sur l'applicabilité de l'Accord SPS¹³⁴, peu d'auteurs estimaient que l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) pouvait trouver application de manière

¹²⁹ Plus précisément, le Groupe spécial a jugé qu'il y avait incompatibilité avec les deuxième et troisième prescriptions de l'article 2 :2 de l'Accord SPS. *Supra* note 1 aux para. 7.3386 à 7.3396.

¹³⁰ Le Groupe spécial a suivi l'approche de l'Organe d'appel dans l'affaire *Australie – Saumons (Organe d'appel)*, *supra* note 73 aux para. 137 et 138.

¹³¹ *Rapport*, *supra* note 1 aux para. 7.3372 à 7.3378.

¹³² *Ibid.* aux para. 7.3379 à 7.3385.

¹³³ *Ibid.* aux para. 7.3400 à 7.3406.

¹³⁴ Certains remettaient toutefois cette conclusion en question. Par exemple, voir Joanne Scott, « European regulation of GMO's and the WTO » (2003) 9:2 *Colum J. Eur. L.* 213 à la p. 228.

concurrente¹³⁵. Le rapport du Groupe spécial a enfin clarifié la question en concluant qu'une mesure pouvait, à la fois, être soumise aux disciplines de l'*Accord SPS* et à celles de l'*Accord OTC* puisqu'une mesure pouvait à la fois être une mesure SPS et une mesure OTC¹³⁶. Peu de développements ont été consacrés dans la suite du rapport au *GATT* et à l'*Accord OTC* car les membres du Groupe spécial n'ont pas jugé nécessaire de s'y attarder¹³⁷.

Par ailleurs, mentionnons un dernier point qui nous paraît constituer une avancée quant aux rapports précédents concernant l'*Accord SPS*. Nous savons que le fardeau de la preuve repose sur l'État qui entend prouver une thèse¹³⁸. Or, en pratique et à quelques exceptions près¹³⁹, les organes juridictionnels ne vérifiaient pas si le Membre plaignant avait effectivement rencontré son fardeau de preuve¹⁴⁰. Les groupes spéciaux préféraient plutôt analyser en bloc, de manière globale¹⁴¹, les arguments soumis sans opérer véritablement de renversement du fardeau de la preuve¹⁴². Or, dans la présente affaire, le Groupe spécial semble avoir respecté la marche à suivre et a rejeté les prétentions de l'Argentine à l'égard du maïs BT-531 et du coton RR-1445 sur la base que cette dernière n'avait pas présenté de commencement de preuve¹⁴³.

VI. Les questions non tranchées

Le rapport du Groupe spécial dans l'affaire sur les produits biotechnologiques était très attendu. S'il a fourni quelques réponses, il est demeuré muet quant à des questions qui semblaient pourtant d'une importance primordiale.

¹³⁵ Dans ce dernier cas, l'article 1 :5 de l'*Accord SPS*, *supra* note 23, motivait leur position.

¹³⁶ Le raisonnement du Groupe spécial quant à cette constatation est exposé aux par. 7.147 et suivants du rapport.

¹³⁷ *Rapport*, *supra* note 1 aux pp. 969 à 975 (quant aux mesures communautaires visant des produits spécifiques) et aux pp. 1192 à 1197 (quant aux mesures de sauvegarde). À cet effet, Christiane Conrad critique fortement la démarche suivie par le Groupe spécial à cet égard : Christiane Conrad, *supra* note 60.

¹³⁸ *Japon – Pommes*, *supra* note 73 au para. 154.

¹³⁹ Dans l'affaire *Japon – Produits agricoles*, l'Organe d'appel a renversé la constatation du Groupe spécial qui faute de preuve présentée par le plaignant, s'en était remis à l'avis d'experts consultés pour établir lui-même un commencement de preuve à l'égard d'une violation de l'article 5 :6 de l'*Accord SPS*. De ce fait, l'Organe d'appel rappelait non seulement la règle concernant le fardeau de preuve, mais la précisait en soulignant que le Groupe spécial ne pouvait pas « compenser » la défaillance du plaignant à présenter sa preuve. Voir *supra* note 73 aux para. 118 et s. et aux para. 132 et s.

