Le codex Alimentarius, le protocole de Cartagena et l'OMC : une relation triangulaire en émergence ?

Makane Moïse Mbengue et Urs P. Thomas

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/482>
DOI : 10.4000/ress.482
ISSN : 1663-4446

Éditeur

Librairie Droz

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2004
Pagination : 229-248
ISBN : 2-600-00980-9
ISSN : 0048-8046

Référence électronique

Makane Moïse Mbengue et Urs P. Thomas, « Le codex Alimentarius, le protocole de Cartagena et l'OMC : une relation triangulaire en émergence ? », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLII-130 | 2004, mis en ligne le 13 novembre 2009, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ress/482> ; DOI : 10.4000/ress.482

Makane Moïse MBENGUE et Urs P. THOMAS¹

LE CODEX ALIMENTARIUS, LE PROTOCOLE DE CARTAGENA ET L'OMC: une relation triangulaire en émergence?

Trade measures are governmental tools to influence trade. When used in international regimes, they are intended to make the regime more effective. The simplistic argument that trade measures should be reserved to trade treaties must be rejected. Whether trade measures are appropriate for any particular treaty depends on their role in that treaty.
Steve Charnovitz (2002 :34)

RÉSUMÉ

L'analyse du Codex Alimentarius à travers notamment sa structure organisationnelle représente un cas particulièrement intéressant dans l'étude des fondements institutionnels du commerce international. En effet, le Codex est reconnu expressément dans l'Accord SPS et plus ou moins implicitement dans l'Accord OTC, comme le standard de base en matière de sécurité alimentaire (*food safety*). En tant qu'organe conjoint de l'OMS et de la FAO, le Codex est situé dans les interstices de l'interface entre l'OMC et le système des Nations Unies. Afin de faciliter le décryptage approfondi de l'interaction entre considérations environnementales, sociales et économiques (plus spécifiquement la biodiversité agricole, la sécurité alimentaire et le commerce international), nous nous limiterons à l'examen des négociations en cours dans le domaine des instruments internationaux régissant le commerce des produits alimentaires génétiquement modifiés. Ces négociations centrées et portant sur ce que l'on peut dénommer la « sécurité alimentaire liée à l'environnement » (*environment-related food safety*), sont articulées autour de l'OMC, le Codex et le Protocole de Cartagena sur la biosécurité. Cette étude s'inscrit dans une période charnière pour le Codex, période marquée par la conclusion de négociations importantes sur les produits alimentaires géné-

¹ Makane Moïse Mbengue est Doctorant et Assistant et Urs P. Thomas chargé de recherche à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Cette recherche a été réalisée grâce au financement du Fonds national suisse. Une version précédente de cette étude a été présentée par Urs P. Thomas à un Colloque interdisciplinaire « De Rio à Johannesburg », Institut universitaire d'études en développement (IUED), Genève, 14 & 15 Juin 2002.

tiquement modifiés et par le lancement de la mise en œuvre des résultats de sa première évaluation.

INTRODUCTION

Le Codex Alimentarius² représente la compilation de standards internationaux en matière alimentaire et demeure sans conteste le corpus international le plus important dans la sphère du commerce de produits alimentaires. Le concept de standard est polysémique et polymorphe. Il renvoie « tantôt à une norme incontestée de droit international, tantôt à des principes n'ayant pas un seuil de normativité suffisant pour répondre à la définition de « norme » [...] de façon spécifique, le standard renvoie à une norme impliquant l'idée d'un « niveau » à atteindre ou d'un « modèle » auquel il faut se conformer et par rapport auquel l'évaluation d'une situation ou d'un comportement doit être opérée » (Salmon 2001 : 1049).

Dans la sphère du commerce international, les standards internationaux constituent un dénominateur commun et un matelas incompressible qui permettent de prévenir le protectionnisme, les restrictions déguisées au commerce et les discriminations abusives dans les échanges commerciaux internationaux. Ces standards traduisent l'objectivation de l'*opinio* (c'est-à-dire la vision juridique) d'un certain nombre d'Etats et/ou d'organisations internationales ayant participé à la formulation, à l'élaboration et à l'adoption desdits standards. Ils bénéficient ainsi d'une légitimité normative et constituent *ex post* un référentiel juridique sur lequel l'on peut se baser pour évaluer et qualifier le comportement d'un Etat par rapport à une question donnée. D'où l'attractivité de ces standards dans un bon nombre d'instruments internationaux et en particulier les Accords de l'OMC. Deux principaux accords, l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) se réfèrent substantiellement à certains corpus de standards internationaux, tels que le Codex Alimentarius comme base présumée de la conformité des mesures des Etats membres de l'OMC. L'article 3.2 de l'Accord SPS, par exemple, prévoit que « les mesures sanitaires ou phytosanitaires qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales seront réputées être nécessaires à la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et présumées être compatibles avec les dispositions pertinentes du présent accord et du GATT de 1994. » Partant, un Etat membre de l'OMC qui prend une mesure sanitaire ou phytosanitaire conforme à un ou des standards du Codex Alimentarius, ne sera pas soumis à l'obligation de prouver ou de justifier scientifiquement ladite mesure. *A contrario*, un Etat qui recourt à des normes plus protectrices que les standards internationaux, devra prouver scientifiquement le bien fondé de sa mesure.

Le Codex Alimentarius est un organe conjoint de deux institutions spécialisées du système des Nations Unies : l'Organisation pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO) et l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS). En tant que bras exécutant du Programme des standards alimentaires conjointement mis en place

² Le terme « Codex alimentarius » est utilisé dans cet article tant pour désigner la collection de standards que pour se référer à la Commission du Codex Alimentarius proprement-dite.

par la FAO et l'OMS, le Codex a le double mandat de «protéger la santé des consommateurs et faciliter des pratiques commerciales loyales»³. Nous proposons de faire recours au concept de standards alimentaires liés à l'environnement pour les questions qui comportent tant des aspects environnementaux que des aspects de sécurité alimentaire. Ce concept s'avère particulièrement approprié dans le contexte des produits alimentaires génétiquement modifiés. L'interaction entre les considérations environnementales et sanitaires d'une part et les instruments internationaux régissant le commerce international a considérablement accru ces dernières années et est devenue une problématique phare du droit international public.

Le Codex a été créé en 1961, et est devenu entre-temps – comme le soutiennent bon nombre d'observateurs – la moins connue des organisations multilatérales importantes. Pour la première fois de son histoire, en 2002, il a été mené une évaluation interne et externe approfondie du Codex⁴. Un regard succinct de la structure organisationnelle du Codex et de son fonctionnement donne une vision de sa complexité et de son importance. Le Codex est présentement composé de 167 Etats membres et de 58 organisations ou institutions onusiennes et autres organisations intergouvernementales qui participent en tant qu'observateurs. Ce statut d'observateur est également conféré à 149 soit disant «Organisations internationales non-gouvernementales (OING)». Dans la terminologie «Codexienne» ces OING relèvent dans leur grande majorité des groupes industriels et des associations de producteurs, une infime part étant laissée aux organisations de la société civile communément appelées ONG. Dès lors, cette sur-représentation des ONG industrielles par rapport aux ONG de consommateurs, en plus de la supériorité financière des premières, peut amener à douter de l'équilibre entre les intérêts purement commerciaux et les intérêts des consommateurs dans la dialectique complexe du processus de négociation et de décision au Codex.

