

Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC la gouvernance confiée aux experts ?

Ève Truilhé-Marengo

Number 6, Special, 2009

La gouvernance à l'épreuve des enjeux environnementaux et des exigences démocratiques

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/044546ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions en environnement VertigO
Université du Québec à Montréal

ISSN

1492-8442 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Truilhé-Marengo, È. (2009). Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC la gouvernance confiée aux experts ? [VertigO] *La revue électronique en sciences de l'environnement*, (6).

Article abstract

The increasing complexity of litigation and increasingly frequent use of scientific expertise raises questions about the role of non judicial elements in jurisprudence. In the environmental field, the frequent recourse to expertise leads to a paradox: while the increasing importance of scientific considerations almost systematically calls for scientific expertise, the scientific uncertainty, coupled with the political stakes makes it difficult for a judge to use this expertise. Due to the impossibility for a judge to isolate himself from scientific controversies, the expert has become a prime stakeholder in environmental and health issues and subject to criticism. The relationship between the expert and the magistrate thus becomes highly important.

International jurisdiction is more and more often called upon to validate the scientific basis of the judgements of lower courts. This is also the case of the World Trade Organisation. As dispute settlement panels assess the value of a scientific expertise or the accuracy of a risk assessment, they become judges of scientific expertise. What are the modalities of the use of scientific experts? What is the importance of the scientific expertise in the making of a ruling?

These questions will allow us to contribute to the discussion about the increasing use of scientific expertise in judicial proceedings at the World Trade Organisation.



CONTENTIEUX SANITAIRES ET ENVIRONNEMENTAUX A L'OMC LA GOUVERNANCE CONFIEE AUX EXPERTS ?

Ève Truilhé-Marengo, Chargée de recherche au CNRS, CERIC – UMR 6201, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 3 avenue Robert-Schuman 13628 Aix-en-Provence, France, Courriel : eve.truilhe@gmail.com

Résumé : Face à la complexification des litiges et à la progression constante du recours à l'expertise, se pose la question de la place des éléments non juridiques dans l'élaboration du jugement. Sur le terrain environnemental, le recours de plus en plus fréquent à l'expert relève du paradoxe : la haute teneur scientifique des litiges impose presque systématiquement un recours à l'expert alors que, simultanément, l'incertitude scientifique couplée au fort enjeu politique entourant la décision judiciaire complexifie l'utilisation de l'expertise par le juge. L'impossible isolement du juge face aux controverses de la science a fait de l'expert scientifique un acteur à la fois majeur et contesté des contentieux sanitaires et environnementaux. La relation qui se noue entre le magistrat et l'expert, dans cette situation, devient donc essentielle. Les juridictions internationales sont de plus en plus souvent amenées à contrôler l'assise scientifique des mesures prises à des niveaux inférieurs. Le cas du droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) constitue un cadre d'analyse pertinent. Lorsqu'ils apprécient la valeur d'une expertise ou le caractère suffisamment étayé d'un risque, les Groupes spéciaux deviennent inévitablement des arbitres de l'expertise scientifique. Quelles sont les modalités de recours aux experts ? Quelle est l'importance des rapports d'expertise dans la construction des jugements ? C'est l'objectif de cette intervention que de poser un jalon dans la réflexion autour du recours de plus en plus fréquent à l'expertise en droit de l'OMC.

Mots-clés : contentieux, international, OMC, office du juge, expert, précaution, évaluation des risques.

En permettant, par la démonstration des faits, la reconnaissance des droits subjectifs, la preuve constitue un terrain charnière, un carrefour entre le fait et le droit, l'élément essentiel du procès. Les questionnements juridiques relatifs aux règles de preuve, au rôle du juge et aux liens que celui-ci entretient avec les éléments non juridiques du procès sont aujourd'hui renouvelés par le développement des situations où domine l'incertitude scientifique. Confronté à des questions d'ordre technique se rapportant, pour l'essentiel à des éléments d'analyse scientifique, le juge a parfois besoin d'être aidé.