¹⁴⁰ Le Groupe spécial a procédé ainsi dans l'affaire *Hormones*, mais l'Organe d'appel a renversé la conclusion. *Supra* note 73 aux para. 104 et 169 à 172.

¹⁴¹ Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Karen Kaiser, dir., *WTO – Institution and dispute settlement*, Boston, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006 à la p. 390.

¹⁴² Pour le détail de l'analyse, voir Ouellet, *supra* note 74 aux pp. 352 et s.

¹⁴³ En l'espèce, l'Argentine n'avait pas prouvé avoir fait des demandes d'autorisation pour le BT-531 et le coton RR-1445. En conséquence, le Groupe spécial a estimé qu'il n'était pas en mesure d'apprécier si, effectivement, il y avait eu suspension de l'examen d'autorisation. *Rapport*, *supra* note 1 aux para. 7.1706 à 7.1709.

Ainsi, le Groupe spécial ne s'est pas prononcé sur la très importante question de savoir si les OGM devaient être considérés comme des produits équivalents aux produits issus de cultures traditionnelles. En fait, il n'a pas eu à clarifier cette question puisqu'il n'a pas traité des allégations relatives à l'*Accord OTC* et au *GATT*. Cette qualification est pourtant à la base de toute détermination éventuelle visant à évaluer si un pays adopte une attitude discriminatoire. Il semble que la question devra être tranchée à l'occasion d'un éventuel différend. De la même manière, le Groupe spécial est demeuré neutre quant à la nature sécuritaire des produits génétiquement modifiés et n'a pas donné son point de vue par rapport aux conclusions émises par les différents comités européens concernant la sécurité des produits génétiquement modifiés. Il ne s'est pas non plus prononcé sur la légalité du système européen consistant à exiger que les produits génétiquement modifiés soient approuvés avant leur commercialisation ni si les procédures établies par le droit communautaire étaient conformes aux *Accords de l'OMC*. Finalement, mentionnons que le Groupe spécial, « de façon quelque peu obscure »¹⁴⁴, n'a pas jugé bon de rouvrir le débat concernant la valeur du principe de précaution en droit international¹⁴⁵.

VII. La grande déception pour tout internationaliste : l'isolement « clinique » du droit international économique

Globalement, le Groupe spécial arrive, tout compte fait, à favoriser chacune des parties. Il n'en demeure pas moins que, de notre point de vue, le rapport déposé dans cette affaire constitue un recul important pour le droit international public général. En ce sens, il s'avère extrêmement malheureux qu'aucune des parties n'ait décidé de porter l'affaire en appel.

Les CE, à titre de partie à la *Convention sur la biodiversité*¹⁴⁶ et au *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques*¹⁴⁷, ont soutenu que les

¹⁴⁴ *Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc. Off. AGNU, 58^e sess., Doc. NU A/CN.4/L.682 (2006) à la p. 248 au para. 449 [*Rapport de la CDI sur la fragmentation du DI*].

¹⁴⁵ Après avoir pris soin de noter qu'aucune décision faisant autorité prise par un tribunal international n'avait qualifié le principe de précaution en tant que principe de droit international général ou coutumier, après avoir déclaré que des tribunaux nationaux l'avaient appliqué mais dans un cadre essentiellement environnemental et national, et bien qu'il ait fait mention d'une dissension toujours actuelle au niveau de la doctrine, le Groupe spécial s'est dit d'avis qu'il n'était pas nécessaire de préciser la nature du principe de précaution en droit international. Nous noterons toutefois qu'il est surprenant de constater que le Groupe spécial, pour déterminer si le débat existait toujours, s'est appuyé sur des ouvrages datant de plusieurs années. Ainsi, a-t-il cité six ouvrages, un de 1996, deux de 1997, un de 1998 et deux de 2003. Pourtant, la nature du principe de précaution a fait coulé beaucoup d'encre dans les dernières années et de nombreux articles et ouvrages sérieux ont été consacrés à la question depuis 1996. *Rapport, supra* note 1 aux para. 7.88 et 7.89.

¹⁴⁶ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993) [*Convention sur la biodiversité*].

¹⁴⁷ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 39 ILM 1027 (entrée en vigueur 11 septembre 2003) [*Protocole de Cartagena*].

