

***A propos du principe du soutien mutuel
Les relations entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC***

*Laurence Boisson de Chazournes,
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève,
Directrice du département de droit international public et organisation internationale*

*Makane Moïse Mbengue,
Docteur en droit,
Hauser Global Law Program, New York University School of Law*

Résumé

Le principe du soutien mutuel a émergé dans la pratique internationale afin de faciliter l'articulation et la déférence entre les Accords environnementaux multilatéraux (AEM) et les accords internationaux de commerce, plus particulièrement les Accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Le soutien mutuel peut faire l'objet de formulations diverses et flexibles, implicites et explicites, principales et incidentes au sein des instruments internationaux. Le champ du commerce international des produits biotechnologiques plus communément appelés « Organismes génétiquement modifiés » (OGM) est un laboratoire intéressant pour appréhender les aspects juridiques du principe du soutien mutuel. Le commerce international de ces substances met face à face le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC. Le principe du soutien mutuel permet d'affirmer qu'il n'y a pas *ipso jure* de conflit entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC. Les méthodes d'interprétation reposant sur l'objet et le but du Protocole, le sens ordinaire de ses termes et son contexte, conduisent à constater que le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC sont porteurs de soutien mutuel.

The principle of mutual supportiveness has emerged in international practice in order to facilitate understanding of the relationship between multilateral environmental agreements (MEAs) and international trade agreements, in particular the Agreements of the World Trade Organization (WTO). Within international agreements, the mutual supportiveness principle is invoked in various forms, implicitly and/or explicitly, sometimes playing a principal and sometimes an incidental role. The field of international trade in biotechnological products more commonly referred to as "genetically modified organisms" (GMOs) provides an interesting context for considering the legal aspects of mutual supportiveness. The international trade in these substances pits the Cartagena Protocol against the WTO Agreements. The mutual supportiveness principle allows us to assert that there is no *ipso jure* conflict between the Cartagena Protocol and the WTO Agreements. The applicable methods of interpretation resting on the object and purpose of the Protocol, the ordinary meaning of its terms as well as its context, lead us to consider that the Cartagena Protocol and the WTO Agreements both encourage resort to mutual supportiveness.

El principio del apoyo mutuo ha surgido en la práctica internacional con el objetivo de facilitar la comprensión de la relación entre los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA) y los acuerdos internacionales de comercio, y en particular los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Dentro de los acuerdos internacionales, el principio de apoyo mutuo puede ser utilizado de manera flexible y de diversas formas, implícita o explícitamente, con un rol principal o sólo marginal. El ámbito del comercio internacional en los productos biotecnológicos, más bien conocidos como “organismos genéticamente modificados” (OGM) presenta un contexto interesante para considerar los aspectos legales del principio de apoyo mutuo. El comercio internacional en estas sustancias enfrenta al Protocolo de Cartagena con los acuerdos de la OMC. El principio de apoyo mutuo permite afirmar que no hay un conflicto *ipso jure* entre estos acuerdos. La utilización de métodos de interpretación en función del objeto y fin del Protocolo, el sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos y su contexto, llevan a la conclusión de que el Protocolo de Cartagena y los acuerdos de la OMC contienen una firme base para el apoyo mutuo.

Introduction

La cartographie de l'ordre juridique international laisse apparaître une mosaïque d'espaces normatifs. Ceux-ci sont en relation les uns avec les autres au moyen de certains principes et règles pour aider à leur interprétation et leur application. Dans ce contexte, l'on doit évoquer l'émergence du principe du soutien mutuel (*mutual supportiveness*, en anglais).

Celui-ci vise à faciliter l'articulation et la déférence entre d'une part, les Accords environnementaux multilatéraux (AEM), des instruments tels la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles du 20 octobre 2005 ou encore la Convention-cadre pour la lutte anti-tabac (2003) et le Règlement sanitaire international (2005) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et d'autre part, les accords internationaux de commerce, plus particulièrement les Accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).¹ Le principe du soutien mutuel a récemment fait l'objet d'un intérêt particulier suite à un différend porté à l'OMC, l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*.² En outre, la Commission du droit international (CDI) dans ses travaux sur la fragmentation du droit international s'y est intéressée sans aboutir à une formulation précise de son contenu et de sa portée juridiques. La CDI s'est en effet limitée à constater que le principe du soutien mutuel s'inscrit dans le cercle des « formules de compromis » qui « impliquent effectivement la volonté de reconnaître l'existence d'obligations conventionnelles parallèles et potentiellement conflictuelles ». ³ Aussi, dans l'esprit des travaux de la CDI sur la fragmentation du droit international, le principe du soutien mutuel est appréhendé en partie sous le prisme de la « clause de conflit » et suppose que « les conflits peuvent et devraient être réglés entre les

¹ Pour une rare analyse sur le principe du soutien mutuel, voir F. X. Perrez, « The Mutual Supportiveness of Trade and Environment », *ASIL Proceedings*, 2006, vol. 100, pp. 26-31.

² *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial, *WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R*, 29 septembre 2006.

³ *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, disponible sur : <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/78/PDF/G0661078.pdf?OpenElement>, para. 276.

partenaires au fur et à mesure qu'ils se présentent et dans *le but de ménager les intérêts des uns et des autres* ».⁴

La présente contribution aura pour objet d'analyser les aspects juridiques du principe du soutien mutuel dans un champ spécifique, en l'occurrence le commerce international des produits biotechnologiques plus communément appelés « Organismes génétiquement modifiés » (OGM). Le commerce international de ces substances met face à face le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (ci-après le « Protocole de Cartagena ») et les Accords de l'OMC. Par le biais du principe du soutien mutuel, l'idée sera de démontrer d'un côté qu'il n'y a pas *ipso jure* de conflit entre le Protocole de Cartagena et le droit de l'OMC et de l'autre que le soutien mutuel peut faire l'objet de formulations diverses et flexibles, implicites et explicites, principales et incidentes, au sein d'un régime juridique donné.⁵

I. Les divers visages du principe du soutien mutuel

Le principe du soutien mutuel est un principe de *cohérence* et de *coexistence* entre les instruments juridiques internationaux. En tant que principe de cohérence, il dicte une *lecture harmonieuse* des différents corps de règles internationales afin de garantir à chacun de ceux-ci la pleine réalisation des droits et obligations qui y sont attachés. En tant que principe de coexistence, le soutien mutuel commande une *lecture intégrative* des divers instruments juridiques internationaux dans l'optique de la préservation de leur intégrité et de la non modification des droits et obligations y afférents et négociés au sein de fora internationaux distincts. De par la lecture harmonieuse et intégrative à laquelle il tend, le principe du soutien mutuel est une émanation plus large de ce que la Commission du droit international a qualifié de « principe d'harmonisation » entendant par là que « lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un *ensemble unique d'obligations compatibles* ».⁶ C'est un principe qui prend appui tant sur une dimension intra-relationnelle que sur une dimension inter-relationnelle. Autrement-dit, le soutien mutuel vise la cohérence et la coexistence entre instruments internationaux appartenant à un corpus donné et centrés autour d'objectifs juridiques plus ou moins communs comme c'est le cas pour les AEM (il s'agit de la dimension intra-relationnelle), ainsi que la cohérence et la coexistence entre instruments n'appartenant pas au même *corpus juris* mais susceptibles de poursuivre un ou des objectifs juridiques plus ou moins similaires (il s'agit de la dimension inter-relationnelle) comme en témoigne à certains égards la relation entre Accords de l'OMC et AEM pour ce qui est de la promotion du *développement durable*.⁷

⁴ *Ibid.*, para. 276. Il convient de relever ici que l'approche de la CDI confère aux clauses de conflit une fonction d'harmonisation des diverses règles de droit international.

⁵ Pour une analyse des relations Protocole de Cartagena et Accords de l'OMC, voir S. Maljean-Dubois, « Regulating International GMOs Trade : An Outlook on the Future Relations between the CBD Cartagena Protocol on Biosafety and the World Trading System », in K. Van der Borgh (ed.), *Essays on the Future of the WTO : Finding a New Balance*, Cameron May, London, 2003, pp. 185-204.

⁶ *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 2006, disponible sur <http://untreaty.un.org/ilc>.

⁷ « À la fin du Cycle d'Uruguay, les négociateurs ont élaboré un préambule approprié pour le nouvel *Accord sur l'OMC*, qui renforçait le système commercial multilatéral en établissant une organisation internationale dans le but, notamment, de faciliter la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement de cet accord et des autres accords résultant de ce cycle, et de favoriser la réalisation de leurs objectifs. Reconnaisant qu'il importait d'assurer la continuité avec l'ancien système du GATT, les négociateurs se sont inspirés du préambule du GATT

Par ailleurs, le principe du soutien mutuel implique qu'il n'y a pas *ad definitionem* de conflit entre les accords internationaux. Appliquée aux relations commerce et environnement, une telle prémisse suppose que les dispositions contenues dans un accord environnemental multilatéral (AEM) et celles inscrites dans les Accords de l'OMC ne sont pas « mutuellement exclusives »⁸ les unes des autres et doivent pouvoir s'appliquer simultanément. C'est pourquoi, la CDI considère que des clauses contenant le principe du soutien mutuel reconnaissent « le fait qu'il n'est apparemment pas recommandé de produire une règle sur la priorité des traités, en raison de la trop grande hétérogénéité des traités et des circonstances. Les parties s'exhortent donc à faire preuve de tolérance les unes envers les autres et à accepter d'envisager un rôle «complémentaire» pour leurs instruments, ce qui est simplement une autre façon de souligner combien il importe d'harmoniser l'interprétation ».⁹

L'incorporation progressive du principe du soutien mutuel dans plusieurs instruments juridiques internationaux¹⁰, a consolidé sa reconnaissance juridique, voire sa cristallisation, dans le cadre des relations entre commerce et environnement. C'est un principe dont la construction et la substantivation se sont opérées au gré d'une évolution diachronique mais pas nécessairement chronologique. Celle-ci met en relief quatre tendances de soutien mutuel dans la pratique internationale.

La première tendance de soutien mutuel peut être baptisée « tendance PIC » du nom de la *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international* (ci-après « Convention PIC »). Le Préambule de cette Convention souligne que « les politiques commerciales et environnementales devraient être complémentaires afin d'assurer l'avènement d'un développement durable ». Bien que cette clause du Préambule de la Convention PIC constitue un socle pour une lecture symbiotique

de 1947 pour rédiger celui du nouvel *Accord sur l'OMC*. Toutefois, ils ont manifestement pensé que l'objectif de "pleine utilisation des ressources mondiales" qui figurait dans le préambule du GATT de 1947 n'était plus adapté au système commercial mondial des années 90. Ils ont donc décidé de nuancer les objectifs initiaux du GATT de 1947 en y ajoutant ce qui suit: « ... tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique [...] Nous notons encore une fois que ce texte démontre que les négociateurs de l'OMC ont reconnu que l'utilisation optimale des ressources mondiales devait se réaliser conformément à l'objectif de développement durable. Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'*Accord sur l'OMC*, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'*Accord sur l'OMC*, le GATT de 1994 en l'espèce » (italiques dans l'original), *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, *WT/DS58/AB/R*, paras. 152-153.

