

LE TEST DE NÉCESSITÉ ENVIRONNEMENTALE ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION COMME ÉLÉMENTS DU DROIT DE L'EAU DOUCE

Cosmina Chetan and Lucian Bojin

Volume 19, Number 2, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069109ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069109ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Chetan, C. & Bojin, L. (2006). LE TEST DE NÉCESSITÉ ENVIRONNEMENTALE ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION COMME ÉLÉMENTS DU DROIT DE L'EAU DOUCE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 19(2), 125–158.
<https://doi.org/10.7202/1069109ar>

Article abstract

The authors ask themselves what might be the effects over the Water Resources Law of the practical developments of two relatively recent concepts: the environmental necessity test and the precautionary principle. Originated in two different fields of the International Law (International Trade Law and Environmental Law), the two are able to influence the Water Resources Law through different modalities, that the authors examine. The conclusion is that the complementarity of the two instruments can be helpful in order to increase the utility of their (independent or conjunct) contribution to solving some of the problems that Water Resources Law confronts with.

LE TEST DE NÉCESSITÉ ENVIRONNEMENTALE ET LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION COMME ÉLÉMENTS DU DROIT DE L'EAU DOUCE

Par Cosmina Chetan et
Lucian Bojin***

Les auteurs analysent les potentiels effets sur le droit de l'eau douce des développements pratiques de deux concepts relativement récents : le test de nécessité environnementale et le principe de précaution. Provenant des deux champs différents du droit international (le droit du commerce international et le droit de l'environnement), les deux sont susceptibles d'influencer le droit de l'eau douce par plusieurs modalités, que les auteurs passent en revue. Leur conclusion est que la complémentarité des deux instruments peut rendre plus utile leur contribution (conjointe ou séparée) à la résolution des certains problèmes du droit de l'eau douce.

The authors ask themselves what might be the effects over the Water Resources Law of the practical developments of two relatively recent concepts: the environmental necessity test and the precautionary principle. Originated in two different fields of the International Law (International Trade Law and Environmental Law), the two are able to influence the Water Resources Law through different modalities, that the authors examine. The conclusion is that the complementarity of the two instruments can be helpful in order to increase the utility of their (independent or conjunct) contribution to solving some of the problems that Water Resources Law confronts with.

* Juge au tribunal de première instance de Sibiu, Roumanie.

** Avocat au Barreau de Arad, Roumanie et assistant universitaire à l'Université de l'Ouest de Timisoara, Roumanie.

La nécessité environnementale est une notion dont la portée juridique est due, pour l'essentiel, à l'accord du *GATT*. Son article XX (tant avant qu'après 1994) énonce une série d'exceptions au régime établi par l'accord, dont la possibilité pour un État membre de mettre en œuvre des mesures qui sont jugées « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux »¹. D'autres instruments internationaux adoptés dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) contiennent des dispositions similaires. Tel est le cas de l'article XIV de l'*Accord général sur le commerce des services* et des articles 2.2 et 5.4 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*².

Plus précisément, l'article XX b) du *GATT* est libellé comme suit :

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable 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.

La norme contenue dans l'article XX b) du *GATT* a donc trois éléments constitutifs qui peuvent être présentés aussi comme trois étapes à parcourir pour vérifier l'incidence de cette norme. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, le Groupe spécial de l'OMC a exposé cet ordre logique d'analyse comme suit :

- 1) la *politique* dans laquelle s'inscrivaient les mesures pour lesquelles la disposition était invoquée entrain dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux ;
- 2) les mesures incompatibles pour lesquelles l'exception était invoquée étaient *nécessaires* pour atteindre l'objectif de ladite politique ; et
- 3) les mesures étaient appliquées en conformité avec les prescriptions du *paragraphe introductif* de l'article XX.³ [Nos italiques]

Le « test de nécessité environnementale » comprend donc les deux premières étapes. Dans un premier temps, l'aspect « environnemental » de la mesure ou de la

¹ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [*GATT de 1947*].