Au plan international se développe en effet un important contentieux portant notamment sur la question de la justification scientifique, les juridictions internationales étant de plus en plus souvent amenées à contrôler l'assise scientifique des mesures prises à des niveaux inférieurs. Le principal enjeu de ce questionnement concerne le rôle du juge face à la science. Lorsqu'il apprécie la valeur d'une expertise ou le caractère suffisamment étayé d'une évaluation des risques, le juge est

conduit à se faire progressivement arbitre de l'expertise scientifique ce qui suscite de profondes interrogations. Car, comme l'affirment Rafael Encinas de Munagorri et Olivier Leclerc, « l'émergence d'une gouvernance confiée aux experts ravive le spectre d'une technocratie internationale peu compatible avec exigences démocratiques qui sont les nôtres »¹.

Les conclusions expertales ne peuvent en effet pas être traitées comme un élément de preuve parmi d'autres : les experts sont requis par l'autorité judiciaire, ce qui confère une importance particulière aux avis qu'ils émettent. Le constat n'a rien de nouveau² mais, face à la complexification des litiges et à la progression constante du recours à l'expertise, se posent les questions de la place des éléments non juridiques dans l'élaboration du jugement et du monopole du droit dans la définition du juste³.

Référence électronique

Ève Truilhé-Marengo, « Contentieux sanitaires et environnementaux à l'OMC la gouvernance confiée aux experts ? », VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement, Hors série 6, 2009, [En ligne], URL : <http://vertigo.revues.org/index8994.html>.

¹ R. Encinas de Munagorri, O. Leclerc, Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique, in : R. Encinas de Munagorri (dir), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, Paris, 2009, p. 199.

² Sur les origines de l'expertise judiciaire, voir : R. Encinas de Munagorri, Expert et expertise, *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003, p. 686.

³ L. Dumoulin, L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte, *Droit et société*, 2000, pp. 199-223.

Le droit de l'OMC constitue à ce titre, un cadre d'analyse particulièrement pertinent. En effet, le contentieux sanitaire et environnemental est éminemment technique et prend devant ces organes une acuité particulière en raison d'enjeux commerciaux et politiques forts. Par ailleurs, les Groupes spéciaux sont généralement composés de deux diplomates et d'un juriste et ne disposent donc pas de connaissances scientifiques spécifiques et la procédure de règlement des différends est enserrée dans des délais très contraignants. Sous l'égide du GATT, peu de dispositions concernaient les aspects scientifiques et, aucun litige concernant une mesure fondée sur des éléments scientifiques n'avait été tranché par les panels. L'incapacité de l'ancien GATT à résoudre ce type de conflit a rendu nécessaire une tentative de rationalisation de l'article XXb lors de l'Uruguay round et l'adoption de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS⁴). Les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont particulièrement enclins à recourir à l'expertise. Ils nous fournissent donc une matière riche permettant d'éclairer la problématique du rôle des éléments scientifiques dans les contentieux sanitaires et environnementaux internationaux, à travers deux questions complémentaires : celle des modalités de nomination des experts (I) et celle de la portée de l'expertise dans l'issue du jugement (II).

Modalités de recours aux experts

Malgré son caractère essentiel, la preuve n'est pratiquement pas envisagée dans le Mémoire d'accord concernant le règlement des différends de l'OMC. L'article 11 indique 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 sur ce point, pour être floue elle n'en est pas moins 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 contient très peu de règles concernant les questions de procédure au cours de la phase d'examen des affaires par les Groupes spéciaux. C'est donc essentiellement dans la pratique des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel que doivent être recherchées les solutions. L'article 13 du

Mémoire concernant le règlement des différends laisse aux Groupes spéciaux un large pouvoir d'investigation pour rechercher les informations nécessaires à la résolution du litige y compris les informations d'ordre technique et scientifique, se rapprochant, sans en avoir cependant toutes les caractéristiques, d'un système de type inquisitoire. Des limites sont cependant posées au rôle de ces sources extérieures dans la procédure : dans l'affaire Produits agricoles, l'Organe d'appel a précisé que « L'article 13 du Mémoire d'accord et l'article 11:2 de l'Accord SPS laissent entendre que les Groupes spéciaux ont un large pouvoir d'investigation. Toutefois, ce pouvoir ne 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 spécifiques qu'elle a formulées ».

Experts individuels versus groupes d'experts : se prémunir contre une opinion dominante ?