⁸ Pour un recours à une expression similaire dans le champ des relations entre Accords de l'OMC *inter se*, voir *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, Rapport du Groupe spécial, 2 juillet 1998, *WT/DS54/R*, *WT/DS55/R*, *WT/DS59/R*, *WT/DS64/R*, para. 14.28.

⁹ *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi, *op. cit.*, para. 277.

¹⁰ Voir par exemple, *Convention sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, Rotterdam, 10 septembre 1998, texte disponible dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. M. Mbengue, C. Romano, *Protection internationale de l'environnement*, Pedone, Paris, 2005, p. 503. *Convention sur les polluants organiques persistants*, Stockholm, 22 mai 2001, texte disponible dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. M. Mbengue, C. Romano, *ibid.*, p. 521. *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, Rome, 3 novembre 2001, Préambule, texte disponible dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. M. Mbengue, C. Romano, *ibid.*, p. 177.

des accords commerciaux et des AEM, le soutien mutuel n'y est perçu qu'en tant que facteur de complémentarité. Or, le soutien mutuel transcende la complémentarité. Tout soutien mutuel est porteur de complémentarité mais toute complémentarité n'est pas porteuse de soutien mutuel. La complémentarité vise une neutralité active devant permettre à chacun des corps de normes, environnementales et commerciales, de concourir à un objectif similaire tel le développement durable mais sans qu'il n'y ait d'interpénétration juridique entre les différents régimes. La complémentarité met en avant la coexistence mais pas nécessairement la cohérence consubstantielle au principe de soutien mutuel. Ce dernier se nourrit à la fois d'une dynamique de cohérence et d'une dynamique de coexistence propres à faire bénéficier les relations commerce et environnement d'un processus d'« accréation » et de « cumul » de règles internationales.¹¹

Il convient de relever également qu'au sein de la « tendance PIC », le principe du soutien mutuel n'est pas explicitement mentionné et partant il ne se profile pas encore comme principe autonome. La « tendance PIC » influencera notamment la conception du soutien mutuel dans d'autres AEM tels la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (ci-après, « Convention POP ») qui ne se réfère néanmoins pas au concept de « complémentarité » proprement-dit. Toutefois, la *démarche incitative* de la Convention de Rotterdam tendant à encourager une certaine complémentarité entre « politiques commerciales et environnementales », est écartée dans le Préambule de la Convention POP au profit d'une *démarche constatative* visant à reconnaître que les AEM et les accords de commerce international « concourent au même objectif ». L'esprit de la Convention POP est partant plus proche du principe du soutien mutuel que la lettre de la Convention PIC. En effet, la Convention POP est articulée autour d'un acquis juridique : celui selon lequel les AEM et les accords commerciaux internationaux poursuivent un objectif similaire. Il est d'ailleurs important de relever que la Convention POP ne se limite pas à évoquer l'objectif de développement durable mais tout simplement le « même *objectif* ». Bien que l'objectif de développement durable soit visé et ce, peut-être même au premier chef, il résulte de la phraséologie de la Convention POP que le socle d'objectifs communs aux AEM et aux accords de commerce international est beaucoup plus large qu'il ne paraît.

La deuxième tendance de soutien mutuel peut être dénommée « tendance Cartagena » du nom du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques. Au sein du régime de ce Protocole, le principe du soutien mutuel est pour la première fois explicitement mentionné dans un accord multilatéral: « les accords sur le commerce et l'environnement devraient se *soutenir mutuellement* en vue de l'avènement d'un développement durable ». Cela lui confère une texture juridique nouvelle. Tandis que dans la « tendance PIC », le soutien mutuel n'est envisagé que dans son versant « complémentarité » ou en dehors de tout référentiel spécifique à l'harmonie et à l'intégration entre accords internationaux ainsi qu'en témoigne la Convention POP, le soutien mutuel est juridiquement autonomisé dans le Protocole de Cartagena. Pourtant, le Protocole de Cartagena se situe bien au carrefour de la Convention PIC et de la Convention POP. Il prend appui sur le principe du soutien mutuel se rapprochant par là de l'esprit de la Convention POP, et adopte la même démarche incitative que la Convention de Rotterdam. La poursuite du développement durable n'y est pas vue comme un acquis juridique mais comme un objectif à réaliser. Le soutien mutuel se profile de

¹¹ “The current range of international legal obligations benefits from a process of accretion and cumulation [...]”, *Southern Bluefin Tuna case*, Australia and New Zealand v. Japan, Award on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2000, rendered by the Arbitral Tribunal constituted under Article VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea, para. 52, disponible sur: <http://www.worldbank.org/icsid/bluefintuna/award080400.pdf>.

ce fait – du moins à la lecture du Préambule du Protocole – comme un *principe interprétatif*. Il a pour fonction de promouvoir une interprétation harmonieuse des accords du commerce international et des AEM dans le sens d'un développement durable. En outre, il a pour vocation d'exclure toute rationalité de conflit entre ces différents systèmes d'accords internationaux. C'est également un *principe directeur* qui a pour vocation de guider et d'orienter les parties dans le sens d'une *mise en œuvre* harmonieuse de leurs droits et obligations respectifs en vertu des accords internationaux de commerce et des AEM.

Le Traité de la FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (ci-après, le « Traité FAO ») s'inscrit dans le sillage du Protocole de Cartagena. Ce dernier intègre les versants cohérence et coexistence du principe du soutien mutuel. La coexistence se manifeste dans le Préambule du Traité à travers la formule suivante : « Reconnaissant que le présent Traité et les autres accords internationaux pertinents devraient être *complémentaires* en vue d'assurer une agriculture durable et la sécurité alimentaire ». La cohérence résulte d'une autre formule à relents novateurs dans la pratique en matière de soutien mutuel : « *Conscientes* du fait que les questions concernant la gestion des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture se trouvent à l'intersection de l'agriculture, de l'environnement et du commerce, et convaincues qu'il devait y avoir une *synergie* entre ces secteurs ». Le concept de « synergie » met en relief l'un des aspects essentiels du soutien mutuel qu'est la *mise en balance* des aspects environnementaux et commerciaux.¹²

La troisième tendance a trait à la « tendance OMC » du soutien mutuel. La Déclaration de Doha de la Conférence ministérielle de l'OMC transpose le principe du soutien mutuel dans le cadre des négociations à l'OMC sur la relation entre règles de l'OMC et AEM. Le paragraphe 31 de la Déclaration de Doha se lit en effet comme suit : « Afin de renforcer le *soutien mutuel du commerce et de l'environnement*, nous convenons de négociations, sans préjuger de leur résultat, concernant: i) la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux (AEM). La portée des négociations sera limitée à l'applicabilité de ces règles de l'OMC existantes entre les parties à l'AEM en question. Les négociations seront sans préjudice des droits dans le cadre de l'OMC de tout Membre qui n'est pas partie à l'AEM en question ».¹³ La Déclaration ministérielle de Hong Kong réitère le principe du soutien mutuel: « Nous réaffirmons le mandat énoncé au paragraphe 31 de la Déclaration ministérielle de Doha, qui vise à *renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement*, et nous félicitons des travaux importants entrepris au Comité du commerce et de l'environnement (CCE) réuni en Session extraordinaire. Nous donnons pour instruction aux Membres d'intensifier les négociations, sans préjuger de leur résultat, sur toutes les parties du paragraphe 31 afin de remplir le mandat ».¹⁴

La quatrième tendance peut être qualifiée de « tendance UNESCO » en référence à la Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle. Celle-ci marque une étape nouvelle en matière de soutien mutuel. Alors que tous les accords internationaux susmentionnés incorporent le principe du soutien mutuel dans leur Préambule, la Convention de l'UNESCO incorpore le principe du soutien mutuel à titre de *jus dispositivum*. La référence au principe y est explicite comme dans le cadre de la génération « Cartagena » puisque les Etats parties

¹² Sur la question de la mise en balance en matière de soutien mutuel, voir *infra*.

¹³ Voir Conférence ministérielle, quatrième session, Doha, 9-14 novembre, Déclaration ministérielle adoptée le 14 novembre 2001, disponible sur : http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm.

¹⁴ Voir Conférence ministérielle, sixième session, Hong Kong, 13-18 décembre, Déclaration ministérielle adoptée le 18 décembre 2005, disponible sur http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min05_f/final_text_f.htm.

« encouragent le *soutien mutuel* entre cette Convention et les autres traités auxquels [ils] sont parties ». La Convention UNESCO différencie le soutien mutuel de la simple « complémentarité » par le biais de l'intitulé fort intéressant de l'Article 20 de la Convention UNESCO : « *Relations avec les autres instruments : soutien mutuel, complémentarité et non-subordination* ». Mieux, elle clarifie le contenu de ces concepts. Elle démontre ainsi que la complémentarité vise à ce que les Etats remplissent « de bonne foi leurs obligations en vertu de la présente Convention et de tous les autres traités auxquels [ils] sont parties ». Cela explique la fameuse neutralité active à laquelle l'on s'est référée pour expliciter le sens du contenu du concept de complémentarité dans la Convention PIC. La Convention UNESCO met enfin en exergue le diptyque sur lequel s'appuie le principe de soutien mutuel, c'est-à-dire un principe d'interprétation et un principe directeur en prévoyant que « lorsqu'[ils] *interprètent* et *appliquent* les autres traités auxquels [ils] sont parties ou lorsqu'[ils] souscrivent à d'autres obligations internationales, les [Etats] Parties prennent en compte les dispositions pertinentes de la présente Convention ».

De cette exploration de la pratique internationale en matière de soutien mutuel, notamment à travers les différents types d'instruments, il apparaît clairement que le principe du soutien mutuel présente des facettes diverses. Dans le cadre du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques, le principe du soutien mutuel a vocation à servir de principe interprétatif aux fins de cohérence et de coexistence entre le Protocole et les Accords de l'OMC. Pour appréhender sa portée, l'on se rapportera aux règles générales d'interprétation des traités internationaux. Il convient toutefois d'identifier celles qui sont à même de promouvoir le soutien mutuel entre AEM et Accords de l'OMC.