La Commission du Codex Alimentarius qui se réunit tous les deux ans alternativement à Rome et à Genève et son Comité Exécutif représentent les organes principaux et moteurs du Codex. La grande partie du travail, cependant, est entreprise par une vingtaine de comités permanents et de structures *ad hoc* groupés en deux catégories selon leur mandat: la plupart d'entre eux sont responsables de catégories spécifiques d'aliments comme la viande et les produits, ou encore les fruits et légumes. Ces organismes sont dénommés «comités verticaux». Les «comités horizontaux», quant à eux, sont des organismes qui traitent de questions pertinentes pour tous les comités de produits, tels que l'étiquetage des aliments ou les systèmes de certification. Tous ces comités sont installés dans divers pays du monde industrialisé. Enfin, il y a également des structures spécialisées qui servent de relais de communication avec les experts scientifiques externes. Comme cela peut être pressenti, l'on fait face ici à un type d'organisation extrêmement complexe et décentralisé. Ceci découle principalement du fait selon lequel les standards de sécurité et de qualité alimentaire, notamment dans le cadre de leur interaction avec les règles du commerce font intrinsèquement appel à des consi-

³ *Codex Procedural Manual* 2001, Verso de la couverture. <http://www.fao.org/DOCREP/005/Y2200E/Y2200E00.HTM>

⁴ Rapport de l'évaluation du Codex Alimentarius 2002.

dérations nettement procédurales. On s'en veut pour preuve la teneur du Manuel de Procédure du Codex qui contient 170 pages⁵.

L'adoption de la Convention sur la diversité biologique (CDB) à la Conférence de Rio de 1992 a été le fil conducteur pour la négociation d'un protocole sur le «[...] transfert, la manutention et l'utilisation en toute sécurité de tout organisme vivant modifié» (Article 19.3). L'introduction de plantes génétiquement modifiées dans le commerce international en 1994 (Phillips and Kerr 2000), a intensifié les négociations déjà amorcées afin d'aboutir à une régulation internationale. Ces négociations ont été couronnées par l'adoption en janvier 2000 du Protocole de Cartagena sur la sécurité biologique, lequel est entré en vigueur le 11 septembre 2003⁶. Il convient de noter que ce protocole et le Codex ne réglementent pas exactement les mêmes catégories de biens. Le champ du Protocole est strictement limité aux organismes vivant modifiés (OVM), c'est-à-dire les organismes capables de se reproduire et qui croissent quand ils sont plantés dans le sol, comme le maïs génétiquement modifié. Le protocole couvre aussi les semences non alimentaires, telles que le coton génétiquement modifié. Toutefois, par exemple, le chocolat issu de matières génétiquement modifiées ne se développant pas dans le sol n'est pas couvert. Le Codex par contre s'applique à tous les produits alimentaires et boissons, génétiquement modifiés ou non.

Il y a donc un croisement entre le Protocole et le Codex surtout dans le domaine des fruits, légumes, semences et noix génétiquement modifiés. Dans sa dimension extensive, ce croisement peut laisser place à un conflit entre le Protocole et l'OMC. Celui-ci pourrait aboutir à des conflits «juridiquement inextricables» générateurs de tensions durables, les recommandations liées à la mise en œuvre du protocole de Carthagène pouvant placer un Etat dans un comportement en contradiction avec ce que lui prescrirait un rapport adopté par l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Il est difficile d'identifier un principe, une règle ou un procédé qui permette de surmonter un tel conflit ou une telle tension. Les risques pour la crédibilité et la légitimité d'une régulation du commerce international des OGM sont, dès lors, évidents d'autant que la complémentarité des deux approches (OMC et protocole de Carthagène) n'est pas juridiquement imposée. Les limites du Protocole de Carthagène ont été expressément précisées par le Préambule du texte lui-même: *«Soulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations des parties en vertu d'autres accords internationaux en vigueur», même si il énonce que «les accords sur le commerce et l'environnement devraient concourir conjointement à l'avènement d'un développement durable»*⁷.

Le Protocole sur la sécurité biologique est essentiellement un instrument international hybride qui tente de réconcilier le commerce international, la protection de la biodiversité agricole, et à un niveau secondaire la protection de la santé humaine⁸.

⁵ Procedural Manual 2001, *op. cit.*

⁶ Pour une analyse chronologique de ces négociations, voir: Pythoud et Thomas 2002.

⁷ Protocole de Cartagena 2000.

⁸ Le Protocole contient plusieurs fois l'expression «compte tenu également des risques pour la santé humaine». Cependant des interviews avec le staff du Secrétariat à Montréal ont clairement montré que les Etats sont en désaccord sur le contenu, le sens et la portée de l'inclusion des risques à la santé humaine dans le Protocole.

La santé humaine constitue une zone grise car le Protocole de Cartagena ne spécifie pas dans quelle mesure les considérations de santé humaine sont couvertes par ses provisions. Les interprétations varient entre une application limitée aux problèmes de santé causés par le pollen génétiquement modifié qui pourrait éventuellement causer des allergies que le pollen d'une même plante conventionnelle ne causerait pas, et une application plus large (Adren and Parish 2002: 331). Ceci étant, les aliments génétiquement modifiés sont un enjeu de la communauté internationale qu'ils soient ou non couverts par le Protocole sur la sécurité biologique. Il y a deux autres questions qui restent actuellement vagues et pour lesquelles le Protocole a prévu que des négociations devront être menées: il s'agit de l'étiquetage⁹ et de la responsabilité civile¹⁰. Par ailleurs, une autre question importante laissée en suspens par les négociations a trait à la faculté pour un pays importateur de restreindre ou d'interdire le commerce d'OVM sur la base de considérations économiques et sociales¹¹. Malgré cette indétermination juridique, il est clair que l'effectivité et l'efficacité du régime du Protocole repose sur le Centre d'Echange pour la prévention des risques biotechnologiques¹² et sur la création de capacités¹³ (Herity 2002).

Le droit de l'OMC, les Accords multilatéraux environnementaux (AEM) tels que la CDB, et les standards, règles et principes régissant le commerce international et la sécurité des produits alimentaires ont été jusqu'à récemment trois aires séparées du droit international public. Le Protocole de Cartagena a contribué à une repensée de l'évolution du droit international car il n'est ni un accord environnemental pur ni un accord commercial pur (Faulkner 2000:312). Des ponts doivent ainsi être construits pour relier protection de la biodiversité agricole, le droit du commerce et les négociations et les principes afférents aux aliments génétiquement modifiés au Codex. L'entrée en vigueur récente du Protocole de Cartagena a généré une relation triangulaire entre ces différents instruments et organisations multilatéraux. A terme cette relation triangulaire devrait réconcilier les disparités d'objectifs du commerce, de la sécurité alimentaire et de la biodiversité agricole au niveau global et réduire le fossé Nord-Sud¹⁴. Il est évident que de telles ambitions sont larges étant donné les problèmes et les mésententes de toutes sortes.

⁹ Article 18: Manipulation, Transport, Emballage et Identification.

¹⁰ Article 27: Responsabilité et Réparation.

¹¹ Article 26: Considérations socio-économiques.

¹² Article 20: Echange d'Information et Centre d'Echange pour la prévention des risques biotechnologiques.

¹³ Article 22: Création de capacités.

¹⁴ Afin de compléter l'analyse, il faudrait tenir compte de la Convention internationale de la FAO sur la protection des plantes (IPPC), mais nous ne procéderons pas à cette démarche ici.

1. LE DROIT INTERNATIONAL FACE À UNE INCERTITUDE À DOUBLE VISAGE : SCIENTIFIQUE ET JURIDIQUE

Nous centrerons notre attention sur le Codex Alimentarius et ses relations avec l'OMC et le Protocole de Cartagena. Ceci est justifié par le fait qu'il y a beaucoup plus de recherches sur le Protocole¹⁵ et l'OMC que sur le Codex. Le but sera de contribuer à clarifier les interactions juridiques entre ces diverses forces institutionnelles dans le champ de la régulation du commerce mondial de produits génétiquement modifiés, particulièrement dans celui des aliments génétiquement modifiés. Le rôle principal du Codex est de garantir que les pays importateurs d'aliments ne puissent pas de mauvaise foi invoquer des standards inadéquats de sécurité alimentaire pour protéger la production nationale et éliminer toute compétition. Le Codex autorise les restrictions d'importations et même certaines interdictions, s'il existe une base scientifique pour ces actes. Cependant, il doit être relevé qu'*a contrario* il n'y a aucune disposition selon laquelle que l'on soit membre ou non du Codex Alimentarius, donne le droit, volontairement ou involontairement et pour quelque raison que ce soit d'importer des produits alimentaires nocifs ou toxiques. Ceci pourrait arriver pour différentes raisons, par exemple connaissance scientifique insuffisante, incompetence, négligence ou corruption. Cela s'écarterait du mandat du Codex. De façon positive, les standards du Codex étant la résultante d'une sorte de codification des pratiques des pays industrialisés ils peuvent aider les pays en développement à élever le niveau de leurs standards et lois internes. Dans la mise en œuvre de son mandat, le Codex s'appuie sur et s'inspire spécifiquement d'«un code de normes rigoureusement scientifiques (a «Code of Scientifically Sound Standards»¹⁶. Le problème réside dans le fait que la science très souvent n'offre pas de réponses claires aux décideurs publics étant donné le flou qui peut caractériser les limites des connaissances.