² *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, 15 avril 1994, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm> (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1995).

³ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules (Plainte du Venezuela et du Brésil)* (1996), OMC Doc. WT/DS2/R au para. 6.20 (Rapport du Groupe spécial) [*États-Unis – Essence*].

politique visée est abordé. Nous appellerons cette première étape de « test environnemental ». Dans un second temps, c'est la nécessité de la mesure ou de la politique qui est évaluée. Nous appellerons donc cette deuxième étape « test de nécessité ».

En ce qui a trait au « test environnemental », il s'agit de vérifier si l'objectif poursuivi par la mesure en cause vise la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux. Un organe juridictionnel de l'OMC, soit le Groupe spécial ou l'Organe d'appel, devra établir si la mesure contestée (ou incompatible de manière générale avec le *GATT*) vise ou fait partie d'une politique visant à protéger la vie ou la santé des personnes ou des animaux ou à préserver les végétaux. Jusqu'à présent, les organes de l'OMC ont constaté que les objectifs des mesures en cause s'inscrivaient parmi ceux énumérés à l'article XX b) dans quatre cas. Ainsi :

- dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*, le Groupe spécial a reconnu que « l'usage du tabac constituait un risque sérieux pour la santé des personnes et qu'en conséquence les mesures destinées à réduire la consommation de cigarettes entraînent dans le champ d'application de l'article XX b) »⁴;
- dans les affaires du *Thon, États-Unis – Thon (Mexique)*⁵ et *États-Unis – Thon (CEE)*⁶, les groupes spéciaux ont admis que la protection de la vie et de la santé des dauphins « était une politique qui pouvait relever de l'article XX b) »⁷;
- dans l'affaire *États-Unis – Essence*, le Groupe spécial a établi qu'« une mesure destinée à réduire la pollution de l'air résultant de la consommation d'essence entraîne dans la catégorie des mesures concernant la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux mentionnées à l'article XX b) »⁸;
- finalement, dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a affirmé qu'« en principe, une politique visant à réduire l'exposition des personnes à un risque devrait entrer dans le cadre de l'objectif général de protection de la santé et de la vie des personnes, pour autant qu'un risque existe »⁹.

⁴ *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes (Plainte des États-Unis)* (1990), GATT Doc. IBDD, S37/214, au para. 73 (Rapport du Groupe spécial) [*Thaïlande – Cigarettes*].

⁵ *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte du Mexique)* (1991), OMC Doc. DS21/R aux paras. 5.24-5.29 (Rapport du Groupe spécial) [*États-Unis – Thon*].

⁶ *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon (Plainte de la Communauté européenne et des Pays-Bas)* (1994), OMC Doc. DS29/R aux paras. 5.30 (Rapport du Groupe spécial).

⁷ *Ibid.*

⁸ *États-Unis – Essence supra* note 3 au para. 6.21.

⁹ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2000), OMC Doc. WT/DS135/R au para. 8.182 (Rapport du Groupe spécial) [*CE – Amiante 2000*].

Il en résulte donc qu'en matière de « test environnemental », il est assez aisé de qualifier une mesure comme entrant dans le champ général d'application de l'article XX b). Le seul cas qui pourrait soulever des problèmes est l'affaire *CE – Amiante*¹⁰, où le Groupe spécial parle du risque pour la santé qui doit être prouvé par la partie défenderesse¹¹. La question ne manque pas d'intérêt, car il s'agit d'abord de l'appréciation d'un sujet environnemental faite par un organe non spécialisé. Les organes de l'OMC sont en effet composés d'experts en commerce, et non pas d'experts en droit environnemental¹².

Le test de nécessité et la vérification de la conformité des mesures avec le paragraphe introductif de l'article XX b) supposent, quant à eux, des analyses de type économique. Dans le premier cas, il s'agit en principe d'une analyse de type coûts-bénéfices d'alternatives possibles à la mesure contestée. Dans le deuxième cas, il s'agit d'étudier les effets de la mesure sur la concurrence, donc un aspect purement commercial. Seul le test environnemental semble obliger l'organe de l'OMC à fournir une qualification relevant du droit environnemental.