Il s'agira dès lors de se placer sur le terrain du test *ratione materiae* de l'article 31.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ce test consiste à se demander dans quelle mesure un instrument invoqué dans un différend peut contribuer à clarifier les droits et obligations contenus dans un autre instrument juridique international. Schématiquement, dans les relations commerce et environnement, le test a par exemple trait à se demander dans quelle mesure le Protocole de Cartagena peut servir à la clarification des droits et obligations prévus par les Accords de l'OMC, dont notamment l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires. Pour ce faire, l'article 31.1 de la Convention de Vienne établit un faisceau de critères que sont l'objet et le but de l'instrument juridique international invoqué dans un différend, le sens ordinaire de ses termes ainsi que son contexte. A partir de ce faisceau de critères, il est alors plus aisé de déterminer le sens et la portée du soutien mutuel chaque fois qu'un problème de relation entre du « droit non-OMC » (AEM par exemple) et du droit OMC se pose. Transposé à l'échelon du Protocole de Cartagena, le test de l'article 31.1 de la Convention de Vienne laisse transparaître que la prise en compte de l'objet et du but du Protocole (II), du sens ordinaire de ses termes (III) et de son contexte (IV), est facteur de soutien mutuel avec les Accords de l'OMC.

II. La prise en compte de l'« objet et du but » du Protocole de Cartagena comme facteur de soutien mutuel avec les Accords de l'OMC

Les trente dernières années ont vu le thème de la biotechnologie se développer fortement, tant dans le domaine de la recherche que dans le cadre des négociations internationales. Les

avancées dans le domaine des biotechnologies ont engendré des sentiments divers.¹⁵ D'un côté, elles étaient perçues comme un facteur d'exploitation et de développement des ressources génétiques de la planète.¹⁶ 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. Le Protocole de Cartagena est entré en vigueur le 11 septembre 2003. Il se situe au carrefour des négociations entre commerce et environnement et il contient des restrictions particulières au commerce à fin de protection de l'environnement.

De par son objet et but, le Protocole est à même de promouvoir le soutien mutuel entre le régime qu'il établit et les Accords de l'OMC. En effet, le Protocole de Cartagena est un instrument d'un type particulier (A) qui intègre simultanément des considérations environnementales et des considérations commerciales. Il symbolise l'émergence d'une nouvelle génération d'AEM que l'on peut qualifier d'AEM à « texture commerciale ».¹⁷ Les divers éléments contenus dans le Protocole de Cartagena trouvent également une assise dans le droit de l'OMC, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation objective des risques (B).

A. Spécificité du Protocole de Cartagena par rapport à d'autres AEM

Bon nombre d'accords environnementaux multilatéraux accordent aux Etats le droit de recourir à des mesures de restriction au commerce international pour garantir la réalisation et le respect des objectifs de protection de l'environnement et/ou de la santé. Le recours aux mesures commerciales dans les AEM obéit à deux logiques différentes. D'une part, il peut s'agir de prévoir le recours à des mesures commerciales à titre de « sanctions » contre les Etats qui ne respecteraient pas les obligations contenues dans un AEM (c'est le cas par exemple du Protocole de Montréal relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone¹⁸). D'autre part, il peut s'agir de prévoir le recours à des mesures commerciales à des fins de « prévention » de certains risques environnementaux susceptibles d'apparaître sur le territoire d'un Etat du fait du commerce international. Dans ce cas de figure, les mesures commerciales permettent à un Etat non pas de sanctionner le non-respect par un autre Etat de certaines obligations internationales, mais plutôt d'anticiper la réalisation de dommages à l'environnement qui pourraient résulter du commerce de certaines substances ou produits nocifs ou dangereux.

Le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relève de cette seconde catégorie d'instruments internationaux dont l'objet est de régir le commerce

¹⁵ Sur les inquiétudes que posent les biotechnologies, voir par exemple, F. Francioni (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Hart, Oxford and Portland, 2007.

¹⁶ Voir sur ces aspects de la biotechnologie, J. Bourrinet, « De l'hystérie anti-OGM à la recherche d'une biovigilance internationale en deçà et au-delà du commerce international d'organismes génétiquement modifiés », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés* (sous la direction de J. Bourrinet et S. Maljean-Dubois), CERIC- La Documentation française, Paris, 2002, pp. 5-58.

¹⁷ Sur la distinction entre AEM à « texture commerciale » et AEM à « texture environnementale », voir L. Boisson de Chazournes, M. M. Mbengue, « La Déclaration de Doha de la Conférence ministérielle de l'OMC et sa portée dans les relations commerce et environnement », *Revue générale de droit international public*, vol. 106, n°4, 2002, pp. 855-892.

¹⁸ *Protocole relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, Montréal, 16 septembre 1987, texte disponible dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, C. Romano, *Protection internationale de l'environnement*, Pedone, Paris, 1998, p. 586.

international de certaines substances à des fins de prévention des risques de dommage à l'environnement et/ou à la santé. Toutefois, le Protocole de Cartagena présente deux particularités par rapport aux autres instruments qui appartiennent à cette catégorie.

Premièrement, alors que la quasi-totalité des AEM qui incorporent des mesures commerciales, listent ou identifient spécifiquement les substances pouvant faire l'objet de restrictions commerciales (par exemple, Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination¹⁹, Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international²⁰, Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (POP)²¹), le Protocole de Cartagena porte sur les Organismes vivants modifiés (OVM) sans préciser ceux d'entre eux qui pourraient faire l'objet de mesures restrictives au commerce international. Deuxièmement, alors que les substances dont le commerce international est régi par les instruments internationaux sont qualifiées généralement de « substances dangereuses », les OVM dans le cadre du Protocole de Cartagena ne procèdent pas d'une telle qualification. Le régime du Protocole de Cartagena repose sur l'incertitude scientifique qui caractérise les risques liés aux OVM et ne se prononce donc pas explicitement sur la dangerosité ou la non-dangerosité des OVM susceptibles de faire l'objet de commerce international.

Ce double particularisme éclaire les risques d'entrechoquement entre le Protocole de Cartagena et les accords de l'OMC. Ces derniers reposent sur le principe de la prévisibilité des droits et obligations, alors que le Protocole de Cartagena semble instituer un régime du commerce international des OGM qui n'est *a priori* pas prévisible dans la mesure où la possibilité d'importer ou non un OGM (sous-catégorie d'OVM) sur le territoire d'un Etat dépendra de l'appréciation au cas par cas dudit OGM par l'Etat d'importation.²²

B. L'objet et le but « primaires » : Le Protocole de Cartagena, un AEM à texture commerciale basé sur l'évaluation objective des risques

Le Protocole de Cartagena s'intéresse au commerce international des Organismes vivants modifiés (OVM). C'est un instrument qui a vocation à prévenir les « effets défavorables » sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique²³ et qui s'applique à tous les aspects du commerce international des OVM que le Protocole désigne sous le vocable « mouvements transfrontières ».²⁴ Le Protocole de Cartagena régit de ce fait les relations entre

¹⁹ *Convention sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, Bâle, 22 mars 1989, texte disponible dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. M. Mbengue, C. Romano, *Protection internationale de l'environnement*, Pedone, Paris, 2005, p. 493.

²⁰ *Convention sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, Rotterdam, 10 septembre 1998, texte disponible dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. M. Mbengue, C. Romano, *ibid.*, p. 503.

²¹ *Convention sur les polluants organiques persistants*, Stockholm, 22 mai 2001, texte disponible dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. M. Mbengue, C. Romano, *ibid.*, p. 521.

²² Sur la procédure d'accord préalable en connaissance de cause et son impact sur le commerce international, voir *infra*.

²³ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique relatif à la Convention sur la diversité biologique*, Montréal, 29 janvier 2000, article 1^{er}, texte disponible dans L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné, M. M. Mbengue, C. Romano, *op. cit.*, p. 521.

²⁴ *Ibid.*, article 4.

Etats exportateurs d'OVM et Etats d'importation. En cela le Protocole de Cartagena apparait comme un accord intégrant tant des considérations environnementales que des considérations commerciales.

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

Rappelons que le droit de recourir à des mesures restrictives du commerce international à des fins de protection de l'environnement relève de la souveraineté de chaque Etat tant qu'aucune discrimination ou restriction déguisée au commerce n'est opérée. Comme il a été rappelé par le Groupe spécial dans l'affaire *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés* :

« nous ne sommes pas, à notre avis, tenus d'examiner *l'opportunité de l'objectif général déclaré en tant que tel. En d'autres termes, nous ne sommes pas tenus d'évaluer le choix général déclaré par le Brésil, qui consiste à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux contre certains risques, ni le niveau de protection que le Brésil veut atteindre.* Nous rappelons aussi à cet égard que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a dit clairement que chaque Membre de l'OMC avait "... le droit de fixer le niveau de protection de la santé qu'[il] jug[eait] approprié dans une situation donnée" [...] En l'espèce, le Brésil estime que l'objectif général sur lequel l'interdiction d'importer repose est la protection de la santé et de la vie des personnes et de l'environnement, et que cet objectif est destiné à prévenir la production de quantités additionnelles de pneumatiques de rebut au Brésil et, ce faisant, à réduire l'incidence du cancer, de la dengue, de la fièvre jaune, des maladies respiratoires, des problèmes de reproduction, de la contamination de l'environnement et d'autres risques associés aux pneumatiques de rebut. À notre avis, la politique déclarée du Brésil visant à réduire l'exposition aux risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux découlant de l'accumulation de pneumatiques de rebut entre dans la catégorie des politiques visées par l'article XX b) ». ²⁵ (italiques ajoutés)

Le droit d'accès au marché n'est pas absolu à l'OMC. Il est sujet à certaines exceptions lorsqu'il est notamment nécessaire de protéger la santé des personnes, la santé et la vie des végétaux et des animaux 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 pertinentes sont insuffisantes. Cela représente, dans une certaine mesure, le droit pour un Etat importateur de prendre ses décisions relatives à l'entrée d'OGM sur son territoire en appui d'une approche de précaution.²⁶

²⁵ *Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, Rapport du Groupe spécial, *WT/DS332/R*, 12 juin 2007, paras. 7-97 et 7.99-7.100.

²⁶ Sur la précaution comme élément de passerelle entre le Protocole de Cartagena et l'Accord SPS, voir *infra*.

