



# ECOLOGIC POLICY AND LAW

Journal of Trade and Environment Studies

**Numéro spécial  
Version française  
2004-7**

Published by EcoLomics International  
16, bd des Philosophes, 6<sup>th</sup> floor  
1205 Geneva, Switzerland  
[www.EcoLomics-International.org](http://www.EcoLomics-International.org)  
[trade.env@EcoLomics-International.org](mailto:trade.env@EcoLomics-International.org)

All rights reserved. This publication may be reproduced in whole or in part in any form for educational or nonprofit uses, without special permission, provided acknowledgement of the source is made.

**Novembre 2004**

## COMMERCE, ENVIRONNEMENT ET REGULATION INTERNATIONALE DES BIOTECHNOLOGIES

**Ce rapport donne une présentation générale de la recherche financée par le Fonds National Suisse, projet No. 1114-063942, du 1 Juin 2001 au 31 Mai 2004.**

Participants :

Anne Petitpierre et Laurence Boisson de Chazournes,  
Professeures à la Faculté de droit de l'Université de Genève;  
Franz Xaver Perrez et François Pythoud, Négociateurs principaux,  
Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage ;  
Makane Moïse Mbengue et Urs P. Thomas,  
Chercheurs à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

<b>RESUME</b>	3
<b>1. INTRODUCTION GENERALE</b>	4
1.1. <u>Accords de l'OMC et Accords environnementaux multilatéraux</u>	6
1.2. <u>Accords de l'OMC et droit national en matière d'environnement</u>	9
1.3. <u>La biotechnologie dans le domaine agricole</u>	9
* <u>Les législations nationales sur les OGM</u>	9
* <u>L'évaluation des risques et le principe de précaution</u>	10
<b>2. OGM, EVALUATION DES RISQUES ET DROIT DE L'OMC</b>	11
2.1. <u>Les enjeux de la régulation des OGM : Le Droit de l'OMC</u>	11
2.2. <u>Conflits potentiels et latents entre le Protocole de Cartagena et l'OMC</u>	12
* <u>Applicabilité du Protocole de Cartagena dans le cadre de l'OMC ?</u>	12
* <u>L'OMC est-elle le forum approprié pour le règlement des différends portant sur le commerce des OGM?</u>	15
* <u>les risques de dissémination d'OGM et l'art. XX g) du GATT</u>	16
* <u>Analyse du Risque sanitaire et phytosanitaire : Y a t-il une différence entre l'Accord SPS et l'Accord OTC?</u>	17
2.3. <u>Le rôle et le statut de la précaution dans le débat sur le commerce international des OGM</u>	19
* <u>Les limites de l'application du principe de la précaution au sein de l'OMC</u>	19
* <u>Des éléments en faveur de la précaution dans le system commercial multilatéral</u>	21
2.4. <u>OGM et Produits traditionnels: Sont-ils des produits similaires en vertu de l'Article III du GATT?</u>	22
<b>3. ANALYSE DU RISQUE DANS LE PROTOCOLE DE CARTAGENA ET A L'OMC</b>	24
3.1. <u>Introduction</u>	24
3.2. <u>Les apports du Protocole</u>	24
* <u>Bref Historique</u>	24
* <u>Les négociations ayant conduit à l'adoption du Protocole</u>	25
* <u>Relation entre le Protocole sur la biosécurité et l'Accord SPS</u>	26
* <u>Transcender les obstacles</u>	26
* <u>Gestion des risques et Protocole de Cartagena</u>	26
* <u>Questions en suspens</u>	27
3.3. <u>Evaluation des Risques dans le Protocole sur la biosecurité et à l'OMC</u>	29
3.4. <u>La relation entre Evaluation des Risques et Gestion des Risques</u>	31
<b>4. LA STANDARDISATION INTERNATIONALE ET LE DEBAT SUR LE COMMERCE DES OGM</b>	32
4.1. <u>L'importance des standards internationaux dans le systèmeOMC</u>	32
4.2. <u>Exemples de standards internationaux relatifs aux OGM</u>	33
4.3. <u>Quelques perspectives dans le différend EC-Biotech à l'OMC</u>	34
Choix de réponses: <u>restreinte; libre-échangiste; pragmatique-précise</u>	
4.4. <u>L'étiquetage des OGM</u>	36
<b><u>Bibliographie sélective</u></b>	36

## RESUME

Le présent rapport a pour objet de fournir une présentation générale de la recherche qui a été menée par un groupe de chercheurs de la Faculté de droit de l'Université de Genève, de 2001 à 2004. Cette recherche a bénéficié de la coopération de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage (Berne). Les résultats des divers travaux ont pris en compte tant la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC que les négociations en cours présentement dans le cadre du Cycle de Doha, celles au niveau du Protocole de Cartagena et celles dans le cadre du Codex Alimentarius.

La recherche a en outre bénéficié d'un certain input de spécialistes lors de trois tables rondes organisées à la Faculté de droit de l'Université de Genève. La première table ronde qui a porté sur l'évaluation des risques dans le champ des organismes génétiquement modifiés (Janvier 2002) a permis de montrer que le Protocole de Cartagena se rapproche de l'OMC en ce qui concerne les procédures d'évaluation des risques. La différence entre les deux fora résulte dans l'importance qui est accordée au principe de précaution tant dans l'évaluation que dans la gestion des risques. La jurisprudence de l'OMC a permis de situer le principe de précaution dans l'Accord SPS et de mettre en relief l'importance d'une approche tant qualitative que quantitative du risque. En outre, la récente affaire *Japon - Pommes* a mis en lumière la distinction entre incertitude scientifique et insuffisance de preuve scientifique. Autant d'éléments qui ont permis de clarifier la relation entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC.

La deuxième table ronde a porté sur le Codex Alimentarius et sur son rôle dans le domaine de la sécurité alimentaire (Juin 2002). Malgré que le Codex Alimentarius ne soit pas encore parvenu à régler de manière définitive la question des standards applicables aux aliments génétiquement modifiés, il a été constaté qu'il pourrait jouer un rôle primordial comme passerelle entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC. En effet, le Codex bénéficie d'une place privilégiée au sein de l'OMC étant reconnu explicitement (dans l'Accord sur les mesures Sanitaires et phytosanitaires [SPS]) et implicitement (dans l'Accord sur les Obstacles techniques au commerce [OTC]) comme pouvant servir de base aux mesures sanitaires et techniques des mesures des Etats membres de l'OMC.

La troisième et dernière table ronde (mars 2003) a traité de la portée de l'affaire *Sardines* quant au statut des standards du Codex Alimentarius au sein de l'OMC. Cette affaire qui a mis l'accent sur l'acceptabilité dans le cadre de l'OMC de standards adoptés *sans consensus*, a renforcé et peut-être même élargi le champ d'application du Codex Alimentarius.

De nombreux articles ont été publiés dans le cadre de cette recherche afin de contribuer au débat sur le commerce international des organismes génétiquement modifiés et ses ramifications juridiques. L'une des principales conclusions a trait à la nécessité de développer les principes de « soutien mutuel » et de « déférence » pour concilier les différents droits et obligations qui découlent des Accords de l'OMC et du Protocole de Cartagena.

## CHAPITRE 1: INTRODUCTION GENERALE

L'objectif de libre circulation des marchandises et de développement des échanges économiques internationaux a reçu une appréciation positive à travers l'extension des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) : la liberté des échanges est considérée dans ce cadre comme un bien pour l'ensemble des pays concernés. Néanmoins, la nécessité d'intervenir parfois pour canaliser les échanges afin d'éviter des effets secondaires négatifs est reconnue par les accords même qui consacrent la libre circulation des biens. L'article XX du GATT en est l'exemple le plus évident. L'Accord SPS exprime également cette préoccupation dans la mesure où il vise à permettre une protection de la santé et du milieu naturel.

La protection de l'environnement est l'un des objectifs qui peut justifier des restrictions à la libre circulation des marchandises. Elle constitue, comme le développement des échanges économiques, un *bien* reconnu par la communauté internationale, dans un nombre croissant de traités et d'accords internationaux. Les relations entre cet objectif et celui d'assurer la prospérité économique par le libre échange ne sont toutefois pas toujours exemptes de difficultés, voire de conflits. L'importance croissante du génie génétique dans le domaine non humain (« *biotechnologie* ») a donné lieu à une série de développements juridiques qui illustrent ces difficultés. En même temps, il fait apparaître la nécessité de développer des approches juridiques qui permettent la *gestion* des problèmes plutôt que leur *solution*.

### 1.1. Accords commerciaux et accords environnementaux

L'examen des relations entre accords commerciaux et accords environnementaux met en évidence la nécessité d'une certaine *cohérence* entre l'organisation des échanges internationaux, en tant qu'objectif présumé positif de la communauté des Etats signataires d'accords de libre échange, et la protection de l'environnement en tant que support nécessaire à la survie des êtres vivants. En d'autres termes, les relations entre ces deux types d'accords ne peuvent être harmonieuses que si, dans les deux cas, on admet l'existence d'un objectif sous-jacent tel que la recherche d'un *développement durable*. Il est alors possible de concilier le souci d'optimiser économiquement les échanges et celui de préserver des biens fondamentaux tels que la diversité biologique, les ressources naturelles épuisables, celles qui constituent, comme la mer, un patrimoine commun, les grands équilibres écologiques qui, comme le climat, sont nécessaires à la survie des sociétés humaines. L'hypothèse d'un cloisonnement entre les domaines réglementés par des conventions différentes, en particulier, l'hypothèse de l'application des règles sur le commerce international en système fermé, ne peut en revanche apporter aucune contribution à la solution des problèmes évoqués dans le présent rapport. Même si elle est encore défendue par certains juristes et, plus encore, sur le plan politique, elle se caractérise par une absence de dynamisme qui, à terme la rend inapplicable. Elle fait l'objet de discussion dans le cadre des publications dont la liste est annexée

au présent rapport, mais n'est pas développée de façon spécifique dans le cadre de ce dernier.

Les accords examinés ici se limiteront, pour ce qui concerne le domaine commercial, à ceux qui relèvent de l'OMC :

- l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT/AGDC), complété dans le cadre de l'OMC, par l'accord général sur le commerce des services (GATS/AGCS) et l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (TRIPS/ADPIC) ;
- l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT/OTC) ;
- l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) ;
- les Accords GATS/AGCS et TRIPS/ADPIC n'ont pas fait l'objet de travaux particuliers dans le cadre de ce projet.

Pour les accords environnementaux, on envisagera surtout ceux dont les ambitions sont universelles, ou, du moins, qui peuvent s'appliquer à l'ensemble des pays signataires des accords commerciaux globaux. S'agissant du domaine de la biotechnologie, ce sont en premier lieu la Convention de 1992 sur la diversité biologique (CBD/CDB) et le Protocole prévu par son article 19, celui relatif aux mouvements transfrontières d'organismes vivants modifiés, le protocole dit « de Cartagena » ([Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques](#)).

