Document generated on 07/11/2025 11:09 p.m.

Les Cahiers de droit

Le principe de précaution dans le contexte du commerce international : une intégration difficile

Maurice Arbour

Volume 43, Number 1, 2002

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043700ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043700ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Arbour, M. (2002). Le principe de précaution dans le contexte du commerce international : une intégration difficile. *Les Cahiers de droit*, *43*(1), 5–37. https://doi.org/10.7202/043700ar

Article abstract

The decisions in any State governed by rule of law generally take their place within a well-defined legal framework where arbitrary initiatives and discrimination are systematically reported and sanctioned and where the general population expects political authorities to conduct themselves with a minimum of rationality and in compliance with the law, including international law. The precautionary principle was conceived for the management of an uncertain situation : the absence of absolute scientific certainty must not serve as a pretext for postponing the adoption of precautionary measures, i.e. measures that would make it possible to avoid danger or decrease its effects. Since the principle intends on breaking with scientific rationality from which nothing more is to be expected because, by definition, any action takes place in a context of scientific uncertainty, turning to the principle inevitably occurs politically and will necessarily oppose conflicting values and interests ; this requires an enlightened and well-informed public opinion as regards the main issues at stake, plus an open forum where divergent opinions may be discussed. Likewise, insofar as this principle appears to be a rational approach to risk management, its application presupposes that there has been a serious and objective analysis of the potential risks and this last factor is essentially a matter of scientific expertise : this is even its starting point ; one would be wrong to conclude, however, that the principle is a free licence for justifying arbitrariness or camouflaging protectionist measures. The challenge in implementing the precautionary principle is to integrate contradictory needs issuing, on the one hand, from the need to protect the right to free enterprise, plus innovative spirit so necessary for technological progress albeit for economic development, and on the other, the need to reduce the risk of negative and irreversible effects on the environment.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2002

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Le principe de précaution dans le contexte du commerce international : une intégration difficile*

Maurice ARBOUR**

Les décisions de tout État de droit s'inscrivent généralement dans un contexte juridique global où l'arbitraire et la discrimination sont systématiquement dénoncés et sanctionnés et où la population s'attend des acteurs politiques qu'ils agissent avec un minimum de rationalité et d'une manière conforme au droit, y compris le droit international. Le principe de précaution a été conçu pour gérer une situation d'incertitude : l'absence d'une certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures de précaution, c'est-à-dire de mesures qui permettraient d'éviter le danger ou d'en atténuer les effets. Parce qu'il entend couper avec la rationalité scientifique dont il n'y a plus rien à attendre puisque, par définition, toute action s'accomplit dans un contexte d'incertitude scientifique, l'appel au principe se situe inévitablement sur le plan politique et va nécessairement opposer des valeurs et des intérêts contradictoires ; il faut une opinion publique éclairée et bien informée des principaux enjeux en cause et un forum ouvert où les diverses options peuvent être débattues. En même temps, dans la mesure où ce principe apparaît comme une approche rationnelle dans la gestion des risques, son application présuppose qu'il y a eu une analyse sérieuse et objective des risques envisageables et cette dernière relève essentiellement de l'expertise scientifique : c'est même son point de départ ; on aurait donc tort de penser que le principe est une licence générale pour justifier l'arbitraire ou voiler des mesures protectionnistes. Le défi, dans la construction du principe de précaution, c'est de pouvoir intégrer des

---

* Les grandes lignes de ce texte ont été présentées lors d'une conférence tenue à Québec, le 29 mai 2001 à l'occasion de la réunion annuelle de l'Association canadienne des professeurs de droit.

** Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

Les Cahiers de Droit, vol. 43, n° 1, mars 2002, pp. 5-37

besoins contradictoires nés, d'une part, de la nécessité de protéger le droit à la libre entreprise, ainsi que l'esprit d'innovation si nécessaire au progrès technologique, et partant au développement économique, et, d'autre part, la nécessité de réduire le risque d'effets négatifs sérieux et irréversibles sur l'environnement.

The decisions in any State governed by rule of law generally take their place within a well-defined legal framework where arbitrary initiatives and discrimination are systematically reported and sanctioned and where the general population expects political authorities to conduct themselves with a minimum of rationality and in compliance with the law, including international law. The precautionary principle was conceived for the management of an uncertain situation : the absence of absolute scientific certainty must not serve as a pretext for postponing the adoption of precautionary measures, i.e. measures that would make it possible to avoid danger or decrease its effects. Since the principle intends on breaking with scientific rationality from which nothing more is to be expected because, by definition, any action takes place in a context of scientific uncertainty, turning to the principle inevitably occurs politically and will necessarily oppose conflicting values and interests ; this requires an enlightened and well-informed public opinion as regards the main issues at stake, plus an open forum where divergent opinions may be discussed. Likewise, insofar as this principle appears to be a rational approach to risk management, its application presupposes that there has been a serious and objective analysis of the potential risks and this last factor is essentially a matter of scientific expertise : this is even its starting point ; one would be wrong to conclude, however, that the principle is a free licence for justifying arbitrariness or camouflaging protectionist measures. The challenge in implementing the precautionary principle is to integrate contradictory needs issuing, on the one hand, from the need to protect the right to free enterprise, plus innovative spirit so necessary for technological progress albeit for economic development, and on the other, the need to reduce the risk of negative and irreversible effects on the environment.

Pages

1 Un couple mal assorti : le commerce et l'environnement 8

2 La rationalité scientifique versus l'arbitraire : l'affaire *Ethyl Corporation v. Government of Canada* 13

3 Des définitions 18

3.1 La précaution et la prévention 20

3.2 Les dommages graves et irréversibles 21

3.3 Les mesures provisoires et l'analyse de risque 22

3.4 L'analyse coût-bénéfice et la proportionnalité 24

3.5 Un concept à géométrie variable 26

4 Les applications 27

4.1 L'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires* 27

4.1.1 Les conditions de la mise en œuvre du principe : l'affaire *Japon — Mesures visant les produits agricoles* 28

4.1.2 Le statut du principe en droit international : l'*Affaire du bœuf aux hormones* 29

4.2 Le *Protocole de Cartagena* 34

Conclusion 35

Si le principe de précaution s'est d'abord imposé dans le champ de l'environnement, sa pertinence a été reconnue également dans le domaine de la santé, de la sécurité alimentaire et de la protection du consommateur. Sa nature comme sa portée, dans le contexte du droit international général, sont ambiguës et sont loin d'être fixées.

Le principe a été surtout discuté récemment dans le contexte du droit du commerce international, notamment dans l'*Affaire du bœuf aux hormones* ainsi que dans celui du *Protocole de Cartagena*[1]. Tant en droit commercial international qu'en droit communautaire européen, où la libre circulation des marchandises est érigée en principe premier des deux ordres juridiques, certaines notions, dans le cadre de certains instruments, viennent préciser ses modalités d'application et sont de nature à déterminer d'une manière importante l'évolution du concept sur un plan général. Sa

1. *Protocole de Cartagena* sur la prévention des risques biotechnologiques relatifs à la Convention sur la diversité biologique, Montréal, 29 janvier 2000.

signification générale ne peut toutefois s'apprécier qu'en fonction du contexte juridique global dans lequel il entend s'insérer ; un bref rappel des données de base qui opposent commerce et environnement s'avère donc un préalable nécessaire pour une juste compréhension des limites et des possibilités qu'il peut présenter.

1 Un couple mal assorti : le commerce et l'environnement

La libéralisation des échanges commerciaux, entamée avec le General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) de 1947 et développée d'une manière extraordinaire par les accords issus des négociations du cycle de l'Uruguay, a pour finalité essentielle, selon les termes mêmes du GATT de 1947, le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et l'augmentation des revenus réels. L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) reprend le même énoncé, en ajoutant cependant que cet objectif général doit être atteint sur la base de l'utilisation optimale des ressources conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et de préserver l'environnement ainsi que de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière compatible avec les besoins des pays signataires et leurs soucis respectifs liés à différents niveaux de développement économique.

À Marrakech, en avril 1994, les États ont adopté la *Décision sur le commerce et l'environnement*, décision par laquelle ils ont constaté sur un ton extrêmement rassurant qu'il ne devrait pas y avoir et qu'il n'y a pas nécessairement de contradiction sur le plan des politiques entre la préservation et la sauvegarde d'un système commercial multilatéral ouvert, non discriminatoire et équitable, d'une part, et les actions ayant pour objet de protéger l'environnement et de promouvoir le développement durable, d'autre part. Par précaution sans doute, ils ont décidé de créer le Comité du commerce et de l'environnement ouvert à tous les membres de l'OMC afin d'étudier cette problématique générale.

Selon la doctrine officielle de l'OMC (144 États représentant 90 p. 100 du commerce mondial), en règle générale, le commerce accroît la richesse, assure le bien-être des individus et conduit les peuples au bonheur en contribuant au progrès social et à la satisfaction des besoins fondamentaux. L'OMC se plaît à souligner qu'elle n'est pas une agence de protection de l'environnement et qu'elle doit poursuivre la libéralisation du commerce et faire en sorte que les politiques environnementales n'entravent pas les échanges commerciaux.

Les conséquences sur l'environnement de la libéralisation des échanges commerciaux et de la mondialisation économique qui s'ensuit

sont largement connues : croissance accrue de la production et de la consommation ; concurrence accrue pour l'accès à certaines ressources (eau, pêche, matières premières en général) et survenance de problèmes de surexploitation ; intensification du transport international de marchandises et intensification des facteurs de risques ; absence de prise en considération de la protection de l'environnement ou risque d'abaissement des normes environnementales, quand elles existent, afin de demeurer concurrentiels.