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. Les organes de règlement des différends de l'OMC se refusent eux-mêmes de procéder à un examen *de novo* du niveau de protection approprié déterminé par un Etat :

« Nous ne pensons pas qu'en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord, ou de toute autre disposition du Mémoire d'accord ou de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial ou l'Organe d'appel puisse [...] substituer son propre raisonnement sur le niveau de protection que suppose la mesure à celui qui a toujours été exposé par l'Australie. La détermination du niveau de protection approprié, notion définie au paragraphe 5 de l'annexe A comme étant le "niveau de protection considéré approprié par le Membre établissant une mesure sanitaire", est une *prérogative* revenant au Membre concerné et non à un groupe spécial ou à l'Organe d'appel ». ²⁷ (italiques dans l'original)

Par conséquent, un Etat peut appliquer des mesures concernant les OGM, y compris des mesures fondées sur la précaution, qui entraînent un niveau de protection plus élevé que celui qui serait fondé sur les normes ou recommandations internationales pertinentes. Néanmoins, l'obligation d'évaluation « objective » du risque persiste même en contexte d'incertitude scientifique. 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" ». ²⁸ (italiques ajoutés)

Le droit des Etats d'adopter des mesures appropriées a été également reconnu par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire des *Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* dans les termes ci-après :

« Ce droit qu'a un Membre d'établir son propre niveau de protection [...] est un droit autonome et non une "exception" à une "obligation générale" ». ²⁹

Le Protocole de Cartagena fait dépendre les mesures de restriction du commerce international des OVM d'une évaluation objective des risques. Il en est de même des mesures restrictives pouvant être prises à l'OMC, notamment au regard de l'Accord SPS. L'évaluation des risques est une composante essentielle de l'analyse du risque. Le concept d'analyse du risque a été élaboré par la Commission du Codex Alimentarius. Cette dernière définit l'« analyse des risques » comme un processus comportant trois volets interdépendants et complémentaires : l'évaluation des risques, la gestion des risques et la communication des risques. ³⁰

L'évaluation du risque est une phase *a priori* de l'analyse du risque dans la mesure où elle a pour objet par définition d'identifier le risque lié à une activité ou à une substance. C'est

²⁷ *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Rapport de l'Organe d'appel, *WT/DS18/AB/R*, 20 octobre 1998, para. 199.

²⁸ *Ibid.*, para. 125.

²⁹ *Communautés européennes- Mesures concernant les viandes et les produits*, rapport de l'Organe d'appel, *WT/DS26/AB/R*, 16 janvier 1998, para. 172.

³⁰ Voir Commission du Codex Alimentarius, *Manuel de procédure (15^{ème} édition)*, « Définition des termes relatifs à l'innocuité des aliments », 2005, p. 47, disponible sur : ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_15f.pdf.

l'élément de connaissance du risque qui permet de distinguer entre l'évaluation du risque et les autres phases que sont la gestion et la communication du risque. Au moment de l'enclenchement de l'évaluation, le risque ou l'incertitude sur le risque n'est pas encore connu, voire établi. Lorsque la nature du risque est connue, l'évaluation porte alors sur la probabilité et l'ampleur dudit risque. La phase d'évaluation permet donc le passage d'un état d'ignorance à un état de connaissance sur le risque. C'est en cela qu'elle correspond à une analyse *a priori* du risque. Par contre, la gestion et la communication portent sur un risque identifié grâce à la phase d'évaluation ou sur un risque pour lequel l'évaluation a démontré qu'il y a incertitude scientifique. De ce fait, elles interviennent généralement *a posteriori* de l'analyse des risques.

La pratique internationale a dessiné les contours de l'évaluation des risques. Il est généralement reconnu que l'évaluation des risques est un « processus à base scientifique »³¹ rythmé autour de l'identification des dangers, la caractérisation des dangers, l'évaluation de l'exposition et la caractérisation des risques.³²

La référence à un « processus à base scientifique » implique que l'évaluation des risques s'appuie nécessairement sur des données scientifiques, des « preuves scientifiques disponibles »³³, des « méthodes scientifiques éprouvées »³⁴, des « principes scientifiques »³⁵, des « méthodes scientifiques établies et acceptées »³⁶, les « meilleures connaissances scientifiques disponibles »³⁷, certains parlant même d'un « raisonnement logique ».³⁸

Le Protocole de Cartagena est à l'heure actuelle l'instrument multilatéral le plus élaboré en matière d'évaluation des risques. L'annexe III du Protocole fait le distinguo entre quatre phases : *l'identification des risques* qui peuvent avoir des effets défavorables ; *l'évaluation de la probabilité* que ces effets défavorables surviennent, l'évaluation des conséquences qu'auraient ces effets défavorables s'ils survenaient ; *l'estimation du risque global* sur la base de l'évaluation de la probabilité de survenue des effets défavorables repérés et de leurs conséquences ; une recommandation indiquant si *les risques sont acceptables ou gérables*, y compris, au besoin, la définition de stratégies de gestion de ces risques. A ces quatre phases vient se greffer la nécessité de prendre en considération dans l'évaluation des risques, les « incertitudes quant à la gravité du risque ». L'importance de l'évaluation des risques dans le régime du Protocole de Cartagena témoigne de la « communauté d'intérêts » qui caractérise à ce niveau le Protocole et l'Accord SPS, celui-ci faisant également largement place à l'évaluation des risques.³⁹

³¹ Sur ces étapes, voir Commission du Codex Alimentarius, *Manuel de procédure (15^{ème} édition)*, « Définition des termes relatifs à l'innocuité des aliments », 2005, p. 47, disponible sur : ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_15f.pdf.

³² *Ibid.*, p. 47. Voir également, Commission des Communautés européennes, *Communication sur le recours au principe de précaution*, Bruxelles, 2 février 2000, Com (2000) 1 final, p. 13, disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2000/com2000_0001fr01.pdf.

³³ Voir par exemple, *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, Montréal, 29 janvier 2000, article 15.

³⁴ *Ibid.*, article 15.

³⁵ Voir par exemple, *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, article 2.

³⁶ Voir par exemple, *Règlement sanitaire international (2005)*, article 1.1.

³⁷ Voir par exemple, *Convention-cadre sur les changements climatiques*, New York, 9 mai 1992, article 4.d.

³⁸ Voir par exemple, Commission des Communautés européennes, *Communication sur le recours au principe de précaution*, *op. cit.*, p. 13.

³⁹ Voir par exemple, Article 5 :1 de l'Accord SPS : « Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des

Toutefois, la procédure d'évaluation des risques prévue par le Protocole est beaucoup plus large que celle qui ressort de l'Accord SPS. L'incertitude scientifique est une *étape* de l'évaluation des risques dans le régime du Protocole. Elle est un *résultat* de l'évaluation des risques dans le cadre de l'Accord SPS. Elle est une étape en ce sens que l'Annexe III du Protocole prévoit qu'en cas d'incertitude sur la gravité du risque, un complément d'information peut être demandé pour mener à bien l'évaluation des risques. Elle est un résultat dans le cadre de l'Accord SPS car la mesure SPS peut se baser sur l'incertitude (dénommée « insuffisance de preuves scientifiques pertinentes ») qui découle d'une évaluation objective des risques.⁴⁰

Malgré cette différence, l'obligation d'évaluation des risques dans le Protocole de Cartagena poursuit le même objectif que celle contenue dans l'Accord SPS, à savoir prévenir les discriminations et les restrictions déguisées ou abusives au commerce international. Il apparaît dès lors que le Protocole de Cartagena est un accord *sui generis* qui ne relève pas exclusivement du champ des AEM. Celui-ci incorpore une logique quasi-similaire aux Accords de l'OMC et notamment à l'Accord SPS qui conditionne toutes mesures restrictives à une évaluation objective du risque.

III. La prise en compte du « sens ordinaire des termes » du Protocole de Cartagena comme facteur de soutien mutuel avec les Accords de l'OMC

Le Protocole de Cartagena n'est pas un « texte contraire aux règles classiques du libre-échange ».⁴¹ La lecture du sens ordinaire des termes du Protocole comme le dicte l'article 31.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités démontre que la *lex scripta* du Protocole est porteuse de soutien mutuel avec les Accords de l'OMC. D'une part, les concepts d'insuffisance de preuves scientifiques et de précaution ont un sens favorable à un soutien mutuel (A). La précaution dans le Protocole de Cartagena s'appuie sur une procédure d'évaluation des risques relativement contraignante. Etant donné l'importance de la précaution et de la procédure d'évaluation objective du risque au sein du régime du Protocole de Cartagena, un questionnement pourrait se poser quant à la possibilité de déduire un sens ordinaire « caché » des termes qui conduirait à qualifier le Protocole de Cartagena de norme internationale pertinente dans l'optique d'un soutien mutuel avec les Accords de l'OMC (B).

A. Les concepts d'insuffisance de preuves scientifiques et de précaution dans le Protocole comme vecteurs de soutien mutuel

La précaution est fortement ancrée dans le régime du Protocole de Cartagena. Elle module les droits et obligations prévus par le Protocole. Le principe de précaution – quelque soit

végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes ».

⁴⁰ Voir *infra* Article 5 :7 de l'Accord SPS

⁴¹ Sur cette affirmation, voir M.-A. Hermitte, Ch. Noiville, « Marrakech et Carthage comme figures opposées du commerce international », in *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, *op. cit.*, p. 319.

l'appréciation sur son statut⁴² – ne s'est pas imposé à titre de principe général autonome par rapport aux droits et obligations négociés dans le cadre des Accords de l'OMC. L'Organe d'appel lors du célèbre différend *Hormones* entre la Communauté européenne, les Etats-Unis et le Canada, s'est refusé à prendre position sur le statut de la précaution, considérant qu'

« [...] il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position au sujet de cette question importante mais abstraite [...] le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité ».⁴³

Toutefois, si les organes de règlement des différends se sont abstenus de prendre position sur le statut de la précaution et se sont refusés par ricochet à reconnaître sa prévalence sur les droits et obligations contenus dans les Accords de l'OMC – et particulièrement l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires – ils ont considéré qu'il trouve un reflet dans le *corpus juris* en vigueur de l'OMC.⁴⁴

La précaution a pour réceptacle l'article 5:7 de l'Accord SPS.⁴⁵ L'article 5:7 fonctionne comme une « exemption assortie de réserves »⁴⁶ de l'obligation énoncée à l'article 2:2 de

⁴² Voir sur la précaution, L. Boisson de Chazournes, « Precaution in International Law : Reflection on its Composite Nature », in T. Ndiaye and R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Koninklijke Brill, The Hague, 2007, pp. 21-34.

⁴³ *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, 16 janvier 1998, *WT/DS26/AB/R*, *WT/DS48/AB/R*, para. 123. Le Groupe Spécial établi dans l'affaire *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques* a adopté une attitude semblable, Rapport du Groupe spécial, *WT/DS291/R*, *WT/DS292/R*, *WT/DS293/R*, 29 septembre 2006, para. 7.88-7-89: « Il nous apparaît d'après les arguments des parties et autres données disponibles que le débat juridique sur le point de savoir si le principe de précaution constitue un principe reconnu de droit international général ou coutumier se poursuit. Notamment, il n'y a eu, jusqu'ici, aucune décision faisant autorité prise par une cour ou un tribunal international qui reconnaisse le principe de précaution en tant que principe de droit international général ou coutumier. Il est exact que des dispositions appliquant explicitement ou implicitement le principe de précaution ont été incorporées dans de nombreuses conventions et déclarations internationales, même si, pour la plupart, il s'agit de conventions et de déclarations sur l'environnement. Par ailleurs, le principe a été invoqué et appliqué par les États au niveau national, là encore dans le cadre essentiellement du droit environnemental national. D'un autre côté, des questions subsistent en ce qui concerne la définition et la teneur précises du principe de précaution. Enfin, en ce qui concerne la doctrine, nous notons que de nombreux auteurs ont été d'avis que le principe de précaution existait en tant que principe général dans le droit international. Dans le même temps, comme l'Organe d'appel l'a déjà noté, d'autres se sont dits sceptiques et considèrent que le principe de précaution n'a pas encore atteint le statut de principe général dans le droit international [...] Étant donné que le statut juridique du principe de précaution reste incertain, comme l'Organe d'appel avant nous, nous considérons que la prudence nous suggère de ne pas essayer de régler cette question complexe, en particulier s'il n'est pas nécessaire de le faire. L'analyse que nous faisons plus loin indique clairement qu'afin de nous prononcer sur les allégations juridiques portées à notre connaissance nous n'avons pas à prendre position sur le point de savoir si le principe de précaution est ou non un principe reconnu de droit international général ou coutumier. Par conséquent, nous nous abstenons d'exprimer un point de vue sur cette question ».