Ce qui rend la science reconnue par le Codex comme un arbitre ultime de pratiques commerciales équitables, a trait aux nombreuses controverses entre scientifiques et à la reconnaissance par ces derniers eux-mêmes de l'incomplétude et de l'incertitude de la connaissance (Cosbey 2000). De telles controverses sont particulièrement importantes dans la sphère des politiques sanitaires. De récents cas comme l'utilisation de la farine animale, ou les procédures de dépistage du virus HIV dans le sang pour les transfusions, ont tragiquement démontré l'insuffisance de connaissance de la part des scientifiques. La notion de «preuve scientifique» est ainsi consubstantiellement liée aux incertitudes (Geradin 2002:132). Les conflits entre cette notion et le principe de précaution sont devenus sans conteste l'accroc majeur et la source fondamentale de différend entre l'Union Européenne d'un côté et les Etats-Unis, l'Australie et le Canada de l'autre. Ces conflits sont persistants dans le contexte du Protocole de Cartagena et du Codex Alimentarius, et latents dans d'autres contextes tels que le refus isolé de l'Aus-

¹⁵ Voir par exemple, Bail, Christoph, Robert Faulkner and Helen Marquard (ed.), 2002, contenant environ 50 articles sur le Protocole de Cartagena.

¹⁶ Comprendre le *Codex Alimentarius*(1999), Rome, FAO/WHO, 34, (3).

tralie d'accepter l'inclusion du principe de précaution en matière d'espèces exotiques envahissantes à la Conférence des Parties de la CDB en 2002¹⁷.

Ces différences ont empêché le Codex Alimentarius de parvenir à une quelconque position officielle sur la notion de précaution. Le Rapport d'évaluation 2002 présente une image pessimiste mais réaliste de ces difficultés :

La Commission a admis que la précaution est un élément de l'analyse des risques, mais n'a pas défini ni approuvé l'emploi du « principe de précaution » dans le cadre du Codex. La question reste très litigieuse et la Commission a adopté en 2001 la position ci-après : « *Lorsqu'on a la preuve qu'un risque existe pour la santé humaine, mais que les données scientifiques sont insuffisantes ou incomplètes, la Commission ne devrait pas élaborer de norme, mais devrait envisager d'élaborer un texte apparenté, par exemple un code d'usages, à condition que ce texte s'appuie sur les preuves scientifiques disponibles* » [Alinorm 01/41 para. 81]. L'OMS admet l'équivalence des codes d'usages et des normes, juridiquement parlant, à moins que le texte énonce explicitement le contraire. Ce texte de compromis est controversé par un certain nombre de membres¹⁸.

La problématique de la précaution – qu'elle soit principe ou approche – est devenue un enjeu majeur en droit international, notamment au regard de la protection de l'environnement et de la santé humaine (voir par ex. Boisson de Chazournes 2002, Graff 2002, Kourilsky et Viney 2000, Trouwborst 2002). La notion de précaution est souvent en conflit avec un autre concept : celui de prévention. La différence entre prévention et précaution suscite des controverses importantes dans la littérature, alors qu'à notre avis la situation a été éclairée de la façon la plus convaincante par Nicolas de Sadeleer (2002:74):¹⁹

The distinction between the preventive principle and the precautionary principle rests on a difference of degree in the understanding of risk. Prevention is based on certainties: it rests on cumulative experience concerning the degree of risk posed by an activity (Russian roulette, for example, involves a predictable one-in-six chance of death). Therefore, prevention presupposes science, technical control, and the notion of an objective assessment of risks in order to reduce the probability of their occurrence. Preventive measures are thus intended to avert risks for which the cause-and-effect relationship is already known (...).

Precaution, in contrast, comes into play when the probability of a suspected risk cannot be irrefutably demonstrated. The distinction between the two principles is thus the degree of uncertainty surrounding the probability of risk. The lower the margin of uncertainty, the greater the justification for intervention as a means of prevention, rather than in the name of precaution. By contrast, precaution is used when scientific research has not yet reached a stage that allows the veil of uncertainty to be lifted.

Par conséquent, dans les cas de sécurité biologique²⁰ et de sécurité des aliments liée à l'environnement, nous pensons qu'un gouvernement pourrait faire des choix parmi un large spectre de mesures allant de mesures purement préventives à des mesures purement précautionneuses, et ce en fonction de la foi ou de la

¹⁷ Contrairement à la pratique des Nations Unies, L'Australie a refusé catégoriquement d'accepter un texte contenant une phraséologie précautionneuse au lieu de s'abstenir.

¹⁸ Rapport de l'évaluation *op. cit.* para. 53

¹⁹ Dans ce volume, Mark Hunyadi conteste la pertinence de cette distinction classique, au titre que la différence entre les deux types de risques s'efface, dès lors qu'il faut prendre des mesures pour les éviter. Nous la maintenons toutefois ici.

²⁰ Dans le sens du Protocole de Cartagena.

confiance aux connaissances, expertises ou preuves scientifiques disponibles et raisonnablement accessibles.

En réalité comme l'a si bien démontré Mark Hunyadi²¹,

Les mesures prises visent, ici comme là, à éviter que n'advienne une conséquence indésirable. Mais puisque la visée commune est l'évitement d'un dommage et puisque, pour l'éviter, il faut prendre des mesures, il importe peu que le risque envisagé soit hypothétique [situation de précaution] ou avéré [situation de prévention]; si l'on veut vraiment éviter la réalisation de certains risques, alors *on est obligé de traiter les risques hypothétiques comme des risques avérés*: sans quoi, une fois encore, on ne prendrait pas de mesures pour les éviter. Et si l'on est contraint de considérer les risques hypothétiques comme des risques avérés, il ne sert plus à rien de vouloir les distinguer, et ce n'est certainement pas sur une distinction aussi inopérante dans les faits que l'on pourra à son tour fonder la différence entre principe de précaution et principe de prévention [...]

La décision de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Hormones* corrobore en filigrane la pensée de Mark Hunyadi:

Nous ne savons pas quel sens le Groupe spécial donne exactement à l'expression «risque scientifiquement identifié». Le Groupe spécial emploie aussi fréquemment l'expression «risque identifiable»²², qu'il ne définit pas non plus. On pourrait penser que le Groupe spécial a utilisé les expressions «risque scientifiquement identifié» et «risque identifiable» pour désigner simplement un risque vérifiable: si un risque n'est pas vérifiable, comment un Membre peut-il connaître ou démontrer son existence? Dans une partie de ses rapports, le Groupe spécial oppose une prescription de «risque identifiable» à l'incertitude qui subsiste toujours sur le plan théorique puisque la science ne peut *jamais* offrir la certitude *absolue* qu'une substance donnée n'aura *jamais* d'effet négatif sur la santé²³. Nous convenons avec le Groupe spécial que cette *incertitude théorique* n'est pas le genre de risque qui doit être évalué aux termes de l'article 5:1²⁴.

Comment une organisation multilatérale complexe dotée d'un large et important mandat sociétal peut-elle composer avec l'incertitude scientifique? Si l'on observe le fonctionnement du Codex Alimentarius, la réponse devrait être: en développant des procédures²⁵, d'abord pour l'élaboration de ses standards, et ensuite pour leur acceptation par les Etats membres. En toute logique, malgré sa lourdeur, cette voie de fonctionnement afin d'atteindre une légitimité, un consensus et une harmonisation globale est inévitable à terme, considération prise de l'importance et de la sensibilité de la sécurité alimentaire, des complexités du commerce et des grandes différences entre les pays membres eu égard aux préférences nationales et aux capacités, pour ne pas mentionner les aspects économique, culturel et religieux de l'alimentation (Echols 2001).