Des objectifs tels que ceux de garantir un développement économique positif, voire la référence expresse au développement durable, sont contenus dans bon nombre d'accords de nature commerciale, comme, tout naturellement, dans les accords environnementaux. Le préambule de l'Accord de Marrakesh à l'origine de l'OMC lui-même se réfère à l'objectif de développement durable issu des accords de la conférence de Rio en 1992, ainsi qu'à la conservation des ressources naturelles épuisables. Le souci de préserver la santé publique est également reflété par l'accord SPS. Ces éléments seront pris en compte dans l'analyse des relations entre instruments multilatéraux, comme dans l'examen de l'influence de ces conventions sur le droit national des Etats.

A première vue, le Protocole de Cartagena traite des relations entre accords multilatéraux ayant des objectifs différents et pouvant entrer en conflit : son préambule insiste sur le fait qu'il ne doit pas être subordonné à d'autres accords internationaux. Simultanément, toutefois, le même préambule insiste sur le fait que le Protocole ne saurait être interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur. Il exprime enfin le vœu que les accords internationaux soient interprétés de façon à se renforcer mutuellement et non dans une optique de conflit de législation. On constatera toutefois qu'il ne s'agit pas de règles de conflit, mais seulement d'une définition d'objectifs généraux, du reflet d'un équilibre politique. L'apport du Protocole de Cartagena fait l'objet de développements spécifiques ci-dessous (voir le Chapitre 3).

Les accords de la famille OMC ne traitent de ces questions ni directement, ni de façon allusive. La prise en compte de facteurs qui relèvent des accords internationaux environnementaux dans le cadre de l'interprétation des textes de l'OMC dépend donc de la mesure dans laquelle ces textes intègrent ou non des règles relevant du droit international général, ainsi que de la faculté qui est donnée aux organes de mise en œuvre des accords OMC d'interpréter ces accords de façon

plus ou moins extensive. Ces questions sont encore controversées, bien que certaines positions prises par l'Organe de règlement des différends laissent entrevoir une possibilité de convergence.

La relation entre les accords de l'OMC et le Protocole de Cartagena est à cet égard particulièrement intéressante, puisque le protocole justifie des restrictions à la libre circulation des marchandises pour des motifs qui tiennent à l'existence de risques. L'évaluation des risques constitue l'un des domaines dans lesquels des divergences peuvent apparaître. Si le Protocole de Cartagena donne des indications quant au mode d'évaluation des risques de façon relativement précise, il n'en va pas de même des accords de l'OMC, bien que la notion de risque, et son appréciation, y jouent également un rôle considérable. Pour l'instant, une comparaison conceptuelle des méthodes d'évaluation des risques ne paraît toutefois pas à l'ordre du jour. Cette question fait l'objet de développements particuliers ci-dessous (voir Chapitre 3).

Même en présence d'une règle restrictive justifiée par un accord multilatéral environnemental, il convient de se demander dans quelle mesure les objectifs poursuivis peuvent s'imposer à des Etats qui ne sont pas parties aux deux types d'accords en présence. Cette question est également liée à celle, plus générale, du rôle que peuvent jouer les organes de l'OMC dans la solution des problèmes liés au commerce des organismes génétiquement modifiés / organismes vivants modifiés (OGM/OVM). Cette question est développée ci-dessous.

Ces problèmes se posent à plusieurs niveaux. Il s'agit d'abord de déterminer comment les OGM sont qualifiés dans le cadre de l'OMC. La possibilité de prendre en compte d'une part des règles plus restrictives que pour d'autres produits comparables et d'autre part d'appliquer les règles d'évaluation des risques prévus par le Protocole de Cartagena sont dans un premier temps liés à l'acceptation de la nature particulière des OGM. Or, certains Etats considèrent les produits génétiquement modifiés comme intrinsèquement semblables à des produits conventionnels qui ne sont pas issus de modification génétique. Tel est en particulier le cas pour les semences génétiquement modifiées ou les produits agricoles issus du génie génétique qui sont incorporés à d'autres produits. L'évaluation des risques suppose en outre une définition spécifique du risque lié à l'OGM, qui peut découler de facteurs intrinsèques à la modification génétique ou d'autres caractéristiques d'un produit dans l'optique, en particulier, de la diversité biologique. L'appréciation par les organes de règlement des différends de l'OMC de ces diverses questions s'effectue dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité de la réglementation nationale avec le droit de l'OMC. (Voir en outre, ci-dessous, Chapitre 2).

## **1.2. Accords commerciaux et droit national de l'environnement**

L'évaluation des risques joue un rôle important lorsqu'il s'agit d'apprécier les entraves à la libre circulation des marchandises que les pays signataires des accords de l'OMC sont en droit d'introduire, notamment sur la base de l'art. XX du GATT et de l'accord SPS. Le droit national considéré ici est celui qui a trait à la protection de l'environnement, en particulier de l'intégrité des ressources naturelles et de la diversité biologique. Les législations spécifiques relatives aux OGM reflètent le plus souvent le souci de protéger ces ressources et, de façon générale, des biens qui relèvent du patrimoine (ou alors tout simplement de l'intérêt) commun de l'humanité. Le droit de l'OMC permet au législateur national de déroger aux règles imposées par les accords commerciaux internationaux en se fondant sur des considérations qui ont

trait à la protection de l'environnement. En particulier, la loi nationale peut refuser l'accès au territoire de biens ou services qui seraient de nature à porter atteinte à l'environnement. La restriction doit toutefois respecter les exigences d'égalité et de proportionnalité, ou, si l'on préfère, ne présenter aucun caractère discriminatoire par rapport aux biens et services nationaux.

Les règles de l'OMC admettent certaines restrictions à l'ouverture des marchés qui peuvent s'appliquer lorsque la protection de l'environnement est en jeu. Ainsi, l'art. XX des accords du GATT permet de prendre les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ainsi que celles qui visent à préserver les végétaux et à conserver des ressources naturelles épuisables. L'accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT/OTC) permet d'édicter des règlements techniques nécessaires à des objectifs tels que la protection de la santé et de la vie des personnes, des animaux et des plantes, ou encore aux fins de protéger l'environnement. L'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), quant à lui autorise expressément des mesures sanitaires et phytosanitaires destinés à protéger la santé et la vie des personnes, des animaux et des plantes. Ce dernier accord prévoit toutefois, à la différence des deux autres, des critères d'évaluation des mesures sanitaires. Celles-ci doivent en principe être basées sur une analyse scientifique. Dans cette évaluation, l'accord privilégie des standards internationalement reconnus, bien que n'excluant pas des évaluations effectuées par les Etats en cause.

On peut donc envisager à ce titre des mesures présentant les caractéristiques suivantes :

- elles doivent concerner des biens qui sont de nature à porter atteinte à une valeur protégée par l'Etat qui prend la mesure ;
- le bien protégé doit être l'environnement (au sens large) dans le pays concerné (voire, de façon plus controversée, dans une zone qui ne relève ni de sa souveraineté, ni de celle d'un autre Etat, par exemple, la haute mer) ;
- les mesures en question ou la façon de les mettre en œuvre ne doivent pas être arbitraires (par exemple en n'excluant que les biens en provenance de l'étranger, ou en les qualifiant sans fondement de façon différente des biens locaux) ;
- elles doivent être nécessaires à la préservation du bien protégé, en particulier à la protection de l'environnement.

Il ne semble pas que la définition du bien protégé ait donné lieu à difficulté. En ce qui concerne en particulier l'environnement, la notion doit être comprise au sens large, conformément à l'évolution des connaissances en la matière. Il ne devrait pas faire de doute que cette protection va au-delà de la protection de certaines espèces ou de certains milieux bien définis (tortues marines, bois tropicaux, éléments de faune et de flore menacés), mais que la préservation de certains mécanismes écologiques ou de notions telles que la biodiversité, ou encore la « dignité des êtres vivants » (qui figure comme bien protégés dans la Constitution suisse) sont des objectifs valables et qui peuvent justifier à des mesures spécifiques.

Un droit national peut restreindre la circulation des biens portant atteinte à l'environnement pour un certain nombre de raisons et dans un certain nombre de circonstances qui n'entrent pas toutes dans les catégories admises jusqu'ici par les organes de l'OMC :

1. le bien refusé (ou dont la diffusion est restreinte) est susceptible de porter directement atteinte à l'environnement, la biodiversité ou la santé humaine (à travers l'atteinte environnementale) ;
2. il pourrait entrer dans la composition d'un bien dont la diffusion est restreinte ou interdite pour des motifs environnementaux ;
3. son importation ou son exploitation est interdite pour des raisons environnementales (espèce menacée, substance interdite par un accord international) ;
4. son mode de production est de nature à détruire une ressource environnementale importante (eau, air, espèce animale rare ou menacée, biotope protégé) ;
5. son mode de production est de nature à faire disparaître un bien environnemental rare ou une ressource naturelle non renouvelable en dehors du territoire de l'Etat importateur.

En ce qui concerne les modes de production (« procédés et méthodes de production », PMP/PPMs) on distingue généralement ceux qui produisent des effets sur le produit final et ceux qui n'ont aucune incidence sur ce produit.

Les hypothèses 1 et 2 relèvent clairement de la souveraineté de l'Etat concerné et entrent dans le cadre des exceptions visées par le droit de l'OMC. L'hypothèse 3 paraît également conforme aux règles de l'OMC telle qu'elle a été appliquée dans l'affaire « *Etats-Unis - Crevettes* ». Les hypothèses 4 et 5 sont plus problématiques dans la mesure où les atteintes que l'Etat entend prévenir ne se produisent pas sur son territoire et relèvent, selon la terminologie usuelle des PMP qui ne devraient concerner que le droit des Etats producteurs. On peut toutefois se demander si l'hypothèse 5 relève bien de cette catégorie : la situation est proche de l'hypothèse 3 et l'on touche en outre au devoir des Etats de préserver les biens communs de l'humanité. On peut songer dans cette optique à la lutte contre les changements climatiques ou contre la désertification, ainsi qu'à la préservation de la biodiversité.

La pratique et la [jurisprudence de l'OMC](#) n'ont pas encore livré de solutions applicables à ces diverses hypothèses. Les éléments sur lesquels on peut actuellement se fonder pour développer une pratique cohérente sont analysés plus en détail ci-dessous (Voir le Chapitre 2).

Toutefois, l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC a été confronté à des problèmes de nature comparable à ceux concernant les OGM/OVM, que ce soit dans le cadre de l'art. XX GATT, concernant les exceptions générales à l'application des principes de traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée, ou dans le cadre des accords SPS et TBT/OTC. Ces derniers traitent, l'un des restrictions justifiées par la protection de la santé humaine et animale, ainsi que des plantes contre les agressions dues à des organismes, parasites et autres vecteurs de maladies, et l'autre des conditions auxquelles sont soumises les restrictions non-tarifaires au commerce des produits. Il ressort de ces décisions, qu'une importance particulière est attribuée par l'ORD, aux méthodes « scientifiques » d'évaluation des risques et à la référence à des standards internationalement admis. En outre, la *nécessité* d'une restriction doit être clairement démontrée. Elle permet de s'assurer que la restriction ne poursuit pas des objectifs protectionnistes déguisés. Il n'est cependant pas aisé de traduire cette exigence dans un domaine nouveau comme celui des OGM dans lequel les mesures doivent également

permettre de contrôler et de prévenir la perte de biodiversité, d'informer adéquatement le public et de sauvegarder certains droits traditionnels des agriculteurs.