Les textes prévoyant le recours aux experts préconisent tous la constitution de groupes consultatifs d'experts. Ainsi l'article 13 du Mémoire d'accord prévoit que « les Groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts ». Et il en va de même pour les dispositions contenues dans les accords spécifiques (Article 11-2 de l'Accord SPS⁵, Article 14 :2 et 3 de l'accord sur les obstacles techniques au commerce, ci-après accord OTC⁶). Mais dans toutes les affaires dont ils ont pu être saisis dans la matière qui nous intéresse, les Groupes spéciaux ont toujours privilégié le recours à des experts individuels.

Dans l'affaire « Hormones »⁷ qui portait sur les mesures prévues dans la directive communautaire n°96/22/CE interdisant

⁴ L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires est considéré comme une application de l'article XX b) du GATT de 1994 qui se réfère aux exceptions « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ». L'Accord constitue donc la *lex specialis* en la matière. Négocié expressément dans le but d'éviter que les États n'abusent de l'article XX b) en matière agricole, il a pour objet d'empêcher que les règles techniques qui visent à assurer la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des animaux n'aient pour effet de créer des obstacles aux échanges internationaux.

⁵ Article 11-2 de l'Accord SPS : « Dans un différend relevant du présent accord et qui soulève des questions scientifiques ou techniques, un Groupe spécial devrait demander l'avis d'experts choisis par lui en consultation avec les parties au différend. A cette fin, le Groupe spécial pourra, lorsqu'il le jugera approprié, établir un groupe consultatif d'experts techniques, ou consulter les organisations internationales compétentes, à la demande de l'une ou l'autre des parties au différend ou de sa propre initiative ».

⁶ Article 14 :2 et 14 :3 de l'accord OTC « A la demande d'un Membre qui est partie à un différend, ou de sa propre initiative, un Groupe spécial pourra établir un groupe d'experts techniques qui lui fournira une assistance en ce qui concerne les problèmes d'ordre technique nécessitant un examen détaillé par des experts ».

⁷ Communautés européennes, Mesures communautaires concernant la viande et les produits carnés, Rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R. Sur cette affaire, voir notamment : O. Blin, La politique sanitaire de la Communauté européenne à l'épreuve des règles de l'Organisation mondiale du commerce : le contentieux des hormones, *RTDE*, 1999, n°1, pp. 47-57. S. Boriachon, C. Tamburini-Bonnefoy, OMC et viande aux hormones : un exemple de désaccord entre la Communauté européenne, les États-Unis et le Canada, *Gaz. Pal.*, 20-21 mai 1998, pp. 19-22. W.T. Douma, The Beef Hormones Dispute and the Use of National Standards under WTO Law, *European Environmental Law Review*, mai 1999, p. 137 et s; C. Joerges, Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level - Stories on Baby Dummies, Mad Cows and Hormones in Beef, *Columbia J. European Law*, vol. 7, 2001, pp.1-19. C. Noiville, Principe de précaution et OMC : le cas du commerce alimentaire, *JDI*, 2000, n° 2, pp. 263-297 ; J. Pauwelyn, The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures

l'utilisation d'hormones de croissance dans l'élevage du bétail, l'importation et la mise sur marché de viandes traitées aux hormones conformément aux dispositions du Mémoire d'accord et de l'Accord SPS, la Communauté européenne demandait l'établissement d'un groupe consultatif d'experts. Les États-Unis, quant à eux, jugeaient la consultation d'experts inutile. Le Groupe spécial a décidé d'avoir recours à des experts individuels. Sur une question aussi contestée que l'effet potentiel de substances hormonales sur la vie et la santé des personnes, les experts n'ont donc jamais travaillé le dossier de manière collective, n'ont pas eu l'occasion d'échanger leurs opinions ni de débattre ensemble des éléments scientifiques en cause. On comprend parfaitement les limites de cette procédure de travail : aucune confrontation entre experts, encore moins de collaboration, une absence de communication entre les experts et les parties, et des délais si brefs qu'ils interdisent toute réflexion approfondie.