²¹ M. Hunyadi, «Pourquoi avons-nous besoin du raisonnement de précaution?», *Esprit*, Août-septembre 2003, p. 151.

²² Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.124, 8.134, 8.136, 8.151, 8.153, 8.161 et 8.162; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.127, 8.137, 8.139, 8.154, 8.156, 8.164 et 8.165.

²³ Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.152 et 8.153; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.155 et 8.156.

²⁴ Paragraphe 186.

²⁵ Codex Alimentarius Commission, *Procedural Manual* (2001), *op. cit.*

Se confronter à l'incertitude scientifique requière deux étapes distinctes : d'une part, l'évaluation du risque²⁶ et d'autre part la gestion du risque, le dernier correspondant à l'étape de décision sur ce qui pourrait être fait des résultats de l'expertise scientifique au niveau politique. Dans notre cas, cela revient à décider si l'importation de produits alimentaires génétiquement modifiés doit être autorisée et le cas échéant sous quelles conditions. Contrairement à la conception commune, l'accent doit être mis sur l'idée selon laquelle ces deux dimensions ne sont ni séparées ni distinctes. Mieux, elles sont intrinsèquement liées et interdépendantes. Par exemple, c'est le politique qui finance et oriente la conduite de l'évaluation scientifique et dans le même temps c'est le scientifique, par les fruits de sa recherche, qui va déterminer ou conditionner le politique à agir ou à s'abstenir. Bien que les deux dimensions ne soient pas séparées, il convient de relever que ce sont les décideurs publics qui seront *in fine* responsables et donc ces derniers ont réellement besoin de s'autonomiser de la tutelle des scientifiques et de leurs travaux. Cet état d'esprit est particulièrement fondamental et nécessaire dans un domaine aussi évolutif et nouveau que celui de l'évaluation des plantes génétiquement modifiées, domaine par ailleurs fortement caractérisé par l'incomplétude et l'incertitude de la connaissance scientifique et de nombreuses controverses, sans mentionner les divers intérêts politiques, financiers, économiques (Noiville et de Sadeleer 2001).

L'incertitude qui caractérise les aspects juridiques *per se* du Codex viennent exacerber la situation sus-décrite. Le problème trouve son origine dans la nature volontaire des standards du Codex pour les pays membres. Comme l'a indiqué l'ancien Secrétaire²⁷ de la Commission du Codex Alimentarius :

« There is no obligation within the rules or procedures of the Codex Alimentarius Commission for governments to accept or apply Codex standards. » (Randell 2002:5)

Alors que cette nature volontaire des standards du Codex semble être de règle, l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) crée un brouillard juridique en conférant *expressis verbis* au Codex le statut de standard alimentaire applicable dans son champ d'application²⁸. L'Accord SPS est substantivement basé sur la régulation de mesures *préventives* qu'un pays importateur pourrait édicter afin de restreindre ou d'interdire l'entrée sur son territoire de biens présentant des risques sanitaires ou phytosanitaires. Seul l'article 5.7²⁹ de l'Accord SPS a une signification précautionneuse. C'est dans cette perspective que l'Organe

²⁶ Pour une discussion des différences entre le risque potentiel et le risque avéré, voir l'article de Mark Hunyadi « La logique du raisonnement de précaution » dans ce volume.

²⁷ Un titre tel que Secrétaire Exécutif ou Directeur serait une meilleure expression de sa fonction et des ses responsabilités dans le contexte de la nomenclature onusienne. D'ailleurs une telle dénomination est en cours d'examen.

²⁸ Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe A, 3.a)

²⁹ Article 5.7 : Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable.

d'appel a considéré que « le principe de précaution n'a pas été incorporé dans l'Accord SPS comme motif justifiant des mesures SPS qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations des Membres énoncées dans des dispositions particulières dudit accord [...] le principe de précaution est effectivement pris en compte à l'article 5.7 de l'Accord SPS [...] il n'est pas nécessaire de poser en principe que l'article 5.7 est exhaustif en ce qui concerne la pertinence du principe de précaution »³⁰.

Dans le domaine particulier du commerce d'aliments, l'article 5.7 est au centre des conflits entre intérêts multiples et de nature différente :

To the trade policy community food is an object, a product like any other. Culture and tradition are important only when a Member determines how to react to a scientifically determined risk. In contrast some consumers argue that cultural attitudes toward hazard and risk should not be confused with protectionism or automatically outweighed by the imperative of market access. In particular they argue that the SPS Agreement should be interpreted to permit a Member to exercise precaution, e.g. to let time and personal experience be factors in a prolonged risk assessment, while marketing restrictions protect the public from a plausible risk. Time, as a test of safety, might remain viable through Article 5.7 regarding provisional measures.

... science can be incorrect or uncertain, as occurred with « mad cow disease » and the dioxin scare. Science itself has at times proven itself to be markedly inadequate to make judgements that withstand time (Echols 2001 : 150).

Les débats sur les questions et les controverses scientifiques sont ainsi brûlants dans le cas des aliments génétiquement modifiés, mais ceux-ci ne ressortissent pas de notre étude qui se concentre sur les aspects juridiques et inter-organisationnels. Pourtant, le Codex alimentarius ne peut ignorer ces débats vu qu'il se trouve au centre de ceux-ci. Afin de parvenir à un consensus parmi les Etats membres, le Codex a créé une Taskforce sur les aliments dérivés de la biotechnologie (TFFBT) dont le mandat était limité à la période 1999-2003 et qui siégeait au Japon. En mars 2003 cette taskforce a conclu son travail sur les plantes et les microorganismes, alors que la régulation du commerce des animaux génétiquement modifiés (les poissons en particulier) n'a pas encore abouti. En quatre ans, le TFFBT a élaboré trois standards sur les produits alimentaires génétiquement modifiés³¹.

Ces trois standards correspondent à des « Principes de l'Analyse du risque »³² pour les aliments génétiquement modifiés mais aussi à des « Lignes directrices pour la conduite saine de l'évaluation alimentaire » pour les aliments génétiquement modifiés et les microorganismes génétiquement modifiés. Les trois standards ont été soumis par la taskforce à la Commission plénière conformément à la procédure. Cette dernière les a approuvés lors de sa session de Juillet 2003³³.

³⁰ Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), op. cit., par. 124.

³¹ Report on the Fourth Session of the Task Force on Foods Derived from Biotechnology, Yokohama, Japan, 11-14 March 2003, ALINORM 03/34A.ftp://ftp.fao.org/Codex/alinorm03/Al0334ae.pdf

³² Pour le Codex, l'analyse du risque inclut l'évaluation du risque, la gestion du risque et la communication du risque : voir Definitions in the *Procedures Manual*, op. cit., p. 44.

³³ Codex Alimentarius Commission, Report of the Twenty-sixth Session, 30 June – 7 July 2003, ALINORM 03/41, 128 p.ftp://ftp.fao.org/Codex/alinorm03/al03_41e.pdf

Les questions de précaution et de traçabilité ont été les plus sensibles dans la négociation au niveau de la taskforce, créant des divisions entre d'une part les Etats-Unis et le Canada et d'autre part l'Europe, chaque camp soutenu par d'autres membres moins puissants du Codex. En outre, la question de la régulation de l'étiquetage des produits génétiquement modifiés était si contentieuse qu'elle a été transférée au Comité du Codex sur l'Etiquetage Alimentaire. A ce jour cette question demeure non-réglée. Tant que la précaution sera en jeu, les Etats-Unis et l'Europe n'ont qu'un accord: celui d'être en désaccord. Le seul consensus en matière de traçabilité est d'ordre terminologique. L'Europe cédant à la pression américaine a accepté que le terme de «traçage des produits» soit substitué à celui de «traçabilité» bien que le dernier concept – grâce au puissant lobbying des associations d'industrie alimentaire américaines³⁴ – ne renvoie à aucun système complet et rationnel de traçage auquel l'Union Européenne souhaitait aboutir. La question de la traçabilité est liée à celle de la responsabilité civile³⁵. Ceci étant, l'Union Européenne a réussi en échange à imposer une déclaration selon laquelle «à court terme, les aliments dérivant de la biotechnologie moderne ne seront pas considérés comme les aliments traditionnels» malgré la réticence des Etats-Unis à ce que soit reconnu une quelconque différence entre les deux catégories d'aliments.