Le test de nécessité suppose une analyse des alternatives à la mesure en cause. Ainsi, dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*, le Groupe spécial a défini le critère de « nécessité » comme suit :

les restrictions à l'importation imposées par la Thaïlande ne pouvaient être considérées comme "nécessaires" au sens de l'article XX b) que s'il n'y avait pas d'autres mesures compatibles, ou moins incompatibles, avec l'Accord général qu'elle pouvait raisonnablement être censée employer pour atteindre les objectifs de sa politique de santé.¹³

Selon cette définition, une mesure apparaît comme nécessaire dans les situations suivantes :

- lorsqu'il n'y a pas d'autres mesures compatibles avec la *GATT*, ou moins incompatibles avec celui-ci, pour atteindre les objectifs poursuivis, ou
- si de telles mesures existent, lorsque l'État membre ne peut raisonnablement être censé les employer.

De plus, pour être prise en compte, la mesure alternative ne doit pas être impossible à mettre en œuvre, elle doit être « raisonnablement disponible »¹⁴. En outre, l'Organe d'appel a démontré, dans l'affaire *CE – Amiante*, qu'elle ne cesse pas

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.* au para. 8.181.

¹² Gabrielle Marceau, « The World Trade Organization and the Human Rights Dispute Settlement » (2002) 13 E.J.I.L. 753 à la p.773.

¹³ *Thaïlande - Cigarettes*, *supra* note 4 au para. 75.

¹⁴ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plainte du Canada)* (2001), OMC Doc. WT/DS135/AB/R au para. 169 (Rapport de l'Organe d'appel). [*CE – Amiante 2001*].

de l'être « simplement parce que sa mise en œuvre entraînait des difficultés administratives pour un Membre »¹⁵.

Dans la même affaire, l'Organe d'appel a affirmé, en accord avec sa jurisprudence suite à l'affaire *Corée-Viande de bœuf*¹⁶ regardant l'applicabilité du paragraphe d) de l'article XX, qu'

un aspect du 'processus de soupesage et de mise en balance [...] compris dans la détermination de la question de savoir si une mesure de rechange compatible avec l'Accord sur l'OMC' est raisonnablement disponible est la mesure dans laquelle la mesure de rechange 'favorise la réalisation de l'objectif poursuivi'. [...] De plus, dans cette affaire, nous avons fait observer ce qui suit : '[p]lus [l']intérêt commun ou [l]es valeurs communes [poursuivis] sont vitaux ou importants', plus il sera facile d'admettre la 'nécessité' de mesures conçues pour atteindre ces objectifs.¹⁷

Jusqu'aux affaires *Corée-Viande de bœuf*¹⁸ et *CE – Amiante*¹⁹, le test de nécessité semblait être une simple analyse comparative entre des mesures à effets similaires possibles, analyse faite en termes d'efficacité, de coûts et d'effets affectant la liberté du commerce. Par la suite, l'Organe d'appel adopte une approche nouvelle, en fonction de l'importance des intérêts poursuivis. D'une certaine manière, on peut parler d'un « élargissement » jurisprudentiel du champ d'application de l'article XX b). Pour qu'une mesure soit justifiable selon cette norme, elle ne doit pas être « indispensable » pour réaliser les objectifs proposés, elle doit seulement les « favoriser ». Du point de vue environnemental, cette évolution ne peut être perçue que favorablement.

Dans une autre perspective, on doit quand même observer que le *dictum* de l'Organe d'appel tente d'introduire une hiérarchisation (ou au moins, la possibilité d'une hiérarchisation) entre les différents objectifs, hiérarchisation que le libellé du texte ne suggérerait pas à prime abord. Jusqu'ici, « le soupesage et la mise en balance » étaient faits entre les différentes mesures disponibles, donc il s'agissait là encore d'une opération plutôt technique. Cependant, établir une hiérarchie entre deux objectifs environnementaux, même indirectement, est une chose bien différente. On peut même se demander si les organes de l'OMC sont les plus légitimés à faire une telle hiérarchisation.

