



HAL
open science

“ La preuve dans le règlement des différends à l’OMC : applications possibles en matière d’OGM ? ”

Eve Truilhé-Marengo, K. Allbeury

► To cite this version:

Eve Truilhé-Marengo, K. Allbeury. “ La preuve dans le règlement des différends à l’OMC : applications possibles en matière d’OGM ? ”. S. Maljean-Dubois - J. Bourrinet. “ Le commerce international des OGM - Quelle articulation entre le récent Protocole de Carthagène sur la biosécurité et le droit de l’Organisation Mondiale du Commerce ? ”, la documentation Française, pp.282-303, 2002. halshs-00426498

HAL Id: halshs-00426498

<https://shs.hal.science/halshs-00426498v1>

Submitted on 26 Oct 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA PREUVE DANS LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS À L'OMC – APPLICATIONS POSSIBLES EN MATIÈRE D'OGM?

Kerry Allbeury¹ – Eve Truilhé

Comme dans toute procédure de règlement des litiges, la démonstration de l'existence des faits dans le règlement des différends à l'OMC ne saurait être sous-estimée. C'est à travers celle-ci que les organes de règlement des différends rendent leurs conclusions et, le cas échéant, constatent, ou non, l'existence d'une atteinte aux droits en cause. Cela serait d'autant plus vrai en ce qui concerne le traitement d'une mesure prenant en compte les effets potentiellement négatifs d'un organisme génétiquement modifié, en raison de l'incertitude scientifique souvent alléguée en la matière.

Dans le cadre du règlement de différends de l'OMC, l'importance pratique et la relative facilité ou complexité de l'établissement des faits varient grandement selon l'objet du litige et des dispositions en cause. Concernant les mesures appliquées pour la protection de la santé ou de l'environnement, les règles de l'Accord Général, le GATT de 1994, sont évidemment applicables. Mais, concernant le commerce des OGM, deux autres accords peuvent encore être applicables. Le premier intéresse plus particulièrement les mesures sanitaires ou phytosanitaires, prises pour protéger la santé des personnes, des animaux ou des plantes (Accord SPS) et le second vise les règlements, normes techniques et mesures d'évaluation de la conformité (Accord OTC). D'une manière générale, les accords de l'OMC ont vocation à s'appliquer cumulativement. Il est d'ailleurs concevable qu'une même mesure gouvernementale, comme une loi, comporte différents aspects qui relèvent d'accords différents parce qu'ils concernent des aspects différents de la question traitée. Toutefois, en cas de conflit entre les dispositions du GATT de 1994 et les dispositions de l'un des accords spécifiques de l'Annexe 1A, dont font partie les Accords OTC et SPS, les dispositions de l'accord spécifique prévalent. Par ailleurs, les mesures relevant de l'Accord SPS sont exclues du champ d'application de l'Accord OTC et une mesure conforme à l'Accord SPS sera présumée conforme au GATT de 1994. Cette relative complexité se reflète dans l'identification des dispositions applicables aux mesures concernant les OGM. Ainsi, même s'il n'existe à ce jour pas de différend en cette matière, il est possible de penser que les trois accords mentionnés (GATT de 1994, OTC et SPS) auraient vocation à s'appliquer à des mesures de réglementation des OGM, en fonction de leur objectif et leurs caractéristiques.

Dans les situations d'incertitude scientifique qui caractérisent souvent les champs de l'environnement et de la santé, la question de savoir sur qui pèse le poids de cette incertitude prend une importance particulière, puisqu'en fonction de la réponse apportée à cette question, une mesure pourra être considérée ou non comme justifiée. Il est évidemment primordial de savoir à *qui* incombe la charge de la preuve (I). Toutefois, pour comprendre pleinement la manière dont opère en pratique la charge de la preuve, il faut se replacer dans le contexte plus général de l'appréciation par les groupes spéciaux de la preuve. La question de l'administration de la preuve (quel est le rôle dévolu au groupe spécial ? quels sont les pouvoirs de ce dernier ?) doit donc aussi être abordée (II). Par ailleurs, l'étendue de *ce qui* doit être prouvé donne toute sa mesure pratique à l'obligation qui en résulte pour les parties. La question du contenu de la preuve se révèle donc aussi être un point essentiel (III).

I - La question de la charge de la preuve : sur qui pèse le poids de l'incertitude ?

En droit français, l'expression « charge de la preuve » sert communément à désigner l'*attribution*, entre les parties au litige, du devoir d'apporter les éléments de preuve nécessaires au succès de leurs prétentions. Il est question de déterminer *qui*, d'entre les parties, doit apporter la preuve des faits de la cause. Cette charge de la preuve emporte aussi, en corollaire, ce qu'on appelle communément le « risque de la preuve » en droit français, c'est-à-dire la conséquence de droit que si

¹ - Les opinions exprimées dans cet article sont strictement personnelles et ne représentent ni le point de vue du Secrétariat de l'OMC, ni celui de l'OMC ou de ses Membres.

l'objet de la preuve n'a pas été rapporté, celui sur qui pesait le fardeau succombe sur ce point. L'attribution de la charge de la preuve déterminera ainsi en fin de compte sur qui pèse le poids de l'incertitude.

Malgré son importance pratique indéniable, la preuve n'est pratiquement pas envisagée dans le Mémoire d'accord concernant le règlement des différends de l'OMC. C'est donc essentiellement dans la pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel que les règles d'administration de la preuve, y compris les règles d'attribution de la charge de la preuve, doivent être recherchées.

Rappelons que le mandat des groupes spéciaux, défini à l'article 7 du Mémoire d'accord, est d' « examiner, à la lumière des dispositions pertinentes de (nom de l'(des) accord(s) visé(s) cité(s) par les parties au différend) la question portée devant l'ORD par (nom de la partie) dans le document ... ; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans ledit (lesdits) accord(s) ». L'article 11 indique, en outre, comment les groupes spéciaux doivent s'acquitter de leur tâche : « un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions ». Cette exigence d' « évaluation objective des faits » constitue la seule indication précise du Mémoire d'accord sur ce point, mais elle est bien entendu fondamentale. Les modalités de cette « évaluation » ne sont pas précisées par le Mémoire d'accord. En fait, d'une manière générale, si le Mémoire d'accord fixe les grandes lignes de la procédure de règlement des différends, il fixe très peu de règles concernant les questions de procédure au cours de la phase d'examen des affaires par les groupes spéciaux. Au-delà des grands principes directeurs rappelés ci-dessus, c'est donc à la pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel qu'est revenue la tâche de préciser les règles d'attribution de la charge de la preuve. La question de la charge de la preuve s'est posée dès les premiers litiges réglés dans le cadre de l'OMC, et les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont progressivement précisé les règles applicables.