### **1.3. La biotechnologie agricole : risques, précaution et standards**

Les OGM, ou OVM, selon le Protocole de Cartagena, sont considérés comme des marchandises ordinaires dans l'application des dispositions des accords commerciaux. Leur appréciation dans le cadre des divers accords de l'OMC dépend donc des caractéristiques qu'on leur attribue dans l'optique environnementale : produits spécifiques ou produits ordinaires présentant des caractéristiques particulières, produits remplissant une fonction spécifique (par exemple pesticides) ou produits se prêtant à des usages multiples (par exemple semences pouvant servir à l'alimentation humaine). Cette qualification du produit génétiquement modifié est lourde de conséquences juridiques, puisque l'appréciation du caractère discriminatoire d'une restriction qui le vise va différer selon que l'on considère l'OVM comme un produit en soi ou comme une variante de produits existants (soja, blé, coton, etc). La définition délicate des produits similaires qui doivent, selon l'art. III du GATT, être traités de manière égale est un élément clé pour déterminer l'admissibilité des mesures restrictives qui peuvent frapper les OGM/OVM. Certaines caractéristiques des OVM devraient permettre de trancher cette importante question préalable :

- il s'agit d'organismes qui ont été modifiés d'une façon qui ne se produit pas spontanément dans la nature et qui est due à l'intervention de la biotechnologie moderne (art. 3 g) Protocole de Cartagena) ;
- ils ont la capacité de reproduire et de transférer leurs caractéristiques génétiques (art. 3 h) Protocole de Cartagena) ;
- leurs interactions avec les espèces naturelles, non modifiées, et les autres espèces faisant partie d'un même écosystème ne sont que très partiellement connues.

La conséquence de ces caractéristiques est que, si des méthodes d'évaluation des risques ont été mises au point, une assez grande marge d'incertitude subsiste quant au caractère exhaustif des risques évalués et quant à l'adéquation des méthodes. En outre, il n'est pas certain qu'un même OGM se comporte de la même façon dans un contexte écologique différent et en présence d'espèces différentes.

#### *Les législations nationales sur les OGM*

Les premières réglementations sur les OGM étaient centrées sur le respect de règles inspirées des bonnes pratiques de laboratoire et sur les conditions auxquelles sont soumis les essais dans l'environnement. Dans les années 1990, les législateurs ont commencé à s'intéresser à la réglementation nécessaire à la commercialisation des OGM (plus précisément des *produits* OGM), en même temps qu'au contrôle des cultures OGM (système d'autorisation), en particulier dans l'optique de la production de nourriture. Pour les pays qui réagissent rapidement en introduisant une législation

spécifique, la nécessité de réviser la législation et de l'adapter aux connaissances et expertises nouvelles s'est rapidement manifestée. Ce processus de remise en question correspond à l'évolution des connaissances, des expériences et de l'appréciation des risques. D'autres pays n'ont entrepris de processus législatif que plus récemment, en particulier au vu des résultats des négociations du Protocole de Cartagena.

Les réglementations peuvent varier de façon considérable. En général, les législateurs ont abordé différemment la question de l'utilisation des OGM dans l'agriculture, qui touche à l'aspect environnemental du problème, de l'utilisation alimentaire des OGM. Les différences sont en outre le résultat de l'évolution des perceptions et des connaissances liées au moment de l'adoption des diverses législations. On peut de ce fait identifier un large spectre de réglementations allant de l'interdiction pure et simple de tout produit OGM à la négation de toute spécificité à ces produits qui puisse justifier un traitement particulier. La diversité de ces approches a contribué à rendre nécessaire une réglementation de l'évaluation des risques dans le Protocole de Cartagena.

#### *L'évaluation des risques et le principe de précaution*

Le domaine de la biotechnologie est caractérisé par une incertitude scientifique considérable découlant non seulement du caractère relativement récent des techniques de production mais aussi du caractère très divers des impacts que ces organismes peuvent avoir une fois diffusés dans l'environnement. Or si le droit de l'OMC se réfère à la possibilité d'effectuer des évaluations de risques ou des analyses scientifiques, il ne donne aucune indication quant aux conséquences qui doivent être tirées de l'incertitude scientifique. Dans l'affaire « *Communauté Européenne - Hormones* », fondée sur l'application de l'accord SPS, l'Organe d'appel de l'OMC se limite à une approche procédurale de l'incertitude scientifique qui équivaut à un échec dans l'administration de la preuve. Il ne paraît en outre pas distinguer entre l'échec résultant de l'insuffisance de preuves rassemblées de celui découlant de l'absence de véritable connaissance scientifique dans un domaine.

Dans le Protocole de Cartagena, la réponse au problème de l'incertitude scientifique consiste dans l'application du principe de précaution qui permet d'intervenir en l'absence de certitude scientifique, lorsqu'on se trouve en présence d'indices sérieux d'atteinte considérable à un bien protégé. La preuve incombant à l'Etat qui prend les mesures se limite donc à établir l'existence de ces indices sérieux. Le Protocole de Cartagena, conçu en fonction des spécificités propres des problèmes de la biotechnologie désigne donc l'application du principe de précaution (que ce soit dans son acception large d'« approche » précautionneuse ou en tant que principe relevant du droit coutumier) comme la réponse la plus adéquate au problème posé par l'incertitude qui caractérise le domaine de la biotechnologie. Son application en cas de restriction au commerce des OGM, dans le cadre des exceptions admises par les accords du GATT et de l'accord SPS, dépend donc de la reconnaissance du caractère spécifique de l'évaluation du risque en matière de biotechnologie.

Dans son rapport relatif à *Communauté Européenne – Hormones* l'Organe d'appel de l'OMC a refusé d'examiner la nature juridique du principe de précaution l'estimant incompatible avec le texte de l'accord SPS qui se référait à des analyses scientifiques comme seule base admissible pour des mesures restrictives. On peut

toutefois douter du caractère absolu de cette contradiction. L'expertise scientifique peut, précisément, faire apparaître des limites dans les connaissances scientifiques acquises et, partant, des incertitudes pour lesquelles une solution doit être trouvée. La constatation qu'une incertitude existe n'est plus ni moins scientifique que la constatation de l'existence d'un risque ou d'un danger. L'accord SPS n'offre dès lors pas de réponse à la question de l'incertitude scientifique. On peut donc imaginer qu'à la recherche d'une réponse à cette question, le droit de l'OMC se tourne tout naturellement vers un droit conçu spécifiquement pour résoudre les problèmes posés par les OGM, soit le Protocole de Cartagena ([Voir Section 2.2](#)).

Les différences existant dans les approches législatives, l'incertitude scientifique et la différence de « philosophie » entre les accords de l'OMC et le [Protocole de Cartagena \(Voir Chapitre 3](#) pour une analyse de cet accord) à ce sujet contribuent à la sollicitation de plus en plus fréquente de critères de référence dont l'objectivité ne puisse être trop facilement mise en doute. Le système de l'OMC se réfère de préférence à des « standards internationaux » ou « internationalement reconnus » qui reflètent, sinon des vérités incontestées, du moins des consensus sur des sujets techniques ou scientifiques controversés. C'est dans cette optique que l'étude des apports du Codex Alimentarius au domaine de la sécurité alimentaire peut être considéré comme exemplaire d'un ensemble de démarches transposables au domaine général des OGM ([Voir Chapitre 4](#)).

## **CHAPITRE 2: OGM, EVALUATION DES RISQUES ET DROIT DE L'OMC**

### **2.1. Les enjeux de la régulation des OGM : Le droit de l'OMC**

Les développements de la recherche de la production et des échanges concernant les OGM ont suscité depuis deux décennies des débats de plus en plus vifs. Il est difficile dans un tel contexte, de concevoir, accompagner, *a fortiori* réguler, le régime des échanges internationaux de ces produits. Les Etats-Unis et l'Union européenne qui sont les deux principaux protagonistes du commerce mondial ont adopté des stratégies totalement opposées dans le traitement des OGM. Les Etats-Unis concentrent sur leur territoire plus de 70% du total mondial des superficies cultivées en OGM. Depuis vingt ans un important potentiel de recherche-développement a été mobilisé par les firmes américaines et s'est inscrit dans une réglementation largement favorable (dès 1984 le Congrès autorisait l'exploitation des OGM). Sur la base de leur choix stratégique et de leur prépondérance dans ce nouveau mode de production agricole, les Etats-Unis considèrent que le commerce international des OGM doit être régi, comme pour tous les autres produits, par les règles du libre-échange codifiées ou énoncées depuis 1995 dans les instruments de l'OMC. N'ayant pas ratifié la Convention de Rio de 1992 sur la diversité biologique, les Etats-Unis ne sont pas liés par le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques, protocole qui établit des procédures spécifiques concernant les échanges internationaux de produits OGM.

Les questions relatives aux OGM sont abordées avec une grande prudence en Europe. La Communauté européenne a adopté en 1990 deux directives encadrant strictement les recherches sur les OGM et leur diffusion. Au cours des dernières années le renforcement continu de la réglementation communautaire (directive 2001/18, règlement 178/2002) place les OGM en liberté surveillée en

imposant un régime juridique spécifique d'évaluation au cas par cas ce qui constitue une rupture totale avec la tradition juridique dominante qui implique de ne contrôler que les produits dont le caractère dangereux a été préalablement établi par l'expérience scientifique (Bourrinet et Maljean-Dubois, 2002).

## 2.2. Conflits potentiels et latents entre le Protocole de Cartagena et les accords de l'OMC

### *Applicabilité ou non-applicabilité du Protocole de Cartagena au sein de l'OMC ?*

En tant que marchandises, les OGM sont soumis aux disciplines du droit de l'OMC. Les modalités d'appréhension ne sont toutefois ni simples, ni évidentes, en raison à la fois de la diversité des OGM et des risques qu'ils sont susceptibles de faire peser et de la pluralité des mesures restrictives du commerce auxquelles ils peuvent donner lieu, comme de la complexité même du système de l'OMC, constitué d'une série d'accords différents. Leur commerce pourrait être évalué, selon le cas, au regard de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS), de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC), voire du GATT de 1994. Une réflexion au cas par cas doit être conduite, en fonction notamment de l'OGM en cause et des risques qu'il suscite (sanitaire et/ou environnemental). Indiscutablement, l'articulation entre les accords de l'OMC eux-mêmes, sur une question comme celle des OGM, n'est pas claire et contribue encore à complexifier leur appréhension juridique. Etant donné que les exigences scientifiques de l'accord SPS sont particulièrement élevés, un Etat qui verrait ses restrictions au commerce international des OGM contestées devant l'OMC aurait intérêt *a priori* à faire plutôt glisser le différend sur le terrain de l'Accord OTC et plus encore du GATT de 1994.

Les contentieux sur les échanges internationaux d'OGM annoncés depuis quelques années par les spécialistes des questions internationales ont de beaux jours devant eux. Déjà en 2000, une première plainte portant sur les échanges d'OGM avait été déposée à l'OMC. La demande concernait la prohibition imposée par l'Egypte à l'importation de thon en boîte en provenance de Thaïlande, soupçonné d'être emballé dans de l'huile de soja génétiquement modifiée. Cette plainte a été réglée par voie de négociation entre l'Egypte et la Thaïlande.