Une telle mention faite par l'Organe d'appel était-elle nécessaire? Selon les conditions « classiques » de l'application de l'article XX b), pour qu'une mesure soit couverte par l'exception générale, elle doit être prise uniquement pour atteindre un des objectifs de l'article XX b) et être la solution raisonnablement envisageable la

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *République de Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (Plainte des États-Unis)* (2000), OMC Doc. WT/DS161/R (Rapport du Groupe spécial) [*Corée – Viande de bœuf*].

¹⁷ *CE – Amiante 2001*, *supra* note 14 au para. 172.

¹⁸ *Corée – Viande de bœuf*, *supra* note 16.

¹⁹ *CE – Amiante 2000*, *supra* note 9.

« moins restrictive au commerce ». Étant donné que les organes de l'OMC ont toujours reconnu la souveraineté du choix des États en ce qui concerne leurs objectifs environnementaux²⁰, peut-on alors considérer que la hiérarchisation adoptée dans l'affaire *CE – Amiante* permettrait à l'État de choisir, entre deux mesures visant à atteindre un objectif déterminé, celle qui assurerait un degré plus important de réalisation de l'objectif, et ce même si elle n'était pas la « moins restrictive »? La réponse est négative, puisque par *objectif*, les organes de l'OMC entendent aussi le degré de réalisation de l'objectif, dont le choix a toujours appartenu à l'État²¹. Une mesure qui n'est pas susceptible d'atteindre son objectif ne constitue donc jamais une alternative disponible. D'ailleurs, l'Organe d'appel lui-même, dans l'affaire *CE – Amiante*, a conclu de la manière suivante : « [I]a valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point. Il ne reste donc plus qu'à savoir s'il existe une autre mesure qui permettrait d'atteindre le même objectif et qui a moins d'effets de restriction des échanges qu'une interdiction »²². Il ne peut s'agir non plus d'un « adoucissement » des autres conditions d'applicabilité de l'article XX b). La mesure doit toujours respecter le dispositif du paragraphe introductif de l'article. En outre, elle reste toujours incompatible avec les dispositions générales du *GATT*, mais elle est acceptée en vertu de l'exception prévue à l'article XX.

Il semble que le seul effet du *dictum* « plus les valeurs communes sont importantes, plus facile ce sera d'admettre la nécessité des mesures » est que l'élargissement du champ d'application de l'article XX b) (d'« indispensable » à « favorable ») serait quand même limité aux cas où les mesures en cause visent la protection des valeurs et intérêts communs très importants. C'est le seul effet utile que l'on puisse donner à cette phrase qui semble chercher à contrebalancer l'introduction du « favorable » : celui de maintenir, toutefois, une différence entre les mesures « nécessaires », prévues par les paragraphes b) et d) et les mesures « se rapportant à », prévues par le paragraphe g) du même article.

I. Le test de nécessité et le principe de précaution

Dans la section suivante, nous nous pencherons sur les cas où la prise en considération du principe de précaution pourrait influencer la pratique actuelle relative à l'application du test de nécessité environnementale.

Pour ce qui est du « test environnemental », nous avons vu ci-dessus que la seule question qui pourrait soulever des difficultés est celle se rapportant au fardeau de la preuve, c'est-à-dire le devoir de la partie qui invoque une défense fondée sur l'article XX b) du *GATT* de prouver le risque pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux. Il s'agit ici des preuves

²⁰ *Comité du commerce et de l'environnement – Pratique du GATT/de l'OMC en matière de règlement des différends se rapportant à l'article XX, paragraphes b), d) et g) du GATT de 1994 (Demande du Comité du commerce et de l'environnement)* (2002), OMC Doc. WT/CTE/W/203 aux pp. 9-10 (Note du Secrétariat), [Pratique du GATT/OMC].

²¹ *CE – Amiante 2001*, supra note 14 au para. 174.