L'élaboration de ces standards du Codex pourrait réduire l'ambition du Protocole de Cartagena par rapport à l'Accord SPS, particulièrement dans la régulation du commerce des aliments crus, car les standards élaborés en dehors du Codex ne sont reconnus comme des standards internationaux de sécurité alimentaire que dans la seule mesure où ils n'entrent pas en concurrence avec des sujets traités ou couverts par le Codex (Howse and Meltzer 2002:495). C'est une coïncidence que le Protocole de Cartagena soit entré en vigueur juste en même temps que les standards du Codex sur les aliments génétiquement modifiés aient été acceptés par l'organe décisionnel suprême, en l'occurrence la Commission du Codex Alimentarius. Etant donné la relation étroite et complexe du Protocole et du Codex avec l'OMC, l'on pourrait s'attendre à de nouvelles dynamiques dans cette relation triangulaire.

Les rapports entre les accords internationaux ne sont pas parfois très clairs et le Codex Alimentarius représente un exemple édifiant à ce sujet. Grâce à leur lien avec l'Accord SPS, les standards du Codex ont besoin d'être considérés comme une sorte de cadre juridique «semi-contraignant» (Veggeland and Borgen 2002:16) ou comme des «quasi-obligations» (Herwig 2001:263) même si le Codex en tant que tel présente une nature volontaire. C'est pourquoi Randell (2002: 5) affirme avec raison «The value that may be attributed to Codex standards therefore comes from external sources.»

Cette situation crée une incertitude juridique pour les Etats membres du Codex. Non seulement les standards mais aussi les recommandations et les lignes directrices du Codex pourraient être obligatoires dans le cadre de l'Accord SPS. Peut-on remédier à cette incertitude juridique? Certains experts se sont posés la

³⁴ Celles-ci comprennent par exemple, l'International Council of Grocery Manufacturers Associations, le US National Food Processors Association.

³⁵ Pour une discussion de la responsabilité civile dans le contexte de la biotechnologie, voir l'article de Philippe Cullet «Responsabilité et biotechnologie» dans ce volume.

question de savoir si la voie conventionnelle c'est-à-dire la transformation du Codex en traité international ne réduirait pas cette incertitude juridique. Certains comme Herwig considèrent cette transformation comme futile et contre-productive. De plus, il semble clair que le dédoublement « fonctionnel » du Codex – protéger la santé des consommateurs et garantir des pratiques équitables dans le commerce des aliments – crée des paralysies et des paradoxes qui ne pourraient être surmontés que par un dédoublement « institutionnel » ou « organique » du Codex c'est-à-dire l'octroi de chacune des deux fonctions à deux organes différents et séparés (Romi 2001 :207, 208).

2. LA LOGIQUE DE CONSTRUCTION D'UNE INSTITUTION MULTILATÉRALE

Dans cette ère de complexification exponentielle et d'interdépendance, les interactions entre accords et institutions multilatéraux s'accroîtront de plus en plus. A tel point que la traditionnelle compartimentalisation du droit international a été critiquée par l'Organe d'appel de l'OMC lui-même dans le premier cas qu'il a eu à connaître: «...il ne faut pas lire l'Accord Général³⁶ en l'isolant cliniquement du droit international public»³⁷. L'Organe d'appel faisait référence aux règles coutumières d'interprétation du droit international public qui doivent être appliquées dans la clarification des dispositions du droit de l'OMC conformément à l'article 3(2) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends³⁸. L'Organe d'appel a par la suite dans l'affaire des crevettes en 1998 fait extensivement référence à d'autres sources du droit international » (Marceau 1999:99). Dans le rapport d'appel sur l'affaire *Etats-Unis – crevettes*, l'Organe d'appel a reconnu que « la protection et la conservation des espèces de tortues marines qui sont de grandes migratrices [...] exigent des efforts concertés et une coopération de la part de nombreux pays dont les tortues marines traversent les eaux au cours de leurs migrations périodiques. » La nécessité d'entreprendre de tels efforts, et leur opportunité, ont été reconnues à l'OMC elle-même ainsi que dans un nombre considérable d'autres instruments et déclarations internationaux. Par exemple, la partie pertinente du Principe 12 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement dispose que « les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international ». De toute évidence, et « autant que possible », la préfé-

³⁶ Ce terme commun fait référence aux Accords de l'OMC dans leur globalité.

³⁷ *Etats-Unis- Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*., rapport du 29 avril 1996, Doc. WT/DS2/AB/R, p. 19.

³⁸ L'article 3(2) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends représente la matrice et le moteur de l'ordre juridique commercial international: « Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés. »

rence est largement donnée à une approche multilatérale»³⁹. Le Protocole de Carthagène est bel et bien le résultat de négociations multilatérales sur un sujet sensible qui est celui des OGM. Il se présente comme un instrument de consensus, apportant une prévention de toute approche unilatéraliste dans le domaine de la protection de l'environnement et de la santé.

Cependant, l'Organe d'appel n'a pas encore pris position sur l'effet et la valeur juridiques d'un accord multilatéral relatif à la protection de l'environnement, tel que le Protocole de Carthagène, dans un différend au sein de l'OMC⁴⁰. L'Organe d'appel exhorte les Etats membres à négocier⁴¹ dans le domaine de la protection de l'environnement mais reste particulièrement silencieux sur la portée

³⁹ *Etats-Unis- Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *op. cit.*, para. 168.

⁴⁰ Voir par exemple Nathalie Bernasconi-Osterwalder 2001; Edith Brown Weiss and J. H Jackson 2001, 30-32.

⁴¹ C'est d'une obligation de « négocier » dont il s'agit et non pas d'une obligation de « conclure » des accords environnementaux. L'Organe d'appel a clarifié le contenu de l'obligation de négocier des Membres de l'OMC lorsque ceux-ci visent la protection de l'environnement dans l'affaire *Etats-Unis- Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes- Recours de la Malaisie à l'article 21 :5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (Rapport du 22 octobre 2001, Doc. WT/DS58/AB/RW, par. 122-123-124). Selon l'Organe d'appel «[...] pour éviter une « discrimination arbitraire ou injustifiable » les Etats-Unis devaient donner à tous les pays exportateurs « des possibilités similaires de négocier » un accord international. Compte tenu [...] de la préférence marquée pour des approches multilatérales exprimée par les Membres de l'OMC et autres acteurs de la communauté internationale dans divers accords internationaux pour la protection et la conservation des tortues marines menacées d'extinction, [...] les Etats-Unis, à notre avis, seraient censés faire des efforts de bonne foi pour parvenir à des accords internationaux qui soient comparables d'une enceinte de négociation à l'autre. Les négociations n'ont pas à être identiques. En fait, deux négociations ne peuvent jamais être identiques ni conduire à des résultats identiques. Les négociations doivent toutefois être comparables en ce sens que des efforts comparables sont faits, des ressources comparables sont investies et des énergies comparables sont déployées pour obtenir un accord international.