Plus récemment, en septembre 2003, les Etats-Unis ont décidé de demander l'établissement d'un groupe spécial – un des organes de règlement des différends à l'OMC – pour statuer sur la compatibilité du moratoire européen sur les OGM avec les règles de l'OMC. Le conflit a débuté en mai 2003 lorsque les Etats-Unis, l'Argentine et le Canada ont demandé des consultations formelles à l'OMC sur ce sujet, estimant que le moratoire européen sur les importations d'OGM, appliqué depuis 1999, relevait plus du protectionnisme commercial que de préoccupations pour la santé des consommateurs ou pour l'environnement. L'Union européenne et ses adversaires avaient alors 60 jours pour tenter d'harmoniser leurs positions. Mais le 7 août, Washington a annoncé officiellement sa demande de constituer un groupe spécial pour résoudre le contentieux.

Le contentieux pourrait aboutir à des conflits « juridiquement inextricables » (Bourrinet et Maljean-Dubois) générateurs de tensions durables, les recommandations liées à la mise en œuvre du protocole de Cartagena pouvant placer un Etat dans un comportement en contradiction avec ce que lui prescrirait un rapport adopté par l'Organe de règlement des différends de l'OMC ([Voir le Chapitre 3](#)

[pour une discussion approfondie du Protocole](#)). Il est difficile d'identifier un principe, une règle ou un procédé qui permette de surmonter un tel conflit ou une telle tension. Les risques pour la crédibilité et la légitimité d'une régulation du commerce international des OGM sont, dès lors, évidents d'autant que la complémentarité des deux approches (OMC et Protocole de Cartagena) n'est pas juridiquement imposée. Les limites du Protocole de Cartagena ont été expressément précisées par le Préambule du texte lui-même : « *Soulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations des parties en vertu d'autres accords internationaux en vigueur* », même si il énonce que « *les accords sur le commerce et l'environnement devraient concourir conjointement à l'avènement d'un développement durable* ».

L'hésitation, sinon la réticence manifeste des organes de règlement des différends de l'OMC à prendre en compte des accords commerciaux extérieurs à l'OMC laisse planer des doutes quant à l'acceptabilité et à l'applicabilité de certains instruments internationaux de protection de l'environnement comportant des mesures commerciales, y compris le Protocole de Cartagena (Housman and Goldberg, 1995 : 297).

[Les organes de règlement des différends sont réticents à faire recours](#) de manière systématique au droit international conventionnel et coutumier, dans la mesure où les Accords de l'OMC constituent une *lex specialis* par rapport au droit international général. Ce statut de *lex specialis* dans l'ordre juridique international et par extension la compétence limitée des organes de règlement des différends, doivent être néanmoins relativisés. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC n'est pas un système hermétique ou hostile au droit international général (Marceau, 1999). Comme l'a solennellement affirmé l'Organe d'appel dans la première affaire dont il a eu à connaître<sup>1</sup>, "il ne faut pas lire l'Accord général en l'isolant cliniquement du droit international public"<sup>2</sup>.

Dans l'affaire *Corée - Mesures affectant les marchés publics*, le Groupe spécial a confirmé que « dans la mesure où il n'y a pas de conflit ni d'incompatibilité, ni d'expression dans un accord visé de l'OMC donnant à entendre qu'il en va autrement, [...] les règles coutumières du droit international s'appliquent au traité de l'OMC et au processus d'élaboration des traités de l'OMC »<sup>3</sup>.

L'hypothèse d'applicabilité du Protocole de Cartagena la plus simple et la plus évidente est celle dans laquelle une de ses dispositions aurait remplacée ou amendée une disposition des Accords de l'OMC. Cela n'est pas le cas puisque le Protocole se refuse lui-même à créer des changements dans les droits et obligations des Etats découlant d'autres accords internationaux. Dû à la sensibilité du débat lié au commerce international des OGM, le Préambule du Protocole de Cartagena fait principalement référence aux Accords de l'OMC.

L'applicabilité du Protocole de Cartagena dans un différend donné au sein de l'OMC ne peut être exclue si les Organes de règlement des différends ne se confinent pas à la stricte application des dispositions des Accords de l'OMC. A ce propos, la Cour internationale de Justice dans l'Avis consultatif sur l'*Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, a déclaré qu' "une règle du droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide; elle

---

<sup>1</sup> *Etats-Unis- Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport du 29 avril 1996, Doc. WT/DS2/AB/R..

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 19.

<sup>3</sup> *Corée- Mesures affectant les marchés publics*, rapport du 1<sup>er</sup> mai 2000, Doc. WT/DS163/R, par. 7.96.

s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie"<sup>4</sup>.

D'un point de vue procédural, l'article 13.1 du Mémoire d'accord pourrait conférer un [droit de "représentation" au Protocole de Cartagena](#) dans un différend entre Etats membres de l'OMC. Aux termes de cette disposition, "chaque Groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques". Dans l'évaluation et l'interprétation des règles d'autres instruments internationaux, les Groupes spéciaux peuvent solliciter l'aide de juridictions internationales ainsi que d'organisations internationales. Le Groupe spécial a par exemple, recouru à cette procédure dans l'affaire *Etats-Unis- Article 110 (5) de la Loi sur le droit d'auteur* en demandant une information juridique à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)<sup>5</sup>.

Il y a toutefois des incertitudes quant à la valeur et la portée juridiques de ces avis et renseignements. L'Organe d'appel a tenu à le préciser dans l'affaire *Etats-Unis - Crevettes*, affirmant qu' "il convient d'insister sur le caractère global du pouvoir qu'a un Groupe spécial de "demander" des renseignements et des avis techniques "à toute personne ou à tout organisme" qu'il peut juger approprié, ou "à toute source qu'il [jugera] appropriée"<sup>6</sup>. Ce pouvoir englobe plus que le seul choix de la *source* des renseignements ou des avis que le Groupe spécial peut demander et plus que la seule évaluation de ceux-ci. Le pouvoir conféré à un Groupe spécial comprend la possibilité de décider de *ne pas demander* de tels renseignements ou avis du tout. Un Groupe spécial a aussi le pouvoir *d'accepter ou de rejeter* tout renseignement ou avis qu'il pourrait avoir demandé et reçu, ou *d'en disposer d'une autre façon appropriée*.

En outre, d'un point de vue strictement jurisprudentiel, le Protocole de Cartagena peut bénéficier d'un droit de "cité" dans le règlement d'un différend au sein de l'OMC. Dans le rapport d'appel sur l'affaire *Etats-Unis - Crevettes*, l'Organe d'appel a reconnu que "la protection et la conservation des espèces de tortues marines qui sont de grandes migratrices [...] exigent des efforts concertés et une coopération de la part de nombreux pays dont les tortues marines traversent les eaux au cours de leurs migrations périodiques. » La nécessité d'entreprendre de tels efforts, et leur opportunité, ont été reconnues à l'OMC elle-même ainsi que dans un nombre considérable d'autres instruments et déclarations internationaux. Par exemple, la partie pertinente du Principe 12 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement dispose que "les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international". De toute évidence, et "autant que possible", la préférence est largement donnée à une approche multilatérale"<sup>7</sup>. Le Protocole de Cartagena est bel et bien le résultat de négociations multilatérales sur un sujet sensible qui est celui des OGM. Il se présente comme un instrument de

<sup>4</sup> CIJ, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, Avis consultatif du 20 décembre 1980, *Recueil* 1980, par. 10.

<sup>5</sup> *Etats-Unis- Article 110 (5) de la Loi sur le droit d'auteur*, rapport du 27 juillet 2000, Doc. WT/DS160/R, par. 4.1. La réponse de l'OMPI a été plus factuelle que juridique.

<sup>6</sup> *Etats-Unis- Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport du 12 octobre 1998, Doc. WT/DS58/AB/R, par. 104. Cette interprétation de l'article 13 du Mémoire d'accord avait déjà été dégagée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, rapport du 16 janvier 1998, Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, par. 147.

<sup>7</sup> *Ibid.*, par. 168.

consensus, apportant une prévention de toute approche unilatéraliste dans le domaine de la protection de l'environnement.

*L'OMC est-elle le forum adéquat pour le règlement des différends portant sur le commerce international des OGM ?*

L'Organe d'appel n'a jusqu'alors pas pris position sur l'effet et la valeur juridiques d'un accord multilatéral relatif à la protection de l'environnement, tel que le Protocole de Cartagena, dans un différend au sein de l'OMC (Brown Weiss and Jackson, 2001 : 30-32 ; Bernasconi-Osterwalder, 2001). L'Organe d'appel exhorte les Etats membres à négocier dans le domaine de la protection de l'environnement mais reste particulièrement silencieux sur la portée de tels accords environnementaux lorsque des mesures restreignant le commerce sont prises pour assurer le respect de ces accords. D'ailleurs, lors du débat sur l'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire susmentionnée, le représentant de Hong Kong, Chine, a estimé que « l'Organe d'appel n'avait pas répondu à la question cruciale de savoir dans quelles circonstances et au regard de quels critères on pouvait considérer que l'application de mesures commerciales au titre d'accords environnementaux multilatéraux était pleinement compatible avec les règles de l'OMC »<sup>8</sup>.

Force est de constater que l'OMC ne constitue pas par essence un système "mosaïque" (Carreau et Julliard, 1998) où les éléments formeraient intrinsèquement un ensemble cohérent et complet. L'OMC apparaît plutôt comme un "puzzle" dans lequel les éléments environnement et commerce demandent à être mieux imbriqués, et le rôle des organes de règlement des différends dans ce processus d'agrégation est fondamental. La difficulté réside dans l'orientation de la politique jurisprudentielle: quel poids peuvent-ils accorder à l'environnement dans un système de règlement des différends institué au sein d'une organisation spécialisée en matière de commerce et chargé de trancher *a priori* des litiges commerciaux?

Une question existentielle se pose pour les instruments internationaux relatifs à la protection de l'environnement et de la santé humaine: L'OMC doit-il être le cadre privilégié de référence pour le règlement des différends relatifs à ces instruments? Dans son rapport de 1996, le Comité pour le commerce et l'environnement (CCE) reconnaît que "les Membres de l'OMC n'ont pas recouru au règlement des différends de l'OMC en vue d'amoindrir les obligations qu'ils ont acceptées en devenant partie à un accord multilatéral environnemental (AME)", et le CCE de considérer « que cela continuera d'être le cas. » Les Membres de l'OMC ont le droit de porter des différends devant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, mais, si un différend surgit entre des Membres de l'OMC qui sont parties à un AME au sujet de l'utilisation de mesures commerciales qu'ils appliquent entre eux au titre de l'AME, ils devraient essayer de le régler au moyen des mécanismes de règlement des différends prévus dans l'AME. L'amélioration des mécanismes d'exécution des obligations et de règlement des différends prévus dans les AME encouragerait à régler ces éventuels différends dans le cadre de l'AME<sup>9</sup>. Le comportement des Etats dépendra en grande partie de leurs intérêts respectifs mais aussi de l'efficacité de la procédure de règlement des différends en question. En attendant, le système de

---

<sup>8</sup> WT/DSB/M/50, p. 17.