Dans l'affaire « Amiante », les Communautés européennes soutenaient que « l'établissement d'un groupe consultatif d'experts est la seule option que le Mémoire d'accord donne aux Groupes spéciaux désireux obtenir des renseignements sur des questions scientifiques ». Le Groupe spécial se fondera sur le paragraphe 1 (« Chaque Groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques ») et 2 de l'article 13 du Mémoire (« Les Groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'il jugeront appropriée et consulter des experts ») pour prescrire la consultation d'experts individuels.

Le choix très net effectué par les Groupes spéciaux de l'OMC et entériné par l'Organe d'appel en faveur de la consultation d'experts à titre individuel semble être lié au souci d'éviter de se retrouver pris au piège d'une opinion dominante. Critiqué par certains, Communauté européenne en tête, qui estiment que l'établissement de groupes d'experts permettrait la confrontation et l'expression des opinions, même minoritaires. S'il faut bien admettre que l'expression d'avis divergents ne nuit pas à la qualité de l'expertise mais, au contraire, la renforce, il n'est pas certain que l'un ou l'autre des deux systèmes soit véritablement plus propice à cette diversité de l'expertise. La difficulté avec la consultation d'experts individuels est ailleurs. Face à des litiges de plus en plus complexes, dépourvus des connaissances techniques nécessaires et tenus par des délais très stricts, les

panélistes sont bien souvent dans l'incapacité d'évaluer le bien fondé et la pertinence des différents avis émis par les experts. La tentation est grande alors de puiser dans les rapports d'expertise les éléments permettant de justifier une décision prise en amont et donc de sombrer dans l'un des écueils majeurs du recours à l'expertise.

Indépendance et compétence : de la difficulté de bien choisir les experts

La légitimité du recours aux experts repose en grande partie sur la personnalité du ou des experts nommés. De manière traditionnelle et dans tous les systèmes juridiques, ceux-ci doivent répondre à une double exigence de compétence et d'impartialité. Or le respect de ces conditions essentielles à la qualité de l'expertise est garanti de façon très différente selon les systèmes juridiques⁸. En droit français, la question est réglée avant même la désignation de l'expert à travers le système des listes d'experts agréés, parmi lesquels les juges peuvent choisir de désigner un expert. Dans le système américain en revanche, sans sélection préalable, c'est au cours du procès à travers le jeu du contradictoire et l'examen de la recevabilité de l'expertise par le juge lui-même⁹ que la compétence et l'impartialité de l'expert doit être prouvée (ou mise en doute). Le droit de l'OMC ne prévoit pas de mécanisme spécifique permettant de garantir la qualité de l'expertise. L'examen de la jurisprudence nous éclaire cependant sur les critères minimums requis en matière de compétence et d'indépendance des experts.

Dans l'affaire « Hormones » déjà évoquée, se basant sur les dispositions de l'Accord SPS qui font référence aux « organisations internationales compétentes », le Groupe spécial a décidé de nommer des experts qui lui avaient été proposés par la Commission du Codex alimentarius¹⁰. Un autre expert, à la demande des Communautés européennes, a été choisi parmi ceux qui figuraient sur une liste dressée par l'Agence internationale pour la recherche sur le Cancer (IARC). Deux autres ont été choisis à partir des listes de noms proposés par les parties. Les experts ont été tenus de fournir un curriculum vitae sur la base duquel les parties ont été appelées à formuler des observations. Le choix des experts nommés par le Codex est celui qui a été le

as Applied in the First SPS Disputes : EC- Hormones, Australia- Salmon, Japan-Varietals, *Journal of International Economic Law*, December 1999, pp. 641-665.

H. Ruiz Fabri, Chronique du règlement des différends, *JDI*, 1999-2000 in *Journal du droit international* 2000/2, pp.385-434 ; Ruiz Fabri, La prise en compte du principe de précaution par le droit de l'OMC, *RJE*, Numéro special, 2000, p. 55 et s.

⁸ Pour une étude détaillée voir : O. Leclerc, Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, LGDJ, Paris, 2005, 471 p. Sur l'indépendance des experts et au-delà sur les conditions requises pour une expertise de qualité : voir notamment : M.-A. Hermitte, *L'expertise scientifique à finalité politique*, *Justices*, 1997, n°8, pp. 79-103. R. Encinas de Munagorri, Quel statut pour l'expert, *RFAP*, 2002, pp. 379-390. O. Leclerc, L'indépendance de l'expert, in : *L'expertise : enjeux et pratiques*, K. Favro (dir), 2009, pp. 167-180.