Le contenu des règles d'attribution de la charge de la preuve est, en fin de compte, plutôt simple et classique. Mais les débats sur la question ont parfois été quelque peu obscurcis par des formulations qui pouvaient prêter à confusion. En particulier, les différences de sens de certaines notions en droit de *common law* et en droit civil n'aident pas toujours le lecteur francophone à bien comprendre les règles énoncées. Ainsi n'est-il pas toujours facile de déceler la portée exacte de la notion adoptée par le groupe spécial ou l'Organe d'appel, lorsqu'il est fait référence à certaines notions de droit communes à différents systèmes juridiques.² Cette remarque est particulièrement valable en ce qui concerne la charge de la preuve.

A – Les conditions générales d'attribution de la charge de la preuve

Si une mesure étatique venait restreindre le commerce d'un OGM ou d'un aliment dérivé d'OGM, et devait être examinée dans le cadre du GATT de 1994, l'article XX b) ou g) de l'Accord pourrait avoir vocation à être invoqué pour justifier une mesure par ailleurs contraire aux règles du GATT de 1994. Or, s'il appartient d'abord au plaignant d'établir l'existence d'une violation des dispositions de l'Accord, il incombe au défendeur de prouver que les conditions permettant d'invoquer des exceptions sont bien remplies.

1 - L'obligation pour le plaignant de prouver l'existence d'une violation

Dès les premières affaires a été réaffirmé le principe déjà dégagé dans le cadre du GATT de 1947³ qu'il appartient à celui qui invoque l'existence d'une violation d'une disposition des accords

² Il faut savoir, dans ce cadre, que bien que l'OMC ait trois langues officielles, et que les rapports des groupes spéciaux ne soient distribués à l'ensemble des membres qu'une fois disponibles dans les trois langues, ces rapports sont en pratique rédigés dans leur immense majorité en anglais.

³ - *Régime des importations de sardines en Allemagne* (1952) : Suite à une plainte de la Norvège, le Groupe spécial a clairement imposé à la partie plaignante la charge d'établir l'existence d'une infraction aux obligations pertinentes découlant du GATT de 1947. *Mesures appliquées par la CEE aux protéines destinées à l'alimentation des animaux* (1978) : Suite à une plainte des États-Unis, le Groupe spécial a également indiqué clairement que la charge de la preuve incombait en l'espèce à la partie plaignante. *Canada - Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques*

d'établir l'existence de cette violation. Mais c'est le rapport rendu dans l'affaire *États-Unis-Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde*⁴, qui a d'abord précisé, dans ce cadre, les bases fondamentales du droit de la preuve⁵.

L'Inde mettait en cause des mesures de sauvegarde provisoires imposées par les États-Unis, considérant qu'elles contrevenaient aux articles 2, 6 et 8 de l'Accord sur les textiles et les vêtements (ATV). Elle a donc demandé l'établissement d'un Groupe spécial. Au terme de l'ATV, un certain nombre de conditions doivent être réunies afin de justifier l'adoption de mesures provisoires restrictives. L'Organe d'appel confirme la solution retenue par le Groupe spécial, en vertu de laquelle il incombait à l'Inde de présenter des éléments de preuve et des arguments suffisants pour établir une présomption que la détermination faite par les États-Unis concernant la mesure de sauvegarde transitoire était incompatible avec l'ATV. Une fois cette présomption établie, il appartenait aux États-Unis de présenter des éléments de preuve et des arguments pour la réfuter : « *Bien que la constatation faite par le Groupe spécial [...] ne soit pas un modèle de clarté, nous ne pensons pas que le Groupe spécial a commis une erreur de droit. Nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel il incombait à l'Inde de présenter des éléments de preuve et des arguments suffisants pour établir une présomption que la détermination faite par les États-Unis [...] était incompatible avec les obligations qu'ils tenaient de l'article 6 de l'ATV. Une fois cette présomption établie, il appartenait alors aux États-Unis de présenter des éléments de preuve et des arguments pour la réfuter* ».

L'emploi de l'expression de « *présomption* » dans la version française du rapport de l'Organe d'appel doit être précisée. Dans la version anglaise, l'Organe d'appel a dit que le plaignant devait établir une cause « *prima facie* ». Bien que latine, l'expression est empruntée à la pratique de la *common law* plutôt qu'à la tradition civiliste. L'expression a parfois été traduite par « commencement de preuve », ce qui reflète des incertitudes possibles sur la portée de la notion.⁶ L'Organe d'appel a précisé que « *si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption* »⁷. L'Organe d'appel a encore précisé qu'« *il convient de garder à l'esprit qu'un commencement de preuve, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve* ».⁸ Il s'agit donc pour le plaignant de réunir des éléments suffisants pour emporter la conviction du juge sur le fond. En termes de droit français, cela paraît correspondre à l'établissement d'une « *présomption* » réfragable, (puisque l'autre partie a la possibilité d'apporter des éléments pour la renverser), davantage qu'à un commencement de preuve qui devrait être complété pour emporter la conviction du juge.

Une présomption générale mérite d'être précisée : il suffit d'établir un non-respect de la disposition invoquée pour que soit présumé que les avantages attendus de l'Accord ont été annulés ou compromis par la mesure en cause. Ainsi, une mesure qui serait en elle-même discriminatoire à l'égard des importations sera présumée compromettre les avantages, même s'il n'existe aucun flux commercial en pratique : l'objectif est de garantir des conditions d'accès et de concurrence prévisibles, et cette opportunité est compromise par l'existence même d'une mesure qui ne permet pas l'accès dans les conditions prévues. Cette règle déjà adoptée par la pratique du GATT de 1947 a été expressément inscrite à l'article 3.8 du Mémoire d'accord.

par les organismes provinciaux de commercialisation (1992) : les États-Unis, alléguaient que le Canada n'avait pas supprimé certaines pratiques contraires au GATT. Le Groupe spécial a conclu que, sauf dans le cas des pratiques suivies en Ontario, les plaignants n'avaient pas fourni de preuve à l'appui de leur thèse selon laquelle le Canada suivait encore des pratiques incompatibles avec l'article XI du GATT. *États-Unis - Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation du tabac sur le marché intérieur* (1994). Le Groupe spécial a conclu que les éléments de preuve fournis n'étaient pas la thèse des plaignants selon laquelle il y avait incompatibilité avec les obligations pertinentes découlant du GATT de 1947.