<sup>9</sup> Comité pour le commerce et l'environnement, rapport du 12 novembre 1996, Doc. WT/CTE/1, par. 178.

règlement des différends à l'OMC demeure l'un des plus efficaces dans le système juridique international (Marceau, 2001 : 1119).

### *Les risques de la dissémination d'OGM et l'article XX g) du GATT*

L'article XX g) du GATT couvre les mesures étatiques se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables lorsque de telles mesures sont appliquées conjointement à des restrictions à la production ou à la consommation nationales. Dans l'affaire *Etats-Unis - Crevettes*, l'Inde, le Pakistan et la Thaïlande avaient fait valoir qu'il était "raisonnable d'interpréter le terme "épuisable" comme désignant les "ressources finies, telles que les minéraux, et non les ressources biologiques ou renouvelables". Selon l'Organe d'appel "si l'on considère son texte, l'article XX g) ne se limite pas à la conservation des ressources naturelles "minérales" ou "non vivantes". Le principal argument des parties plaignantes repose sur l'idée que les ressources naturelles "biologiques" sont "renouvelables" et ne peuvent donc pas être des ressources naturelles "épuisables" [...] les ressources naturelles "épuisables" et "renouvelables" [ne] s'excluent [pas] mutuellement. La biologie moderne enseigne que les espèces vivantes, bien qu'elles soient en principe capables de se reproduire et soient donc "renouvelables", peuvent dans certaines circonstances se raréfier, s'épuiser ou disparaître, bien souvent à cause des activités humaines. Les ressources biologiques sont toutes aussi "limitées" que le pétrole, le minerai de fer et les autres ressources non biologiques"<sup>10</sup>. L'Organe d'appel a reconnu que l'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX g) ayant été façonnée il y a plus de 50 ans, se devait d'être analysée à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des Etats en matière de protection et de conservation de l'environnement. Et l'Organe d'appel de mentionner que les conventions et déclarations internationales modernes font souvent référence aux ressources naturelles comme étant à la fois des ressources biologiques et non biologiques<sup>11</sup>.

En l'espèce, l'Organe d'appel avait notamment fait référence à la Convention sur la diversité biologique<sup>12</sup>, pour apprécier la légalité de la mesure américaine au regard de l'article XX g). Cela conduit à considérer qu'en tant que protocole additionnel à la Convention sur la diversité biologique, le Protocole de Cartagena peut être pris en compte dans le cadre de l'interprétation et de l'application de l'article XX g) du GATT. Des Etats pourraient interdire ou restreindre le commerce d'OGM pour le motif selon lequel lesdits OGM présentent des risques sur la préservation de certains organismes ou espèces au risque de menacer la diversité biologique. Dans l'évaluation de la légalité desdites mesures de restriction au commerce international des OGM, les organes de règlement des différends seraient légitimés à s'appuyer sur le Protocole de Cartagena.

L'Organe d'appel en consacrant une acception large de la notion de ressources naturelles épuisables, a ouvert une brèche dans le système OMC. L'un des objectifs fondamentaux du Protocole de Cartagena est justement de prévenir les atteintes au caractère épuisable des ressources biologiques par la manipulation qui

<sup>10</sup> *Etats-Unis - Crevettes*, par. 128.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, par. 130.

<sup>12</sup> L'Organe d'appel avait également fait référence à la CITES, à la Convention des Nations-Unies sur le Droit de la mer, à l'Action 21 de la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement.

pourrait en être faite. Il est légitime dès lors, de croire à une complémentarité - relative - entre le Protocole de Cartagena et l'article XX g) du GATT de 1994.

Le recours par l'Organe d'appel à des instruments environnementaux (qu'ils soient d'ailleurs des conventions internationales ou des instruments de *soft law*)<sup>13</sup> pour interpréter juridiquement l'article XX g) offre un exemple de développement poussé du droit de l'OMC car l'Organe d'appel en particulier n'hésite pas à trancher la question des rapports commerce/environnement en ne se limitant pas exclusivement au régime juridique proprement dit de l'OMC, et cela notamment en prenant en compte les mutations institutionnelles au sein de l'OMC. L'établissement du Comité du commerce et de l'environnement (CCE) par le Conseil général de l'OMC en 1995, indique plus ou moins l'acceptation de nouveaux paradigmes dans le jeu des relations commerciales internationales, nouveaux paradigmes auxquels doivent s'adapter les organes de règlement des différends.

Les frontières de l'interprétation évolutive sont un sujet de préoccupation pour certains Etats. Faut-il figer une interprétation à un moment donné ou au contraire la considérer comme "perpétuellement évolutive"? Certaines délégations étatiques se sont élevées contre cette méthode d'interprétation lors des discussions relatives à l'adoption du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, notamment le Pakistan qui considérait qu'avec une perspective évolutive « l'Organe d'appel mettait en cause la prévisibilité du système de règlement des différends. »<sup>14</sup>

#### *Analyse du Risque Sanitaire et Phytosanitaire: Y a-t-il une différence entre l'Accord SPS et l'Accord OTC?*

Le test le plus important dans l'applicabilité de l'Accord SPS consiste à vérifier si les réglementations portant sur l'importation d'OGM sont des mesures SPS au sens de l'Accord SPS. L'Accord SPS ne semble pas *a priori* s'appliquer à tous les produits et à tous les risques. L'Annexe A, paragraphe 1 de l'Accord SPS définit une "mesure sanitaire ou phytosanitaire" comme toute mesure appliquée:

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

<sup>13</sup> L'Organe d'appel en l'affaire *Crevettes* s'est référé tant à la Convention sur la diversité biologique qu'au Programme Action 21 ou à la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extension (CITES).

<sup>14</sup> Doc. *WT/DSB/M/50*, p. 6.

- d) pour empêcher ou limiter, sur le territoire du Membre, d'autres dommages découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites.

La solution concernant le champ d'application des mesures SPS doit être recherchée tant dans l'Accord SPS que dans l'Accord OTC. En vertu de l'Article 1.5 de l'Accord OTC « les dispositions du présent accord ne s'appliquent pas aux mesures sanitaires et phytosanitaires telles qu'elles sont définies à l'Annexe A de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ». Comment interpréter une telle formulation? Une lecture du Préambule de l'Accord OTC montre clairement que cet Accord a un champ d'application plus large que l'Accord SPS. Premièrement, l'Accord OTC couvre tant les aspects sanitaires et phytosanitaires que les aspects environnementaux *per se*, comme l'affirme le Préambule : 'Reconnaissant que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement'. Deuxièmement, l'Accord OTC bénéficie d'une sorte de "compétence résiduelle" alors que l'Accord SPS n'a qu'une "compétence d'attribution".<sup>15</sup> En effet, le champ d'application de l'Accord SPS est défini par une énumération limitative des mesures SPS. Aussi, serait-il inadéquat d'affirmer de manière absolue que l'Accord SPS couvre le risque environnemental *lato sensu*.

L'Accord SPS ne couvre le risque environnemental que d'une manière limitée à travers les considérations phytosanitaires. La protection de la santé et de la vie des végétaux 'des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de parasites, maladies, organismes porteurs de maladies ou organismes pathogènes'<sup>16</sup> constitue concomitamment un objectif sanitaire et environnemental, même si l'Article 5.2 de l'Accord SPS démontre que le risque environnemental n'est pas quelque chose de totalement inconnue dans le régime de cet Accord: 'Dans l'évaluation des risques, les Membres tiendront compte des preuves scientifiques disponibles; des procédés et méthodes de production pertinents; des méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes; de la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques; de l'existence de zones exemptes de parasites ou de maladies; *des conditions écologiques et environnementales pertinentes*; et des régimes de quarantaine ou autres' (italiques ajoutés par nous). Tous les autres risques environnementaux tombent sous le couvert de l'Accord OTC.

Un différend sur les OGM ne saurait être limité à l'Accord SPS ni ne peut l'Accord OTC que de manière résiduelle ou alternative.<sup>17</sup> Comme l'a rappelé l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*, 'Il est maintenant bien établi

<sup>15</sup> Ce point est reflété dans l'Article 1.4 de l'Accord SPS: 'Aucune disposition du présent accord n'affectera les droits que les Membres tiennent de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce en ce qui concerne les mesures n'entrant pas dans le champ du présent accord.'

<sup>16</sup> Annex A (1(a)) de l'Accord SPS.

<sup>17</sup> Voir *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products – First Submission of the United States*, 21 April 2004; *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products – First Submission of Canada*, 21 April 2004; *European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products – Oral Statement by the US*, 2 June 2004. All documents are available at <<http://www.trade-environment.org/page/theme/tewto/biotechcase.htm>>.

que l'Accord sur l'OMC constitue un "engagement unique" et, par conséquent, toutes les obligations contractées dans le cadre de l'OMC sont en général cumulatives et les Membres doivent se conformer simultanément à la totalité d'entre elles ...'<sup>18</sup>

### **2.3. Le rôle et le statut de la précaution dans le débat sur le commerce international des OGM**

#### *Les limites de l'application du principe de la précaution au sein de l'OMC*

Le Protocole de Cartagena marque une étape importante dans l'opérationnalisation du principe de précaution (Boisson de Chazournes et Thomas, 2000). Les organes de règlement des différends de l'OMC ont montré une certaine réticence par rapport à l'application du principe de précaution dans le règlement des différends dont ils ont été saisis. Dans l'affaire *Communautés européennes - Mesures communautaires concernant les viandes et produits carnés (Hormones)*, le principal argument de la Communauté européenne devant l'Organe d'appel était que le principe de précaution est, ou était devenu, une règle coutumière générale du droit international ou du moins un principe général de droit. Se référant plus particulièrement aux articles 5:1 et 5:2 de l'Accord SPS, l'Organe d'appel stipulait dans ce sens que l'application du principe de précaution signifie qu'il n'est pas nécessaire que *tous* les scientifiques du monde entier soient d'accord sur la "possibilité et l'ampleur" du risque<sup>19</sup>.

L'Organe d'appel avait cependant ajouté que "le statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges."<sup>20</sup> Le principe de précaution n'a pas été discuté lors de la négociation de l'Accord SPS. L'argumentation des organes de règlement des différends dans cette affaire est claire: le droit international de l'environnement et/ou de la santé ne saurait influencer de manière systématique le droit de l'OMC. La valeur et le statut du principe de précaution en droit international de l'environnement ne préjugent pas de l'opinion des organes de règlement des différends de l'OMC lorsqu'ils tranchent des litiges entre Membres de l'OMC. Le principe de précaution n'a pas été incorporé dans l'Accord SPS comme motif justifiant des mesures SPS<sup>21</sup>. Ainsi, la notion de "risque scientifique identifiable"<sup>22</sup> développée par le Groupe spécial dans cette affaire a prédominé sur celle de "risque scientifiquement incertain" intrinsèque au principe de précaution (Boisson de Chazournes, 2002a).