Dans la mesure où de tels efforts comparables sont faits, il est plus vraisemblable qu'une « discrimination arbitraire ou injustifiable » sera évitée entre les pays lorsqu'un Membre importateur conclut un accord avec un groupe de pays, mais n'en conclut pas avec un autre groupe de pays [...]. S'agissant de la mesure en cause en l'espèce, on peut concevoir que les Etats-Unis puissent respecter cette obligation, et néanmoins la conclusion d'un accord international pourrait ne pas être possible malgré les efforts sérieux de bonne foi faits par les Etats-Unis. Prescrire qu'un accord multilatéral soit *conclu* par les Etats-Unis afin d'éviter une « discrimination arbitraire ou injustifiable » dans l'application de leur mesure signifierait que tout pays partie aux négociations avec les Etats-Unis, qu'il soit ou non Membre de l'OMC, aurait, en fait, un droit de veto sur la possibilité pour les Etats-Unis d'honorer les obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC. Une telle prescription ne serait pas raisonnable. Pour diverses raisons, il peut être possible de conclure un accord avec un groupe de pays, mais pas avec un autre. La conclusion d'un accord multilatéral exige la coopération et l'engagement de nombreux pays. A notre avis, on ne peut pas considérer que les Etats-Unis se sont livrés à une « discrimination arbitraire ou injustifiable » au sens de l'article XX uniquement parce qu'une négociation internationale a abouti à un accord et une autre non [...] De toute évidence, et « autant que possible », la préférence est largement donnée à une approche multilatérale. Toutefois, c'est une chose de *préférer* une approche multilatérale dans l'application d'une mesure qui est provisoirement justifiée au titre d'un des alinéas de l'article XX du GATT de 1994 et c'en est une autre de prescrire la *conclusion* d'un accord multilatéral comme condition nécessaire pour éviter une « discrimination arbitraire ou injustifiable » conformément au texte introductif de l'article XX » (italiques dans l'original).

de tels accords environnementaux lorsque des mesures restreignant le commerce sont prises pour assurer le respect de ces accords.

La grande problématique à ce niveau est la cohabitation difficile entre le droit de l'OMC et d'autres secteurs du droit international public administré par les organisations du système des Nations Unies et qui ont pour objet la protection de l'environnement et de la santé humaine⁴². L'approche traditionnelle du droit international consiste généralement en une sorte de clôture conceptuelle qui limite la reconnaissance des interactions et des interdépendances entre différents secteurs et qui empêche de contribuer à la réalisation d'objectifs systémiques et holistiques comme le développement durable. Dans ce contexte, la politique internationale commerciale doit être vu comme un moyen et non comme une fin en soi. Pour ce faire elle nécessite une intégration ou un greffage aux autres domaines du droit international public. C'est à cette idée qu'adhère sans aucun doute Steve Charnovitz (2002:34) avec la citation placée au début de ce texte. L'approche monolithique et pyramidale de l'élaboration des politiques au niveau international a été critiquée avec véhémence par Boisson de Chazournes (2002:27) comme une « archéologie juridique »⁴³. Toutefois, l'OMC par le biais du paragraphe 32 de la Déclaration de Doha a maintenu l'allégation de primauté de son droit, notamment dans la sphère sanitaire et phytosanitaire⁴⁴. Il peut être entrevu ici sans risque de se méprendre un souci des négociateurs des différents ministères du commerce de prévenir tout élargissement du droit de chaque pays importateur à déterminer leur niveau de protection sanitaire et ce par la bénédiction de la précaution.

Le droit international sensible à ces nouveaux enjeux s'achemine de plus en plus vers un dépassement de la fragmentation du droit international classique (Cottier 2002:481). Le droit international est en évolution et l'OMC est une force incontournable dans ce processus. Pour illustration, la négociation du Protocole de Cartagena a donné lieu à de longues discussions sur la relation appropriée entre le Protocole de Cartagena et le régime juridique international du commerce (Mackenzie and Sands 2002: 464). De même au sein du Codex, il y a eu de longues discussions sur les relations avec l'OMC, par exemple devant le Comité du Codex sur les Principes Généraux et sûrement « derrière des portes fermées ».

Le sacre juridique des standards du Codex dans l'Annexe de l'Accord SPS symbolise une stratégie subtile de multilatéralisation institutionnelle sans précédent. D'une part, il y a ce corpus de standards alimentaires qui à la fin de l'Uruguay Round avait environ trente ans d'existence et qui était consensuel, technique et pas réellement politisé :

⁴² Voir par exemple Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue 2002; Makane Moïse Mbengue 2002.

⁴³ Laurence Boisson de Chazournes, "Mondialisation et règlement des différends", International Law Forum du Droit International

⁴⁴ Paragraphe 32 : « Le résultat de ces travaux ainsi que les négociations menées au titre du paragraphe 31 i) et ii) seront compatibles avec le caractère ouvert et non discriminatoire du système commercial multilatéral, n'accroîtront pas ou ne diminueront pas les droits et obligations des Membres au titre des accords de l'OMC existants, en particulier l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, et ne modifieront pas non plus l'équilibre entre ces droits et obligations, et tiendront compte des besoins des pays en développement et des pays les moins avancés ».

Before 1995, the Codex was quite aptly labeled 'a Gentleman's Club' (WTO 1995)⁴⁵. This metaphor captures the fact that the Codex initially functioned as a more or less closed community which was quite unaffected by the international rule of law and where confrontations between strong national political interests were not put to the fore. Codex committees were essentially fora for quite technical discourses even though the economic interests of member states often played an important role... In addition, the notion 'Gentleman's club' referred to the norm that all involved parties should refrain from obstructing the progress of Codex discussions, even when substantial disagreement emerged. A Codex member might disagree with the profile and content of a standard and have no intention of adhering to it, but nevertheless would abstain from halting the process. Thus, it was entirely voluntary for member states to base their national regulations on Codex standards. As long as the standards had limited authority, the costs of demonstrating gentlemanship were relatively low (Vegge-land and Borgen 2002:11).

D'autre part, la création de l'OMC en 1994 entraînait une nouvelle situation. Le traditionnel déroulement « pacifique » des discussions et des négociations au Codex était battu en brèche du fait de l'incorporation expresse de dispositions relatives au Codex dans l'Accord SPS. Le résultat est celui que l'on connaît : un nouveau type d'institution en charge de l'élaboration de standards alimentaires multilatéraux et de la préservation de pratiques équitables dans le commerce des aliments, et ce accompagné d'un nouveau type de *modus operandi* :

The SPS Agreement changed the rules of the game dramatically. Codex decisions were given more influence than before. Members realized that not engaging in these decisions could have serious consequences. For example : member states could be 'pressured' by a Codex decision into lowering their own standards, Codex decisions could be (mis-)used as excuses for disguised barriers to trade, member states could end up in spending time and resources on legitimating deviations from Codex standards, and finally, and probably most importantly, not adhering to Codex decisions could create serious legal complications in future WTO disputes (Vegge-land and Borgen 2002:24).

L'on pourrait se demander jusqu'à quel point la communauté internationale est devenue consciente de ces développements, de leurs ramifications institutionnelles et leurs implications politiques, socio-économiques et juridiques (sans mentionner celles environnementales) potentielles. L'on est également en droit de considérer que le lien entre le Codex et l'Accord SPS a été établi trop rapide et trop étroitement, sans appréciation suffisante des ramifications et des conséquences. Il n'a y a pas de doute, cependant, sur le fait que les décideurs au sein des différents organes du Codex et les ministères dont ils relèvent sont parfaitement conscients de ces transformations et des défis organisationnels pour ne pas dire politiques auxquels est confrontée le Codex. En effet, ceci semble être la raison-clé qui a impulsé et favorisé l'initiative sans précédent d'une évaluation en 2002. Le plan de mise en œuvre des recommandations du rapport a démarré en 2003 avec la session de la Commission du Codex Alimentarius et restera sûrement longtemps un sujet de préoccupation pour les structures et les sous-structures du Codex.

Les défis entraînés par la conciliation entre régulation de la sécurité alimentaire et régulation du commerce dans le cas des aliments génétiquement modifiés

⁴⁵ WTO. 1995. Déclaration de la Commission du Codex Alimentarius à une réunion du 15-16 Novembre 1995. Document # G/SPS/W/42 (citée par Vegge-land et Borgen 2002:11).

est probablement et présentement la question la plus délicate à laquelle doit faire face le Codex. L'autre problème pour le Codex tient dans sa capacité à propulser la participation des pays en développement qui sont chroniquement sous-représentés à l'heure actuelle dans les négociations et à les assister dans la mise en œuvre ou l'application des standards du Codex par le biais de programmes de création de capacités. Un fonds spécial est maintenant sur le point d'être créé afin de poursuivre ce double objectif. Le Rapport d'Evaluation du Codex va considérablement loin dans l'ébauche d'une stratégie adéquate pour répondre à ce défi⁴⁶.