⁴ - *États-Unis - Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde*. Rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997 ; WT/DS33/R.

⁵ - H. RUIZ FABRI, *Chronique du règlement des différends*, JDI, 1999, p. 467.

⁶ Sur le sens de la notion dans la pratique de l'Organe d'appel et sur les différences possibles de sens entre le droit civil et le droit de *common law* en cette matière, voir J. PAUWELYN, "Evidence, proof and persuasion in WTO dispute settlement - Who bears the burden?", *Journal of International Economic Law* 1 (1998) 227-258.

⁷ *États-Unis - Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde*. Rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997 ; WT/DS33/R, p. 16.

⁸ - *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, paragraphe 104 (le texte anglais parle de "*prima facie* case").

Concernant une mesure restreignant le commerce d'un OGM dont la conformité au GATT de 1994 serait mise en cause par un autre Membre de l'OMC, le plaignant devrait donc prouver que la mesure est incompatible avec les dispositions de l'Accord. Selon le type de mesure en cause, l'article XX aurait éventuellement vocation à être invoqué comme moyen de défense. Dès lors, il appartiendrait à l'État auteur de la mesure, s'il souhaite se prévaloir de cette exception, de prouver que celle-ci remplit les conditions posées par cette dispositions.

2 - L'obligation pour celui qui invoque une exception de prouver que ses conditions sont remplies

L'article XX du GATT de 1994 contient, en effet, une exception générale, qui permet aux Membres de l'OMC de déroger aux autres dispositions de l'accord pour maintenir des mesures justifiées par des objectifs légitimes autres que le commerce, et notamment par la protection de l'environnement, de la santé des personnes, des plantes ou des animaux (article XX b)) ou par la préservation de ressources naturelles épuisables (article XX g)). L'article XX, a donc, par nature vocation à être invoqué comme moyen de défense au cours d'une procédure. C'est donc normalement au défendeur, c'est-à-dire au pays qui a pris la mesure contestée, que reviendra la charge de démontrer que sa mesure est justifiée au titre de l'article XX. Il faut toutefois bien comprendre la portée de cette règle. La nécessité d'invoquer l'article XX, et donc la nécessité de « justifier » une mesure à ce titre, ne se présente que si une violation de l'accord a été préalablement établie. Cela ne signifie donc pas que toute mesure qui entre dans le cadre de l'un des objectifs visés à l'Article XX doit nécessairement être d'emblée « justifiée » dans le cadre de l'Article XX en cas de litige. C'est seulement si la mesure constitue une violation des principes de l'Accord, par exemple, si elle consacre une discrimination entre produits similaire d'origine nationale et importés (ce qui est à prouver par celui qui conteste la mesure), que la preuve que la mesure entre dans le champ de l'article XX devient nécessaire.

Dans l'affaire *Etats-Unis-Chemises* déjà citée, l'Inde a fait valoir que la pratique coutumière du GATT est que la partie invoquant une disposition qui est considérée comme une exception doit apporter la preuve que les conditions énoncées dans cette disposition sont remplies pour arguer que l'article 6 de l'ATV constituait une exception. Toutefois, l'Organe d'appel ne suit pas l'Inde dans cet argument, et affirme que le mécanisme de sauvegarde transitoire prévu à l'article 6 de l'ATV est une partie fondamentale des droits et obligations des Membres de l'OMC concernant les textiles et les vêtements non intégrés visés par l'ATV pendant la période transitoire. En conséquence, une partie alléguant qu'il y a eu violation de ces dispositions par un autre Membre doit soutenir et prouver son allégation.

En revanche, l'Organe d'appel a précisé que l'Article XX du GATT constitue une exception dans l'affaire *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule*⁹, le Groupe spécial avait affirmé « qu'il incombait aux États-Unis, en tant que partie invoquant une exception, de prouver que les mesures incompatibles relevaient du champ d'application de cette exception »¹⁰. L'Organe d'appel a aussi précisé « il incombe à la partie qui invoque l'exception de démontrer qu'une mesure provisoirement justifiée du fait qu'elle entre dans le cadre de l'une des exceptions énoncées dans les différents paragraphes de l'article XX ne constitue pas, dans son application, un abus de cette exception au regard du texte introductif. C'est là nécessairement une tâche plus lourde que celle qui consistait à montrer qu'une exception, par exemple celle de l'article XX g), est applicable à la mesure en cause »¹¹. Cela signifie concrètement qu'il peut être relativement facile d'établir que la mesure relève bien du champ d'application de l'une des exceptions, mais qu'en revanche il peut être plus difficile de démontrer également qu'elle ne constitue pas une restriction déguisée ou une discrimination arbitraire.

⁹ - *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule*, Rapport de l'Organe d'appel du 22 avril 1996, WT/DS2/AB/R.

¹⁰ - *Etats-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formule*, rapport du Groupe spécial du 29 janvier 1996, WT/DS2/R, paragraphes 6.20, 6.31 et 6.35. Voir également *Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, rapport du Groupe spécial du 7 février 1984, IBDD, S30/147, paragraphe 5.20, et *Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, rapport du Groupe spécial du 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, paragraphe 5.9.

¹¹ - Rapport précité, p. 25.

Il ressort de ce qui précède qu'il est indispensable d'apprécier, selon l'ensemble des dispositions de l'Accord, le rapport dans lequel se situent ces différentes dispositions (à savoir principe/exception, ou coexistence de droits et d'obligations sans rapport de dépendance). Cette appréciation peut avoir une importance déterminante sur l'attribution du fardeau de la preuve, dans la mesure où elle met en jeu l'identification d'exceptions dont il appartiendrait à celui qui veut s'en prévaloir de prouver que ses conditions sont remplies.