Subséquemment, dans l'affaire *Japon - Mesures visant les produits agricoles*, l'Organe d'appel a donné une interprétation du membre de phrase "maintenue sans preuves scientifiques" contenu à l'article 2(2) de l'Accord SPS. Ce membre de phrase

---

<sup>18</sup> *Corée - Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, Rapport de l'Organe d'appel, 14 Décembre 1999, WT/DS98/AB/R, para. 74. Voir également *Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée*, Rapport de l'Organe d'appel, 21 Février 1997, WT/DS22/AB/R, p. 12 ('Contrairement à l'ancien système du GATT, l'Accord sur l'OMC est un instrument conventionnel unique qui a été accepté par les Membres de l'OMC en tant que constituant un "engagement unique"').

<sup>19</sup> *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, rapport du 16 janvier 1998, Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, par. 121.

<sup>20</sup> *Ibid.*, par. 123.

<sup>21</sup> *Ibid.*, par. 124.

<sup>22</sup> *Ibid.*, par. 186.

implique qu'il y ait un lien rationnel entre une mesure SPS et les preuves scientifiques et que la question de savoir s'il y a un lien rationnel entre une mesure SPS et les preuves scientifiques doit être tranchée au cas par cas et dépendra des circonstances particulières de l'espèce, y compris les caractéristiques de la mesure en cause et la qualité et la quantité des preuves scientifiques<sup>23</sup>.

Néanmoins, l'Organe d'appel a admis que le principe de précaution est pris en compte à l'article 5:7 de l'Accord SPS aux termes duquel "dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter les 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...". Cela laisse une porte d'entrée - si étroite soit-elle - au principe de précaution même s'il est à noter que l'article 5:7 n'autorise que l'adoption de mesures prises à titre provisoire.

Dans ce contexte, des mesures commerciales portant sur les OGM auraient-elles plus de chance d'être justifiées au titre de [l'article XX du GATT](#) que de l'Accord SPS et *a fortiori* au titre du principe de précaution dans le cadre du règlement des différends à l'OMC? La matière des OGM telle que réglementée par le Protocole de Cartagena est par excellence une sphère où l'incertitude scientifique constitue l'un des vecteurs sur la base desquels des mesures de restrictions du commerce peuvent être prises. Or cela ne correspond pas à la conception que les organes de règlement des différends de l'OMC se font des Accords de l'OMC (Quick and Bluthner, 1999). Ils sont encore très réticents à considérer que le principe de précaution relève du droit international général. Et pourtant l'Organe d'appel a développé une approche qui pourrait profiter à la consolidation de ce principe.

Au sein de l'OMC, chaque Etat dispose du droit autonome de déterminer le niveau de protection de l'environnement ou de la santé qu'il juge approprié. Par conséquent, il peut appliquer des mesures, y compris des mesures fondées sur la précaution, qui entraînent un niveau de protection plus élevé que celui qui serait fondé sur les normes ou recommandations internationales pertinentes. Néanmoins, l'obligation d'évaluation « objective » du risque persiste même en contexte d'incertitude scientifique.

La précaution a une triple dimension processuelle. Elle requiert qu'une « méthodologie de précaution » soit appliquée à l'ensemble du processus d'analyse du risque environnemental ou sanitaire qui consiste en trois étapes : évaluation, gestion et communication. Aussi, la précaution exige t-elle cumulativement une évaluation, une gestion et une communication « précautionneuses » du risque. Cela peut sembler antinomique au droit de l'OMC eu égard par exemple au paragraphe 4 de l'annexe A de l'Accord SPS qui exige qu'une évaluation des risques, eu égard à des mesures phytosanitaires, porte sur la « probabilité » de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de la maladie. Comme l'a précisé l'Organe d'appel, l'évaluation de la « probabilité » va au-delà de la simple identification de « possibilités » telle que le suggérerait pourtant la précaution. Selon les termes de l'Organe d'appel, « le terme "probabilité" suppose ... un degré plus élevé ou un seuil de potentialité ou de possibilité ».<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Japon- Mesures visant les produits agricoles, rapport du 22 février 1999, Doc. WT/DS76/AB/R, par. 84.

<sup>24</sup> *Ibid.*, par. 184.

*Des éléments en faveur de la précaution dans le système commercial multilatéral*

Certains éléments militent en faveur d'un traitement « précautionneux » du risque à l'OMC. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *Amiante* a admis que l'on ne peut exiger d'un membre qui veut invoquer l'article XX du GATT un niveau absolu de certitude<sup>25</sup>. L'interprétation faite par les organes de règlement des différends de la portée de l'évaluation des risques, constitue un autre facteur favorisant l'acceptation d'un traitement précautionneux du risque dans le cadre de l'OMC. L'affaire *Australie-Mesures visant les importations de saumons* a été l'occasion pour l'Organe d'appel d'expliquer que « le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable. »<sup>26</sup>. Enfin, l'évaluation du risque sur laquelle repose une mesure peut inclure des données non quantifiables de nature factuelle ou qualitative et ne se limite pas exclusivement à des données scientifiques purement quantitatives. Cette interprétation a été confirmée dans l'affaire *Hormones*, par l'Organe d'appel de l'OMC qui a rejeté l'interprétation initiale du groupe spécial, selon laquelle l'évaluation du risque devait être quantitative et établir un niveau de risque minimum. Ces ouvertures permettent-elles d'affirmer que l'incertitude scientifique a un droit de cité à l'OMC ?

Dans son interprétation de la "nécessité" telle que prévue par l'article XX b) du GATT de 1994, l'Organe d'appel avait déjà fait observer dans le différend *Corée-Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, que "plus l'intérêt commun ou les valeurs communes poursuivis sont vitaux ou importants, plus il sera facile d'admettre la "nécessité" de mesures conçues pour atteindre ces objectifs"<sup>27</sup>. Dans l'affaire *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, l'Organe d'appel a considéré que « la valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point »<sup>28</sup>. La préservation de la biodiversité et de la santé des personnes est incontestablement des valeurs "vitales et importantes au plus haut point". La précaution en tant qu'instrument de juridicisation de ces objectifs et valeurs se pose de plus en plus comme nécessaire dans le débat sur les risques liés au commerce international des OGM.

L'interprétation faite par les organes de règlement des différends de la portée de l'évaluation des risques, constitue un autre facteur favorisant l'acceptation de la précaution dans le cadre de l'OMC (Bossis 2001). L'affaire *Australie - Mesures visant l'importation de saumons* a été l'occasion pour l'Organe d'appel d'expliquer que "le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable... Cela ne signifie pas, cependant, qu'un Membre ne peut déterminer que son niveau de protection appropriée correspond à un "risque nul"<sup>29</sup>.

La précaution est antinomique de la prépondérance scientifique. Elle reconnaît un poids significatif à l'opinion scientifique minoritaire et dans ce contexte l'incertitude scientifique jouit d'une certaine légitimité à l'OMC. Toutefois, nous sommes

<sup>25</sup> Communautés Européennes- Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, rapport du Groupe spécial, doc. WT/DS135/R, 18 septembre 2000, par. 8.221.

<sup>26</sup> Australie- Mesures visant les importations de saumons, rapport de l'Organe d'appel, 20 octobre 1998, doc. WT/DS18/AB/R, par. 126.

<sup>27</sup> *Corée- Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, rapport du 11 décembre 2000, Doc. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, par. 167.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, par. 172.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 126.

contraints de relativiser une telle idée étant donné l'absence de reconnaissance du critère de l'incertitude scientifique dans l'article 5:7 de l'Accord SPS qui constitue pourtant le socle matriciel de la précaution à l'OMC. Dans la récente affaire *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, l'Organe d'appel a considéré que « l'application de l'article 5:7 est déclenchée non par l'existence d'une incertitude scientifique mais plutôt par l'insuffisance des preuves scientifiques. »<sup>30</sup> Il considère donc clairement que les notions de preuves scientifiques insuffisantes et d'incertitude scientifique ne sont pas du tout interchangeables.

#### **2.4. OGM et Produits traditionnels: Sont-ils des produits similaires au sens de l'Article III du GATT?**

La question qui se pose à ce niveau est celle de savoir si un produit OGM doit être considéré comme un produit similaire à un produit non-OGM. L'interdiction de la discrimination entre produits similaires constitue un principe fondamental du système commercial multilatéral.<sup>31</sup> Cette interdiction est principalement contenue dans l'Article III du GATT. Certains Etats pourraient par exemple alléguer que les restrictions des importations d'OGM violent l'Article III:4 du GATT qui prévoit que les produits importés sur le territoire d'un Etat ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur.

Dans le différend *EC-Biotech*, les Etats-Unis, le Canada et l'Argentine partent du principe qu'il n'y a pas de différence entre les produits OGM et les produits traditionnels. Ce que n'admet pas la Communauté Européenne, pour qui les seuls produits similaires aux produits OGM sont ceux qui ont été fabriqués à partir des mêmes procédés au plan interne. Dans la pratique de l'OMC, les critères suivants ont été définis pour apprécier la similarité entre deux produits: les caractéristiques physiques; les goûts et habitudes des consommateurs; l'utilisation finale des produits; le classement tarifaire. Il est important dans l'analyse de la similarité d'avoir comme base de réflexion, le *dictum* de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, en vertu duquel "...il ne peut exister de définition précise et absolue de ce qui est "similaire". Le concept de la "similarité" a un caractère relatif qui évoque l'image d'un accordéon. L'accordéon de la "similarité" s'étire et se resserre en des points différents au gré des différentes dispositions de l'Accord sur l'OMC qui sont appliquées. L'étirement de l'accordéon en l'un quelconque de ces points doit être déterminé par la disposition particulière dans laquelle le terme "similaire" se trouve, ainsi que par le contexte et les circonstances propres à un cas donné auxquels cette disposition peut être applicable".<sup>32</sup>

Deux éléments pourraient être pris en compte pour démontrer que les produits OGM ne sont pas "similaires" aux produits non-OGM. L'un de ces éléments est procédural, alors que l'autre est matériel. Sur le plan procédural, la communauté

<sup>30</sup> *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, rapport de l'Organe d'appel, 15 décembre 2003, doc. WT/DS245/AB/R, par. 184.

<sup>31</sup> *Corée - Mesures affectant les importations de viande de boeuf fraîche, réfrigérée et congelée*, Rapport de l'Organe d'appel, 11 Décembre 2000, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para. 133.

<sup>32</sup> *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, Rapport de l'Organe d'appel, 4 Octobre 1996, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, WT/DS8/AB/R, pp. 132-133.

internationale a à travers le Protocole de Cartagena sur la [prévention des risques](#) liés à la biotechnologie (ci-après Protocole sur la biosécurité) reconnu que les produits OGM sont tels qu'ils requièrent une procédure d'autorisation distincte pour leur mise sur le marché d'un Etat (Eggers and Mackenzie, 2000). Les parties au Protocole de Cartagena sont tenues de suivre la procédure d'accord préalable en connaissance de cause (AIA en anglais) pour les mouvements transfrontières d'organismes vivants modifiés. L'AIA consiste en trois étapes: notification; évaluation de la notification; et décision. L'Etat d'exportation a l'obligation de notifier par écrit à l'Etat d'importation les mouvements intentionnels d'organismes génétiquement modifiés. La partie d'importation a différentes options: approuver l'importation sans conditions; approuver l'importation sous conditions; interdire l'importation; requérir des informations complémentaires; étendre la procédure pour une période donnée. En cas d'incertitude scientifique sur l'étendue potentielle des effets préjudiciables, la partie d'importation a le droit de prendre une décision qui minimise ou élimine de tels effets. Ces aspects procéduraux démontrent que les produits génétiquement modifiés ne sont pas soumis au même régime d'autorisation d'importation que les produits non-OGM. C'est là un élément qui suggère la non-similarité entre ces produits.