C'est un fait aussi que les États vont parfois utiliser des mesures commerciales, sous forme d'interdictions commerciales notamment, pour atteindre des objectifs environnementaux. Ils le font parfois en vertu d'accords multilatéraux (que ce soit le *Protocole relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, signé à Montréal, la *Convention sur le commerce des espèces menacées de disparition* (CITES), le commerce des déchets dangereux ou le *Protocole de Cartagena*) et parfois aussi d'une manière unilatérale — et en contradiction flagrante même avec les règles de base qui sous-tendent le commerce mondial, comme l'*Affaire du thon* (1991-1994) et l'*Affaire de la tortue* (1998) le démontrent. Dans le premier cas, les États-Unis interdisent l'importation de thons pour sanctionner des pays comme le Mexique ou même des pays tiers dont les pratiques de pêche sont jugées néfastes, aux yeux des Américains, pour la conservation du dauphin ; dans le second cas, ils interdisent l'importation de crevettes pour sanctionner des pays comme l'Inde, la Thaïlande et la Malaisie dont les pratiques de pêche aux crevettes ont le défaut de ne pas être aussi efficaces, semble-t-il, que les pratiques de pêche américaines.

Qu'un État agisse unilatéralement ou en coopération avec d'autres, le problème de la compatibilité de ses politiques environnementales avec les règles de base du commerce international peut se poser chaque fois que des obstacles commerciaux sont choisis comme moyens d'atteindre l'objectif de protection environnementale. Il peut être facile en effet pour un gouvernement de vouloir faire passer une mesure protectionniste pour une mesure environnementale, mais si la manœuvre n'est pas dénoncée ni sanctionnée, c'est tout le système du libre-échange qui risque d'être durement ébranlé.

En vue de neutraliser tout effort en ce sens, le principe 12 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* rappelle en effet la philosophie de l'article XX du GATT en déclarant que « les mesures de politiques commerciales motivées par des considérations relatives à l'environnement ne devraient pas constituer un moyen de discrimination arbitraire et injustifié ni une restriction déguisée aux échanges internationaux ». Pareillement, un gouvernement peut être tenté de sanctionner par des mesures commerciales restrictives, telles des interdictions d'importation,

des politiques environnementales étrangères qu'il considère comme inopportunes ou inappropriées, mais la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* souligne que « toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques en dehors de la juridiction du pays importateur doit être évitée », ce qui signifie en plus clair qu'un État ne peut pas faire dépendre l'accès à son marché de la politique suivie par le pays exportateur en matière d'environnement.

Depuis la dernière décennie, il y a eu un vaste débat sur ce sujet : si ce débat est entièrement justifié quand il s'agit de discuter d'une mesure unilatérale discriminatoire, il peut paraître exagéré quand il est question d'un accord multilatéral, car, après tout, ce sont les mêmes États qui agissent dans le meilleur intérêt de la société internationale et qui sont aussi signataires de ces accords commerciaux et environnementaux.

Il est bien connu que l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) pose le principe qu'en cas de conflit entre les obligations qu'il prévoit et celles qui peuvent naître de traités environnementaux, il convient de donner la primauté à cinq traités particuliers, soit trois traités multilatéraux portant respectivement sur le commerce des espèces menacées d'extinction[2], sur l'ozone[3] et sur le commerce des déchets dangereux[4], ainsi que l'accord bilatéral canado-américain du 28 octobre 1986 sur le commerce des déchets dangereux et l'accord du 14 août 1983 entre les États-Unis et le Mexique sur la protection et l'amélioration de l'environnement dans les régions frontalières[5]. C'est bien, mais c'est infiniment peu par rapport au nombre d'accords conclus depuis les 30 dernières années dans le champ de l'environnement.

Rappelons que le *Protocole de Cartagena* tente d'apporter une solution à ce rapport entre le commerce et l'environnement, mais ses dispositions sur ce sujet n'arrivent pas à cacher une profonde mésentente entre Européens et Américains : le préambule du Protocole déclare dans le premier paragraphe que « les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement », ce qui peut laisser entendre qu'il ne

2. *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* (CITES), Nations Unies, *Recueil de traités*, (1993) vol. 993, p. 272.
3. *Protocole relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, Montréal, 16 sept. 1987, (1987) 26 *I.L.M.* 1550.
4. *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontiers de déchets dangereux et de leur élimination*, (1989) 28 *I.L.M.* 657.
5. *Agreement between the United States of America and the United Mexican States for the Protection and Improvement of the Environment in the Border Area* (1983).

peut y avoir de conflit de normes, dispose dans le deuxième paragraphe que le Protocole « ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur », ce qui permet notamment aux États-Unis de soutenir l'opinion que le droit de l'OMC a priorité en cas de conflit, et conclut finalement dans le troisième paragraphe « qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux », ce qui autorise beaucoup de gens à dire que l'environnement a priorité sur le commerce. Il serait probablement plus juste d'affirmer que le Protocole n'a rien réglé du tout et que la manœuvre était le prix à payer aux Canadiens et aux Américains pour faire accepter le principe de précaution dans les dispositions de fond du Protocole. Quel traité prévaudra en cas de litige entre deux membres de l'OMC dont un seul est partie au *Protocole de Cartagena* ?

Pour l'essentiel, la question ultime qu'il faut poser est de savoir dans quelle mesure un État doit être empêché d'adopter des politiques environnementales justes et efficaces en raison de son appartenance à l'OMC ou si le droit de l'OMC permet une marge de manœuvre suffisante pour concilier commerce et environnement. Pour l'heure, c'est l'article XX du GATT qui définit les possibilités d'action des États en aménageant une exception qui peut être qualifiée d'exception environnementale et qui a peu joué, jusqu'à présent, pour légitimer des mesures prétendument environnementales.

Les paragraphes b) et g) de l'article XX du GATT se lisent comme suit :

> Art. XX — Exceptions générales
>
> Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures :
>
> [...]
>
> b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;
>
> [...]
>
> g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationale[...].

Ainsi, il existe plusieurs conditions à satisfaire pour qu'une loi nationale environnementale qui a des effets sur le commerce international puisse

passer le test de l'article XX et être acceptée. La différence de terminologie entre les alinéas b) et g) nécessite un traitement séparé de ces dispositions, mais l'analyse en deux étapes proposée par un tribunal de l'OMC en 1996, dans l'affaire *États-Unis — Essence*, vaut pour l'ensemble de l'article XX. La mesure en cause doit non seulement pouvoir se rattacher à l'une des exceptions énumérées aux alinéas a) à j), mais elle doit encore satisfaire le paragraphe introductif de l'article XX :

> Pour que la protection conférée par l'article XX s'applique à elle afin de la justifier, la mesure en cause ne doit pas seulement relever de l'une ou l'autre des exceptions particulières — paragraphes a) à j) — énumérées à l'article XX ; elle doit aussi satisfaire aux prescriptions établies dans les clauses introductives de l'article XX.

Et comme cela a été souligné dans l'*Affaire de la tortue*[6], une mesure qui ne répond pas au critère de la première étape ne peut être sauvée par le paragraphe introductif, mais une mesure qui y répond peut encore être déclarée illégale en vertu du même paragraphe. Or, il est important de souligner dans ce contexte que les mesures adoptées pour la protection de la santé et de la vie des personnes ou la préservation des végétaux et qui peuvent être acceptées au titre de cette exception doivent être des mesures « nécessaires », c'est-à-dire des mesures dont il n'est pas possible de se dispenser et qui sont essentielles pour atteindre des objectifs environnementaux définis. Dans l'*Affaire du thon*[7] par exemple, le tribunal d'appel de l'OMC a estimé que les États-Unis avaient d'autres moyens à leur disposition pour protéger les dauphins lors de la pêche au thon, dont la négociation d'ententes spéciales avec les États intéressés ; le tribunal en est venu aux mêmes conclusions dans l'*Affaire de la tortue*.

Les lois américaines relatives à la protection du dauphin et à celle des tortues marines (1998) n'ayant pas réussi à passer le test de l'article XX, le droit actuel de l'OMC paraît inadapté à la cause de la protection de l'environnement, et il convient sans doute de le rénover. La question est de savoir si cette rénovation passe aussi par le principe de précaution ; il n'y a pas de réponse facile à ce sujet, car l'adoption de ce principe signifie la fin du critère rigoureux de nécessité et la consécration d'un simple critère d'opportunité comme fondement légitime de mesures dérogatoires au droit de l'OMC.

---

6. *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Groupe spécial WT/DS58/R 15 mai 1998 ; Organe d'appel WT/DS58/AB/R 12 octobre 1998 (ci-après cité : « *Affaire de la tortue* »).
7. *Dispute Settlement Panel Report on United Sates Restrictions on Imports of Tuna* (juillet 1994), 33 *I.L.M.* 839 (ci-après cité : « *Affaire du thon* »).

L'OMC craint généralement que des États se servent de la protection de l'environnement pour établir des mesures protectionnistes. Elle redoute principalement que le principe de précaution soit le nouveau cheval de Troie qui pavera la voie au protectionnisme vert. Dans la mesure où le principe de précaution est interprété comme une licence générale inconditionnelle donnée à tout État pour adopter des mesures environnementales qui sont par ailleurs incompatibes avec le droit de l'OMC, le principe a peu d'avenir dans le droit de l'OMC parce qu'il est alors porteur d'un discours susceptible de fonder des décisions arbitraires et destructrices de l'ordre commercial établi depuis 1947.

C'est dans ce contexte général hautement politisé qu'il faut situer toute discussion théorique sur la signification et la portée du principe de précaution, principe qui essaie d'opérer une jonction entre le commerce et l'environnement, principe qui reste à construire et dont la construction doit intégrer des besoins contradictoires nés, d'une part, de la nécessité de protéger le droit à la libre entreprise ainsi que l'esprit d'innovation si nécessaire au progrès technologique, et partant au développement économique, et, d'autre part, de la nécessité de réduire le risque d'effets négatifs sérieux et irréversibles sur l'environnement.