Il est possible de se demander quel rôle peut être amené à jouer le Protocole de Carthagène dans ce contexte procédural. En effet, un Membre de l'OMC, en particulier un État non-partie à un accord environnemental multilatéral (AEM) pourrait contester la compatibilité avec les Accords de l'OMC d'une mesure prise par un autre Membre de l'OMC au titre de cet AEM. Pour l'heure, cette situation ne s'est pas présentée, et l'on peut imaginer que les éventuelles mesures prises en application d'un tel AEM devraient se voir appliquer l'ensemble des règles générales présentées, sans pouvoir prétendre bénéficier de dérogation particulière. Toutefois, dans le cadre du Comité du Commerce et de l'Environnement de l'OMC¹², les Communautés Européennes ont proposé un mécanisme de *renversement de la charge de la preuve* pour les cas où une mesure aurait été adoptée en vertu d'un accord multilatéral environnemental. Pour veiller à ce que les mesures commerciales expressément prescrites adoptées dans ce cadre soient reconnues comme nécessaires et justifiées au regard des règles de l'OMC, les Communautés envisagent la possibilité d'un renversement de la charge de la preuve. À l'heure actuelle, c'est au Membre de l'OMC qui défend une mesure en invoquant l'article XX du GATT qu'il incombe de prouver que ladite mesure, si elle est jugée incompatible avec d'autres dispositions du GATT, satisfait néanmoins aux prescriptions de l'article XX. Avec le renversement de la charge de la preuve, ce serait à l'inverse le pays contestant la mesure qui aurait à prouver, comme c'est le cas dans le cadre de certaines dispositions des Accords OTC et SPS, que cette mesure imposée par l'autre partie ne remplit pas les conditions posées à l'article XX. La Suisse a fait une suggestion comparable, proposant une présomption de conformité aux Accords au profit de mesures commerciales prises en application d'un AEM.¹³ La mise en oeuvre d'un tel mécanisme appellerait certainement des questions sur le type de mesure serait susceptible de bénéficier d'une présomption de conformité ou d'un renversement de la charge de la preuve, ainsi que sur les conditions qui devraient être remplies pour en bénéficier. Par exemple, devrait-il s'agir de certains accords d'un type particulier, par exemple multilatéraux, ouverts à la signature de tout membre de l'OMC ? Non discriminatoires ? Fondés sur certains principes, comme on l'exigerait par exemple des normes de référence en matière SPS ? Comment déterminerait-on que la mesure est effectivement prise conformément aux dispositions de cet accord ? Y aurait-il une possibilité de démontrer tout de même que la mesure est appliquée d'une manière arbitraire ou comme moyen de restriction déguisé ? Ces propositions s'inscrivent dans le cadre plus vaste de la question générale de la relation entre les accords de l'OMC et les accords multilatéraux environnementaux. Celle-ci n'a pas encore trouvé de solution générale mais elle fait désormais, au moins partiellement, l'objet d'un mandat de négociations issu de la récente Déclaration Ministérielle de Doha.¹⁴

B - La charge de la preuve dans les Accords spécifiques

La pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'Appel a déjà dégagé les grandes lignes de l'interprétation des principales dispositions de l'Accord SPS. Dans le cadre de cet accord, l'application

¹² - Communication du 19 octobre 2000, WT/CTE/W/170, disponible sur le site Internet de l'OMC: www.wto.org.

¹³ - Communication du 19 octobre 2000, WT/CTE/W/168.

¹⁴ - Le paragraphe 31 de la Déclaration Ministérielle (WT/MIN(01)/DEC/1) prévoit:

"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;"

des règles normales d'attribution de la charge de la preuve a été réaffirmée. Cependant des précisions importantes ont été apportées.

Dans l'affaire *Hormones* le Groupe spécial avait observé, en analysant les diverses dispositions de l'Accord SPS, que les Membres prenant des mesures couvertes par l'Accord, c'est-à-dire des mesures pour la protection de la santé des personnes, des plantes ou des animaux contre certains risques précis, étaient tenus, lorsqu'ils adoptaient ces mesures, de respecter un certain nombre d'obligations. Après avoir rappelé l'applicabilité des règles générales d'attribution de la charge de la preuve, le Groupe spécial avait déduit de diverses dispositions de l'Accord l'existence d'une charge de la preuve de la conformité d'une mesure à l'Accord SPS pesant sur le Membre prenant la mesure. L'Organe d'appel a rejeté cette "décision d'interprétation générale", en affirmant : « *Nous constatons que la décision d'interprétation générale du groupe spécial est dénuée de fondement dans l'Accord SPS et nous devons, par conséquent, infirmer cette décision. Nous ne voyons pas de lien nécessaire (c'est-à-dire logique) ou autre entre l'engagement des Membres de faire en sorte, par exemple, qu'une mesure SPS ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux et l'attribution de la charge de la preuve dans une procédure de règlement des différends. L'article 5:8 de l'Accord SPS n'est pas censé traiter des problèmes relatifs à la charge de la preuve; il ne vise pas une situation de règlement des différends. Au contraire, un Membre désireux d'exercer son droit de recevoir des informations au titre de l'article 5:8 serait en toute probabilité dans une situation précédant un différend et les informations ou explications qu'il recevrait pourraient lui permettre d'engager une procédure de règlement des différends et d'établir une présomption d'incompatibilité de la mesure en cause avec l'Accord SPS. La dernière raison avancée par le groupe spécial est tout simplement dépourvue de logique. La présomption a contrario instituée par le groupe spécial n'existe pas. La présomption de compatibilité avec les dispositions pertinentes de l'Accord SPS qui découle de l'article 3:2 pour les mesures qui sont conformes aux normes internationales peut fort bien être une incitation pour les Membres à rendre leurs mesures SPS conformes à ces normes. Il est évident, toutefois, que la décision d'un Membre de ne pas rendre une mesure particulière conforme à une norme internationale n'autorise pas l'imposition à ce Membre de la charge générale ou spéciale de la preuve, qui peut représenter le plus souvent une pénalité* ». Cette précision est à garder à l'esprit lorsqu'on tente d'analyser si une certaine mesure est ou non conforme aux obligations des accords de l'OMC, et en particulier de l'Accord SPS. Il faut en effet faire une distinction claire entre d'une part, les obligations de fond contenues dans les textes et qui pèsent sur les Membres lorsqu'ils prennent ou maintiennent une mesure, en l'occurrence, l'obligation par exemple de s'assurer que la mesure est basée sur une évaluation des risques, et ce en dehors de tout litige et, d'autre part, les règles qui présideront à la charge de la preuve en cas de litige, c'est à dire a priori la règle selon laquelle il appartient à celui qui conteste la conformité d'une mesure à l'Accord d'établir que les obligations qui y sont prévues n'ont pas été respectées.