Sur le plan matériel, les risques potentiels liés à la dissémination d'OGM dans l'environnement et à la consommation d'OGM constituent un facteur tendant à rejeter ou du moins à relativiser la similarité entre produits OGM et produits non-OGM. Les connaissances scientifiques en matière de génétique sont limitées.<sup>33</sup> Un groupe indépendant d'experts (the UK's Science Review Panel) institué en 2003 par le gouvernement britannique pour évaluer l'état de la connaissance scientifique dans le domaine des plantes et des aliments génétiquement modifiés, a estimé que "No other plant breeding technique permits the incorporation of genetic material from such diverse biological sources. Inevitably this raises the possibility that some new consequences of GM plant breeding may be unexpected".<sup>34</sup> En outre, il a considéré que "To date worldwide there have been no verifiable untoward toxic or nutritionally deleterious effects resulting from the cultivation and consumption of products from GM crops. However, absence of readily observable adverse effects does not mean that these can be completely ruled out".<sup>35</sup>

Ces risques de 'dommage' ou de 'dangerosité' liés à la dissémination et à la consommation d'OGM peuvent influencer l'analyse de la similarité entre produits OGM et produits non-OGM. En effet, l'affaire *Amiante* a été l'occasion pour l'Organe d'appel de mettre en relief l'importance de la « dangerosité » pour la santé dans l'interprétation de la similarité, atténuant ainsi l'analyse purement économique qui en a été faite pendant longtemps.<sup>36</sup> Cette intégration de la dangerosité « sanitaire » comme sous élément du critère des caractéristiques physiques et du critère des goûts et habitudes des consommateurs<sup>37</sup>, démontre que l'incertitude scientifique qui

<sup>33</sup> Voir l'Amicus curiae soumis par une collation internationale de 15 groupes d'intérêt, 27 Mai 2004, para. 25: <<http://www.genewatch.org/WTO/Amicus/PublicInterestAmicus.pdf>>.

<sup>34</sup> UK GM Science Review Panel, *An open review of the science relevant to GM crops and food based on the interests and concerns of the public* (2003), First report (Executive Summary), p. 10, disponible sur <[www.gmsciencedebate.org.uk/report/pdf/gmsci-report1-pt1.pdf](http://www.gmsciencedebate.org.uk/report/pdf/gmsci-report1-pt1.pdf)>.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products* (hereinafter 'Asbestos Case'), Report of the Appellate Body, 12 March 2001, WT/DS135/AB/R, para. 122.

<sup>37</sup> Ibid. para. 122.

caractérise les risques liés aux OGM justifie que les OGM ne soient pas traités de manière similaire aux produits non-OGM.

En outre, pour ce qui est spécifiquement des goûts et habitudes des consommateurs, la jurisprudence *Amiante* est d'une portée véritable. Il serait difficile de soutenir que les consommateurs sont prêts à payer le même prix pour les produits OGM et les produits non-OGM. Du moins, en ce qui concerne l'Europe, de nombreux sondages ont clairement indiqué que dans la perception des consommateurs, les produits OGM et les produits traditionnels ne sont pas considérés comme équivalents ou interchangeables et que par conséquent la Communauté européenne serait habilitée à adopter une réglementation plus précautionneuse dans le champ des OGM.

Le prix que les consommateurs sont prêts à payer constitue clairement un élément à prendre en considération. Toutefois, une approche holistique s'impose pour une meilleure intégration des considérations socio-économiques dans le processus décisionnel et réglementaire relatif aux OGM.

### CHAPITRE 3: ANALYSE DU RISQUE DANS LE PROTOCOLE SUR LA BIOSECURITE ET A L'OMC

#### 3.1. Introduction

Les 25 dernières années ont vu le thème de la biotechnologie se développer fortement, tant dans les laboratoires que dans les négociations internationales. Les avancées dans le domaine des biotechnologies ont engendré des sentiments divers. D'un côté, elles étaient perçues comme un facteur d'exploitation et de développement des ressources génétiques de la planète. D'un autre côté, elles ont fait naître de nombreuses craintes sur les menaces pour la biodiversité et la sécurité alimentaire. C'est du fait de l'importance croissante des biotechnologies que le Protocole de Cartagena fut adopté le 29 janvier 2000 après cinq années de négociations ardues.<sup>38</sup> Ce protocole se situe au carrefour des négociations entre commerce et environnement et il contient des restrictions particulières au commerce aux fins de protection de l'environnement. En effet, le Protocole spécifie les droits et obligations des Etats dans le commerce des organismes vivants modifiés (OVM).

#### 3.2. Les apports du Protocole

##### *Bref Historique*

Du fait des craintes de l'opinion publique quant aux conséquences potentielles des organismes génétiquement modifiés sur l'environnement et la santé, l'OCDE a publié en 1986, un "Livre Bleu" sur 'Recombinant DNA Safety Considerations'. Ce document qui est la première publication d'une organisation intergouvernementale sur la question de la biosécurité n'a cependant pas abouti à la formulation de standards réglementant l'utilisation des organismes génétiquement modifiés. Toutefois, ce document a dégagé pour la première fois des principes pour l'évaluation et la gestion des risques liés aux OGM. De nombreuses recommandations telles le partage des connaissances, les bonnes pratiques,

---

<sup>38</sup> Ces négociations étaient prévues par l'article 19.3 de la Convention sur la diversité biologique.

l'information du public et la nécessité d'une recherche continue furent incluses dans le document. En 1991, l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONU/DI) a publié un Code de conduite pour la dissémination d'organismes dans l'environnement. C'est la première contribution des Nations Unies au débat sur la biosécurité. L'*Agenda 21*, programme d'action adopté lors de la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, constitue une étape décisive dans la régulation internationale de la biotechnologie. Son Chapitre 16 est intitulé « Gestion environnementale de la biotechnologie ». Le processus de régulation a été consolidé en 1995 dans les Lignes Directrices Internationales Techniques pour la sécurité dans la biotechnologie du Programme des Nations Unies sur l'environnement (PNUE).

### *Les négociations ayant conduit à l'adoption du Protocole*

En 1994, la Première Conférence des Parties (COP) à Nassau aux Bahamas décida de créer un groupe *ad hoc* d'experts avec pour objectif l'élaboration d'un Protocole autonome vis-à-vis des Lignes directrices du PNUE. Un Groupe de Travail sur la biosécurité fut établi en 1996 lors de la deuxième COP de la CDB à Jakarta et ce groupe se réunit 6 fois de 1996 à 1999. Sa dernière réunion à Cartagena en février 1999 devait s'accompagner d'une Réunion Extraordinaire de la COP qui adopterait le Protocole conformément aux règles de procédure de la CDB. Toutefois, les divergences profondes entre les pays exportateurs d'OVM et ceux ayant l'intention d'en exporter à une date ultérieure d'une part, et les autres pays d'autre part, ont entraîné la suspension des négociations à Cartagena.

Jusqu' à Cartagena, les négociations étaient largement dominées par la question de la référence aux OVM "introduits intentionnellement dans l'environnement" et aux menaces qu'il pourrait causer à la biodiversité. Ces aspects ont fait que les négociations ont échoué sur la question du champ d'application du futur protocole. Quels types de produits, le protocole devait-il couvrir ? Devait-il se limiter aux OVM ou prendre également en compte les produits dérivés des OVM? Quels types de produits devaient être soumis à la procédure d'AIA? Cette procédure détaillée et exigeante en matière d'information a rencontré une forte résistance de pays exportateurs d'OVM.

Les pays en développement ont adopté une position ferme. Ils ont défendu dès le début l'idée selon laquelle tous les mouvements transfrontières d'OVM doivent être couverts par l'AIA, indépendamment de l'utilisation visée. Les pays exportateurs ont défendu l'idée selon laquelle l'application de la procédure d'AIA n'était pas adaptée aux spécificités des produits agricoles. Les négociations sur la biosécurité n'opèrent pas en isolation. Ils doivent être contextualisés dans le cadre général des négociations générales sur le commerce. L'Uruguay round a amené le commerce de tels produits sous le parapluie de l'OMC. Les négociations commerciales sur l'agriculture ont tendance à être très politisées surtout depuis le 'July Package'<sup>39</sup> négocié à Genève en 2004 dans le contexte des préparations pour la conférence ministérielle de l'OMC de Hong Kong en 2005.

La gestion de l'incertitude scientifique et l'application du principe de précaution dans le processus décisionnel a été un des enjeux majeurs de la négociation du Protocole. Deux visions de l'évaluation du risque et de la gestion du risque sont

---

<sup>39</sup> [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/draft\\_text\\_gc\\_dg\\_31july04\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm)

entrées en conflit. Les partisans de l'exportation tous azimuts des OVM ont mis en avant la nécessité de baser le processus décisionnel sur des principes de 'sound science'. D'un autre côté, les pays importateurs ont mis l'accent sur le manque de connaissance sur les risques liés aux OVM. Ces pays ont dès le départ prôné une négociation visant à l'opérationnalisation d'une approche de précaution. C'est à ce niveau que l'articulation entre le Protocole et les Accords de l'OMC est particulièrement difficile, [ces derniers accordant peu de poids à la précaution](#).

### *Relation entre le Protocole sur la biosécurité et l'Accord SPS*

Le droit d'accès au marché n'est pas absolu à l'OMC. Il est sujet à certaines exceptions lorsqu'il est nécessaire de protéger la santé des personnes, la santé et la vie des végétaux et des animaux et lorsque la conservation des ressources naturelles épuisables est en jeu. En outre, les Etats membres de l'OMC sont habilités sous certaines conditions à restreindre l'accès au marché par l'adoption (provisoire) de mesures sanitaires ou phytosanitaires dans les cas où les preuves scientifiques sont insuffisantes. Cela représente dans une certaine mesure le droit pour un Etat importateur de baser ses décisions relatives à l'entrée d'OGM sur son territoire, sur une approche de précaution. Ceci étant le système OMC est tel qu'il est difficile pour un pays importateur de recourir à certaines exceptions pour interdire de manière effective l'importation de biens agricoles. La question des droits et obligations d'un pays importateur dans la régulation de l'accès au marché des OVM et le rôle que l'approche de précaution pourrait jouer, constituent indubitablement les questions les plus difficiles à résoudre. (Pour une analyse de [l'Accord SPS, voir Section 2.2.](#))

### *Transcender les Obstacles*

L'impasse de la réunion de 1999 à Cartagena était due principalement aux conflits potentiels entre le futur Protocole et les Accords de l'OMC. Des alliances se sont formées autour de ces questions, non sur la base de l'appartenance géographique comme c'est généralement le cas dans les fora de négociations onusiens mais plutôt sur la base de la communauté d'intérêts économiques. Ceci étant, l'échec de la Conférence ministérielle de l'OMC à Seattle quelques mois auparavant, a augmenté la pression sur certains Etats afin d'éviter un autre fiasco diplomatique. Le soutien de nombreuses ONG ainsi que la prise de conscience croissante de l'opinion publique de pays en développement, de l'Europe occidentale, de l'Asie du Sud-est et même de l'Amérique du Nord ont contribué à affaiblir la résistance des pays exportateurs d'OVM. Le Protocole sur la biosécurité fût finalement adopté le 29 janvier 2000 après trois réunions informelles majeures.