2 La rationalité scientifique versus l'arbitraire : l'affaire *Ethyl Corporation* v. *Government of Canada*

Nous vivons dans des sociétés où tout ce qui n'est pas formellement interdit est permis et où la science fonde et légitime les décisions étatiques qui réglementent, répriment ou interdisent. Cependant, avant de pouvoir interdire une activité ou un produit, l'État doit avoir de solides raisons, et celles-ci reposent généralement sur des preuves scientifiques irréfutables qu'il a la charge de présenter. Pensons notamment à l'affaire du methylcyclopentadienyl manganèse tricarbonyl (MMT) qui a opposé le Canada non seulement à une société commerciale américaine, Ethyl Corporation, mais aussi à quatre de ses provinces.

L'affaire *Ethyl Corporation* v. *Government of Canada* (1997-1998) illustre au plus haut point la nécessité pour l'État de fonder ses décisions sur la preuve scientifique ou, tout au moins, sur un début de preuve scientifique avant d'interdire un produit. L'affaire a fait le tour du monde et est généralement considérée comme la reddition de l'État canadien devant une multinationale qui s'est battue pour sauvegarder ses intérêts commerciaux sur le marché canadien au détriment de la protection de l'environnement. Pourtant, l'examen attentif de cette affaire permet de constater que le gouvernement canadien s'est saisi du thème de l'environnement et de la santé

pour essayer de justifier un arbitrage douteux dans une affaire qui opposait l'industrie de l'automobile et l'industrie pétrolière.

Le 25 avril 1997, le gouverneur général du Canada sanctionne la *Loi sur les additifs à base de manganèse*[8], loi qui a pour objet d'interdire le commerce interprovincial et l'importation à des fins commerciales de certaines substances à base de manganèse, substances qui sont énumérées dans une annexe ; cette dernière ne mentionne en fait qu'une seule substance, soit le MMT[9], un additif qui remplace le plomb dans l'essence sans plomb et qui est importé et distribué au Canada depuis 1977 par une seule société, soit Ethyl Canada Inc., une filiale d'Ethyl Corporation dont le siège social est en Virginie. Notons d'entrée de jeu que, si l'objet réel[10] de la loi est d'éliminer l'utilisation du MMT dans l'essence vendue au Canada, force est de constater que cette loi n'empêche absolument pas la production ni l'utilisation du MMT au Canada. Elle interdit seulement son importation et sa vente entre les provinces. Si le MMT est dangereux pour la santé ou pour l'environnement, pourquoi ne pas proscrire aussi toute production et toute vente intraprovinciale, partout au Canada[11] ? Pourquoi faut-il adopter une loi spéciale pour prohiber un produit particulier et pourquoi le gouvernement n'a-t-il pas recours à la *Loi sur la protection de l'environnement* ou à la *Loi sur la santé*[12] ? Serait-ce parce qu'il ne s'agit tout simplement pas d'une affaire de santé ou de protection de l'environnement ?

---

8. *Loi sur les additifs à base de manganèse*, L.C. 1997, c. 11, entrée en vigueur le 24 juin 1997.
9. Le MMT est un produit fabriqué en Virginie et exporté ; il s'agit d'un additif qui est ajouté à l'essence sans plomb pour augmenter l'indice d'octane ; cet ajout a lieu à la raffinerie et le MMT se retrouve dans 95 p. 100 de l'essence sans plomb vendu au Canada. Ethyl Canada, une filiale d'Ethyl Corporation, est le seul importateur et le seul distributeur partout au Canada.
10. Cet objectif a été reconnu comme tel par le tribunal d'arbitrage établi dans le cadre de l'*Accord fédéral-provincial sur le commerce intérieur : Rapport du Groupe spécial constitué en vertu de l'article 1700 concernant le différend entre l'Alberta et le Canada relativement à la Loi sur les additifs à base de manganèse*, Winnipeg, 12 juin 1998.
11. Il est possible, comme l'a soutenu le Canada, que des motifs constitutionnels liés au partage des compétences aient empêché le gouvernement fédéral d'interdire l'utilisation du commerce intraprovincial.
12. *Loi sur la protection de l'environnement*, L.C. 1988, c. 22, remplacée depuis par la Loi visant la prévention de la pollution et la protection de l'environnement et de la santé humaine en vue de contribuer au développement durable, L.C. 1999, c. 33. Selon l'aveu même du gouvernement canadien, étant donné les effets potentiels indirects du MMT sur l'environnement, par opposition à des effets toxiques directs, la *Loi sur la protection de l'environnement* n'était pas le mécanisme approprié pour réglementer le MMT : In the matter of an Arbitration under chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Ethyl Corporation* v. *Government of Canada*, Statement of Defence, paragr. 70.

Le gouvernement canadien a justifié l'adoption de sa loi par des motifs fondamentaux liés à la protection de l'environnement, à la protection de la santé et à la protection du consommateur. Or, selon un rapport[13] de Santé Canada en date de 1994, il n'existe aucun risque pour la santé avec le MMT ajouté à l'essence. D'après un rapport de la Société royale du Canada publié en 1986, il n'y a aucun risque non plus pour l'environnement[14]. De l'aveu même des avocats chargés de défendre le gouvernement canadien devant un tribunal d'arbitrage établi en vertu de l'ALENA, « les effets sur la santé et l'environnement d'une exposition prolongée à de faibles concentrations de manganèse aéroporté et susceptible d'être inhalé et de MMT non brûlé demeurent inconnus[15] » ; d'après les propos du juge dissident membre du tribunal d'arbitrage canadien, l'effet du MMT sur l'environnement serait « cumulatif et indirect, c'est-à-dire qu'il a surtout des répercussions sur le fonctionnement de dispositifs anti-pollution installés dans les véhicules de modèles récents[16] ». De quoi s'agit-il si ce n'est pas une affaire concernant la protection de la santé et de l'environnement ? En réalité, nous avons là un très mauvais arbitrage gouvernemental effectué à la suite des pressions de l'industrie automobile[17] qui estime, sur la base de ses propres

13. ENVIRONMENTAL HEALTH DIRECTORATE, *Risk Assessment for the Combustion Products of Methylcyclopentadienyl Manganese Tricarbonyl (MMT) in Gasoline*, Santé Canada, 6 décembre, 1994, p. 69 : « all analysis indicates that the combustion products of MMT in gasoline do not represent an added risk to the canadian population ».
14. L'étude a été faite dans le contexte des travaux de la COMMISSION SUR LE PLOMB DANS L'ENVIRONNEMENT, *Lead in Gasoline. Alternatives to Lead in Gasoline : Technical Appraisal*, The Royal Society of Canada, février 1986.
15. *Ethyl Corporation* v. *Government of Canada*, précité, note 12, parag. 30 : « Manganese is a key ingredient of MMT. The combustion of MMT produces manganese residues inside engines, emission control and monitoring systems and release airbone respirable manganese and unburned MMT into the atmosphere. At high doses, airbone respirable manganese associated with manganese processing and industrial processes (like steel making) causes disabling neurological impairments in movement and speech with symptoms similar to Parkinson's disease. The public health and environmental impact of long-term, lower dose exposure to airbone respirable manganese and unburned MMT are unknown. »
16. *Rapport du Groupe spécial constitué en vertu de l'article 1700 concernant le différend entre l'Alberta et le Canada relativement à la Loi sur les additifs à base de manganèse*, Winnipeg, 12 juin 1998. Faut-il comprendre de ces propos que le MMT pourrait éventuellement endommager ces dispositifs qui, en devenant moins efficaces, contribueraient moins pleinement à la lutte organisée contre la pollution de l'air ?
17. L'affaire *Ethyl Corporation* v. *Government of Canada*, précitée, note 12, Statement of Defence, paragr. 67, présentée devant le tribunal d'arbitrage établi en vertu de l'ALENA, laisse voir très clairement que ce sont les préoccupations de l'industrie automobile qui ont poussé le Canada à agir, la première raison énumérée étant « the adverse effets of MMT on catalytc converters ». Sur neuf raisons, sept concernent le fonctionnement de

études, que la combustion du MMT produit des résidus à l'intérieur des systèmes antipollution, qu'il y a un risque de dommages découlant de la présence de ces résidus et, conséquemment, un risque d'augmentation du coût lié à la garantie du fabricant sur les véhicules neufs. Devant l'impossibilité d'une entente entre les pétrolières et les manufacturiers, le gouvernement a décidé d'appuyer l'industrie automobile malgré l'absence de preuves scientifiques sur les effets néfastes du MMT sur l'environnement et la santé et malgré un avertissement formel du ministre du Commerce international sur la légalité douteuse de la démarche[18].

La loi fédérale a été immédiatement attaquée, tout d'abord par Ethyl Corporation devant un tribunal établi conformément aux règles de l'ALENA : ce tribunal a conclu le 24 juin 1998 qu'il avait compétence pour entendre le fond du litige, rejetant ainsi les prétentions canadiennes pour échapper au règlement d'arbitrage. Le Canada a mis fin aux actes de procédure devant ce tribunal en acceptant les conditions d'un compromis en trois points avec Ethyl Canada : 1) le MMT est retiré de la très courte liste des substances interdites aux fins d'importation et de commerce interprovincial ; 2) le Canada publie un communiqué officiel le 20 juillet 1998 déclarant que les données scientifiques courantes ne démontrent pas que le

---

l'automobile et le coût éventuel des garanties. Le tribunal d'arbitrage établi conformément à l'*Accord fédéral-provincial sur le commerce intérieur* arrivera facilement aux mêmes conclusions : « Il est évident, en parcourant les documents soumis, que ce sont les manufacturiers d'automobiles qui étaient les principaux instigateurs de l'élimination du MMT. En effet ce sont eux qui réclamaient que l'utilisation de l'essence contenant du MMT pourrait nuire aux dispositifs de surveillance installés dans les nouvelles automobiles. La preuve concernant l'effet du MMT sur l'environnement demeure, au mieux, inconcluante [*sic*]. It is clear from the submission that it was the automobile manufacturers who were the driving force behind the elimination of MMT. They claimed that the onboard monitoring equipment in new vehicle would be impaired by the use of MMT-enhanced gasoline. The evidence as to the impact on the environment, at best, is inconclusive » : *op. cit.*, note 10. Il est clair par ailleurs que le gouvernement a reçu des témoignages de la part d'organisations non gouvernementales (ONG), y compris la Learning Disability Association of Canada, au sujet des effets potentiellement toxiques des gaz d'échappement. Le document parle tout au plus d'effets potentiels indirects sur l'environnement.