3. CIEL ORAGEUX GÉNÉTIQUEMENT MODIFIÉ À L'HORIZON : «BŒUF AUX HORMONES BIS»?

Peu après l'établissement du lien ombilical entre le Codex et le SPS, la Commission du Codex fut confrontée à la question des standards pour le bœuf aux hormones. Après une procédure non-transparente et inusuelle de vote sur la question, celle-ci s'infiltra à l'OMC. La décision de l'Organe d'appel en 1998 dans l'affaire du bœuf aux hormones⁴⁷ – décision en faveur des Etats-Unis et du Canada et donc contre la Commission Européenne – était basée de façon matricielle sur l'expertise scientifique conduite par le Codex. Cette affaire est un exemple de cas impliquant des standards de sécurité alimentaire liés à l'environnement, non seulement parce que les animaux sont une composante à part entière de l'environnement mais aussi du fait de la présence de déchets dangereux dans les hormones et potentiellement nuisibles à la qualité de l'eau potable. S'appuyant sur la décision de l'Organe d'appel de l'OMC, les Etats-Unis et le Canada ont tenté de forcer l'Union Européenne à accepter les importations de bœuf aux hormones malgré le fait que celles-ci soient interdites dans le régime juridique communautaire. Il est clair – contrairement à d'autres affaires comme celle des sardines – que la Communauté européenne n'a pas agi à des fins protectionnistes. Cette dernière a tenté de sauvegarder des valeurs sociétales communes à ces différents Etats membres, lesquelles valeurs ne répondent pas systématiquement à des critères et des postulats scientifiques. Ces valeurs de nature large ne sont pas adéquatement régies par l'Accord SPS :

The cases adjudicated so far show that science plays a predominant role. Yet there are other societal, ethical and political factors at stake with which the present framework has difficulty coping in a systematic and organized manner. Indeed, trans-Atlantic tensions caused by the *beef-hormones* dispute result less from scientific disagreement than from diverging societal and ethical perceptions in the public at large (Cottier 2001 :42).

La Communauté Européenne aurait pu avoir gain de cause si elle avait invoqué l'article 5.7 de l'Accord SPS qui donne le droit à un pays importateur de prendre des mesures de précaution basées sur la science et devant être revues

⁴⁶ Section 6 du « Report of the Evaluation of the Codex Alimentarius », *op. cit.*

⁴⁷ Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 5 janvier 1998, rapport basé principalement sur les Articles 3 et 5 de l'Accord SPS.

périodiquement. La Communauté Européenne a refusé de suivre la voie de l'article 5.7 car elle voulait explicitement manifester que sa décision n'était pas sujette à révision mais se destinait à être permanente. L'Union Européenne préfère payer plus que 100 millions de dollars par an du fait de l'augmentation des droits de douane sur certaines de ses exportations au Canada et aux Etats-Unis plutôt que d'adopter une solution provisoire.

Comme pour l'affaire des hormones, le lien entre le Codex et le SPS fait peser des craintes sur l'acceptabilité des restrictions au commerce des aliments génétiquement modifiés à l'OMC. Nous dirigeons-nous vers une affaire « hormones-bis »? Est-ce que l'histoire se répétera dans les cas du moratoire européen *de facto* sur les aliments génétiquement modifiés, de l'étiquetage et du traçage obligatoire des produits alimentaires génétiquement modifiés, ou dans quelconque différend portant sur les aliments génétiquement modifiés?

D'un côté nous avons encore une fois les Etats-Unis et le Canada qui prétendent que l'étiquetage des produits génétiquement modifiés est sans intérêt pour le public. D'un autre côté, il existe un fort sentiment en Europe selon lequel l'information telle que l'étiquetage de produits génétiquement modifiés constitue un droit fondamental qui ne requière ni n'est conditionné à aucune base scientifique de quelque sorte et que seuls les consommateurs doivent décider quel type d'aliments ils souhaitent consommer et quelles attentes ils ont des systèmes d'étiquetage⁴⁸. Un tel conflit trans-Atlantique risque de s'exacerber et de spolier les avantages d'un commerce basé sur la règle de droit et ce à travers un culte du protectionnisme, du régionalisme et du bilatéralisme avec des conséquences imprévisibles.

Particulièrement, les accords commerciaux régionaux ont été critiqués avec véhémence comme une « Politique commerciale à hauts risques » (Gordon 2003). En outre, cette tendance serait spécialement désastreuse pour les accords environnementaux multilatéraux. En effet, comment pourrait-on envisager des négociations multilatérales sur le commerce et l'environnement si du côté du commerce, seuls des accords bilatéraux ou régionaux donnent le ton? Une route semée d'embûches est déjà ouverte avec les prétendus accords bilatéraux dans le domaine des TRIPS qui imposent aux pays en développement d'accepter des dispositions concernant les variétés de plantes et qui vont au-delà du débat carabiné sur l'article 27.3 (b)⁴⁹.

Au Codex Alimentarius, il y a au moins une prise de conscience des dérives qu'entraînerait une telle situation et du risque qu'elles poseraient sur sa légitimité. Du coup, le problème des produits génétiquement modifiés est un sujet très sensible. La récente nomination du Dr. med. Kazuaki Miyagishima⁵⁰ à la tête de l'organisation témoigne de cette volonté de prendre en considération les nouveaux enjeux. Cette nomination fait suite au départ à la retraite du Dr. Alan Randell qui

⁴⁸ Pour la discussion du rôle du débat public sur les biotechnologies, voir l'article de Barbara Bordogna Petriccione « De l'utilisation de la notion de risque dans le débat public sur les biotechnologies » dans ce volume.

⁴⁹ July 2001 Report by GRAIN (Spain) on bilateral and regional TRIPS-plus agreements (http://www.grain.org/publications/dsp_publications.cfm?type_id=19&type_type=3 or <http://216.15.202.3/docs/TRIPS-plus-en.pdf>).

⁵⁰ <http://www.Codexalimentarius.net/>

était considéré non seulement comme le chef du Codex mais aussi et surtout comme la mémoire institutionnelle de cette organisation. Depuis 1998 le Dr. Miyagishima était Professeur Associé en Politique et Administration de la Santé au niveau de la Haute Ecole de Médecine de l'Université de Kyoto. Il s'est spécialisé dans les questions liées au Codex et particulièrement dans la saine évaluation des aliments génétiquement modifiés et l'étiquetage des aliments. Ces deux domaines constituent sans conteste les matières les plus politiquement sensibles et complexes au Codex. Cette nomination n'est sûrement pas une coïncidence et cela prouve que le Codex s'attend à ce que la problématique des aliments génétiquement modifiés occupe encore longtemps le devant de la scène dans les négociations.

Peut-être que les Européens accepteront à la fin du processus les aliments génétiquement modifiés mais l'éventualité qu'ils se plieront à des pressions politiques et économiques contre l'étiquetage reste mince. A terme, le SPS pourrait se transformer pour intégrer des considérations autres que scientifiques. Comme l'explique Cottier (2001:73):

A better framework to deal with such concerns and to differentiate them from economic protectionism needs to be developed. In future work, it will be necessary to provide adequate room and an appropriate methodology for assessing such arguments and concerns in dispute settlement. This is important not only for dealing with traditional issues of quarantine regulations, but *more significantly in adjudicating on matters relating to genetically modified organisms* (italics added) in the new age of biotechnology.

En dernier lieu, il y a un besoin urgent de considérer les questions écologiques et économiques dans une perspective holistique et intégrée qui pourrait être dénommée une approche *écolomique* afin de faciliter des négociations et des analyses aussi transversales. A l'heure actuelle, nous pouvons conclure que l'Union Européenne semble de plus en plus consciente de son pouvoir économique, et du fait que les citoyens – consommateurs et électeurs – exigent de leur gouvernement et de l'Union Européenne une orientation politique qui contredit la libéralisation des produits alimentaires génétiquement modifiés. Les experts en politique commerciale qui estiment que l'alimentation ne devrait pas être traitée différemment d'une paire de pantoufles, doivent se préparer à affronter une route caillouteuse (Echols 2001: 155).