²² *Ibid.* au para. 172.

scientifiques « avancées par les parties et les commentaires des experts consultés dans le cadre de l'[...]affaire »²³. La porte est ainsi ouverte à l'application du principe de précaution, et les organes de l'OMC n'ont pas tardé à le mettre en valeur. Conséquemment, dans la même affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a affirmé que

[p]our justifier une mesure au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, un Membre peut également se fonder, de bonne foi, sur des sources scientifiques qui, à ce moment-là, peuvent constituer une opinion divergente mais qui provient de sources compétentes et respectées. Un Membre n'est pas tenu, dans l'élaboration d'une politique de santé, de suivre automatiquement ce qui, à un moment donné, peut constituer une opinion scientifique majoritaire.²⁴

Il n'est pas difficile d'observer que l'affirmation de l'Organe d'appel ne constitue qu'une application particulière du principe de précaution, selon lequel l'incertitude scientifique ne justifie pas l'omission par un État de prendre les mesures adéquates pour prévenir « la dégradation de l'environnement ».

Pour ce qui est du test de nécessité, les choses sont un peu plus compliquées et il n'est pas improbable que l'application du principe de précaution puisse mener à un changement substantiel dans l'interprétation et l'application de l'article XX b). Pour commencer, il faut rappeler que l'approche prudente assumée par les organes de l'OMC en ce qui concerne la preuve du risque pour la santé et la vie humaine s'applique *mutatis mutandis* au test de nécessité. Plus précisément, elle s'applique à l'évaluation des effets envisagés des différentes mesures alternatives pour vérifier si elles constituent de vraies « alternatives disponibles » dans le but d'atteindre les mêmes objectifs que la mesure en discussion. Pour prouver qu'il n'y a pas d'autre mesure à effet environnemental équivalent plus compatible avec le traité, les parties peuvent aussi s'appuyer sur des sources scientifiques minoritaires, faute de certitude scientifique. Cependant, cela n'est pas la contribution majeure du principe de précaution à l'élargissement du champ d'application de l'article XX b).

On a mis en évidence que dans la jurisprudence concernant l'article XX b), il y a eu une évolution de l'interprétation du mot « nécessaire », lequel n'a plus été conçu comme « indispensable », mais comme pouvant signifier aussi, dans certains cas, « qui favorise ». L'article XX b) du *GATT* pourrait donc être lu dans certains cas comme « des mesures qui favorisent la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux ». Les critères suggérés pour déterminer les cas où « nécessaire » ne signifie pas « indispensable » ont eux aussi évolué. Dans l'affaire *Corée – Viande de bœuf*, l'idée initiale était qu'une telle interprétation serait acceptable si une mesure avait une incidence relativement faible sur les produits importés²⁵. Le critère initial était donc l'ampleur des effets de la

²³ *CE – Amiante 2000*, *supra* note 9 au para. 8.182.

²⁴ *CE – Amiante 2001*, *supra* note 14 au para. 178.

²⁵ *Corée – Viande de bœuf*, *supra* note 16 au para. 163.

mesure sur le commerce, mais la conception initiale a évolué et, dans l'affaire *CE – Amiante*²⁶, le critère avancé par l'Organe d'appel est cette fois l'importance de la valeur poursuivie. Cela signifie « qu'il peut y avoir différents niveaux d'examen applicables à l'analyse du critère de nécessité, selon l'importance de « l'intérêt ou [des] valeurs poursuivis »²⁷. Ce qui veut dire que l'application du critère de « nécessité » est moins rigoureuse lorsqu'il s'agit de mesures visant à protéger des valeurs vitales. Bref, si une mesure n'est pas indispensable, mais qu'elle semble quand même être la plus adéquate pour atteindre un certain objectif, elle sera maintenue (même si d'autres mesures moins restrictives sont envisageables) si l'objectif poursuivi est une valeur de très grande importance.