18. Lettre du ministre A. Eggleton au ministre S. Marchi en date du 23 février 1996 : « An import prohibition on MMT would be inconsistent with Canada's obligations under the WTO and the NAFTA :(1) it would constitute an impermissible prohibition on imports, particularly if domestic production, sale or use is not similarly prohibited ; and (2) it could not be justified on health or environmental grounds, given current scientific evidence. » Affaire *Ethyl Corporation* v. *Government of Canada*, précitée, note 12, Statement of Claim, 2 octobre, 1997, paragr. 24.

MMT endommage le fonctionnement des systèmes antipollution et qu'il n'y a pas de nouvelles preuves scientifiques qui modifient les conclusions de Santé Canada faites en 1994 et affirmant que le MMT ne pose aucun risque pour la santé ; 3) le Canada accepte de verser 13 millions de dollars américains pour les frais liés à la poursuite d'Ethyl Corporation et pour la perte de profits enregistrée durant la période d'interdiction.

Cette décision assez rapide de mettre fin à toute poursuite devant le tribunal de l'ALENA paraît motivée en partie par une autre décision rendue par un autre tribunal d'arbitrage qui a conclu, le 12 juin 1998, que la *Loi sur les additifs à base de manganèse* était contraire à l'*Accord fédéral-provincial sur le commerce intérieur canadien de 1994*. Peu de temps après l'adoption de cette loi, l'Alberta, appuyée par la Nouvelle-Écosse, le Québec et la Saskatchewan, demande la constitution d'un groupe spécial devant un tribunal d'arbitrage pour juger de sa validité au regard de cet accord. L'affaire a été jugée au fond par ce dernier tribunal dans une décision[19] en date du 12 juin 1998 et qui conclut à l'illégalité de la démarche législative sous le rapport du commerce interprovincial. L'*Accord fédéral-provincial sur le commerce intérieur de 1994* comprend tout un chapitre, le chapitre 15, sur la protection de l'environnement ; son objet est d'éviter que les mesures environnementales deviennent des obstacles inutiles au commerce intérieur tout en préservant la marge d'autonomie nécessaire à la protection de l'environnement. L'article 1505.8 reconnaît implicitement le principe de précaution quand il énonce qu'il « est entendu qu'une mesure environnementale n'est pas considérée incompatible avec le présent accord du seul fait que la nécessité de cette mesure n'est pas établie avec une certitude scientifique complète ». Devant le tribunal d'arbitrage, le gouvernement canadien maintient l'argument qu'il y a un risque suffisant de préjudice pour la santé et l'environnement et semble[20] bien s'appuyer sur le principe de précaution pour défendre sa loi : il indique en effet que l'article 1505 prévoit une norme de preuve moins élevée dans le cas des mesures environnementales et qu'il a agi avec prudence en poursuivant un objectif légitime. Or, comme l'a plaidé l'Alberta, le recours au principe de précaution n'élimine pas la nécessité d'obtenir des preuves scientifiques pour indiquer l'existence d'un risque pour l'environnement ou pour la santé.

À retenir de cette affaire aux fins de notre propos : les décisions de tout État de droit s'inscrivent dans un contexte juridique global où l'arbitraire et la discrimination sont systématiquement dénoncés et sanctionnés

19. *Op. cit.*, note 10.
20. Telle est du moins la version présentée par le tribunal d'arbitrage.

et où la population s'attend des acteurs politiques qu'ils agissent avec un minimum de rationalité et d'une manière conforme au droit, y compris le droit international.

Revenons maintenant au principe de précaution dans le contexte du droit commercial international et essayons de voir quel problème il pose : ce principe semble vouloir s'opposer à la science en mettant celle-ci de côté dans l'adoption de certaines politiques. La contribution de la doctrine est sans doute d'essayer de trouver un point d'équilibre entre le droit qu'a un État de se prémunir contre certains risques environnementaux qu'il juge inaccceptables et les droits que possèdent tous les autres États au respect des règles du jeu commercial si péniblement élaborées au cours du dernier demi-siècle et au respect des grands équilibres entre droits et obligations que les accords tentent d'établir. À titre d'exemple, les biotechnologie modernes offrent probablement un potentiel considérable pour le bien être de l'être humain, comme le souligne le préambule du *Protocole de Cartagena*, pourvu qu'elles soient développées et utilisées dans des conditions de sécurité satisfaisantes pour l'environnement et la santé humaine. Ainsi, il y a, d'une part, le droit des États de refuser l'importation d'organismes vivants modifiés (OVM) sur leur territoire s'ils considèrent que ceux-ci peuvent provoquer des effets négatifs sur l'environnement ou la santé de la population. D'autre part, il y a la liberté et la sécurité des échanges commerciaux et la demande bien légitime de l'exportateur voulant que le même produit ne soit pas traité de manière différente au gré des souverainetés nationales. Jusqu'où faut-il permettre à un pays d'interdire l'importation de produits transgéniques s'il estime, à tort, qu'il présente des risques pour l'environnement ou la santé ?

3 Des définitions

Le principe de précaution a été conçu pour gérer une situation d'incertitude : l'absence d'une certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures de précaution, c'est-à-dire de mesures qui permettraient d'éviter le danger ou d'en atténuer les effets. Ce principe a déjà à son actif plusieurs réussites : il a été à l'origine de la négociation de la *Convention sur la protection de la couche d'ozone*, alors que la preuve scientifique irréfutable des liens entre le chlore et l'ozone stratosphérique n'était pas encore connue, et il apparaît maintenant dans plusieurs conventions[21], dont la Convention de Bamako du 29 janvier 1991 qui

21. Voir notamment : le Protocole de 1996 à la *Convention de Londres de 1972 sur l'immersion de déchets ; la Convention de Paris pour la protection du milieu marin pour l'Atlantique du Nord-Est* (1992).

interdit en Afrique l'importation de déchets dangereux[22], la Convention sur les changements climatiques[23] , la Convention sur la diversité biologique[24] et son premier protocole, le *Protocole de Cartagena.*

Dès le début de l'analyse du principe de précaution, de grandes incertitudes apparaissent, notamment sur sa nature, (s'agit-il d'un principe de droit ou d'une approche dans la gestion des risques ?) et sur ses conditions d'application : sur quelle base est-il légitime d'invoquer le principe et de déclencher sa mise en œuvre ? Quel degré acceptable de certitude scientifique faut-il avant d'agir ? Une étude scientifique qui va à l'encontre des idées reçues de la science dominante est-elle une base acceptable ? Quel est le rôle de l'analyse de risque dans le processus décisionnel fondé sur le principe de précaution ? D'autres questions tout aussi importantes se posent à l'esprit : le dommage doit-il être à la fois grave et irréversible ou est-il possible de prendre en considération tout type de dommages ? Qui peut décider de la gravité des dommages : chaque État pris individuellement ou une organisation internationale ? À force de trop insister sur le principe de précaution, n'y a-t-il pas risque de nuire au développement économique qui engendre toujours un coût pour l'environnement ? Les mesures environnementales qui seront établies sur la base du principe de précaution n'en viendront-elles pas à coûter plus cher finalement que la réparation des dommages qui pourraient être éventuellement causés à l'environnement ? Quel est le rôle de l'analyse coût-bénéfice dans l'application du principe ?

---

22. Art. 4.3 : « Chaque Partie s'efforce d'adopter et de mettre en œuvre, pour faire face au problème de la pollution, des mesures de précaution qui comportent, entre autres, l'interdiction d'évacuer dans l'environnement des substances qui pourraient présenter des risques pour la santé de l'homme et pour l'environnement, sans attendre d'avoir la preuve scientifique de ces risques. Les Parties coopèrent en vue d'adopter les mesures appropriées de mise en œuvre du principe de précaution pour faire face à la prévention de la pollution au moyen de méthodes de production propres, plutôt qu'en observant les limites d'émissions autorisées en fonction d'hypothèses relatives à la capacité d'assimilation. »
23. *Convention sur les changements climatiques*, art 3.3 : « Il incombe aux parties de prendre les mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques ou en limiter les effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves et irréversibles, l'absence de certitudes scientifiques absolues ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et les mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité de manière à garantir les avantages globaux au coût le plus bas possible. »
24. Préambule : « Notant que lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets. »

3.1 La précaution et la prévention

Un point est bien connu : le concept de la précaution se distingue de celui de la prévention[25], qui est établie depuis très longtemps dans les droits nationaux ainsi que dans le droit international. L'obligation de prévention s'intéresse à une relation connue de cause à effet, au risque que présente, par exemple, l'étincelle qui est produite près d'un réservoir d'essence ; elle a pour objet le risque qui est prévisible, certain ; elle s'appuie sur l'expertise scientifique pour objectiver le risque encouru et elle entraîne à sa suite des études d'impact, préconise l'analyse coût-bénéfice, fixe des seuils de nuisance et recommande l'utilisation des meilleures technologies. À la différence de la prévention, la précaution concerne les risques incertains, potentiels ; c'est, par exemple, le maïs transgénique qui contient un gène de résistance à la pyrale, un insecte qui a la mauvaise réputation de détruire des pourcentages appréciables des récoltes ; le maïs transgénique favorisera-t-il la naissance d'insectes plus résistants aux pesticides ? Quoiqu'il soit possible, le risque ne se réalisera pas nécessairement ; nous sommes dans le domaine des incertitudes puisque la probabilité du risque n'est pas démontrée au moyen de preuves scientifiques irréfutables. L'essence du principe de précaution est de vouloir trouver une application même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité connu entre un produit donné et un effet possible. Qui, dans l'état actuel des connaissances, peut prouver que la plante transgénique va causer des dégâts écologiques et créer de super mauvaises herbes ou de super insectes ? Qui surtout peut démontrer que cela n'arrivera pas et pourquoi faudrait-il attendre que la catastrophe se produise avant d'agir ?