Accords de l'OMC devaient « être interprétés et appliqués par référence aux règles pertinentes de droit international apparaissant en dehors du contexte de l'OMC »¹⁴⁸. L'applicabilité du *Protocole de Cartagena* dans un éventuel conflit impliquant les OGM devant l'OMC avait évidemment été à l'origine d'une littérature abondante¹⁴⁹ dans les dernières années et nul ne doutait que sa prise en compte n'irait pas de soi¹⁵⁰. Toutefois, si la décision du Groupe spécial quant à sa prise en compte dans le cas d'espèce était prévisible, les raisons la motivant demeurent surprenantes.

Le Groupe spécial a évalué, à la lumière de l'article 31 3)c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, la pertinence de prendre en compte les autres règles de droit international, invoquées par les CE, dans l'interprétation des *Accords de l'OMC*. Ainsi, selon la règle générale d'interprétation, « il sera tenu compte, en même temps que du contexte, [...] de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Dans cette optique, le Groupe spécial a défini l'expression « dans les relations entre les parties »¹⁵¹. Cela lui a permis de saisir exactement quelles étaient les « règles pertinentes de droit international applicables ».

Selon le Groupe spécial, les « règles de droit international applicables entre les parties » sont les règles de droit international applicables dans les relations entre les parties qui ont consenti à être liées par le traité qui est interprété, et à l'égard desquelles ce traité est en vigueur. Cette manière de comprendre l'expression « les parties » a conduit le Groupe spécial à énoncer un principe, qui, à notre avis, isolera, s'il est suivi, définitivement le droit de l'OMC du reste du droit international. En effet, le Groupe spécial en a déduit ce principe :

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 l'espèce sont celles qui sont applicables dans les relations entre les Membres de l'OMC.¹⁵²

¹⁴⁸ *Rapport, supra* note 1 au para. 7.49.

¹⁴⁹ La question est abordée sous tous les angles dans : Jacques Bourrinet et Sandrine Maljean-Dubois, dir., *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, Paris, La Documentation française, 2002. Voir aussi : Ernst-Ulrich Petersmann, « The WTO Dispute Over Genetically Modified Organisms : Interface Problems of International Trade Law, Environmental Law and Biotechnology Law » dans Francesco Francioni et Tullio Scavazzi, dir., *Biotechnology and International Law*, Oxford, Hart, 2006 173 aux pp. 196 à 198; Eggers, Barbara et Ruth Mackenzie, « The Cartagena Protocol on Biosafety » (2000) 3 J. Int'l Econ. L. 525 aux pp. 534 et s.; Cameron Hutchison, « International Environmental Law Attempts to be “Mutually Supportive” with International Trade Law : a Compatibility Analysis of the Cartagena Protocol to the Convention on Biological Diversity with the World Trade Organisation Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures » (2001) 4 Journal of international wildlife law and policy 1; Phillips, Peter W.B. et William A. Kerr, « Alternative paradigms : the WTO versus the Biosafety Protocol for trade in genetically modified organisms » (2000) 34 J. World Trade. 63; Peter-tobias Stoll, « Controlling the Risk of Genetically Modified Organisms : the Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS agreement » (1999) 10 Y.B. Int'l Env. L. 82.

¹⁵⁰ Le Canada et l'Argentine étaient signataires du *Protocole* mais ne l'avaient pas ratifié tandis que les États-Unis ne l'avaient ni signé, ni ratifié. En fait, ces derniers n'ont pas même ratifié la *Convention sur la biodiversité* en vertu de laquelle le *Protocole* a été adopté.

¹⁵¹ *Rapport, supra* note 1 au para. 7.68.

¹⁵² *Ibid.*

Si on sait que le droit de l'OMC n'entend pas s'isoler cliniquement du reste du droit international public¹⁵³, la prise en compte des règles de droit international général ne semble dorénavant plus acquise automatiquement. En effet, l'interprétation du Groupe spécial porte à croire qu'aucune règle de droit international conventionnel, à moins qu'elle ne lie tous les États membres de l'OMC – ce qui demeure de manière générale illusoire – ne pourra être prise en compte par les organes juridictionnels de l'OMC :

[C]ette dernière affirmation rend pratiquement impossible de ne jamais trouver un contexte multilatéral où il sera permis de faire référence à d'autres traités internationaux pour faciliter l'interprétation en vertu du paragraphe 3c) de l'article 31.¹⁵⁴