On assiste donc à l'introduction d'une nouvelle exception au sein même de l'exception prévue par l'article XX b) du *GATT*. Dans ce contexte, la contribution du principe de précaution n'est pas négligeable. En pratique, l'approche prudente (fondée sur le principe de précaution) peut s'opposer à l'idée de gestion du risque²⁸. Quand il s'agit d'un risque, même hypothétique, touchant à une valeur aussi importante que la vie ou la santé humaine, aucune mesure n'est de trop et ce même si elle comporte des coûts supplémentaires dans d'autres champs (dans notre cas, celui de la liberté du commerce).

Selon nous, cette évolution n'a pas encore atteint son seuil supérieur. Si, un jour, il y a une clause générale d'exonération fondée sur la « nécessité écologique » ou sur tout autre ressort juridique, mais tendant à assurer le degré le plus haut possible de protection de la vie et de la santé humaine, il est sûr que le principe de précaution aura contribué à ce résultat.

II. Le test de nécessité environnementale et le droit international de l'eau

L'interaction entre le droit international de l'eau et le test de nécessité environnementale peut être décrite de deux façons: soit en discutant du régime spécifique du test de nécessité s'il doit viser une mesure touchant au droit de l'eau, soit en mettant en évidence les influences que le test de nécessité peut avoir sur le droit international de l'eau.

Une des particularités du droit international de l'eau impose la clarification définitive d'un des aspects les plus débattus concernant l'application de l'article XX du *GATT*: il s'agit du soi-disant « unilatéralisme », c'est-à-dire de la possibilité pour un État de prendre des mesures visant un objectif qui ne relève pas de sa compétence territoriale. L'affaire classique en la matière est *États-Unis – Thon*, où le Groupe spécial a affirmé le principe selon lequel l'article XX b) ne s'étend pas aux mesures de protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux ou de la préservation

²⁶ *CE - Amiante 2001, supra* note 14.

²⁷ *Pratique du GATT/OMC, supra* note 20 à la p. 18.

²⁸ Cristina Arion et Steven Guilbeault, *Débats*.

des végétaux en dehors de la sphère de compétence du pays prenant la mesure²⁹. Cependant, cette conclusion a été en quelque sorte contredite dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*³⁰, où une mesure visant la protection extraterritoriale des tortues a pu être retenue comme compatible en principe avec l'article XX b) du *GATT*. L'incertitude demeure donc sur le fait de savoir si un État peut légitimement s'intéresser à la protection des valeurs mentionnées par l'article XX b) en dehors de son territoire.

Cette incertitude ne peut pas exister dans le champ du droit international de l'eau. Le principe de l'intégrité du bassin fluvial et de la communauté d'intérêts des États de cours d'eau impose cette conclusion. Par exemple, un État de cours d'eau qui adopte une mesure économique qui vise à protéger la qualité de l'eau dans une portion du bassin qui n'est pas située sur son territoire ne peut, par ce seul fait, être accusé d'avoir violé l'article XX b) du *GATT*. À ce stade, il est possible de s'imaginer, en prenant comme appui les affaires du *Thon* et des *Crevettes*³¹, qu'un État puisse interdire l'importation des produits agricoles en provenance d'un autre État avec lequel il partage le même cours d'eau, sous prétexte que lesdits produits agricoles seraient le résultat d'un système d'irrigation qui puisse nuire à la qualité de l'eau ou à l'environnement du bassin³². Selon une telle hypothèse, il est bien probable que les organes de l'OMC s'abstiennent de considérer que le premier État ne peut légitimement prendre cette mesure seulement parce que les effets nuisibles se produisent sur le territoire de l'autre État. En allant plus loin, il est possible d'envisager que dans un tel cas, le principe de précaution puisse être, lui aussi, mis en cause. Une application conjuguée du test de nécessité environnementale et du principe de précaution dans le droit international de l'eau n'est pas seulement plausible : elle peut aussi être assez fructueuse, comme nous le verrons plus loin³³.