Selon la *Convention de Paris pour la protection du milieu marin pour l'Atlantique du Nord-Est* (1992), il s'agit d'un principe « selon lequel les mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter du fait des substances ou de l'énergie introduites directement ou indirectement dans le milieu, qu'elles puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques ou aux écosystèmes, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres utilisations du milieu, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets ».

Cette définition implique donc que, à la base d'une mesure de précaution, il doit y avoir des motifs raisonnables de se faire du souci ; or il faut

25. Voir, sur la distinction entre précaution et prévention, N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

bien comprendre que c'est la science qui doit s'inquiéter et non une quelconque opinion publique ou une quelconque assemblée de parlementaires qui n'auraient pas l'expertise scientifique de leur côté. L'absence de causalité certaine entre les apports et les effets constitue l'aspect inquiétant du principe parce qu'il y a alors une rupture avec la science, qui a souvent la prétention de tout savoir et qui légitime généralement les décisions prises par les instances gouvernementales.

La *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* comporte une définition intéressante du concept :

> Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives[26] visant à prévenir la dégradation de l'environnement.

3.2 Les dommages graves et irréversibles

La définition qui précède, il faut le noter encore une fois, parle de dommages graves et/ou irréversibles ; la formule avait déjà été employée par la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe en 1990 (Déclaration de Bergen[27]) et a été reprise par la Convention sur les changements climatiques, ce qui laisse entendre que l'appel au principe de précaution ne peut se faire qu'à partir d'un certain seuil de gravité, laissant ainsi dans l'oubli les petits dommages dont il ne vaut guère la peine de se préocccuper.

Notons par ailleurs que la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le dévelopement* demande seulement aux États d'agir, de faire quelque chose, même s'ils n'ont pas toutes les données scientifiques entre les mains, pour protéger l'environnement. C'est un principe qui appelle une action, mais la nature de celle-ci demeure indéterminée et variera nécessairement selon les hypothèses envisagées. Remarquons aussi qu'en parlant d'absence de certitude scientifique absolue cette Déclaration laisse un espace certain pour des considérations scientifiques. La mesure de précaution doit donc pouvoir être fondée sur un minimum de connaissances scientifiques ; bref, le principe tout en dispensant de la nécessité d'une preuve scientifique absolue — si jamais une telle preuve existait ! — doit tenir compte de la démarche scientifique avant de se mettre en mouvement.

---

26. Dans la version anglaise, l'expression « mesures effectives » est rendue par *cost-effective*.
27. *Déclaration de Bergen sur le développement durable dans la région de la Communauté économique européenne*, mai 1990.

C'est son point de départ, et son point d'arrivée ne peut pas être très loin de la preuve la plus complète possible : en effet, entre la preuve absolue et l'absence de toute preuve se trouve nécessairement un espace sensible où le risque peut être objectivement analysé selon des méthodes scientifiques sans pouvoir être définitivement prouvé, et ce sera toujours une vaine lutte que de vouloir se servir du principe de précaution pour justifier une mesure arbitraire. Comme les connaissances scientifiques évoluent constamment, la mesure de précaution qui est adoptée aujourd'hui peut finalement se révéler excessive demain et devra, conséquemment, être révisée ou annulée ; ainsi, son existence sera toujours fonction des données scientifiques et, en outre, elle possède par essence un caractère temporaire ou provisoire.

3.3 Les mesures provisoires et l'analyse de risque

L'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires* (*Accord SPS*) ne mentionne pas expressément le principe de précaution, mais il est reconnu qu'il s'y trouve appliqué[28] :

> Art. 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.

L'État ne peut donc adopter n'importe quelle mesure : non seulement il doit tenir compte des renseignements qu'il a en sa possession, mais il doit aussi examiner ceux qui sont entre les mains des organisations internationales compétentes et ceux que peuvent détenir d'autres États. L'*Accord SPS* conditionne le recours au principe de précaution à la procédure de l'analyse de risque[29] et tient pour acquis que les mesures prises au titre de la précaution demeurent des mesures provisoires en ce sens qu'elles ne peuvent plus être maintenues si les données scientifiques nouvelles concluent à l'absence de risque.

---

28. OMC, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Organe d'appel AB-1997-4.
29. Selon la Commission des Communautés européennes, l'emploi des termes « évaluation plus objective du risque » à l'article 5.7 infère qu'une mesure de précaution peut être fondée sur une appréciation moins objective mais doit néanmoins inclure une évaluation du risque. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, Bruxelles, La Commission, 2000.

En continuité avec la philosophie qui découle du texte de l'article 5.7 de l'*Accord SPS*, la Commission des Communautés européennes a formulé récemment des lignes directrices[30] pour orienter la pratique des États européens dans leur prise de décision fondée sur le principe de précaution. Selon elle, ce principe « couvre les circonstances particulières où les données scientifiques sont insuffisantes, peu concluantes ou incertaines, mais où, selon des indications découlant d'une évaluation scientifique objective et préliminaire, il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter que les effets potentiellement dangereux sur l'environnement et la santé humaine, animale ou végétale soient incompatibles avec le niveau choisi de protection[31] ». Au dire de la Commission, la formulation d'une politique fondée sur le principe de précaution doit commencer par une évaluation scientifique aussi complète que possible du risque à prévenir et par la détermination du degré d'incertitude scientifique ; d'après elle, le recours à ce principe présuppose la mise en évidence d'effets potentiellement négatifs découlant d'un phénomène, d'un produit ou d'un procédé et une évaluation scientifique du risque. Selon ces lignes directrices, le « principe de précaution derait être considéré dans le cadre d'une approche structurée de l'analyse du risque, fondée sur trois éléments : l'évaluation du risque, la gestion du risque et la communication du risque. Il est particulièrement pertinent dans le cadre de la gestion du risque. Le recours au principe de précaution présuppose que les effets potentiellement dangereux d'un phénomène, d'un produit ou d'un procédé ont été identifiés et que l'évaluation scientifique ne permet pas de déterminer le risque avec suffisamment de certitude ».

La Commission constate par ailleurs[32] que le principe « a connu une consolidation progressive en droit international de l'environnement qui en fait un véritable principe de droit international d'une portée générale ». L'aspect intéressant dans la politique de la Commission est que celle-ci pose, comme condition préalable au recours au principe de précaution, l'évaluation des données scientifiques qui se rapportent au risque, et ce, sur la base des connaissances existantes et de l'information disponible. Une annexe au document de la Commission définit les quatre volets de l'évaluation du risque qui sont la mise en évidence du danger[33], la

30. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *op. cit.*, note 29.
31. *Id.*, p.10-11.
32. *Id.*, p. 11.
33. Cela consiste selon le document (annexe III), « à déceler les agents biologiques,chimiques ou physiques susceptibles d'avoir des effets défavorables ».

caractérisation du danger[34], l'évaluation de l'exposition[35] et la caractérisation du risque[36]. Le but de l'analyse de risque, selon la Commission, est d'« empêcher tout recours injustifié au principe de préaution en tant que forme déguisée de protectionnisme » et d'« éviter des décisions inspirées par des craintes ou des perceptions irrationnelles ». À force de vouloir trop encadrer le principe de précaution, le risque n'est-il pas de le tuer[37] ?

Le *Protocole de Cartagena* se réfère au principe de la manière suivante :

> L'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la Partie importatrice, compte tenu également des risques pour la santé humaine, n'empêche pas cette Partie de prendre comme il convient une décision concernant l'importation de l'organisme vivant modifié en question [...] pour éviter ou réduire ces effets défavorables potentiels.

Comme nous le verrrons plus loin, cette disposition est loin de donner carte blanche à l'État pour adopter n'importe quel type de mesure : au contraire, son action est étroitement délimitée par la nécessité de l'analyse de risque et par le droit de l'OMC dont personne ne sait trop s'il a priorité ou non sur le Protocole.

3.4 L'analyse coût-bénéfice et la proportionnalité

La *Convention sur les changements climatiques* (1992) présente une autre version du principe en intégrant au concept de précaution l'analyse coût-bénéfice :

> Art. 3 — Il incombe aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les

---

34. Cela consiste, selon le document (annexe III), « à déterminer, en termes qualitatifs et/ou quantitatifs, la nature et la gravité des effets défavorables liés aux agents ou à l'activité en cause ».
35. Cela consiste, selon le document (annexe III), « en une évaluation quantitative ou qualitative de la probabilité d'exposition à l'agent étudié ».
36. Cela correspond, selon le document (annexe III), « à l'estimation qualitative et/ou quantitative, tenant compte des incertitudes inhérentes à cet exercice, de la probabilité, de la fréquence et de la gravité des effets défavorables, potentiels ou connus, susceptibles de se produire pour l'environnement ou la santé ».
37. C'est l'opinion de Nicolas De Sadeleer, qui commente les lignes directrices, à savoir que les exigences posées par la Commission (proportionnalité, non-discrimination, analyse coût-bénéfice, examen de l'évolution scientifique) « risquent de mettre à néant ce nouveau principe » : N. DE SADELEER, « Réflexions sur le statut juridique du principe de précaution », dans E. ZACCAI et J.N. MISSA, *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 126.

> effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût/efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible.

L'analyse coût-bénéfice permet de comparer le coût de l'inaction à celui de l'action ; elle a également été proposée par la Commission des Communautés européennes[38] dans ses lignes directrices qui recommandent que les mesures de précaution soient « basées sur les avantages et charges potentiels de l'action et l'absence d'action (y compris le cas échéant et dans la mesure du possible, une analyse de rentabilité économique) », ainsi que sur le principe de proportionnalité :

> Si une action est jugée nécessaire, les mesures basées sur le principe de précaution devraient notamment : être proportionnées au niveau de protection recherché, ne pas introduire de discrimination dans leur application, être cohérentes avec des mesures similaires déjà adoptées, être basées sur un examen des avantages et des charges potentiels de l'action et l'absence d'action (y compris, le cas échéant, et dans la mesure du possible, une analyse de rentabilité économique), être réexaminées à la lumière des nouvelles données scientifiques, être capables d'attribuer la responsabilité de produire les preuves scientifiques nécessaires pour permettre une évaluation plus complète du risque[39].

Selon la Commission, l'analyse coût-bénéfice, qui est une analyse économique, relève d'une conception trop restrictive du calcul des avantages et des inconvénients quand il y a comparaison du coût des mesures proposées et du coût éventuel de l'inaction. D'autres considérations, d'après elle, peuvent entrer en ligne de compte, comme la protection de la santé et l'impact socioéconomique des options considérées[40]. Il reste à voir dans quelle mesure les États seront prêts à en tenir compte sérieusement.

Quant à l'exigence de la proportionnalité des mesures en cause, elle a tout d'abord pour objet d'évaluer l'effet des mesures en rapport avec le but poursuivi, ce qui conduit à mettre sur les deux plateaux de la balance

---

38. Il est vrai que l'article 174 (3) du traité de la Communauté européenne oblige celle-ci à tenir compte des charges et des avantages qui peuvent résulter de l'action ou de l'inaction en matière d'environnement.
39. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *op. cit.*, note 29, p. 4.
40. C'est le point de vue défendu par la Commission des Communautés européennes. Voir : COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *op. cit.*, note 29, p. 20 : « L'examen des avantages et des charges ne peut pas se réduire seulement à une analyse économique coût-bénéfices. Il est plus vaste dans sa portée, intégrant des considérations nonéconomiques [...] En effet il se peut qu'une société soit prête à payer un coût plus élevé afin de garantir un intérêt, tel que l'environnement ou la santé, reconnu par elle comme majeur. »

l'importance de l'objectif à atteindre, d'une part, et les effets négatifs des entraves réglementaires, d'autre part. L'application de ce critère amènera, par exemple, à opérer une distinction entre interdiction et réglementation et à annuler en conséquence une mesure prenant la forme d'une interdiction là où une réglementation pourrait se révéler tout aussi efficace. Il semble aussi que cette exigence de la proportionnalité serve à déterminer l'impact des mesures sur les parties qui peuvent être touchées par elles[41], ce qui laisse entendre que ces mesures doivent être « économiquement acceptables[42] ». Selon De Sadeleer, il convient probablement de s'inquiéter si le test doit reposer sur une analyse coût-bénéfice[43] : des intérêts socio-économiques puissants ne risquent-ils pas en effet de discréditer toute mesure qui voudrait s'en réclamer ?

3.5 Un concept à géométrie variable

Notre brève analyse de quelques définitions présentes dans les conventions internationales et dans la pratique européenne laisse voir que le principe de précaution n'a pas de définition convenue en droit international général et ne fait pas « l'objet d'une formulation faisant autorité » ; il peut donc revêtir différentes significations selon le contexte juridique dans lequel il opère. Son application semble limitée aux dommages graves ou irréversibles (*Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*). Les mesures adoptées doivent tenir compte d'un rapport coût-efficacité (*Convention sur les changements climatiques*), sont temporaires (*Accord SPS*) et donc parfaitement révisables à la lumière des nouvelles connaissances ; elles sont aussi fondées sur l'analyse de risque (lignes directrices européennes, *Accord SPS*, *Protocole de Cartagena*). Le principe de précaution peut à l'occasion impliquer un renversement du fardeau de preuve (lignes directrices européennes) — un produit pouvant être interdit par l'État tant et aussi longtemps que le fabricant n'apporte pas la preuve de son caractère inoffensif[44] — mais il ne l'implique pas nécessairement.

41. N. DE SADELEER, *op. cit.*, note 25, p. 186.
42. *Ibid.*
43. *Id.*, p. 184-189.
44. Selon le juge Weeramantry, dissident dans l'affaire *Nouvelle-Zélande* c. *France*, le principe de précaution doit précisément ses origines à l'incapacité pour un demandeur qui vise à empêcher une activité nuisible pour l'environnement, ou à y mettre fin, de produire des preuves à l'appui de sa demande « vu que la plupart des informations nécessaires sont probablement détenues par la partie qui cause ou menace de causer le dommage ». Il ne faut certes pas minimiser l'importance de ce renversement des situations, car il heurte d'une manière radicale la philosophie néo-libérale qui caractérise si bien notre époque.

L'aspect le plus frappant qui se dégage des textes est toutefois la relation que le principe semble entretenir avec l'analyse de risque : l'évaluation du risque est affaire de science et menée par des experts ; la gestion du risque (la décision politique sur l'appréciation du risque et la mise en œuvre des solutions) relève plutôt de l'ordre politique et appartient aux décideurs. Force nous est ainsi de conclure que le recours au principe ne peut jamais fonder une mesure arbitraire et ne se confond aucunement avec une quelconque obligation d'abstention ou d'interdiction pour éviter tout dommage quel qu'il soit ; à ce sujet, les lignes directrices européennes soulignent fortement l'exigence d'une proportionnalité entre le risque et le niveau de protection choisi.

4 Les applications

Deux accords internationaux font une place spéciale au principe de précaution ; il s'agit de l'*Accord SPS* et du *Protocole de Cartagena.*

4.1 L'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*

En principe, l'*Accord SPS* reprend l'exception environnementale de l'article XX du GATT, mais il l'asseoit sur des fondements scientifiques. L'article premier de l'*Accord SPS* reconnaît que les membres de l'OMC ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres articles du même accord ; en réalité, tout le reste de cet accord a pour objet d'encadrer la compétence discrétionnaire des États afin que celle-ci ne soit pas exercée au détriment des intérêts supérieurs du commerce intenational. Comme principe général, les États conviennent qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne doit être appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle doit être fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne doit pas être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes. L'*Accord SPS* demande aux États, comme principe général, d'établir leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, de directives ou de recommandations internationales ; il reconnaît qu'un État peut se donner des standards plus élevés que les standards internationaux, mais celui-ci doit alors faire en sorte que ses mesures soient établies « sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes ».

Comme nous l'avons déjà souligné, le principe de précaution est en quelque sorte incorporé à l'*Accord SPS* sans qu'il en soit fait mention expresse. Il s'agit en fait d'un principe qui autorise des mesures provisoires dans les cas où les preuves scientifiques sont insuffisantes, à charge cependant de recueillir des renseignements additionnels nécessaires dans un délai raisonnable pour faire une évaluation plus objective du risque[45] ; c'est aussi une mesure exceptionnelle qui a été l'objet d'une interprétation dans l'affaire *Japon — Mesures visant les produits agricoles.*

4.1.1 Les conditions de la mise en œuvre du principe : l'affaire *Japon — Mesures visant les produits agricoles*

Dans cette affaire[46], le tribunal d'appel de l'OMC donne raison aux États-Unis qui se plaignent d'une mesure prise en vertu d'une loi japonaise sur la protection des végétaux, loi qui date du début des années 50 et qui interdit l'importation de certains produits agricoles[47] provenant notamment des États-Unis, au motif qu'ils sont porteurs d'un organisme dangereux, le carpocapse des pommes ; cette interdiction à l'importation pouvait toutefois être levée si un pays exportateur proposait un traitement phytosanitaire qui permettait d'atteindre un niveau de protection équivalent à celui qui découlait de l'interdiction ; il s'agit en l'occurrence de la fumigation au bromure de méthyle. Dans cette affaire, le Japon estime qu'il est dans « une position qui justifie une approche fondée sur la précaution et que sa prescription relative aux essais par variété doit donc être comprise dans le contexte du principe de précaution ». Dans son jugement, le tribunal d'appel précise tout d'abord que la mesure japonaise est maintenue sans preuves scientifiques suffisantes ; il déclare ensuite que, même si l'article 5 (7) peut être applicable à la situation, la mesure n'en est pas moins illégale parce que le Japon a omis de se conformer aux prescriptions de cet article. Le

45. *Accord SPS*, art. 5 paragr. 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. »
46. *Japon — Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/R, Rapport du Groupe spécial, 27 octobre 1998, confirmé par l'Organe d'appel WT /DS76/AB/R 22 février 1999.
47. Ce sont les suivants : pomme, cerise, pêche, noix, abricot, poire, prune et coing.

tribunal d'appel a alors l'occasion de préciser les conditions d'application de cette disposition dans les termes suivants[48] :

> L'article 5 (7) de l'Accord SPS énonce quatre prescriptions auxquelles un Membre doit satisfaire pour pouvoir adopter ou maintenir une mesure SPS provisoire. Conformément à la première phrase de l'article 5 (7), un Membre peut provisoirement adopter une mesure SPS si cette mesure est 1) imposée relativement à une situation dans laquelle les informations scientifiques pertinentes sont insuffisantes ; et 2) est adoptée sur la base des renseignements pertinents disponibles. Conformément à la seconde phrase de l'article 5 (7) une telle mesure provisoire ne peut être maintenue que si le Membre qui a adopté la mesure 1) s'efforce d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et 2) examine en conséquence la mesure [...] dans un délai raisonnable.
>
> Ces quatre prescriptions sont de toute évidence cumulatives par nature et sont d'importance égale aux fins de déterminer la compatibilité avec cette disposition. Chaque fois qu'il n'est pas satisfait à l'une de ces quatre prescriptions, la mesure en cause est incompatible avec l'article 5 (7).