Évidemment, à la lumière de la conclusion du Groupe spécial, on se questionne quant à la capacité de l'OMC d'intégrer le reste du droit international public et plus globalement quant à la cohérence et à l'unité du droit international¹⁵⁵. On comprend qu'il soit légitime que le Groupe spécial veuille assurer la cohérence de l'interprétation du droit de l'OMC mais son approche s'est fait « au prix de la cohérence du régime des traités internationaux dans son ensemble »¹⁵⁶. La démarche empruntée par le Groupe spécial est d'autant plus surprenante que ce dernier aurait simplement pu écarter les textes conventionnels invoqués au motif que les plaignants n'y étaient pas parties. Une réflexion devra nécessairement être menée tant au sein de l'OMC qu'à l'extérieur du cadre institutionnel. Car alors qu'il n'y a pas longtemps, on considérait enfin les perspectives encourageantes quant à une conciliation entre les différents espaces normatifs¹⁵⁷, que certains espéraient une « écologisation du droit économique »¹⁵⁸, que les organes de règlements des différends avaient ouvert la porte à une plus grande prise en compte de l'environnement¹⁵⁹, le rapport du Groupe spécial nous éloigne, en apparence du moins, d'une nécessaire articulation entre deux branches du droit international qui semblent pourtant inévitablement liées.

¹⁵³ *États-Unis – Normes concernant l'essence ancienne et nouvelle formules (Plainte du Vénézuëla et du Brésil)* (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, au para. 19.

¹⁵⁴ *Rapport de la CDI sur la fragmentation du DI*, supra note 144 à la p. 248 au para. 450.

¹⁵⁵ Sur la question, mais avant que le rapport du Groupe spécial ne soit rendu public, Joost Pauwelyn, « Unity and Fragmentation in International Law: Introductory Report on the World Trade Organization », Rapport présenté à la Conférence de Palma sur l'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international, Palma, 21-21 mai 2005, en ligne : Duke Law <<http://www.law.duke.edu/fac/pauwelyn/>>.

¹⁵⁶ *Rapport de la CDI sur la fragmentation du DI*, supra note 144 à la p. 248 au para. 450.

¹⁵⁷ Sur toute la question des rapports entre le droit de l'OMC et le droit de l'environnement, voir Sandrine Maljean-Dubois, dir., *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp. 109 et s.

¹⁵⁸ Raphaël Romi, « Quelques réflexions sur l' "affrontement économie-écologie" et son influence sur le droit » (1998) 38 *Droit et Société* 131 à la p. 135.

¹⁵⁹ Voir l'analyse et les conclusions de Mario Prost, *D'abord les moyens, les besoins viendront après : Commerce et environnement dans la jurisprudence du GATT et de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2005. Voir aussi Caroline Henckels « GMOs in the WTO : A critique of the Panel's legal reasoning in EC – Biotech » (2006) 7 *Melbourne Journal of International Law* 278 aux pp. 286 et s.

* * *

Le rapport du Groupe spécial était très attendu¹⁶⁰. Selon Urs P. Thomas :

L'affaire pendante devant l'OMC [...] débouchera incontestablement sur une complexe et longue décision d'une importance historique eu égard aux enjeux juridiques, scientifiques, économiques, politiques et sociétaux ainsi que leurs ramifications.¹⁶¹

Les retards répétés ont confirmé l'ampleur et la complexité du différend. Le nombre d'articles dédiés au rapport publié il y a à peine quelques mois en témoigne aussi¹⁶².

Le survol que nous avons fait du rapport demeure limité à certaines problématiques et notre conclusion en est conséquente. Nous aurions évidemment pu nous pencher sur la manière dont le Groupe spécial a traité la preuve scientifique et plus spécifiquement chacun des documents soumis par les six États pour justifier leurs mesures de sauvegarde. Sous cet angle, le rapport demeure fidèle à l'approche adoptée jusqu'à maintenant par les organes juridictionnels dans leur traitement de la science : encore une fois, la science semble constituer le principal outil de règlement des conflits commerciaux¹⁶³ et le point de repère¹⁶⁴, l'épine dorsale¹⁶⁵, le critère décisionnel incontournable de toute décision étatique. Pourtant, plusieurs espéraient que le sujet des OGM, hautement médiatisé, soit l'occasion d'une redéfinition de la place qu'occupe la science dans l'aménagement des règles de l'OMC et, qui sait, de quelques avancées citoyennes.