Si la question de la charge de la preuve se pose avec une acuité particulière dans le cadre de l'Accord SPS c'est notamment en raison de la présomption de validité des mesures établies conformément aux normes internationales posée par l'article 3. Nous l'avons vu, l'application des règles normales d'attribution de la charge de la preuve a été réaffirmée dans l'affaire *Hormones*¹⁵. Dans ce rapport, le Groupe spécial a précisé qu'un État qui adopte une mesure plus sévère qu'une norme internationale n'a pas, en cas de litige, la charge initiale de prouver que cette mesure est scientifiquement fondée. C'est au pays qui la conteste d'apporter des éléments de nature à faire présumer la contrariété de la mesure aux dispositions de l'Accord SPS. Certains ont vu ici un renversement de la charge de la preuve favorable au principe de précaution. Il convient de relativiser cette appréciation. Dans le même rapport, il est confirmé que la charge de la preuve incombe initialement à la partie plaignante, qui doit fournir un "commencement de preuve" ou, plus exactement, établir une présomption d'incompatibilité avec une disposition particulière de l'Accord SPS en ce qui concerne la mesure faisant l'objet de la plainte. Une fois établie cette présomption, la charge de la preuve passe à la partie défenderesse, qui doit à son tour repousser ou

¹⁵ - CE - Mesures concernant les viandes et les produits carnés, Rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R.

réfuter l'incompatibilité alléguée. En fonction de la disposition en cause et des faits de l'espèce, cette présomption initiale sera plus ou moins aisée à établir.

Dans le même rapport, l'Organe d'appel revient sur la relation principe/exception déjà évoquée dans le rapport *États-Unis – Chemises* en infirmant sur ce point le rapport rendu par le Groupe spécial. Celui-ci considérait que l'article 3.3 de l'Accord SPS constituait une exception à l'article 3.1, et appliquait de ce fait, la pratique établie dans le cadre de l'article XX du GATT selon laquelle la charge de justifier une mesure adoptée à titre d'exception, incombe à la partie défenderesse. L'Organe d'appel estime que le Groupe spécial « *a mal compris* » la relation existant entre les deux dispositions et rappelle que si, l'établissement de mesures sanitaires sur ces bases internationales constitue clairement un objectif fixé par l'accord, les mesures ont cependant la possibilité de prendre des mesures autrement fondées et cela ne relève pas d'une exception mais d'une possibilité autonome. Cette mise au point a une incidence directe sur la question de la charge de la preuve : dans cette optique, les parties plaignantes auraient dû dans un premier temps présenter des preuves suffisantes pour montrer que les mesures communautaires étaient incompatibles au regard des articles de l'accord. C'est ensuite à la Communauté de réfuter ces allégations. En effet, si l'Organe d'appel rappelle qu'« *initialement* » le fardeau de la preuve pèse sur la partie plaignante, le terme « *initialement* » doit être interprété dans le sens suivant : les plaignants doivent établir la présomption d'incompatibilité des mesures communautaires avec l'Accord SPS mais si cette présomption est établie, c'est alors au défendeur de la réfuter et de montrer que les mesures en cause remplissent les conditions posées par l'Accord.

Concernant l'Accord OTC, l'Organe d'appel n'a pas eu, pour l'heure, l'occasion de se prononcer sur les règles générales applicables aux questions de preuve. Il semble toutefois ressortir de l'application de cet Accord par le seul groupe spécial qui se soit prononcé sur le fondement de cet Accord que les règles déjà établies au titre des autres Accords soient applicables¹⁶.

L'examen des différentes applications de la charge de la preuve à ce jour suggère que le fonctionnement de la règle s'analyse comme une position médiane¹⁷ : un partage du fardeau de la preuve, une alternance successive de présomption et de réfutation. Ces règles paraissent refléter la règle d'attribution de la charge de la preuve classique du droit civil français : il appartient à celui qui allègue l'existence d'un fait d'en apporter la preuve. La charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier (« *actori incumbit probatio* »). De fait, comme l'a indiqué l'Organe d'appel, il s'agit d'un principe bien connu de diverses juridictions, nationales ou internationales. Nous sommes donc là face à une illustration intéressante du type de référence, ou d'emprunt, que l'Organe d'appel ou les groupes spéciaux sont susceptibles de faire à des principes généralement applicables en matière de règles de procédure, soit dans les différents systèmes de droit nationaux, soit en droit international.

II - L'administration de la preuve : quel est le rôle du groupe spécial dans l'établissement des faits ?

Deux questions au moins se posent quant à la gestion de la preuve : d'abord celle de la répartition des compétences entre le Groupe spécial et l'Organe d'appel, ensuite celle des pouvoirs du groupe spécial dans l'administration de la preuve.

A – La répartition des compétences entre Groupe spécial et Organe d'appel

La répartition des compétences entre les groupes spéciaux et l'Organe d'appel est relativement simple : les groupes spéciaux sont les seuls juges des faits. L'Organe d'Appel, quant à lui, joue un rôle comparable à celui d'une Cour de cassation et considère que les constatations de fait, contrairement aux conclusions ou interprétations de droit, ne relèvent pas de sa compétence. Le rapport qu'il a rendu dans l'affaire *Hormones* apporte des éclaircissements sur la distinction, parfois délicate, entre fait et droit. L'Organe d'appel y affirme que « *la question de savoir si un certain événement a effectivement*

¹⁶ - Voir : *Communautés européennes – Désignation commerciale des Sardines*, Rapport du Groupe spécial du 29 mai 2002, WT/DS231/R, paragraphes 7.48 et suivants.

¹⁷ - RUIZ FABRI (H.), *Chronique du règlement des différends*, *JDI*, 1999, 2, p. 485.

eu lieu dans le temps et dans l'espace est généralement une question de fait », mais aussi que « *la question de la crédibilité d'un élément de preuve donné et de l'importance à lui accorder fait partie intégrante du processus d'établissement des faits* ». Il est en revanche précisé que « *La question de savoir si un groupe spécial a procédé ou non à une évaluation objective des faits dont il est saisi...est...une question de droit* »¹⁸. L'Organe d'appel a en outre précisé dans le même rapport la portée limitée du contrôle qu'il peut exercer sur le respect, par un groupe spécial, de son obligation de procéder à une évaluation objective des faits. Notons enfin, qu'à la différence de la notion de fait en droit interne, l'existence d'une législation ou d'une réglementation relève, dans le cadre international, de l'établissement des faits, et non du droit, cette preuve étant généralement facile à établir, sauf lorsqu'il s'agit de prouver, par exemple, l'existence d'un ensemble de pratiques imputables à un gouvernement, qui ne sont pas directement contenues dans un texte de loi publié.

Les groupes spéciaux ont donc la responsabilité exclusive de la constatation des faits, sous réserve d'un contrôle très limité par l'Organe d'appel, sur le fondement de l'article 11 du Mémoire d'accord, de la manière dont le groupe spécial s'est acquitté de sa tâche de procéder à une évaluation objective des faits. D'apparence simple, le processus d'appréciation des éléments de preuves peut devenir assez complexe, dans des affaires impliquant des questions techniques ou scientifiques, parce que les groupes spéciaux ne sont pas composés de scientifiques, et n'ont pas vocation à le devenir. Cela pourrait précisément être le cas en matière d'OGM, ce qui rend d'autant plus importante la question des pouvoirs de l'ORD dans l'administration de la preuve. Le sort d'une mesure restrictive du commerce international des OGM pourrait dépendre, en partie, de la façon dont les groupes spéciaux et l'Organe d'appel géreront les preuves apportées.