⁹ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U. S. 579 (1993).

¹⁰ La Commission du Codex Alimentarius a été créée en 1963 par la FAO et l'OMS afin d'élaborer des normes alimentaires, des lignes directrices et d'autres textes, tels que des Codes d'usages, dans le cadre du Programme mixte FAO/OMS sur les normes alimentaires. Les buts principaux de ce programme sont la protection de la santé des consommateurs, la promotion de pratiques loyales dans le commerce des aliments et la coordination de tous les travaux de normalisation ayant trait aux aliments entrepris par des organisations aussi bien gouvernementales que non gouvernementales.

plus critiqué. Il est en effet probable que des personnes liées à un organisme chargé de l'élaboration de normes internationales, seront tentées de pencher a priori du côté du respect systématique des normes adoptées par cette organisation.

Le rapport du Groupe spécial dans l'affaire Communautés européennes-Produits biotechnologiques¹¹, mettait en scène les Communautés européennes d'un côté et les États-Unis, le Canada et l'Argentine de l'autre¹². La consultation d'experts durant la procédure a opéré sur un mode différent de celui des affaires précédentes puisqu'elle intervenait ici à la demande des Communautés européennes, alors que, dans le même temps, les plaignants, qui « ne contestaient pas les évaluations des comités scientifiques des CE », ne le jugeaient pas nécessaire. Au cours de la procédure, des avis seront successivement émis par six experts individuels¹³ ainsi que par divers secrétariats d'organisations internationales consultés (les secrétariats de la CDB, de la commission du Codex alimentarius, de l'Organisation des Nations-Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), de la Convention internationale de protection des végétaux (CIPV), de l'Office international des épizooties (OIE) du Programme des Nations-Unies pour l'environnement (PNUE) et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

L'apport du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire «Hormones 2» est beaucoup plus significatif, l'Organe participant à l'encadrement du recours à l'expertise scientifique par les Groupe spéciaux en traitant du traitement des avis des experts et du mandat du juge. Le contentieux déjà évoqué a connu des développements récents. Dans l'objectif de se mettre en conformité avec les décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ci-après ORD), les Communautés européennes ont commandé dix-sept études scientifiques en vue de procéder à une évaluation des risques. S'appuyant sur ces études, mais aussi sur des informations recueillies auprès du Codex Alimentarius et JECFA, un comité international d'experts scientifiques¹⁴ évaluant l'innocuité des additifs alimentaires, contaminants, substances toxiques d'origine naturelle et résidus de médicaments vétérinaires dans les aliments, les CE ont mis en avant les risques potentiels pour la santé humaine liés à la

présence de résidus d'hormones dans la viande de bœuf. Elles ont adopté le 22 septembre 2003 une nouvelle directive sur les hormones qui maintient l'interdiction permanente pour l'œstradiol pour ses effets cancérigènes et génotoxiques, et impose une interdiction provisoire pour cinq autres hormones¹⁵. Les CE n'ayant pas procédé à la mise en conformité à la date limite du 13 mai 1999, les États-Unis et le Canada avaient obtenu l'autorisation d'appliquer des sanctions contre l'UE. Suite à l'adoption de la directive de 2003, les CE ont fait savoir que les sanctions n'étaient plus justifiées. Les rapports des Groupes spéciaux sont publiés le 31 mars 2008¹⁶. L'appel porte sur des questions procédurales entraînant un débat sur la compatibilité des mesures européennes avec les dispositions de l'Accord SPS.

Conformément aux pratiques antérieures, le Groupe spécial¹⁷ a décidé d'avoir recours à plusieurs experts, simultanément mais à titre individuel. Il a également consulté la Commission du Codex alimentaires, le JECFA et le Centre International de Recherche sur le Cancer (CIRC). La CE a tenté d'ailleurs de récuser certains de ces experts pour incompetence¹⁸ sans succès. Les CE considèrent que deux d'entre eux ne peuvent pas être jugés indépendants au vu des liens institutionnels qu'ils entretiennent avec le JECFA, ayant directement participé aux travaux sur l'évaluation des hormones en cause. Ce qui pourrait être considéré comme une preuve de leur compétence est aussi un facteur de partialité. Dans son rapport l'Organe d'appel va affirmer que « La science joue donc un rôle central dans une évaluation des risques »¹⁹. Estimant que « les experts consultés par un Groupe spécial peuvent avoir un rôle décisif dans une affaire, en particulier quand elle met en jeu des questions scientifiques très complexes »²⁰ et affirmant que le juge doit veiller à l'indépendance et l'impartialité des experts, l'Organe d'appel va sanctionner le Groupe spécial pour avoir nommé ces deux experts.