¹⁶⁰ Cet engouement s'explique non seulement en raison des sommes faramineuses que le différend implique pour l'industrie mais aussi en raison des conséquences qu'il peut produire sur les pratiques fermières, sur la sécurité alimentaire dans les pays en développement, sur l'agriculture durable, sur la biodiversité, sur la santé humaine à long terme et sur l'autonomie réglementaire des États quant aux normes sanitaires et environnementales. Jacqueline Peel, Rebecca Nelsen et Lee Godden, « GMO Trade War : The Submissions in the U.S. – E.C. Biotech Dispute in the WTO » (2005) 6 *Melbourne Journal of International Law* 141 aux pp. 142 et 143.

¹⁶¹ Urs P. Thomas, « Fonction et rôle du Codex alimentarius dans le débat sur le commerce international des OGM » dans Brosset et Truilhé-Marengo, *supra* note 118, 233 à la p. 241.

¹⁶² Caroline Henckels, *supra* note 159; Broude, *supra* note 84; Mary E. Footer, « Post-Normal Science in the Multilateral Trading System : Social Science Expertise and the EC – Biotech Panel » (2006), en ligne : Social Science Research Network <<http://ssrn.com/abstract=953235>>; Christiane Conrad, *supra* note 60; Oren Perez, « Anomalies at the Precautionary Kingdom : Reflection on the GMO Panel Decision » (2006) Research Paper no 13-06, International Forum, The Hebrew University of Jerusalem, en ligne : Social Science research Network <<http://ssrn.com/abstract=940907>>; Kogan, Lawrence A., « World Trade Organization Biotech Decision Clarifies Central Role of Science in Evaluating Health and Environmental Risks for Regulation Purposes » (2007) 2:3 *Global Trade and Customs Journal* 149.

¹⁶³ Christine Noiville, *supra* note 128 à la p.69.

¹⁶⁴ Jacqueline Peel, *supra* note 74.

¹⁶⁵ Christine Noiville, « Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce : Le Cas du commerce alimentaire » (2000) 2 *Journal de droit international* 263 à la p. 272.

Les résultats demeurent donc décevants. Peu de questions juridiques ont été réglées. Certaines d'entre elles n'ont même pas été abordées. Ainsi, alors qu'on s'attendait à ce que le Groupe spécial nous éclaire quant à la relation existant entre le droit international économique et le droit international de l'environnement, alors qu'on escomptait une clarification des relations entre les accords environnementaux multilatéraux (les AEM) et les *Accords de l'OMC*¹⁶⁶, alors qu'on pensait que la marge de manœuvre des États en matière sanitaire et environnementale serait davantage clarifiée, alors qu'on croyait que la question du mode de production (pmp) dans la prise en compte de la notion de similarité bénéficierait de quelques développements intéressants et alors qu'on estimait que le principe de précaution avait connu une progression certaine depuis l'affaire du bœuf aux hormones, force est de constater que le rapport du Groupe spécial ne répond qu'en partie aux attentes des juristes. En effet, si le Groupe spécial donne son avis quant à l'articulation entre les AEM et le droit de l'OMC, le résultat paraît si impossible à assumer par la communauté juridique que l'ambiguïté demeure. En ce sens, il ne serait pas surprenant qu'un nouveau différend, concernant les OGM, ne soit porté devant l'Organe de règlements des différends sous peu.

Il semble que la commercialisation des OGM, faisant nécessairement appel à des considérations environnementales et sanitaires, soulevant aussi des questions socio-économiques, éthiques et religieuses, mais interpellant surtout, dans le droit de l'OMC, des aspects techniques et scientifiques, soit loin d'être réglée...

¹⁶⁶ Selon les termes de Sandrine Maljean-Dubois, *supra* note 118 à la p. 201, en parlant alors du rapport du Groupe spécial attendu, « [u]ne levée rapide des ambiguïtés et incertitudes sur l'articulation entre les AEM et le système de l'OMC de l'autre serait souhaitable ».