B – Les pouvoirs du Groupe spécial dans l'administration de la preuve

Les règles dirigeant l'attribution du fardeau de la preuve ne permettent pas, à elles seules, de rendre compte de toutes les questions de preuve liées au déroulement de la procédure. Ni le Mémoire concernant le règlement des différends, ni l'Accord général, ni l'Accord SPS ne prescrivent de critère d'examen particulier, au delà des exigences de l'article 11 du Mémoire. Dès lors, les critères qui y sont énoncés seront déterminants, à savoir « [...] *l'évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions* ».

On l'a vu, le rôle des groupes spéciaux est primordial en ce qui concerne l'évaluation des faits. Cet aspect prend une importance particulière notamment lorsque le litige comporte des éléments scientifiques ou techniques, comme c'était le cas dans l'affaire *Hormones* et les autres affaires SPS à ce jour, et comme ce pourrait être le cas dans un litige concernant une mesure affectant le commerce des OGM. Dans cette affaire justement, l'Organe d'appel affirme que les Groupes spéciaux ne sont pas en mesure d'effectuer un réexamen complet et qu'il ne peuvent pas non plus s'en remettre totalement aux constatations des autorités nationales. Leur rôle peut donc être défini comme une position médiane, qui ne peut s'apparenter ni à l'examen *de novo* (c'est-à-dire un examen approfondi de la totalité de l'affaire à la fois procédures et faits), ni à la déférence totale (c'est-à-dire un contrôle plus global consistant à s'assurer que les procédures requises par le droit de l'OMC ont été correctement suivies). Une indication essentielle est fournie par l'Organe d'appel qui affirme que c'est au Groupe spécial qu'il incombe de décider quelles preuves il choisit d'utiliser pour faire ses constatations¹⁹. Les groupes spéciaux disposent donc d'une grande marge de manœuvre dans la procédure, faisant dire à certains que l'on était face à une procédure de type inquisitoire.

Le rapport rendu dans l'affaire *Japon - Produits agricoles*²⁰ précise toutefois des limites au pouvoir d'investigation des groupes spéciaux. L'Organe d'appel y affirme que la défaillance de la partie plaignante ne peut être « *compensée* » par le recours à des informations obtenues par d'autres voies. Ici, selon l'Organe d'appel, les États-Unis n'avaient pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité avec l'accord SPS. Or, le pouvoir d'investigation attribué au Groupe spécial « *ne*

¹⁸ - *CE - Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, § 132.

¹⁹ - *Ibid*, § 135. Voir aussi *CE - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, § 161.

²⁰ - *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, Rapport de l'Organe d'appel du 22 février 1999, WT/DS76/AB/R.

peut pas être utilisé par un groupe spécial pour trancher en faveur d'une partie plaignante qui n'a pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité sur la base d'allégations juridiques qu'elle a formulées ». Le Groupe spécial doit donc toujours, dans son appréciation des faits, maintenir un équilibre délicat pour ne pas dépasser dans ses conclusions le cadre du litige tel que présenté par le plaignant, et évaluer les éléments de preuve de différentes sources les uns au regard des autres afin de procéder à l'examen objectif des faits requis par l'article 11.

Dans l'examen des éléments de fait qui lui sont soumis, le groupe spécial devra en outre tenir compte des exigences de respect des droits de la défense, dont l'Organe d'appel a affirmé de manière répétée l'importance dans la procédure ²¹.

Dans l'affaire *Corée – Produits laitiers* ²², l'Organe d'appel a précisé que « *La détermination de l'importance et du poids réels des éléments de preuve présentés par une partie est fonction de l'estimation faite par un groupe spécial de la force probante de tous les éléments de preuve fournis par les deux parties considérés ensemble* ». Ainsi, le groupe spécial procèdera en fin de compte généralement à une analyse de l'ensemble des éléments qui lui sont présentés, plutôt qu'exclusivement à un examen successif des éléments apportés par l'un, puis par l'autre.

La distinction entre les notions de *charge* et d'*objet* de la preuve semble parfois se brouiller en pratique. Ainsi peuvent être présentées sous l'intitulé de « charge de la preuve » des questions paraissant parfois relever de l'appréciation de ce qui constituera un ensemble de preuves de nature à emporter la conviction du juge, c'est-à-dire une question relevant davantage de l'identification de l'objet de la preuve à fournir, du contenu de celle-ci ²³.

III – La question du contenu de la preuve : quelle place pour l'incertitude scientifique ?

Les règles relatives à la charge et à l'administration de la preuve n'épuisent pas les enjeux liés à l'établissement des faits. La question du contenu de la preuve est essentielle. Elle recouvre à la fois la question du type de preuve admissible et celle du niveau de preuve attendu. Cette dernière question est essentielle dès lors que l'on se trouve dans une situation d'incertitude scientifique.

A – Le type de preuve admissible

On peut noter tout d'abord qu'il n'existe pas, dans ce mécanisme, de modes de preuve pré-établis. Le Groupe spécial se déterminera en fonction des éléments qui lui sont soumis principalement, voire exclusivement, par les parties, mais aussi éventuellement par certaines sources extérieures.

Tout d'abord, la notion d'« alternance » de la preuve qui paraît inscrite dans la règle énoncée plus haut ne reflète pas le fait qu'en pratique, comme c'est généralement le cas également en droit interne, on peut s'attendre à ce que chaque partie tente d'apporter des éléments de preuve tendant à soutenir sa position, au-delà des exigences de l'alternance prévue par la charge de la preuve.

En outre, de la même manière qu'en droit interne, il peut se produire que le plaignant, légitimement, ne dispose pas lui-même de l'ensemble des éléments nécessaires à la démonstration des faits propres à convaincre le groupe spécial. En particulier, il se peut que certains éléments soient en la possession de l'autre partie. D'ailleurs, chaque partie a le devoir de collaborer de bonne foi à la bonne marche de la procédure, et il se peut aussi que la partie adverse soit sollicitée par le Groupe spécial pour fournir des informations complémentaires. Elle s'expose, en cas de refus, à ce que les groupes spéciaux puissent légitimement en tirer des conséquences adverses.