### *Gestion des risques et Protocole de Cartagena*

Le Protocole n'emploie pas l'expression usuelle d'organisme génétiquement modifié, mais s'attache aux « *organismes vivants modifiés* » (OVM) définis comme « tout organisme vivant possédant une combinaison de matériel génétique inédite obtenue par recours à la biotechnologie moderne » (art. 3 du Protocole). La notion de modification génétique est difficile à cerner, et c'est ici le recours aux techniques

biotechnologiques qui permet de définir les organismes modifiés. Est un organisme vivant « toute entité biologique capable de transférer ou de répliquer du matériel génétique, y compris des organismes stériles, des virus et des viroïdes ». Par « vivant », le Protocole signifie ainsi les produits biologiquement actifs, comme les semences et les produits agricoles non transformés destinés à l'alimentation humaine ou animale (céréales). Les produits dérivés, tels que l'huile ou la farine, des sauces tomate, des œufs de poules nourries au maïs transgénique, qui ne peuvent se reproduire ou transmettre du matériel génétique, sont donc exclus du champ d'application du Protocole. Le Protocole, conformément au souhait de l'Europe et de la majorité des pays membres de l'OCDE, ne s'applique pas aux mouvements transfrontières d'organismes vivants modifiés qui sont des produits pharmaceutiques destinés à l'homme relevant d'autres accords ou organismes internationaux pertinents.

La procédure d'accord préalable en connaissance de cause constitue une des avancées notables du Protocole. Cette procédure s'applique avant le premier mouvement transfrontière intentionnel d'organismes vivants modifiés destinés à être introduits intentionnellement dans l'environnement de l'Etat importateur. L'introduction intentionnelle dans l'environnement ne concerne pas les organismes vivants modifiés destinés à être utilisés directement pour l'alimentation humaine ou animale, ou à être transformés. L'Etat exportateur adresse, ou exige que l'exportateur veuille adresser, par écrit, à l'autorité nationale compétente de l'Etat importateur, une notification avant le mouvement transfrontière intentionnel d'un organisme vivant modifié. Dans les deux cent soixante-dix jours suivant la date de réception de la notification, l'Etat importateur communique par écrit, à l'auteur de la notification et au Centre d'échange pour la prévention des risques biotechnologiques, la décision : a) Autorisant l'importation, avec ou sans condition, et indiquant comment la décision s'appliquera aux importations ultérieures du même organisme vivant modifié; b) Interdisant l'importation; c) Demandant des renseignements pertinents supplémentaires conformément à sa réglementation nationale ou à l'annexe I; le nombre de jours qui s'écoule entre le moment où la Partie importatrice demande des renseignements pertinents supplémentaires et celui où elle les obtient n'entre pas en ligne de compte dans le calcul du délai dont elle dispose pour répondre.

L'article 11 du protocole s'applique au mouvement transfrontière d'organismes vivants modifiés destinés à être utilisés directement pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformés. Cette disposition prévoit que tout Etat partie qui prend une décision définitive concernant l'utilisation sur le territoire national, y compris la mise sur le marché, d'un organisme vivant modifié qui peut faire l'objet d'un mouvement transfrontière et qui est destiné à être utilisé directement pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformé, doit, dans les quinze jours qui suivent, en informer les autres Etats parties, par l'intermédiaire du Centre d'échange pour la prévention des risques biotechnologiques. La procédure d'accord préalable en connaissance de cause ne s'applique pas aux mouvements transfrontières intentionnels des organismes vivants modifiés qui, dans une décision de la Conférence des Parties siégeant en tant que Réunion des Parties au Protocole, sont définis comme peu susceptibles d'avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine.

L'article 12 du protocole prévoit la possibilité pour un Etat importateur, au vu de nouvelles informations scientifiques sur les effets défavorables potentiels sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu aussi des

risques pour la santé humaine, reconsidérer et modifier sa décision concernant un mouvement transfrontière intentionnel. En pareil cas, dans un délai de trente jours, elle en informe les auteurs de notifications antérieures de mouvements de l'organisme vivant modifié en question, ainsi que le Centre d'échange pour la prévention des risques biotechnologiques, en indiquant les raisons de sa décision.

### *Questions en suspens*

La dynamique des négociations sur la biosécurité a laissé des questions en suspens. En plus des considérations quantitatives et scientifiques, des arguments de nature qualitative ont fait leur entrée en scène dans le débat sur les OGM. C'est le cas de la question des droits de propriété intellectuelle sur les plantes (qui fait l'objet d'autres négociations administrées par l'FAO et la CDB), celle de la création de capacités (Art. 22 du protocole), celle de l'information et de la participation du public (Art. 23), ou celle des considérations socio-économiques (Art. 26). Ces questions demandent de nouvelles négociations pour être opérationnelles dans le cadre du Protocole. Le problème du Protocole réside dans le fait qu'aucun des grands pays exportateurs d'OGM ne l'a ratifié et particulièrement les Etats-Unis. Les Etats-Unis ne sont même pas parties à la CBD ce qui est une condition préalable pour devenir partie au protocole. Ceci étant le Protocole constitue un grand pas dans l'effort de régulation internationale du commerce des OGM. Même les ONG environnementales s'accordent à reconnaître le rôle crucial que pourrait jouer le Protocole dans la régulation des OGM et notamment de leurs effets pervers potentiels sur l'environnement et la santé humaine. Le Protocole est entré en vigueur le 11 septembre 2003 après cinquante ratifications et la première Réunion des Parties a eu lieu à Kuala Lumpur en Malysie du 23 au 27 février 2004.

La Réunion a été généralement considérée comme un grand succès même si le rôle marqué des Etats non-parties tels que les Etats-Unis a été un facteur de blocage. Les représentants de l'industrie ont regretté le manque de discussion sur les aspects de marché durant les négociations.

De très importantes questions telles que la manipulation, et l'identification (Art. 18), la responsabilité et la réparation (Art. 27) et le respect des obligations (Art. 34) ont fait l'objet de discussions approfondies. Le mécanisme de respect des obligations s'est particulièrement avéré être un point sensible de ces discussions. A la fin un Comité de 15 membres a été créé. L'un des points d'achoppement a trait à la possibilité d'appliquer des sanctions commerciales en cas de violations répétées du Protocole. Le sujet a été renvoyé à la troisième Réunion des Parties (MOP-3) qui aura lieu environ dans deux ans. La question de la responsabilité et de la réparation a été particulièrement défendue par le Groupe africain dont le porte-parole Twolde Egziabher d'Ethiopie a mis en relief l'importance que ces pays attachent à cette question. Le Groupe a demandé des règles qui permettraient aux pays importateurs de demander réparation aux exportateurs d'OVM en cas de contamination de l'environnement ou d'atteintes à la santé. Les négociateurs ont établi un groupe d'experts et un groupe de travail pour régler cette question. Le groupe de travail devrait conclure son mandat en 2007.

### 3.3. L'évaluation des risques dans le Protocole de Cartagena et dans l'OMC

Le Protocole de Cartagena s'appuie en grande partie sur les procédures d'évaluation et de gestion des risques (articles 15 et 16). De leur côté, les organes de règlement des différends de l'OMC dans leur interprétation de l'Accord SPS et particulièrement de l'article 5:1 ont contribué à développer certains aspects de l'évaluation des risques (Pauwelyn, 1999). Les critères juridiques de l'évaluation des risques dans le cadre de l'OMC suivent de près les règles fixées par l'annexe III du Protocole de Cartagena sur l'évaluation des risques (*risk assessment*). Dans l'affaire *Australie - saumons*, l'Organe d'appel avait estimé que "Une bonne évaluation des risques de ce type doit évaluer la "probabilité" de l'entrée, de l'établissement ou de dissémination de maladies et des conséquences biologiques et économiques en résultant..."<sup>40</sup>.

Le Protocole de Cartagena exige également deux étapes préliminaires. En vertu du paragraphe 8 (a) et (b) de l'Annexe III relative à l'évaluation des risques, il faut procéder à "*l'identification* de toutes nouvelles caractéristiques génotypiques et phénotypiques liées à l'OGM qui peuvent avoir des effets défavorables sur la diversité biologique dans le milieu récepteur potentiel probable, et comporter aussi des risques pour la santé humaine" et à "*l'évaluation de la probabilité* pour que ces effets défavorables surviennent, compte tenu du degré et du type d'exposition du milieu récepteur potentiel probable de l'organisme vivant modifié". Le Protocole de Cartagena prévoit d'autres étapes dans le processus d'évaluation du risque. Il semble qu'en cas de différend portant sur des OGM, les organes de règlement des différends de l'OMC pourraient faire référence à celles-ci. En effet, dans l'affaire *Australie - saumons*, l'Organe d'appel a rappelé que l'article 5:1 de l'Accord SPS accepte que l'évaluation des risques tienne compte des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes<sup>41</sup>.

Dans le même temps, le Protocole de Cartagena n'est pas indifférent aux règles d'évaluation du risque telles que déterminées et interprétées par les [organes de règlement des différends de l'OMC](#). Aux termes du paragraphe 3 de l'Annexe III du Protocole, "l'évaluation des risques devrait être effectuée selon des méthodes scientifiques éprouvées et dans la transparence et peut tenir compte des avis techniques et directives des organisations internationales compétentes". L'OMC n'est pas à proprement parler une organisation internationale spécialisée dans l'évaluation des risques (Robertson and Kellow, 2001). Néanmoins, un point fort de rencontre entre le Protocole de Cartagena et certains Accords de l'OMC pourrait être le *Codex Alimentarius* (Noiville, 2000 : 263). En effet, dans le domaine des aliments, l'Accord SPS invite les Etats à se conformer aux procédures d'évaluation et de normalisation du *Codex Alimentarius*<sup>42</sup>. Or, aucune disposition dans le Protocole de Cartagena ne s'oppose au recours aux techniques d'évaluation du *Codex*.

La nature de l'évaluation peut servir également de lien entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC. Dans le rapport d'appel sur l'affaire *Hormones*, l'Organe d'appel a établi qu'il n'est pas nécessaire qu'une évaluation des risques établisse un certain "ordre de grandeur" ou un certain "seuil ou degré minimal de risque"<sup>43</sup>. Cela revenait à dire que l'évaluation du risque peut être aussi bien

<sup>40</sup> *Australie- Mesures visant les importations de saumons*, par. 123.

<sup>41</sup> *Ibid.*, note de bas de page 72.

<sup>42</sup> Par. 3 de l'Annexe A de l'Accord SPS.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, par. 186.



