⁴⁴ Sur le statut de la précaution à l'OMC, voir G. Marceau, « Le principe de précaution dans la jurisprudence de l'OMC - Leçon inaugurale », Université de Genève, Faculté de droit, *EcoLomic Policy and Law*, 2005, vol. 2, n°3, pp. 1–20. Disponible sur : http://www.ecolomics-international.org/ecolomic_policy_and_law.htm

⁴⁵ L'article 5 :7 de l'Accord SPS se lit comme suit : « Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable ».

l'Accord SPS⁴⁷ de ne pas maintenir de mesures SPS sans preuves scientifiques suffisantes. Ce statut d'exemption ne fait pas de l'article 5:7 un mécanisme dérogatoire ou une simple exception aux droits et obligations contenus dans l'Accord SPS. L'article 5:7 repose sur un véritable droit autonome⁴⁸ et aurait des implications sur la charge de la preuve ainsi que l'a noté le Groupe spécial dans l'affaire *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques* :

« Qualifier l'article 5:7 de droit assorti de réserves, et non d'exception, a également des répercussions sur l'attribution de la charge de la preuve en ce qui concerne la question de la compatibilité d'une mesure SPS avec l'article 5:7. D'après ce que l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *CE – Préférences tarifaires*, dans les cas où la disposition contenant l'autorisation constituait un droit et non une exception, "la partie plaignante avait la charge d'établir qu'une mesure contestée est incompatible avec la disposition autorisant un comportement particulier" [...] dans les cas où une partie plaignante allègue qu'une mesure SPS est incompatible avec l'obligation [...] de ne pas maintenir des mesures SPS sans preuves scientifiques suffisantes, il incombe à la partie plaignante, et non à la partie défenderesse, de démontrer que la mesure SPS contestée est incompatible [...] ».⁴⁹

En dehors de cette insertion matérielle de la précaution dans l'article 5:7, d'autres éléments militent en faveur d'un « traitement précautionneux » du risque à l'OMC. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *Amiante* a admis que l'on ne peut exiger d'un Etat membre de l'OMC de suspendre l'adoption de mesures de santé « à l'acquisition de *certitudes* concernant un risque » car cela aboutirait à empêcher toute possibilité de légiférer dans le domaine de la santé publique.⁵⁰

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 bien que le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un « risque vérifiable », cela ne saurait signifier qu'un Etat membre de l'OMC « ne peut déterminer que son niveau de protection appropriée correspond à un « *risque nul* » ». ⁵¹ Ces ouvertures permettent-elles pour autant d'affirmer que le critère de l'incertitude scientifique, fondement essentiel de la mesure de précaution dans le cadre du Protocole de Cartagena, a un droit de cité à l'OMC ?

En réalité, la reconnaissance du critère de l'incertitude scientifique par les organes de règlement des différends à l'OMC demeure beaucoup plus floue et relative. A la lumière du

⁴⁶ *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'Organe d'appel, 22 février 1999, *WT/DS76/AB/R*, para. 80.

⁴⁷ L'article 2:2 de l'Accord SPS se lit comme suit: "Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes [...]".

⁴⁸ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, *op. cit.*, para. 7.2969.

⁴⁹ *Ibid.*, para. 7.2976.

⁵⁰ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport du Groupe spécial, doc. *WT/DS135/R*, 18 septembre 2000, para. 8.221.

⁵¹ *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, Rapport de l'Organe d'appel, 20 octobre 1998, *WT/DS18/AB/R*, para. 126.

rapport d'appel sur l'affaire *Hormones*, il a été rappelé que « des gouvernements [...] responsables et représentatifs peuvent agir de bonne foi sur la base de ce qui peut être, à un moment donné, une *opinion divergente* provenant de sources compétentes et respectées ». ⁵² L'Organe d'appel précise, par exemple, dans l'affaire *Amiante* que dans l'élaboration d'une politique de santé, un Etat n'est pas tenu de suivre « automatiquement » une opinion scientifique majoritaire, et que partant l'appréciation de la licéité de mesures sanitaires ou environnementales à l'OMC ne doit pas se faire forcément sur la base du « poids *prépondérant* de la preuve ». ⁵³ La précaution peut être antinomique de la prépondérance scientifique. Elle peut faire place à l'opinion scientifique minoritaire et dans ce cas précis l'incertitude scientifique jouit d'une certaine légitimité à l'OMC.

Toutefois, l'interprétation qu'a donnée l'Organe d'appel de l'article 5 :7 en soulignant le critère de l'insuffisance des preuves scientifiques pertinentes au détriment de l'incertitude scientifique ⁵⁴, relativise un tant soi peu l'intégration effective de l'incertitude scientifique dans le *corpus* de l'Accord SPS. Si le concept d'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes relève du concept générique d'incertitude scientifique, il est difficile d'admettre que l'insuffisance de preuves scientifiques équivaille *in toto* à l'incertitude scientifique.

Cela étant dit, l'approche de précaution telle qu'envisagée par le Protocole de Cartagena n'est pas fondamentalement différente de la perception de la précaution à l'OMC, c'est-à-dire une incertitude découlant de l'insuffisance de preuves scientifiques pertinentes. Le Protocole de Cartagena considère l'« absence de certitude scientifique » (autre désignation de l'incertitude scientifique) comme étant strictement « *due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes* » ⁵⁵, créant par là une passerelle entre précaution, incertitude, et insuffisance de preuves scientifiques pertinentes mais également entre le Protocole et l'article 5 :7 de l'Accord SPS.

Cependant, un problème peut se poser quant au *caractère provisoire* des mesures de précaution. Dans le cadre de l'Article 5 :7 de l'Accord SPS, la mesure SPS de précaution est une mesure provisoire alors que le Protocole est silencieux sur ce point. Ceci étant la précaution dicte une évaluation continue des risques et partant une mesure de précaution prise en vertu du Protocole est appelée à être modifiée en fonction de l'évolution des connaissances scientifiques. Cela confirme son caractère provisoire. Une constante demeure dans le *modus operandi* de la précaution : le caractère provisoire des mesures de précaution. La précaution n'a pas vocation à s'appliquer *ad vitam ad aeternam*. Elle implique une obligation continue d'objectivation du risque, afin de réduire la part d'incertitude qui le caractérise.

La jurisprudence de l'OMC a permis de mieux cerner les contours du caractère provisoire d'une mesure de précaution. L'article 5:7 énonce quatre prescriptions auxquelles il faut satisfaire pour qu'une mesure de précaution soit justifiée. Ces prescriptions, de nature cumulative, sont les suivantes: « i) la mesure est imposée relativement à une situation dans laquelle "les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes"; ii) la mesure est adoptée sur la base des "renseignements pertinents disponibles" ; iii) une mesure provisoire de précaution

⁵² *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 194.

⁵³ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R, para. 178.

⁵⁴ *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS245/AB/R, 26 novembre 2003, para. 184.

⁵⁵ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, article 10.6.

ne peut être maintenue que si l'Etat qui l'a adoptée "s'efforce d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque" ; iv) et si l'Etat "examine en conséquence la mesure de précaution dans un délai raisonnable ».⁵⁶

Il découle de ces prescriptions que le caractère provisoire d'une mesure de précaution est tributaire de données scientifiques plus approfondies et de l'évolution des connaissances scientifiques. En outre, le caractère provisoire place une obligation à la charge de l'Etat qui prend les mesures de précaution, laquelle obligation consiste à effectuer des recherches pour obtenir les données scientifiques additionnelles nécessaires à une « évaluation plus objective du risque ».⁵⁷ Ces recherches devront être à même de permettre un réexamen périodique des mesures de précaution et ce, afin de tenir compte des nouvelles données scientifiques disponibles.

Suite à la lecture qu'en ont faite les organes de règlement des différends de l'OMC, le caractère provisoire de la mesure de précaution induit un *moratoire* de type particulier qui permet de situer la précaution au carrefour de l'abstention et de l'action. Abstention en ce sens que la mesure de précaution pourrait conduire à l'interdiction d'une activité ou d'une substance à risques (par exemple, une interdiction d'importer). Action dans la mesure où le moratoire résultant de la précaution doit servir à la production de connaissances scientifiques qui viendront infirmer ou confirmer l'existence d'un risque grave pour l'environnement et/ou la santé. Ce n'est donc pas au terme d'un « moratoire passif » mais d'un « moratoire actif »⁵⁸ que la mesure de précaution sera soit modifiée soit retirée.

L'article 5:7 de l'Accord SPS semble être interprété de manière linéaire et n'intègre pas tous les aspects de la précaution tels que contenus dans le Protocole de Cartagena. La précaution repose certes sur une obligation continue de procéder à des recherches scientifiques aux fins d'objectivation du risque, mais il peut tout à fait arriver qu'au cours de ce processus d'objectivation, l'incertitude scientifique croît au lieu de décroître. Or, l'article 5:7 semble prendre pour acquis que si les études scientifiques vont *in crescendo*, l'incertitude ira *decrecendo*. Le Protocole de Cartagena fait quant à lui, reposer le caractère provisoire d'une mesure de précaution sur l'évolution des connaissances scientifiques mais l'élément déterminant est l'évitement du risque et du dommage liés aux mouvements transfrontières d'OGM. Dès lors, ce n'est pas l'acquisition de plus de certitude scientifique qui influe *prima facie* sur le caractère provisoire de la mesure de précaution mais bel et bien le degré d'incertitude qui caractérise tant le risque que le dommage y afférent.

Au vu des éléments susmentionnés, l'approche de précaution ne saurait être un frein à la prise en considération du Protocole de Cartagena à l'OMC. La précaution est une règle du droit positif de l'OMC (*lex scripta*) en vertu de l'article 5:7 et le critère de l'insuffisance des preuves scientifiques pertinentes peut inclure l'incertitude scientifique visée par le Protocole de Cartagena. Seulement, pour prendre en compte le régime du Protocole dans une perspective de soutien mutuel, il est nécessaire d'interpréter les dispositions des Accords de l'OMC à l'aune du sens ordinaire de certains de ses concepts tels la précaution.

⁵⁶ Voir par exemple, *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, para. 89.

⁵⁷ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, Article 5:7.