Cette décision rendue dans l'affaire *Japon — Mesures visant les produits agricoles* démontre hors de tout doute que le principe de précaution, dans le contexte de l'*Accord SPS*, est placé sous haute surveillance, qu'il ne peut être invoqué à tort et à travers et qu'il y a des conditions très strictes à respecter. L'*Affaire du bœuf aux hormones* nous enseigne par ailleurs que le principe ne peut être utilisé pour mettre de côté les dispositions expresses d'un traité.

4.1.2 Le statut du principe en droit international : l'*Affaire du bœuf aux hormones*[49]

Cette affaire, qui a opposé le Canada et les États-Unis aux Communautés européennes à la fin des années 90, présente un intérêt de tout premier plan sur le statut et la place du principe de précaution en droit international général. Une directive du Conseil des Communautés européennes interdit l'importation de viande provenant d'animaux auxquels des hormones de croissance ont été administrées ; les Européens pensent en effet que l'utilisation de ces hormones à des fins anabolisantes présente un risque pour la santé humaine et animale. Des éleveurs canadiens et américains s'estimant lésés par cette décision, le Canada et les États-Unis

48. *Japon — Mesures visant les produits agricoles*, précité, note 46, paragr. 89.
49. OMC, *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport du Groupe spécial WT/DS/48/R, 18 août 1997 ; OMC, Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones), WT/DS48/AB/R 16 janvier 1998 (98-0099), Organe d'appel AB-1997-4.

portent plainte devant l'OMC pour le motif que la directive européenne est contraire au droit de l'OMC, notamment à l'*Accord SPS*. Ils allèguent que cet accord exige que toute mesure sanitaire soit fondée sur des « preuves scientifiques suffisantes » et sur une « évaluation des risques[50] » ou sur les « renseignements pertinents disponibles ». Entre autres arguments, les Européens plaident que, s'il existe le moindre doute quant à l'innocuité d'un produit, le bénéfice du doute doit favoriser le consommateur, que le manque de connaissances scientifiques sur le risque (en l'occurence le cancer) et sur les mécanismes auxquels il obéissait n'était pas une raison suffisante pour ne pas prendre des mesures de précaution, que l'*Accord SPS* n'empêche pas un État partie de se montrer prudent dans l'établissement des normes sanitaires, même en cas de données scientifiques contradictoires et d'incertitude.

L'*Accord SPS* reconnaît que les membres de l'OMC ont le droit de prendre les mesures sanitaires nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes à condition que lesdites mesures ne soient pas incompatibles avec les dispositions de cet accord. Ce faisant, ils acceptent néanmoins de faire en sorte qu'une mesure sanitaire ne soit appliquée que si elle est nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux et qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques ; si les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes, un membre de l'OMC peut adopter provisoirement des mesures sanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, sans préjudice du droit des autres membres d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque. La mesure de protection ne doit pas être appliquée de manière à constituer une restriction déguisée au commerce international et elle ne doit pas établir de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les membres. Aux fins d'harmonisation à l'échelle internationale, la mesure de protection sanitaire doit être établie sur la base de normes, de directives ou de recommandations internationales quand elles existent, étant entendu qu'un État peut décider d'établir un niveau de protection plus élevé que le standard international s'il y a une justification scientifique ou selon sa propre évaluation des risques. En ce dernier cas,

50. L'article 5 (2) de l'*Accord SPS* présente une sorte de définition de l'évaluation des risques quand il dit que, dans cette évaluation, les membres tiendront compte des preuves scientifiques disponibles, des procédés et des méthodes de production pertinents, de la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques, de l'existence de zones exemptes de parasites ou de maladies, des conditions écologiques et environnementales pertinentes et des régimes de quarantaine ou autres. Il s'agit donc d'un processus scientifique qui implique une analyse objective des faits et des preuves.

l'article 5 pose toutes les conditions pour que l'évaluation des risques corresponde à des critères scientifiques sérieux : tenir compte des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes ; prendre en considération les preuves scientifiques disponibles et le dommage potentiel en fait de perte de production ou de vente dans le cas de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie ; réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce ; éviter de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux qu'il considère comme appropriés dans des situations différentes ; faire en sorte que la mesure de protection ne soit pas plus restrictive pour le commerce que cela n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire qu'il juge approprié.

Globalement, en l'absence de justification scientifique ou d'une évaluation des risques concluant à l'éventualité d'un risque appréciable, un État ne peut donc adopter un niveau de protection plus élevé que celui qui l'aurait été sur le plan international dans les mêmes circonstances.

Il a été mis en preuve que la directive européenne dont nous avons parlé plus haut avait été adoptée sans avoir été précédée d'une évaluation des risques menée selon les critères établis dans l'*Accord SPS*. Les Européens n'invoquent pas précisément le paragraphe 7 de l'article 5 qui fait une application limitée du principe de précaution en permettant aux États de recourir à des mesures provisoires si les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes ; ils admettent en effet que leur mesure n'est pas provisoire et n'entre pas dans le champ d'application de cet article. Ils opinent plutôt que si la majorité des scientifiques concluent que les hormones de croissance ne sont pas dangereuses pour l'être humain mais qu'une minorité d'entre eux estiment qu'il peut y avoir des risques pour la santé humaine, ils ont alors le droit, au regard de l'*Accord SPS* d'adopter le principe de précaution et de fonder leur directive sur ce point de vue minoritaire. Selon eux, l'*Accord SPS* oblige seulement les membres à tenir compte des « preuves scientifiques disponibles » dans leur évaluation des risques et ils ont le droit de s'appuyer sur les preuves que leurs propres scientifiques jugent appropriées et suffisantes, sans avoir à tenir compte de la preuve contraire.

D'après les Européens, le principe de précaution est une règle coutumière générale du droit international ou, du moins, un principe de droit général, qui par essence ne s'applique pas seulement à la gestion du risque mais aussi à son évaluation. En outre, ce principe ne concerne pas uniquement les mesures provisoires, mais il est valable aussi dans tout processus d'évaluation des risques. Enfin, l'*Accord SPS* n'empêche pas ses membres de se montrer prudents en cas de données contradictoires ou d'incertitude.

Le Canada et les États-Unis rappellent qu'il existe des normes internationales pour au moins cinq des six hormones en cause. Ils estiment aussi que toute mesure sanitaire doit être fondée sur des « preuves scientifiques suffisantes » et sur une « évaluation des risques », que le principe de précaution n'est pas un principe du droit coutumier international[51] et qu'il est tout au plus possible de le qualifier d'« approche » dont la teneur peut varier selon le contexte — et que, en tout état de cause, son application ne peut conduire à mettre de côté des dispositions expresses d'un traité validement conclu.

Dans son essence, aux fins qui nous intéressent ici, l'affaire oppose la légitimité d'un processus décisionnel fondé sur une certaine interprétation du principe de précaution en droit international général à celle d'un processus décisionnel fondé sur des preuves scientifiques et exigé par un traité. La décision du tribunal d'arbitrage[52] en date du 17 août 1997 fait droit aux prétentions canado-américaines ; il conclut que les Communautés européennes, en maintenant des mesures sanitaires qui ne sont pas établies sur la base d'une évaluation des risques[53] et en soutenant de telles mesures qui ne sont pas fondées sur des normes internationales existantes, ont agi d'une manière incompatible avec les prescriptions contenues dans l'*Accord SPS*. Pour l'essentiel, la décision est maintenue par le tribunal d'appel[54] qui constate que la plupart sinon la totalité des études scientifiques auxquelles les Communautés se sont référées ont abouti à la conclusion que l'utilisation de ces hormones est sans danger si celles-ci sont administrées conformément aux bonnes pratiques vétérinaires[55].

---

51. Sans doute pour se différencier des États-Unis, le Canada estime que l'approche ou le concept de précaution est un principe émergent ou naissant du droit international qui pourrait devenir un principe général au sens de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice...
52. Dans la terminologie très diplomatique du droit de l'OMC, il faudrait plutôt parler du « rapport du Groupe spécial d'arbitrage ».
53. Selon l'opinion du Canada exprimée au cours de la même affaire, l'évaluation du risque comprend quatre étapes, soit la mise en évidence du danger, la caractérisation du danger, l'évaluation de l'exposition et la caractérisation du risque. Elle se distingue de la gestion du risque qui consiste à soupeser les différentes options en fait de solution.
54. Ce tribunal est mieux connu sous le nom plutôt bizarre d'« Organe d'appel », pour éviter toute référence à la notion de tribunal...
55. *Japon — Mesures visant les produits agricoles*, précité, note 46, paragr. 206. Les Communautés européennes continueront d'appliquer leur politique d'interdiction, ce qui provoquera l'institution de sanctions commerciales par les États-Unis et le Canada.

Le tribunal d'appel refusera d'abord de se prononcer sur la place du principe de précaution en droit international général :

> Le statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges. Certains considèrent que le principe de précaution est devenu un principe général du droit international coutumier de l'environnement. La question de savoir s'il est largement admis par les Membres comme principe de droit international coutumier ou général est moins claire. Nous estimons toutefois qu'il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position dans le présent appel au sujet de cette question importante, mais abstraite. Nous relevons que le Groupe spécial lui-même n'a pas établi de constatation définitive concernant le statut du principe de précaution dans le droit international et que le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité.