Le fait est qu'il est particulièrement délicat de trouver des experts qui remplissent sans contestation les deux conditions réunies. Dans des domaines de compétence aussi pointus, les spécialistes sont très peu nombreux et encore moins nombreux à être effectivement disponibles. Par ailleurs, les parties soulèvent quasiment toujours des objections concernant ces spécialistes. En effet, pour être reconnus comme compétents ces spécialistes se sont fait connaître au travers de travaux qui peuvent mettre en

¹¹ Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R.

¹² Les trois plaignants contestaient une série de mesures affectant le commerce des produits biotechnologiques en provenance des États-Unis, du Canada et d'Argentine. Les plaintes visaient d'abord le moratoire général *de facto* que les CE imposeraient depuis 1998 sur les demandes d'approbation pour des produits biotechnologiques. Elles portaient ensuite sur le non achèvement par les CE de procédures d'approbation pour une liste de produits spécifiques. Les plaintes visent enfin des mesures nationales de sauvegarde par lesquelles six États membres interdisent l'importation et/ou la commercialisation de certains produits, alors même que ceux-ci ont fait l'objet d'une approbation au niveau communautaire.

¹³ Un entomologiste américain, une nutritionniste brésilienne, une écologue américaine, deux spécialistes des plantes britanniques, une spécialiste des normes alimentaires australienne.

¹⁴ Administré conjointement par la FAO et l'OMS.

¹⁵ Directive 2003/74 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 modifiant la directive 96/22/CE du Conseil concernant l'interdiction d'utilisation de certaines substances à effet hormonal et thyrostatique et des substances B-agonistes dans les spéculations animales, JOCE, L262, 14 octobre 2003, p. 17.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Maintien de la suspension, WT/DS320; Rapport du Groupe spécial Canada – Maintien de la suspension, WT/DS321.

¹⁷ États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, Rapports du Groupe spécial, WT/DS320.

¹⁸ Paragraphe 7.443 : « leur analyse reste théorique », « ils n'ont aucune publication topique sur le sujet »...

¹⁹ États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, Rapport de l'Organe d'appel, § 527

²⁰ *Ibid* § 229.

doute leur impartialité²¹. En pratique, les facteurs de dépendance de l'expert sont multiples et plusieurs études ont insisté sur le caractère illusoire d'une indépendance effective de l'expert. Mais en l'espèce les réponses de ces deux experts ont grandement influencé le Groupe spécial, de très longs passages sont directement tirés des propos des experts et les conclusions du Groupe spécial sont donc très largement fondées sur les avis rendus par ceux-ci. Cela pose la question de la portée de l'expertise dans la construction du jugement.

Portée de l'expertise et mandat du juge

En théorie, la relation entre le juge et l'expert repose sur une claire répartition des rôles : l'expert se prononce sur les faits, le juge sur le droit. Ce qui signifie que le juge reste toujours libre de la suite à donner à l'expertise qui lui est proposée. Or, dans le droit de l'OMC on constate une forte influence des conclusions expertales sur le prononcé final. En effet, lorsque les Groupes spéciaux sont chargés d'apprécier la légalité des mesures nationales au regard de l'Accord SPS, empreint d'exigences scientifiques, ils ont tendance à accorder un rôle prépondérant aux études scientifiques fournies en général et aux conclusions des experts en particulier. Deux affaires en particulier méritent ici d'être citées.