Le groupe spécial, par ailleurs, peut aussi estimer nécessaire à son information de recueillir des informations supplémentaires. L'article 13 du Mémoire, ainsi que l'a montré l'article précédent de ce volume, laisse une grande liberté aux groupes spéciaux pour s'informer auprès de tiers, y compris d'autres organisations internationales éventuellement s'ils l'estiment nécessaire. Les groupes spéciaux ont d'ailleurs largement fait usage, à ce jour, de cette faculté, notamment chaque fois que des questions

²¹ - Par exemple, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, § 154.

²² - *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, rapport de l'Organe d'appel du 14 décembre 1999, WT/DS98/AB/R.

²³ - Voir par exemple *États-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde*. Rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/AB/R, p. 16.

techniques ou scientifiques étaient en jeu, et l'Organe d'appel a reconnu aux groupes spéciaux une grande marge de discrétion dans le choix des modalités de consultations d'experts²⁴. Par ailleurs, la pratique des *amicus curiae*, s'est aussi développée dans la pratique du règlement des différends de l'OMC²⁵. Dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*²⁶, l'Organe d'appel a fait une place à la participation des acteurs non gouvernementaux à la procédure, en consacrant la possibilité de présenter des soumissions écrites non-sollicitées. La pratique, devant les groupes spéciaux et plus encore l'Organe d'appel, offre toutefois un tableau nuancé²⁷. La question de la participation des acteurs non-gouvernementaux à la procédure compte parmi les questions actuellement discutées dans le cadre des nouvelles négociations en vue de l'amélioration et de la clarification du Mémoire d'Accord²⁸. Notons que les Communautés européennes ont présenté dans ce cadre une proposition qui, sur ce point particulier, est comparable à la procédure additionnelle adoptée par l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *Amiante*²⁹.

Les éléments de preuve soumis aux groupes spéciaux, spontanément ou à leur demande, peuvent donc être très variés. Il appartiendra au groupe spécial d'en apprécier le poids et la valeur, disposant en cela, comme nous l'avons vu plus haut, d'une marge d'appréciation. Ainsi que l'a exprimé l'Organe d'appel dans l'affaire *Amiante*, "le groupe spécial avait le droit de décider que certains éléments de preuve étaient plus importants que d'autres – c'est essentiellement ce en quoi consiste l'appréciation des éléments de preuve"³⁰.

B – Le niveau de la preuve

Si l'issue du litige peut dépendre des règles répartissant le fardeau de la preuve, la question du contenu de la preuve ou du niveau de celle-ci n'en revêt pas moins un caractère essentiel. Selon le type et le niveau de preuve attendu la justification d'une mesure environnementale ou sanitaire pourra être plus ou moins difficile à établir. Or, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends ne prévoit pas, d'une manière générale, de niveau de preuve à atteindre. En conséquence, l'importance pratique, et la relative facilité ou complexité, de l'établissement des faits varieront grandement selon l'objet du litige. L'objet précis de la preuve, c'est à dire *ce qui doit être démontré* dans chaque cas pour convaincre le juge, variera selon les dispositions en cause et les circonstances de l'affaire, ce qui a été affirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis–Chemises* déjà citée: « *Dans le cadre du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC, la quantité et la nature précises des éléments de preuve qui seront nécessaires pour établir une telle présomption varieront forcément d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre* ».

Dans le cadre de l'Accord SPS, l'exigence de mesures établies sur la base d'une évaluation des risques est centrale.³¹ L'Organe d'appel a précisé la nature du risque envisagé, notant en particulier que « *le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable ; l'incertitude théorique n'est pas le genre de risque qui doit être évalué aux termes de l'accord*

²⁴ - Voir *supra* la contribution de T. Christoforou.

²⁵ - Plus généralement sur cette question, voir H. ASCENCIO, " L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales ", *RGDIP*, 2001, n°4, tome 105, pp. 897-929.

²⁶ - *États-Unis–Prohibition à l'importation de crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport de l'Organe d'appel du 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, paragraphes 101 à 109.

²⁷ - Voir *supra* la contribution de T. Christoforou.

²⁸ - Le paragraphe 30 de la Déclaration ministérielle de Doha est, en effet, ainsi rédigé : « *Nous convenons de négociations sur les améliorations et clarifications à apporter au Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Les négociations devraient être fondées sur les travaux effectués jusqu'ici ainsi que sur toutes propositions additionnelles des Membres, et viser à convenir d'améliorations et de clarifications au plus tard en mai 2003, date à laquelle nous prendrons des mesures pour faire en sorte que les résultats entrent en vigueur ensuite dès que possible* ».

²⁹ - Voir l'article 13 bis proposé par les CE : ORD, Session extraordinaire, *Contribution des Communautés européennes et de leurs États membres à l'amélioration du Mémoire d'accord de l'OMC sur le règlement des différends*, *Communication des CE* [TN/DS/W/1], 13 mars 2002. Voir aussi la réaction très négative de l'Inde à ces propositions : *Questions posées par l'Inde aux Communautés Européennes et à leurs États membres au sujet de leur proposition concernant des améliorations à apporter au Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, *Communication de l'Inde* [TN/DS/W/5], 7 mai 2002.

³⁰ - CE- *Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, § 161.

³¹ - Voir en particulier les Articles 2.2 et 5.1 de l'Accord SPS.

SPS »³². L'Organe d'appel a encore précisé dans son rapport *Hormones*, qu'il est « *essentiel de ne pas perdre de vue que le risque qui doit être évalué n'est pas uniquement le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telle qu'elles existent autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent* » (*Hormones*, §187).

Une question importante en matière scientifique et technique est celle de l'existence ou non d'un niveau, d'un seuil de justification scientifique attendu. Apporter une réponse générale à une telle question n'est pas aisé étant donné le peu de jurisprudence et les inévitables variations d'appréciation au cas par cas. La question du contenu de la preuve ou du niveau de preuve attendu, se pose avec une acuité particulière dès lors que sont en jeu des éléments scientifiques, ce qui est spécifiquement le cas en matière d'OGM. A cet égard, il est intéressant de noter que l'Organe d'appel a précisé que l'évaluation des risques, telle qu'elle est envisagée dans l'Accord SPS, ne débouche pas forcément sur une conclusion monolithique mais peut faire au contraire ressortir un courant scientifique dominant et des opinions scientifiques divergentes. L'évaluation des risques, et la mesure qui sera adoptée, ne sont donc pas censées nécessairement refléter un point de vue monolithique, ni même majoritaire. Ainsi, le fait qu'un point de vue soit minoritaire ne fait pas en soi obstacle à ce que l'évaluation qui prend appui sur lui puisse raisonnablement fonder la mesure prise. Ainsi, L'Organe d'appel note que c'est particulièrement le cas « *lorsque le risque en question peut être mortel et qu'il perçu comme posant une menace évidente ou imminente pour la santé ou la sécurité publique* »³³. Selon l'Organe d'appel, l'évaluation des risques n'a pas à se référer à une « *conclusion monolithique avec un point de vue scientifique prépondérant qui représente le courant principal de l'avis scientifique* ». Bien au contraire, des « *gouvernements responsables et représentatifs peuvent agir en toute bonne foi à la lumière d'un point de vue scientifique divergent émanant d'experts scientifiques qualifiés et respectés* »³⁴. Cette appréciation souple du contenu de la preuve à rapporter a été confirmée par l'Organe d'appel dans le rapport *Produits agricoles* déjà cité.