Si le tribunal s'était donné la peine de répertorier tous les instruments internationaux qui consacrent le principe, il aurait pu constater que la pratique des États, élément formel indispensable à la formation du droit coutumier, lui fait une place importante depuis la dernière décennie et que le débat n'est pas strictement universitaire et abstrait. Soulignons ici que le traité de Maastricht a fait entrer le principe dans le droit positif des Communautés européennes et qu'il peut être « directement invoqué, selon De Sadeleer[56] par les juridictions pour justifier des mesures tenant en échec le principe de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté ou le principe de la liberté de commerce et d'industrie ». L'arrêt sur la validité de la décision de la Commission des Communautés européennes interdisant l'exportation de bœuf du Royaume-Uni semble effectivement trancher la question[57].

Nonobstant ce qui précède, ce refus du tribunal de l'OMC de se prononcer sur ce point nous apparaît très acceptable dans les circonstances, car, même s'il avait conclu à l'existence du principe comnme principe de droit coutumier, une telle conclusion ne pouvait pas l'autoriser à annuler

---

56. N. DE SADELEER, *loc. cit.*, note 37, 128. Voir aussi, au même effet, O. GODARD, « De la nature du principe de précaution », dans E. ZACCAI et J.N. MISSA, *op. cit.*, note 37, p. 24 : « Sous l'effet de la jurisprudence communautaire, la précaution est aujourd'hui devenue une règle juridique autonome dans les champs de la protection de l'environnement, de la sécurité publique et de la sécurité alimentaire [...] Cette juridicité de la précaution s'observe notamment dans le fait qu'elle peut faire obstacle à d'autres règles de droit, comme celles organisant la liberté de commerce à l'intérieur de l'espace européen. »
57. Affaire C-180/96, paragr. 99 : « Or il doit être admis que, lorsque les incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées ».

en son nom des dispositions expresses des traités internationaux. C'est pourquoi le tribunal n'aura aucune difficulté à déclarer que « le principe 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 », refusant ainsi de lui conférer une valeur hiérarchique par rapport au texte de l'*Accord SPS* qui ne lui en reconnaissait aucune. Sur ce dernier point, nous sommes d'accord avec le tribunal d'appel qui, en approuvant les conclusions du tribunal de première instance sur la priorité de l'article 5 de l'*Accord SPS*, ne pouvait tout simplement pas rompre avec les règles usuelles en matière d'interprétation des traités et réécrire un accord international. Par ailleurs, le tribunal a pleinement reconnu le droit qu'a tout État membre d'établir son propre niveau de protection sanitaire, qui peut d'ailleurs être plus élevé que celui qui a été adopté par les organisations internationales compétentes.

Cette décision rendue le 16 janvier 1998 a eu très certainement un impact sur l'évolution du droit européen, car la Commission des Communautés européennes a élaboré des lignes directrices sur le recours au principe de précaution dont le texte a été publié en février 2000.

4.2 Le *Protocole de Cartagena*

Le principe de précaution ainsi que la question des rapports entre le *Protocole de Cartagena* et les accords commerciaux de l'OMC ont été des sujets chaudement discutés lors de la négociation du Protocole. Or si ce dernier consacre d'une manière très solennelle le principe de précaution, cette reconnaissance s'est faite à l'arraché : les membres du groupe dit « de Miami »[58] ne voulaient tout simplement pas de ce principe qui a été intégré au Protocole à la toute dernière heure des négociations. Porte-parole de ce groupe, le Canada trouvait inacceptable l'inclusion du principe de précaution dans les clauses opérationnelles du Protocole[59].

---

58. Ce groupe rassemble des pays qui s'intéressent prioritairement à l'exportation de produits transgéniques : les États-Unis, le Canada, l'Australie, l'Argentine, le Chili et l'Uruguay.

59. Selon Mark S. Winfield, directeur de recherche au Canadian Institute for Environmental Law and Policy, la performance du Canada pendant toute la durée des négociations a été pauvre ; il semble en effet que les ministères de l'Agriculture, du Commerce et des Affaires étrangères ont pris le contrôle des négociations au détriment des ministères de l'Environnement et de la Santé. Voir : M.S. WINFIELD, *Reflections on the Biosafety Protocol Negotiations in Montreal*, Canadian Institute for Environmental Law and Policy, 2000. Rappelons-nous la position très conservatrice du Canada dans l'*Affaire du bœuf aux hormones...*

Le préambule du Protocole réaffirme l'approche de précaution consacrée par le principe 15 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*. Son article 10 (6), qui s'applique aux organismes génétiquement modifiés (OGM) destinés à être directement utilisés dans l'environnement, se lit ainsi :

> L'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la Partie importatrice, compte tenu également des risques pour la santé humaine, n'empêche pas cette Partie de prendre comme il convient une décision concernant l'importation de l'organisme vivant modifié en question comme indiqué au paragraphe 3 ci-dessus, pour éviter ou réduire ces effets défavorables potentiels.

Une clause du même genre se trouve à l'article 11 (8) concernant les décisions au regard des OGM destinés à l'alimentation humaine ou animale.

L'incorporation du principe de précaution dans le texte du Protocole n'équivaut pas cependant à donner un pouvoir discrétionnaire illimité aux parties. Bien au contraire, le paragraphe 1 de l'article 10 déclare que les décisions prises par la partie importatrice doivent être conformes à l'article 15 ; or ce dernier exige que la partie qui prend une décision au titre de l'article 10 effectue ou fasse effectuer une évaluation des risques sérieuse, c'est-à-dire selon des méthodes scientifiques éprouvées, conformément à l'annexe 111 du Protocole. Notons que la procédure d'évaluation des risques est toujours obligatoire si la décision porte sur des OGM destinés à l'alimentation humaine ou animale ; en effet, l'article 11 (1) exige des données conformes à l'annexe 11 qui, elle, demande un rapport sur l'évaluation des risques conforme à l'annexe 111. Le Protocole ne répond pas directement à la question de savoir qui, du droit de l'OMC ou du Protocole, l'emportera en cas de conflit[60] entre deux États membres de l'OMC dont l'un n'est pas partie au *Protocole de Cartagena*.

Conclusion

Si le principe de précaution est né de l'incertitude scientifique devant un risque potentiel important, la décision d'y recourir ou son « facteur de déclenchement » ne peut faire fi pour autant des données scientifiques existantes. Dans la mesure en effet où ce principe apparaît comme une approche rationnelle dans la gestion des risques, son application présuppose qu'il y a eu une analyse sérieuse et objective des risques envisageables

60. Voir *supra*, section 1.

et cette dernière relève essentiellement de l'expertise scientifique : c'est même son point de départ. Au-delà de ce point, l'adoption de mesures de précaution relève du processus politique, du moins d'une manière provisoire — et rien dans les textes actuels ne dit que ces mesures doivent avoir pour objet de garantir l'absence de tout dommage ; au contraire, le principe de précaution laisse indéterminée la nature des mesures qui pourront être adoptées et laisse place tant à la notion de dommages acceptables, dont le seuil doit être fixé par les acteurs politiques visés, qu'à celle de mesures proportionnelles à l'objectif environnemental choisi. Or les notions de dommages acceptables et de proportionnalité impliquent naturellement que le risque ou le dommage zéro est exclu comme objectif légitime à atteindre, pour des considérations pratiques[61] ; c'est probablement là l'aspect le plus troublant de l'analyse, car ce discours perpétue l'idée que la pollution ou toute autre forme d'atteinte à l'environnement est normale et voire nécessaire si elle est contenue à l'intérieur de certaines limites. Est-il besoin de dire que c'est le même discours qui a conduit la planète Terre dans l'état lamentable où elle se trouve maintenant ?

Il faudra attendre probablement encore longtemps avant que le principe de précaution ait une signification univoque et une portée précise en droit international général. Soulignons cependant que le droit européen, probablement à cause des crises très graves qui ont secoué récemment l'opinion publique européenne (cas de la vache folle, cas du maïs transgénique et des OVM en général, cas du bœuf aux hormones), connaît un développement intéressant qui permet de définir peu à peu les principaux paramètres du principe ; il reste à voir comment ces paramètres seront interprétés et appliqués en pratique, car il est déjà possible d'estimer qu'ils sont de nature à influer d'une manière importante sur l'évolution du droit international général. La question essentielle qu'il faut dès lors poser est celle de savoir si le cadre juridique dans lequel certains veulent enfermer le principe (analyse de risque, analyse coût-bénéfice, proportionnalité, non-discrimination, dommages graves et irréversibles, mesures provisoires et suivi scientifique) ne vient pas mettre en péril la viabilité d'un principe qui est déjà fragile dans son fondement et qui aura toujours de la difficulté à s'imposer dans le moment présent et à réglementer ce dernier au nom d'un futur très incertain dont nous ne savons pas grand-chose.

---

61. Selon O. GODARD, *loc. cit.*, note 56, 26, « le dommage zéro est une norme irrationnelle puisque son application générale est impossible ». COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *op. cit.*, note 29, p. 5 : « Le risque peut rarement être ramené à zéro » ; p. 19 : « Les mesures basées sur le principe de précaution ne devraient pas être disproportionnées par rapport au niveau de protection recherché et vouloir atteindre un niveau de risque zéro qui n'existe que rarement. »

Parce qu'il entend couper avec la rationalité scientifique dont il n'y a plus rien à attendre puisque, par définition, toute action s'accomplit dans un contexte d'incertitude scientifique, l'appel au principe se situe inévitablement sur le plan politique et va nécessairement opposer des valeurs et des intérêts contradictoires. C'est dire combien est nécessaire et importante l'existence d'un forum ouvert où les diverses options peuvent être débattues en toute transparence et combien les décideurs politiques doivent apprendre à se passer de l'expertise pour justifier des solutions appropriées ; ce n'est pas de courage politique qu'ils auront besoin pour faire accepter leur choix mais d'une opinion publique éclairée et bien informée des principaux enjeux en cause.