⁵⁸ Sur ces concepts, voir L. Boy, Ch. Charlier, M. Rainelli, I. Doussan, « Analyse de la Communication de la Commission européenne de 2000 au regard des débats actuels sur le principe de précaution », *Revue internationale de droit économique*, vol. 15, 2001, n°2, p. 38.

B. Le sens ordinaire « caché » des termes : Le Protocole comme norme internationale pertinente dans le cadre de l'OMC ?

Les standards internationaux ou normes internationales se sont développés dans l'ordre juridique international pour permettre aux Etats de bénéficier de garanties juridiques lorsqu'ils adoptent des mesures de santé publique ou de protection de l'environnement.⁵⁹ Autrement-dit, les standards internationaux garantissent une certaine prévisibilité des mesures pouvant être prises par les Etats dans la sphère environnementale et sanitaire. C'est pourquoi les standards jouent un rôle de premier plan à l'échelle du commerce international de substances à risques. Ils y remplissent une fonction de dénominateur commun qui permet de prévenir le protectionnisme, les restrictions déguisées au commerce et les discriminations abusives dans les échanges commerciaux internationaux que les Etats pourraient pratiquer au nom de l'anticipation des risques environnementaux et sanitaires. Ils bénéficient ainsi d'une légitimité et constituent un référentiel juridique sur lequel l'on peut se baser pour évaluer et qualifier le comportement d'un Etat par rapport à une question donnée. Cela explique l'attractivité de ces standards dans bon nombre d'instruments internationaux et en particulier les Accords de l'OMC. Ces derniers font des standards internationaux un outil d'*harmonisation* et de *référence* des standards nationaux adoptés dans le champ la protection de l'environnement et/ou de la santé publique.

Les Accords SPS et OTC, se réfèrent substantiellement à certains ensembles de standards internationaux, tels ceux du Codex Alimentarius, de la Convention internationale pour la protection des végétaux (CIPV) et de l'Organisation Mondiale de la Santé Animale (OIE) comme base présumée de la conformité des mesures des Etats membres de l'OMC. L'article 3.2 de l'Accord SPS, par exemple, prévoit que « les mesures sanitaires ou phytosanitaires qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes du présent accord et du GATT de 1994 ». Partant, un Etat membre de l'OMC qui prend une mesure sanitaire ou phytosanitaire conforme à un ou des standards du Codex Alimentarius, ne sera pas soumis en principe à l'obligation de prouver ou de justifier scientifiquement ladite mesure. *A contrario*, un Etat qui recourt à des normes plus protectrices que les standards internationaux, devra prouver scientifiquement le bien fondé de sa mesure.

On devrait pouvoir envisager que le Protocole de Cartagena joue le rôle d'une *norme internationale* dans le cadre de l'OMC. Cela impliquerait qu'un Etat qui base ses mesures de restriction du commerce international sur le Protocole de Cartagena, pourrait être présumé agir en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC. Cependant, l'Accord SPS enserme le régime de référence à d'autres standards internationaux que ceux explicitement mentionnés dans l'Annexe A de l'Accord SPS. En effet, pour qu'un standard puisse être reconnu comme standard SPS, il faut qu'il ait été préalablement identifié comme tel par le Comité SPS. Ce qui devrait alors être le cas du Protocole. L'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) est lui plus flexible n'imposant pas une identification préalable d'une norme internationale pour son applicabilité au sein de l'OMC. Partant, l'on

⁵⁹ Sur l'importance des standards internationaux en matière d'environnement et de santé et leur portée dans le champ du commerce international, voir E. Brosset, E. Truilhé (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale : Entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006.

pourrait penser que des règlements techniques pris sur la base du Protocole de Cartagena seraient plus faciles à justifier dans le cadre de l'Accord OTC.

Le Protocole de Cartagena pourrait jouer le rôle de standard international à différents titres. Par exemple, l'Article 5 :1 de l'Accord SPS prévoit que « [l]es Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, *compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes* ». Comme il a été constaté, la procédure d'évaluation des risques prévue à l'Annexe I du Protocole de Cartagena s'apparente aux éléments de l'évaluation des risques au titre de l'Accord SPS.⁶⁰ La procédure prévue par le Protocole de Cartagena va même plus loin en termes d'évaluation des risques. Par conséquent, un Etat partie au Protocole de Cartagena qui prend des mesures de restriction du commerce suite à une évaluation des risques basée sur la procédure prévue par le Protocole devrait être présumé agir de manière conforme aux obligations contenues dans l'Accord SPS.

Il y a néanmoins un risque à considérer le Protocole de Cartagena comme une simple norme internationale pertinente applicable dans le cadre du commerce international. En effet, de plus en plus d'organisations internationales et d'organismes de standardisation internationale (Codex Alimentarius, Organisation de la santé animale) interviennent dans la formulation de normes internationales afférentes aux produits biotechnologiques en général et aux OGM en particulier. Le Protocole de Cartagena pourrait alors entrer en concurrence avec d'autres normes internationales et voir son poids amoindri, certains auteurs allant même jusqu'à évoquer des possibilités de « *risk assessment shopping* ». ⁶¹ Il est donc important de développer des principes de cohérence et de coexistence entre les standards internationaux formulés en matière de commerce international d'OGM afin d'éviter des collisions sur le plan juridique. Les normes techniques internationales ont vocation à s'appliquer afin de garantir un traitement adéquat des risques issus de certaines activités ou substances et non à créer des conflits juridiques.

En matière de commerce international des OGM, le Protocole de Cartagena devrait être considéré comme le principal instrument de référence dans l'interprétation du sens ordinaire des termes auxquels font mention les Accords de l'OMC, et notamment l'Accord SPS. Cela d'autant plus qu'un très grand nombre d'Etats sont parties au Protocole.⁶² Ainsi, par exemple, le Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques* ne s'est pas prononcé sur la similarité ou la non-similarité entre produits biotechnologiques et produits non-biotechnologiques. Une réelle prise en compte du Protocole de Cartagena à l'aune du principe du soutien mutuel, lui aurait permis de constater que la soumission des OGM à une procédure spéciale d'importation prouve qu'il y a un large consensus au sein de la communauté internationale sur la nécessité de traiter de manière différente produits traditionnels et produits biotechnologiques.

⁶⁰ Sur l'évaluation des risques, voir *supra*. Voir également, A. Petitpierre, L. Boisson de Chazournes, M. M. Mbengue, U. P. Thomas, *Commerce, environnement et régulation internationale des biotechnologies*, Rapport pour le Fonds National Suisse, projet No. 1114-063942, Novembre 2004, disponible sur : http://www.ecolomics-international.org/epal_2004_7_fns_unige_droit_ofefp_proj_recherche_regulation_int_biotech.pdf.

⁶¹ Voir sur ce point, V. Richard, « Normes techniques internationales : articulations, collisions et perspectives », in E. Brosset, E. Truilhé (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale : Entre environnement, santé et commerce international*, op. cit., pp. 278-279.

⁶² Au 15 août 2007, 142 Etats sont parties au Protocole de Cartagena.

IV. La prise en compte du « contexte » du Protocole de Cartagena comme facteur de soutien mutuel avec les Accords de l'OMC

L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités opère en filigrane une distinction entre le « contexte interne » et le « contexte externe » d'un traité international.⁶³ L'appréciation de la relation potentielle entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC n'est souvent appréhendée qu'à l'aune du contexte « externe ». La tendance est ainsi de faire tomber la relation entre accords internationaux en général, et AEM et Accords de l'OMC en particulier, sous la coupe de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités c'est-à-dire à travers le prisme de la « règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Une telle tendance n'est pas sans poser d'obstacles au principe du soutien mutuel et par ricochet à la lecture harmonieuse entre « traités partageant un objet et un but similaires ou un système de valeurs parallèle »⁶⁴, notamment lorsque des différends surviennent. Il suffit qu'une des parties au différend ne soit pas partie à un instrument juridique invoqué dans un différend donné, pour que l'effet juridique de cet instrument soit nul ou neutralisé *in casu*. C'est le risque que crée l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques* est parvenu à une telle conclusion.

Or, le principe du soutien mutuel dicte une logique particulière. Il requière que lorsque deux ou plusieurs Etats sont parties à un instrument invoqué dans un différend ou bien que lorsqu'un seul Etat est partie audit instrument, ce dernier soit pris en compte dans l'interprétation des droits et obligations qui font l'objet de litige afin de garantir une lecture harmonieuse des divers régimes conventionnels. Cette exigence s'impose d'autant plus dans les cas où l'instrument en question se réfère explicitement au principe du soutien mutuel comme c'est le cas avec le Protocole de Cartagena. Il est dès lors important dans une perspective de soutien mutuel de transcender le « test » *ratione personae* de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en l'occurrence le fait de savoir si oui ou non tous les Etats parties à un différend sont parties aux instruments juridiques invoqués dans une affaire donnée.

Limiter le jeu du Protocole de Cartagena au sein du système commercial multilatéral au rang de simple élément du contexte « externe » des Accords de l'OMC revient à amoindrir la portée du Protocole de Cartagena dans l'évaluation de la licéité des mesures restrictives du commerce international des organismes génétiquement modifiés et à dénaturer quelque peu le principe du soutien mutuel. L'on en veut pour preuve, la position du Groupe spécial dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques* qui a jugé que pour interpréter les Accords de l'OMC il ne faut pas tenir compte des règles de droit international qui ne sont pas applicables aux Etats membres de l'OMC.⁶⁵ Aussi, lorsque l'une des parties à un différend à

⁶³ Voir sur cette distinction, J.-M. Sorel, « Article 31 », in O. Corten, P. Klein (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Tome II, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 1317-1323.

⁶⁴ *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, *op. cit.*, para. 277.

⁶⁵ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques*, *op. cit.*, para. 7.68 : « les règles de droit international applicables dans les relations entre les États qui ont consenti à être liés par le traité qui est interprété, et à l'égard desquels ce traité est en vigueur. Cette

l'OMC, n'est pas partie à un instrument juridique « non-OMC », ledit instrument n'est en principe pas susceptible d'être pris en compte dans l'interprétation des Accords de l'OMC. Le Groupe spécial explique que même en dehors de toute exégèse de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il ne pourrait pas *de lege ferenda* concevoir comment un Etat souverain approuverait une « règle impérative d'interprétation des traités »⁶⁶ qui aurait comme conséquence que l'interprétation d'un traité auquel cet État est partie, est « affectée par d'autres règles de droit international que ledit État a décidé de ne pas accepter ».⁶⁷

Le principe du soutien mutuel s'accompagne également d'une dynamique d'interprétation fondée sur le contexte « interne » d'un traité international. Ainsi, si un instrument comme le Protocole de Cartagena est interpellé dans un différend à l'OMC, l'interprète (un Groupe spécial ou l'Organe d'appel) se devrait d'accorder une importance particulière au contexte « interne » du Protocole, en l'occurrence « le texte, le préambule et annexes inclus » pour reprendre le libellé de l'article 31, paragraphe 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Dans le décryptage du contexte « interne » du Protocole de Cartagena, son Préambule joue un rôle particulier. Il détermine l'état d'esprit dans lequel doit être interprétée la relation entre les Accords de l'OMC et le Protocole de Cartagena en vertu du principe du soutien mutuel. Il ressort de la lettre du Préambule en tant qu'élément du contexte « interne » du Protocole, que le principe du soutien mutuel produit un effet objectif dans la relation entre le Protocole et les Accords de l'OMC (**A**). L'idée d'un effet objectif a trait au résultat de caractère général que les Etats parties au Protocole de Cartagena se proposent d'atteindre au travers de son application. Cet effet objectif s'accompagne d'un effet subjectif qui dérive tant de la lettre du Préambule du Protocole que de son dispositif (**B**), tous deux éléments du contexte « interne » du Protocole. L'idée d'un effet subjectif tient dans la faculté offerte aux Etats parties au Protocole de moduler l'exercice de leurs droits en vertu du Protocole dans le sens d'un soutien mutuel entre le Protocole et les accords de commerce international.