Le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Amiante* suggère que des considérations similaires peuvent aussi être pertinentes dans l'évaluation de données scientifiques dans le cadre d'un examen au titre de l'article XX du GATT: "*Pour justifier une mesure au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, un Membre peut également se fonder, de bonne foi, sur des sources scientifiques qui, à ce moment-là, peuvent constituer une opinion divergente mais qui provient de sources compétentes et respectées. Un Membre n'est pas tenu, dans l'élaboration d'une politique de santé, de suivre automatiquement ce qui, à un moment donné, peut constituer une opinion scientifique majoritaire*"³⁵.

Dans la même affaire, l'Organe d'appel a encore précisé que les données scientifiques n'avaient pas à être appréciées selon un système de « *prépondérance des preuves* » et qu'au contraire, un gouvernement pouvait légitimement se fonder, dans le cadre de sa politique de santé, sur des données minoritaires, pourvu qu'elles émanent de sources reconnues. Ce point est très important puisqu'il révèle bien que l'objet du groupe spécial ne peut être de « *refaire* » l'évaluation scientifique ou de se prononcer sur une vérité scientifique (qui de toute façon ne se démontre pas par un calcul de majorité), mais plutôt d'apprécier si les autorités prenant la mesure avaient devant elles des éléments scientifiques crédibles pour prendre leur décision.

Par ailleurs, l'Organe d'appel a constaté dans l'affaire *Amiante* qu'"*il n'est pas contesté que les Membres de l'OMC ont le droit de fixer le niveau de protection de la santé qu'ils jugent approprié dans une situation donnée*"³⁶. La même notion se retrouve aussi dans le cadre de l'Accord SPS. En pratique, une mesure donnée sera donc examinée à la lumière des éléments scientifiques pertinents, mais aussi au regard du niveau de protection choisi par le Membre en question, ce qui est une question distincte.

³² - Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones* § 186, confirmé par le rapport rendu dans l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de Saumons*, WT/DS18/AB/R, §125

³³ - Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones*, précité, § 194.

³⁴ - *Ibid.*

³⁵ - *Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS135/AB/R, § 178.

³⁶ - *Ibid.*, § 167.

Dans le cadre de l'Accord SPS, une disposition importante doit encore être soulignée: l'article 5.7 de l'accord consacre la possibilité, pour un Membre, de prendre des mesures temporaires lorsque les données scientifiques sont insuffisantes, à certaines conditions. Après avoir noté qu'il était superflu, voire imprudent, qu'il prenne position sur le statut du principe de précaution en droit international, l'Organe d'appel a estimé que le principe de précaution était pris en compte dans cette disposition. Plus généralement, tout en précisant que ce principe ne dispense pas, en soi, de l'obligation d'appliquer les principes normaux d'interprétation des traités, l'Organe d'appel identifie certains éléments de l'Accord SPS qui reflètent une prise en compte du principe de précaution: "*ce principe est également pris en compte dans le sixième alinéa du préambule et à l'article 3:3. Ces derniers reconnaissent explicitement le droit des Membres d'établir leur propre niveau de protection approprié de protection sanitaire, lequel peut être plus élevé (c'est à dire plus prudent) que celui qu'impliquent les normes, directives et recommandations internationales existantes*"³⁷. L'Organe d'appel suggère aussi qu'"un groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s'il existe des *"preuves scientifiques suffisantes"* pour justifier le maintien par un Membre d'une mesure SPS peut, évidemment, et doit, garder à l'esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes".³⁸

Concernant d'éventuels litiges concernant des mesures affectant les OGM, ces observations ont plusieurs conséquences. Tout d'abord le traitement de la mesure dans le cadre d'un litige dépendra de la nature de celle-ci et des dispositions invoquées: s'agit-il d'une interdiction d'importation ? d'une obligation d'étiquetage ? Quel est l'objectif de la mesure? De la nature et de l'objectif de la mesure dépendront les règles de fond applicables. Il faut, à cet égard, garder à l'esprit que les règles procédurales doivent toujours être lues à la lumière des dispositions de fond en cause, car ce sont elles qui déterminent en fin de compte l'objet de la preuve au cas par cas. Ensuite, le type d'OGM en cause aura certainement un impact essentiel pour ce qui est des données scientifiques pertinentes : les données peuvent différer significativement en fonction des espèces concernées, et du type de risque visé. En outre, les approches susceptibles d'être suivies par les Membres de l'OMC, pourraient varier légitimement, en particulier au regard du droit de chaque Membre de fixer le niveau de protection qu'il juge approprié.

Les règles de preuve applicables dans le règlement des différends au sein de l'OMC se révèlent en définitive assez classiques dans le rôle qu'elles attribuent aux parties. La pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'Appel, à ce jour, montre que les groupes spéciaux disposent d'une marge de manœuvre importante à la fois pour recueillir des éléments de preuve, y compris scientifiques et dans la manière de les apprécier. La combinaison de cette marge discrétionnaire avec les règles de fond applicables, dans le cadre du GATT aussi bien que de l'Accord SPS, suggère que les groupes spéciaux ont la possibilité de prendre en compte, le cas échéant, l'incertitude scientifique comme l'un des éléments pertinents les circonstances dans lesquelles a été prise ou est maintenue une mesure contestée. Dès lors, même si le principe de précaution ne trouve pas, à ce jour, à s'appliquer directement en tant que principe général du droit dans la pratique de l'OMC, il est permis de penser que d'éventuelles incertitudes scientifiques puissent avoir un rôle à jouer dans la manière dont seraient appréciés les éléments de preuve apportées par les parties à un litige en matière d'OGM.

³⁷ - *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS/26/AB/R, § 124.

³⁸ - Sur cette question, voir C. NOIVILLE, *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce – Le cas du commerce alimentaire*, JDI, 2000, p. 263-297.