L'importance des expertises dans les rapports des Groupes spéciaux

Dans l'affaire « Produits biotechnologiques » déjà citée, l'évaluation des risques dans un contexte d'incertitude scientifique était au cœur du différend. Diverses évaluations émanant des comités scientifiques communautaires compétents pour statuer dans le cadre des procédures d'autorisation préalable avaient été réalisées en amont des mesures contestées ; les États eux-mêmes avaient produit auprès de ces mêmes comités scientifiques diverses études à l'appui de leurs mesures de sauvegarde. Comme dans les affaires précédentes portant sur l'application de l'Accord SPS, les données scientifiques ont joué un rôle primordial. A plusieurs reprises, le Groupe spécial va se débarrasser d'études apportées par la Communauté européenne. A propos de l'une des mesures de sauvegarde, il va affirmer que l'étude scientifique avancée contenait bien une évaluation de la probabilité d'entrée mais elle concernait toutes les variétés de colza tolérantes aux herbicides et non pas spécifiquement les variétés génétiquement modifiées²². Il refuse également de

prendre en considération une étude sur les effets d'une toxine du maïs Bt sur certains insectes, au motif qu'elle n'était pas pertinente car relatait les résultats d'une expérience au cours de laquelle on avait donné aux insectes des aliments contenant des toxines Bt et non le maïs Bt lui-même²³. Ce rapport n'a pas fait l'objet d'un appel et il faut se garder de se livrer à un exercice de science fiction en évoquant ce qu'aurait pu être l'appréciation de l'Organe d'appel sur une telle méthodologie.

Le contrôle par l'Organe d'appel du respect de leur mandat par les Groupes spéciaux

Dans l'affaire « Hormones 2 » la question du mandat du juge et de la portée de l'expertise dans la construction du jugement était centrale. Le Groupe spécial a en effet considéré que les avis délivrés pendant et dans le cadre de la procédure ne permettent pas de renverser les conclusions des comités scientifiques des Communautés et d'étayer la thèse d'un risque susceptible de justifier les mesures litigieuses. Il a procédé à un contrôle très poussé des éléments scientifiques qui lui sont soumis en appréciant, au cas par cas, le caractère « scientifique », la méthode et l'objet des différentes études fournies. Le Groupe spécial ignore certaines d'entre elles estimant qu'elles ne sont pas scientifiquement pertinentes. Il va, comme dans l'affaire Produits Biotechnologiques, chercher des éléments postérieurs à la mesure communautaire afin d'en apprécier la légalité au regard de l'Accord SPS. Le Groupe spécial n'a pas non plus examiné le témoignage des experts scientifiques qui reconnaissaient la pertinence de ces éléments de preuve et les effets négatifs potentiels de l'utilisation impropre ou abusive dans l'administration des hormones. Or, au moins deux des experts scientifiques consultés par le Groupe spécial ont reconnu que l'utilisation impropre ou abusive dans l'administration des hormones pouvait provoquer des effets négatifs. L'Organe d'appel va affirmer : « En rejetant sommairement comme il l'a fait les éléments de preuve concernant l'utilisation impropre ou abusive dans l'administration des hormones et les conclusions qui en étaient tirées dans les Avis du CSMVSP, le Groupe spécial a appliqué d'une manière incorrecte l'article 5:1 et la définition de l'expression "évaluation des risques" figurant à l'Annexe A de l'Accord SPS, telle qu'elle a été interprétée par l'Organe d'appel. »

S'il reconnaît qu'un Groupe spécial peut s'appuyer sur des avis d'experts, l'Organe d'appel rappelle que le mandat des panels est limité, il doit se livrer à « une évaluation objective des faits » et

²¹ L'Organe d'appel va reconnaître cet état de fait « Nous sommes conscients du fait que les Groupes spéciaux rencontrent souvent des difficultés pratiques quand il s'agit de choisir des experts ayant le niveau de compétence requis et dont le choix ne suscite aucune objection des parties. Nous ne souhaitons pas rendre le processus de sélection des experts plus difficile qu'il peut déjà l'être ».

²² Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, § 7.3120: « ...cela s'applique, dans le cadre du rapport de la CGB, à toutes les variétés de colza tolérantes aux herbicides et non de manière spécifique à celles qui sont génétiquement modifiées. En outre, nous notons que le rapport de 2001 de la CGB ne fournit aucune analyse des conséquences biologiques et

économiques que pourrait avoir l'apparition de ces hybrides et n'est pas présenté non plus comme une évaluation de la probabilité de l'entrée de l'établissement ou de la dissémination de ces hybrides en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées. Par conséquent, nous ne considérons pas que le rapport de 2001 de la CGB satisfait à tous les critères définissant une évaluation des risques conformément à l'Annexe A 4). »

²³ Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, § 7.3098.

que le rôle des experts doit donc correspondre à ce mandat limité²⁴. Or, le Groupe spécial a, ici, très largement outrepassé sa fonction. Le résumé des avis des experts, qui constitue la plus longue partie du raisonnement du Groupe spécial, semble davantage porter sur la question de savoir si la génotoxicité de l'œstradiol est ou non admise par la communauté scientifique, que sur une analyse des preuves utilisées par les Communautés européennes dans leur évaluation des risques. En écartant certaines opinions minoritaires, sans plus s'en expliquer, « le Groupe spécial (...) a décidé, d'une manière quelque peu péremptoire, ce qu'il considérait comme étant les meilleures données scientifiques, au lieu de s'en tenir à l'exercice plus limité qui était imposé par son mandat »²⁵. L'Organe d'appel affirme que ce n'était pas la tâche du Groupe spécial, et encore moins celle des experts qu'il a consultés, de déterminer s'il y avait un risque appréciable de cancer découlant de la consommation de viande provenant de bovins traités à l'œstradiol-17β. Le mandat du Groupe spécial consistait seulement en l'évaluation des risques faite par les Communautés européennes²⁶. L'Organe d'appel va donc considérer que le Groupe spécial a outrepassé ses attributions dans l'évaluation du témoignage des experts²⁷.

Il convient de mesurer à sa juste valeur la portée du rapport de l'Organe d'appel dans cette dernière affaire. Tirant les conséquences des erreurs du Groupe spécial dans sa fonction d'évaluation objective des faits, l'Organe d'appel va invalider tout le raisonnement développé en première instance en refusant de trancher lui-même sur la base des éléments fournis par le Groupe spécial et déclarant « Eu égard aux nombreuses failles que nous avons constatées dans l'analyse du Groupe spécial, et à la nature très controversée des faits, nous ne jugeons pas possible de compléter l'analyse ». Ainsi, alors qu'il aurait pu clore l'affaire, l'Organe d'appel ne formule aucune constatation et invite l'ensemble des parties à engager une nouvelle procédure.

Une condamnation aussi intransigeante nous conforte dans l'idée que la problématique de la place des sciences auxiliaires dans le règlement des différends est plus que jamais centrale. Mais ceci ne peut aller sans un encadrement normatif sérieux du recours aux experts dans les contentieux OMC afin que celui-ci puisse être pleinement soumis aux règles du procès équitable. C'est ce qui est en passe d'être fait. Dans une moindre mesure par la pratique des Groupes spéciaux, qui depuis les critiques émises sur leur gestion des expertises dans l'affaire « *Hormones* », ont décidé de normer le recours aux experts, mais surtout par la jurisprudence de l'Organe d'appel. Celle-ci contribue à ébaucher une sorte de *vade-mecum* de l'expertise scientifique au sein des formations de jugement de l'OMC. L'indépendance des experts nommés en constitue le préalable fondamental. Mais les limites posées au traitement des expertises par les Groupes spéciaux n'en

sont pas moins essentielles. Convenons donc qu'en dépit de la pauvreté des règles qui entourent le recours à l'expertise dans le droit de l'OMC, la jurisprudence, en construction, contribue à ébaucher un régime, certes incomplet et perfectible, mais un régime juridique de l'expertise scientifique, bien nécessaire dans un système recelant des enjeux sociétaux aussi fort.

Remerciements

Cette contribution est le fruit de travaux menés dans le cadre d'un programme collectif de recherche qui a débuté au Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires (CERIC-UMR 6201, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III) à l'automne 2007. Le programme, intitulé « La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux », a reçu un financement de la Mission Droit et Justice. Un colloque de restitution sera organisé à Aix-en-Provence le 29 janvier 2010.

²⁴ États-Unis - Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, Rapport de l'Organe d'appel, §592.

²⁵ *Ibid.*, § 612.

²⁶ *Ibid.* §614.

²⁷ *Ibid.*, § 615.