A. L'effet objectif du principe du soutien mutuel dans le Protocole de Cartagena

La « tendance Cartagena » du soutien mutuel ne se singularise pas exclusivement par l'autonomisation du principe du soutien mutuel vis-à-vis de certains autres principes comme ceux d'« harmonisation », de « complémentarité » ou de « synergie ». Le principe du soutien mutuel produit un effet juridique objectif de nature particulière. En effet, le soutien mutuel s'impose *ex facie* en vertu du Protocole de Cartagena, c'est-à-dire en dehors de toute considération relative au consentement par un Etat à être lié ou non par le Protocole. Ce qui signifie que le soutien mutuel produit un effet destiné à faire en sorte que le Protocole soit toujours lu en harmonie, cohérence et coexistence avec d'autres accords internationaux, dont notamment les Accords de l'OMC.

Une telle interprétation rejoint de près celle de la Communauté européenne dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, en vertu de laquelle « les négociateurs du Protocole sur la

compréhension de l'expression "les parties" amène logiquement à penser que les règles de droit international dont il faut tenir compte pour interpréter les Accords de l'OMC en cause en l'espèce sont celles qui sont applicables dans les relations entre les Membres de l'OMC ».

⁶⁶ *Ibid.*, para. 7.68.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 7.71.

biosécurité étaient particulièrement conscients de sa relation avec les Accords de l'OMC et *ne peuvent avoir voulu qu'il y ait une incompatibilité d'approche*. Des gouvernements raisonnables ont conclu que l'autorisation des OGM (y compris les prescriptions en matière d'importation) exigeait une approche particulière, *et ils ne peuvent guère avoir voulu que cette approche soit incompatible avec les règles de l'OMC*». ⁶⁸ La Communauté européenne a insisté sur l'intention des négociateurs du Protocole de Cartagena pour mettre l'accent sur le fait que ces derniers étaient bien conscients de l'architecture des droits et obligations contenus dans les Accords de l'OMC et qu'ils n'ont point opté pour une logique de conflit entre les Accords de l'OMC et le Protocole. Tout au contraire, l'intention recherchée était celle de la compatibilité entre le Protocole et les Accords de l'OMC. Cette intention des négociateurs et *in extenso* des Etats parties au Protocole transparaît à travers l'incorporation explicite du principe du soutien mutuel dans le texte du Préambule du Protocole.

La phraséologie retenue dans le Protocole se démarque du libellé d'autres instruments internationaux et confirme l'effet objectif du principe du soutien mutuel en vertu du Protocole. La « tendance PIC » du soutien mutuel assortit la « complémentarité » entre AEM et accords de commerce international, d'une *clause de sauvegarde* et d'une *clause de non-hiérarchie*. La clause de sauvegarde sert de socle à ce que l'on pourrait dénommer une règle de non-modification des droits et obligations en vertu d'un autre accord international. Cela signifie que la Convention PIC n'a pas vocation à modifier les droits et obligations contenus dans un Accord de l'OMC. Quant à la clause de non-hiérarchie, elle vise à exclure toute logique pyramidale dans les relations entre AEM et accords de commerce international. Elle écarte de ce fait toute idée de primauté d'un accord sur un autre. Ces éléments confirment que dans le cadre de la Convention PIC, seul le versant « coexistence » du soutien mutuel est principalement pris en compte et non pas véritablement sa dimension « cohérence ». Recourant à la métaphore de l'archipel⁶⁹, il s'agit pour l'îlot normatif environnemental de « cohabiter » avec l'îlot normatif commercial, chacun dans les limites de sa juridiction et en vertu d'un principe de neutralité active. Une telle logique de neutralité active se retrouve dans le Traité de la FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'agriculture et l'alimentation⁷⁰, qui pourtant se rapproche nettement plus de la « tendance Cartagena » en matière de soutien mutuel.

La « tendance Cartagena » du soutien mutuel transcende la simple coexistence pour insuffler une dynamique de cohérence dans le champ des relations entre AEM et accords internationaux de commerce. En effet, tandis que la Convention PIC et le Traité FAO insistent d'une part sur la non-modification des droits et obligations et d'autre part sur la non-hiérarchie entre les AEM et les accords de commerce international, le Protocole de Cartagena ajoute un autre élément. Certes, la clause de sauvegarde y est incluse mais la clause de non-hiérarchie se présente sous un autre jour. Le Préambule du Protocole souligne « qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à *subordonner* le Protocole à d'autres accords internationaux ». Contrairement, à la Convention PIC et au Traité FAO qui mettent en exergue la « non-hiérarchie », le Protocole de Cartagena met en relief la « non-subordination ». Celle-ci implique qu'en matière de commerce international d'OGM, le

⁶⁸ *Communautés Européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation de produits biotechnologiques, op. cit.*, para. 7.55.

⁶⁹ Sur cette métaphore, voir J. Pauwelyn, "Bridging fragmentation and unity: International law as a universe of inter-connected islands", *Michigan Journal of International Law*, 2004, vol. 25, n°4, p. 910.

⁷⁰ « *Affirmant* que rien dans le présent Traité ne doit être interprété comme entraînant, de quelque manière que ce soit, une modification des droits et obligations afférents aux Parties contractantes au titre d'autres accords internationaux; *Considérant* que l'exposé ci-dessus n'a pas pour objet d'établir une hiérarchie entre le Traité et d'autres accords internationaux [...] ».

Protocole de Cartagena ne saurait être écarté ni *de jure* ni *de facto* du processus d'interprétation.

L'élément de non-hiérarchie introduit dans la Convention PIC et dans le Traité FAO a pour fonction d'établir une sorte de principe d'égalité entre tous les instruments internationaux sans dicter *ex facie* une lecture harmonieuse dans l'interprétation de ces instruments. Ladite lecture harmonieuse se fera principalement *in facie* c'est-à-dire au gré de la subjectivité de l'interprète de l'instrument en question. La non-subordination obéit à une autre dynamique : l'interprète du traité qui contient une clause de non-subordination se doit de prendre en compte ce traité dans l'interprétation d'un autre traité international. Une logique de « cohérence » se dégage *ex facie* de la non-subordination, signifiant par là que la lecture harmonieuse doit être recherchée de bonne foi par tout interprète en dehors de toute considération liée à la ratification du traité concerné. Aussi, exclure le Protocole de Cartagena de l'interprétation des Accords de l'OMC dans un différend portant sur le commerce international de produits biotechnologiques, revient *de facto* à subordonner le Protocole aux Accords de l'OMC. C'est en cela que le principe du soutien mutuel crée un effet objectif au niveau du Protocole de Cartagena, puisqu'il requière en définitive une prise en compte du régime du Protocole dans l'appréciation de la validité et/ou de la licéité des mesures de restriction du commerce international des organismes génétiquement modifiés.

Le principe du soutien mutuel dans le « contexte interne » du Protocole aboutit concomitamment à la reconnaissance de *l'absence de hiérarchie* entre les Accords de l'OMC et le Protocole de Cartagena et, aspect novateur, à *l'absence de subordination*. Il dicte partant une lecture harmonieuse et intégrative du Protocole de Cartagena et des Accords de l'OMC. Cela revient à dire *mutatis mutandis* que le Protocole de Cartagena doit pouvoir servir à *l'interprétation* des Accords de l'OMC. Toutefois, le principe du soutien mutuel n'exige pas des organes de règlement des différends de l'OMC qu'ils procèdent à *l'application per se* du Protocole dans le cadre d'un différend porté devant eux. Pour traduire cette ligne de démarcation entre interprétation et application *per se*, on peut se référer à la distinction entre « applicabilité indirecte » (*indirect applicability*) et « applicabilité directe » (*direct applicability*) du droit non-OMC dans le cadre du système commercial multilatéral. Ainsi qu'il a été expliqué : « The concept of “applicability” is to be understood as the possibility for the WTO dispute-settlement bodies to use the Cartagena Protocol as a tool for interpreting rights and obligations under WTO Agreements. To qualify such a situation, one may refer to the concept of “indirect applicability” which is different from “direct applicability” in the sense that the latter would imply that the WTO dispute-settlement bodies are entitled to apply *mutatis mutandis* rights and obligations outside their jurisdiction. Thus, indirect applicability deals only with the option of WTO dispute settlement bodies to take into account MEAs rules in the interpretation and application of WTO rights and obligations ». ⁷¹

⁷¹ Voir L. Boisson de Chazournes, M. M. Mbengue, « Trade, Environment and Biotechnology: On coexistence and Coherence », in Th. Cottier, D. Wüger (eds.), *Genetic Engineering: Challenges posed by a New Technology to the World Trading System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Pour une position en faveur de l'« applicabilité directe » (*direct applicability*), voir J. Pauwelyn, « Bridging fragmentation and unity: International law as a universe of inter-connected islands », *op. cit.*, p. 910. Pauwelyn considère que : “[...] although the jurisdiction of WTO panels is limited to WTO claims, in my view, all international law binding on both parties to a dispute may, in principle, be part of the *applicable law* before a WTO panel. Non-WTO law is part of this applicable law, and may, in particular, provide a defense against violation of WTO law (for example, an environmental agreement binding between the disputing parties may, depending on the relevant conflict rules, excuse a violation of GATT, independently of GATT Article XX.). While non-WTO law to be referred to when interpreting WTO terms ought to be limited to law that reflects the common intentions of all WTO members, in my view, the applicable law in a particular dispute may also include law binding only between the two disputing parties (it need not be binding on all WTO members).”