BIBLIOGRAPHIE

- Adren, Robert and Bill Parish (2002), « Risk Assessment ». In *The Cartagena Protocol on Biosafety*, edited by Christoph Bail, Robert Falkner and Helen Marquard, 329-338. London: Earthscan/RIIA, 579 p. (331).
- Bail, Christoph, Robert Falkner and Helen Marquard (ed.) (2002), *The Cartagena Protocol on Biosafety, Reconciling Trade in Biotechnology with Environment and Development?* London, Earthscan and RIIA, 579 p.
- Boisson de Chazournes, Laurence (2002), « Mondialisation et règlement des différends: défis et réponses ». *Forum du droit international*, 4 (1): 26-32 (27).
- Boisson de Chazournes, Laurence (2002), « Le principe de précaution: nature, contenu et limites ». In *Le principe de précaution – Aspects de droit international et communautaire*, sous la direction de Charles Leben et Joe Verhoeven, 65-94. Paris.

- Boisson de Chazournes, Laurence et Makane Moïse Mbengue (2002), « Le Rôle des Organes de règlement des différends de l'OMC dans le développement du droit : à propos des OGM, 177-213 ». In *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, sous la direction de Jacques Bourrinet et Sandrine Maljean-Dubois. Paris : CERIC/La documentation française.
- Bernasconi-Osterwalder (2001), « The Cartagena Protocol on Biosafety: a Multilateral Approach to Regulate GMOs ». In *Reconciling Environment and Trade*, edited by Edith Brown Weiss and John H. Jackson, 689-722. Ardsley, N.Y. : Transnational Publishers.
- Brown Weiss, Edith and John H. Jackson (2001), «The Framework for Environment and Trade Disputes». In *Reconciling Environment and Trade*, edited by Edith Brown Weiss and John H. Jackson, 1-39. Ardsley, N.Y. : Transnational Publishers.
- Charnovitz, Steve (2002), *Trade Law and Global Governance*, London, Cameron May, 540 p. (34).
- (Codex Alimentarius) 15.11.2002. Rapport de l'évaluation du Codex Alimentarius et autres activités de la FAO et de l'OMS sur les normes alimentaires.
- http://www.who.int/foodsafety/Codex/en/Codex_eval_report_fr.pdf
- Codex Alimentarius Commission. 2001. *Procedural Manual*, Twelfth Edition, Rome: FAO and WHO, 170 p. <http://www.fao.org/DOCREP/005/Y2200E/Y2200E00.HTM#Contents>
- Codex Alimentarius Commission. 1999. *Comprendre le Codex Alimentarius*. Rome: FAO and WHO, 35 p. <http://www.fao.org/docrep/W9114F/W9114F00.htm>
- Cosbey, Aaron (2000), *A Forced Evolution? The Codex Alimentarius Commission, Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle*. International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 19 p.
- Cottier, Thomas (2002), « Implications for Trade Law and Policy: Towards Convergence and Interaction ». In *The Cartagena Protocol on Biosafety*, edited by Christoph Bail, Robert Falkner and Helen Marquard, 467-482. London: Earthscan/RIIA, 579 p. (481).
- Cottier, Thomas (2001), « Risk Management Experience in WTO Dispute Settlement ». In *Globalization and the Environment – Risk Assessment and the WTO*, edited by David Robertson and Aynsley Kellow, 41-63. Cheltenham, UK and Northampton, Mass. : Edward Elgar Publ.
- De Sadeleer, Nicolas (2002), *Environmental Principles — From Political Slogans to Legal Rules*. Oxford UK : Oxford University Press, 434 p. (74).
- Echols, Marsha A. (2001), *Food Safety and the WTO – The Interplay of Culture, Science and Technology*. New York/The Hague: Kluwer Law International, 181 p.
- Faulkner, Robert (2000), « Regulating Biotech Trade: the Cartagena Protocol on Biosafety ». *International Affairs/RIIA*, 76 (2): April, 299-313 (312).
- Geradin, Damien (2002), « The European Community: Environmental Issues in an Integrated Market ». In Richard H. Steinberg (ed.), *The Greening of Trade Law – International Trade Organizations and Environmental Issues*, New York, Rowman & Littlefield, 117-155 (132).
- Gordon, Bernhard (2003), « A High-Risk Trade Policy ». *Foreign Affairs*. 85 (4): 105-119.
- Graff, Laurence (2002), « The Precautionary Principle ». In *The Cartagena Protocol on Biosafety*, edited by Christoph Bail, Robert Falkner and Helen Marquard, 410-423. London: Earthscan/RIIA, 579 p.
- Herity, John (2002), Capacity Building and the Biosafety Clearing-House. In *The Cartagena Protocol on Biosafety*, edited by Christoph Bail, Robert Falkner and Helen Marquard, 344-351. London: Earthscan/RIIA, 579 p.
- Herwig, Alexia (2001), « Legal and institutional aspects in the negotiation of a Codex Alimentarius Convention ». *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 2: 259-280.
- Howse, Robert and Joshua Meltzer (2002), « The Significance of the Protocol for WTO Dispute Settlement ». In *The Cartagena Protocol on Biosafety*, edited by Christoph Bail, Robert Falkner and Helen Marquard, 482-497. London: Earthscan/RIIA, 579 p. (495).
- Kourilsky, Philippe et Geneviève Viney (2000), *Le Principe de Précaution – Rapport au Premier Ministre*. Paris: Odile Jacob, 405 p.

- Leben, Charles et Joe Verhoeven. ed. (2002), *Le principe de précaution – Aspects de droit international et communautaire*. Paris: Editions Panthéon-Assas.
- Mackenzie, Ruth and Philippe Sands (2002), «Prospects for International Environmental Law». In *The Cartagena Protocol on Biosafety*, edited by Christoph Bail, Robert Falkner and Helen Marquard, 457-467. London: Earthscan/RIIA, 579 p. (464).
- Marceau, Gabrielle (1999), «A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition against ‘Clinical Isolation’ in WTO Dispute Settlement». *Journal of World Trade*, 33 (5): 87-153.
- Mbengue, Makane Moïse (2002), «L’Environnement, un OVNI sur la planète de l’OMC?» In *L’Organisation mondiale du commerce : Où s’en va la mondialisation?* edited by Christian Deblock, 269-288. Montréal: Fides.
- Noiville, Christine et Nicolas de Sadeleer (2001), «La gestion des risques écologiques et sanitaires à l’épreuve des chiffres – le droit entre enjeux scientifiques et politiques». *Revue du Droit de l’Union Européen* 2: 389-450.
- Phillips, Peter W.B. and William A. Kerr (2000), «Alternative Paradigms: The WTO versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms». *Journal of World Trade* 34 (4): 63-76.
- Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur la diversité biologique. Montréal, 30 p.
<http://www.biodiv.org/biosafety/protocol.asp?lg=2>
- Pythoud, François and Urs P. Thomas. 2002. The Cartagena Protocol on Biosafety. In, *Governing Global Biodiversity: The Evolution and Implementation of the Convention on Biological Diversity*, edited by Philippe Le Prestre, 39-57. Ashgate UK.
- Randell, Alan W. (2002), «Scientific Evidence and the Law». Paper prepared for the Legal Forum on Consumer Concerns, Dutch Ministry of Agriculture and Asser Institute, The Hague, 15-16 February, 6 p. (5).
- Romi, Raphaël (2001), «Codex Alimentarius: De l’ambivalence à l’ambiguïté». *Revue juridique de l’environnement*, 2: 201-214.
- Salmon, Jean, sous la direction de (2001), *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant/AUF.
- Trouwborst, Arie (2002), *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 379 p.
- Veggeland, Frode and Svein Ole Borgen (2002), «Changing the Codex: The Role of International Institutions». Working Paper 2002-16 Norwegian Agricultural Research Institute, Oslo, 29 p.
- World Trade Organization (1995), *The Results of the Uruguay Round of Trade Negotiations: the Legal Texts*. Geneva: WTO, 558 p. (79).