Pour promouvoir l'applicabilité indirecte, il est crucial pour tout interprète d'accorder une certaine *déférence* à l'instrument international dont la réception dans un forum autre que son forum d'origine pose problème. La déférence prend appui sur un raisonnement de type intégratif et inclusif visant à se demander quel type de relation spécifique doit être entretenu avec l'instrument international en question. Lorsque le contexte dudit instrument incorpore explicitement ou implicitement le principe du soutien mutuel, cet instrument se doit d'être pris en compte aux fins de l'interprétation d'un autre instrument international, et ce indifféremment de la question de savoir si un Etat est ou non partie à l'instrument qui sert de réceptacle au principe du soutien mutuel. C'est là toute l'idée de l'effet objectif du principe du soutien mutuel en vertu du Protocole de Cartagena. Une telle démarche se doit d'être effectuée *a fortiori* lorsqu'un Etat a participé à la négociation et à l'adoption d'un traité multilatéral incorporant *expressis verbis* le principe du soutien mutuel et surtout lorsqu'il est partie à ce traité. L'effet objectif du principe du soutien mutuel apparaît ainsi comme un prolongement juridique du principe de bonne foi dans les relations internationales. Il contribue par ailleurs à la « défragmentation »⁷² du droit international en postulant un test d'interprétation *ratione materiae*, c'est-à-dire basé sur le « contexte interne » d'un instrument international et non de conditionner la validité interprétative ou l'applicabilité indirecte dudit instrument à sa ratification par un Etat (test d'interprétation *ratione personae*).

B. *L'effet subjectif du principe du soutien mutuel dans le Protocole de Cartagena*

Le principe du soutien mutuel tel que défini par le Protocole de Cartagena ne se limite pas à produire l'effet objectif susmentionné. Un effet subjectif en dérive. Il consiste à reconnaître l'octroi de certains droits aux Etats concernés par le commerce international de produits biotechnologiques. Le contenu de ces droits conforte à leur tour le principe du soutien mutuel entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC. Il s'agit *primo* du droit d'un Etat à déterminer le niveau de protection environnementale ou sanitaire approprié et *secundo* de la mise en balance de considérations environnementales et sanitaires avec des considérations d'un autre type, notamment de nature économique.

Le droit d'un Etat à fixer le niveau de protection approprié n'apparaît pas explicitement dans le texte du Protocole de Cartagena. Néanmoins, il ressort implicitement de la quasi-totalité des dispositions du Protocole, et notamment de la procédure d'évaluation et de gestion des risques prévue en vertu du Protocole. D'ailleurs, il ne saurait y avoir de gestion du risque environnemental et/ou sanitaire sans droit autonome des Etats de déterminer leur niveau de protection approprié. La gestion du risque est définie comme un « processus, distinct de l'évaluation des risques, consistant à mettre en balance les différentes politiques possibles en consultation avec toutes les parties intéressées, en tenant compte de l'évaluation des risques et d'autres facteurs ayant une importance pour la protection de la santé des consommateurs et la promotion de pratiques commerciales loyales et, au besoin, à choisir les mesures de prévention et de contrôle appropriées ».⁷³

⁷² En informatique, la défragmentation est le processus d'élimination de la fragmentation.

⁷³ Commission du Codex Alimentarius, *Manuel de procédure (15^{ème} édition)*, « Définition des termes relatifs à l'innocuité des aliments », 2005, *op. cit.*, p. 47.

Ainsi qu'il a été reconnu notamment par la jurisprudence à l'OMC, le droit des Etats à déterminer leur niveau de protection approprié est un « droit autonome »⁷⁴, un « droit important »⁷⁵ et est fondé entre autres sur la « large autonomie dont disposent [les Etats] pour déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement, leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en œuvre ».⁷⁶ La détermination du niveau approprié de protection est un vecteur de soutien mutuel entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC dans la mesure où les deux régimes reconnaissent la légitimité et la légalité de ce droit. Si un Etat est présumé avoir fixé un niveau de protection conforme au Protocole de Cartagena, le principe du soutien mutuel induit que ce niveau de protection soit considéré comme compatible avec les Accords de l'OMC.

La mise en balance des considérations environnementales ou sanitaires avec d'autres considérations, est un autre vecteur important de soutien mutuel entre le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC. La pratique internationale reconnaît la nécessité de cette mise en balance dans la formulation de mesures visant à protéger l'environnement et/ou la santé. Pour ce faire, les instruments juridiques internationaux font référence à des considérations économiques par le biais de l'expression « rapport coût-efficacité », ou encore au moyen des considérations « socio-économiques », etc. D'autres instruments tels les *Déclarations de principes concernant le rôle de la science dans la prise de décision du Codex et les autres facteurs à prendre en considération* font appel à la nécessité de prendre en compte les « autres facteurs légitimes »⁷⁷ dans l'évaluation scientifique du risque sanitaire là où certains instruments comme l'Accord SPS parlent des « facteurs économiques pertinents ».⁷⁸ Le Protocole de Cartagena en son article 26 prévoit que « Les Parties, lorsqu'elles prennent une décision concernant l'importation, en vertu du présent Protocole ou en vertu des mesures nationales qu'elles ont prises pour appliquer le Protocole, peuvent tenir compte, *en accord avec leurs obligations internationales, des incidences socioéconomiques de l'impact des organismes vivants modifiés sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique* ». L'article 26 témoigne ainsi d'une prise en compte des incidences économiques du commerce international des organismes génétiquement modifiés. Ceci est une marque en faveur du soutien mutuel.

Le principe du soutien mutuel doit aussi être compris eu égard à une logique de mise en balance. Les instruments en en faisant mention, l'inscrivent dans la perspective du développement durable. Le principe du soutien mutuel est ainsi au cœur du développement durable. Concept⁷⁹ ou principe, celui-ci est grandement consacré dans l'ordre international et le soutien mutuel s'en imprègne. En effet, soit le soutien mutuel entre AEM et accords de commerce international est perçu « en vue de l'avènement d'un développement durable » (« Protocole de Cartagena »), soit il est conçu « en vue d'assurer une agriculture durable » (Traité FAO), soit formulé « afin d'assurer l'avènement d'un développement durable » (« Convention PIC »). Partant, l'insertion du principe du soutien mutuel dans les instruments internationaux obéit à une dynamique téléologique. C'est parce que les AEM et les accords

⁷⁴ *Hormones*, rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, para. 126

⁷⁵ *Ibid.*, para. 124.

⁷⁶ *Crevettes*, rapport de l'Organe d'appel, *op. cit.*, para. 166.

⁷⁷ *Déclarations de principes concernant le rôle de la science dans la prise de décision du Codex et les autres facteurs à prendre en considération*, Manuel de Procédure du Codex Alimentarius, 15^{ème} édition, pp. 168-169.

⁷⁸ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, article 5.3.

⁷⁹ *Projet Gabickovo-Nagymaros*, CIJ Recueil 1997, para. 140.

commerciaux internationaux concourent ou devraient concourir au développement durable qu'ils se doivent de se soutenir mutuellement.

Le principe du soutien mutuel a, de ce fait, pour effet d'établir des passerelles et des interactions entre la protection de l'environnement et des considérations d'un autre type. C'est un principe qui garantit que les objectifs environnementaux et sanitaires n'opèrent pas en isolation clinique des objectifs notamment économiques et sociaux et vice-versa.

Conclusion

Le principe du soutien mutuel doit être la « boussole » des relations entre instruments internationaux de protection de l'environnement et accords de commerce international. Pour favoriser un tel climat de soutien mutuel, il est important de reconnaître l'existence d'une *présomption d'absence de conflit entre accords internationaux*.⁸⁰ Aussi, qu'ils soient ou non considérés comme des *lege speciales*, les Accords de l'OMC et les AEM font partie intégrante du système du droit international public⁸¹ et, de ce fait, interagissent nécessairement les uns sur les autres de manière étroite. Les AEM tels le Protocole de Cartagena ne contiennent pas de clauses suggérant une exclusion des droits et obligations généraux énoncés dans les Accords de l'OMC. De même, ces derniers n'incorporent pas de telles clauses. Par conséquent, en l'absence de clauses expresses, il n'est pas possible de présumer de l'existence d'un conflit entre les AEM comme le Protocole de Cartagena et les Accords de l'OMC.⁸²

Au-delà du renforcement effectif de la présomption d'absence de conflit entre AEM et Accords de l'OMC, le principe du soutien mutuel requière que de nouvelles stratégies juridiques soient mises en place dans l'ordre juridique international. Parmi ces stratégies, deux d'entre-elles présentent une importance particulière. Il s'agit d'une part, de la coordination *ex ante* et d'autre part, de la *coordination ex post* entre AEM et Accords de commerce international.⁸³ La coordination *ex ante* implique que soit envisagée, dès la phase de l'élaboration d'un AEM, la cohérence et la coexistence avec les accords de commerce international qui pourraient trouver application. Cette mise en cohérence s'impose notamment lorsque des droits protégés et des obligations prévues par un AEM peuvent achopper avec d'autres droits et obligations contenus dans des accords tels ceux du commerce international. Si la mise en cohérence est assurée *ex ante*, le principe du soutien mutuel s'en trouvera

⁸⁰ Sur cette présomption, voir par exemple, *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS54/R, para. 14.28, y compris la note 649 : « nous rappellerons d'abord qu'en droit international public il existe une présomption d'absence de conflit [...]. En droit international, pour qu'il y ait conflit entre deux traités, trois conditions doivent être remplies. Premièrement, les traités considérés doivent avoir les mêmes parties. Deuxièmement, ils doivent porter sur la même matière. S'il en était autrement, il ne pourrait pas y avoir de conflit. Troisièmement, les dispositions doivent être en conflit, en ce sens que les dispositions doivent imposer des obligations s'excluant mutuellement ». Voir également, J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁸¹ Sur la question de la *lex specialis*, voir L. A. Lindroos, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of *Lex Specialis* », *Nordic Journal of International Law*, 2005, vol. 74, p. 31.

⁸² A. Lindroos, M. Mehling, « Dispelling the Chimera of "Self-Contained Regimes" ». *International Law and the WTO* », *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, n°5, p. 861.

⁸³ Sur ces deux types de coordination, voir L. Boisson de Chazournes, « Suivi, supervision et coordination des instruments normatifs de l'UNESCO », in A. A. Yusuf (ed.), *Standard-Setting in UNESCO – Sixty Years of Normative Action in Education, Science and Culture*, UNESCO, Paris, 2007 (à paraître).

renforcé dans la mesure où l'harmonie entre les régimes juridiques commercial et environnemental aura été réalisée en amont.

La coordination *ex post*, quant à elle, a trait également à la mise en cohérence des AEM et des accords de commerce international. Elle constitue de ce fait un autre facteur de soutien mutuel. Toutefois, contrairement à la coordination *ex ante* qui s'appuie sur l'intégration des normes contenues dans les instruments pertinents lors de la phase d'*élaboration* d'un instrument juridique donné, la coordination *ex post* se fonde sur l'établissement de passerelles institutionnelles (coopération interinstitutionnelle) et normatives (normalisation/standardisation) devant faciliter la cohérence dans la *mise en œuvre* des accords internationaux.

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