Le test de nécessité environnementale peut influencer le droit international de l'eau d'au moins deux façons. La première, et la plus évidente, concerne la possibilité que des mesures se rapportant au droit d'accès à l'eau ou à la protection de la qualité de l'eau entrent sous l'incidence de l'article XX b) du *GATT*. En effet, l'accès à l'eau est indispensable à la vie, qu'il s'agisse de celle des personnes, des animaux ou des végétaux. En outre, la qualité de l'eau est très importante pour protéger la santé des hommes et des animaux.

Pour ce qui est du droit d'accès à l'eau, l'International Law Association (ILA) a prévu au paragraphe 3 de l'article 17 des *Règles de Berlin sur les ressources d'eau*, que

States shall progressively realize the right of access to water by: [...]

²⁹ *États-Unis – Thon*, *supra* note 5.

³⁰ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Plainte de l'Inde et al.)* (1998), OMC Doc. WT/DS58/R (Rapport du Groupe spécial); OMC Doc. WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

³¹ *Ibid.* Voir aussi *États-Unis – Thon*, *supra* note 5.

³² Lou Diggs, *Débats*.

³³ Paule HALLEY, *Débats*.

c. Taking measures to facilitate individuals access to water, such as defining and en-forcing appropriate legal rights of access to and use of water; and

d. Providing water or the means for obtaining water when individuals are unable, through reasons beyond their control, to access water through their own efforts.³⁴

D'une manière similaire, le droit à l'eau est analysé dans l'*Observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels* du 26 novembre 2002 sur les questions essentielles concernant l'application du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁵.

Nous ne nous discuterons pas ici si le texte précité entre dans la catégorie du « développement progressif », ou si nous pouvons déjà lui attribuer une valeur coutumière, comme le commentaire des *Règles de Berlin* semble le suggérer³⁶. Ce qui est certain, c'est qu'un État membre de l'OMC pourrait prendre des mesures touchant la liberté du commerce en les justifiant comme des mesures nécessaires pour faciliter ou assurer l'accès des personnes à l'eau. Si ces mesures étaient contestées, un organe de l'OMC serait obligé de les qualifier comme visant ou non la « protection de la santé et de la vie des personnes ». Étant donné qu'il y a peu de conventions internationales et encore moins de jurisprudence sur ce sujet, les organes de règlement des différends de l'OMC pourraient être parmi les premiers à donner un contour plus précis à la valeur juridique de ce concept.

Des mesures similaires pourraient être introduites par les États par rapport à d'autres questions concernant le régime des eaux, telles que celles relatives à l'intégrité écologique des écosystèmes dépendants des cours d'eau déterminés (article 22 des *Règles de Berlin*), la prévention d'introduction des substances dangereuses (article 26), la pollution des eaux (article 27) et les standards de la qualité de l'eau (article 28).

Dans de tels cas, les organes de l'OMC pourraient également être appelés à se prononcer sur ces matières. Cela est d'autant plus probables si l'on considère que la *Convention d'Helsinki sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*³⁷ et le *Protocole de Londres sur l'eau et la santé*³⁸ contiennent toutes les deux des dispositions visant à assurer la protection

³⁴ *Water Resources Committee: Water Resources Law, Fourth Report*, Berlin Conference, 2004, en ligne: International Law Association <<http://www.asil.org/ilib/WaterReport2004.pdf>> [*Water Resources Law*].

³⁵ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale 15*, (2002), Doc. NU E/C.12/2002/11, *Le droit à l'eau (art. 11 et 12)*.

³⁶ *Water Resources Law*, supra note 34 aux pp. 23-24; Antoinette Hilderling, *International Law, Sustainable Development and Water Management*, Delft, Eburon Publishers, 2004 aux pp. 73-78.

³⁷ *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*, 17 mars 1992, 1936 R.T.N.U. 269 (entrée en vigueur : 6 octobre 1996) [*Convention d'Helsinki*].

³⁸ *Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*, Doc. off. CES NU, 54^e sess., Doc. ECOSOC MP.WAT/AC.1/1999/1 (1999) (entrée en vigueur : 17 juin 2003) [*Protocole sur l'eau et la santé*].

contre la pollution des eaux (articles 2 et 3 de la *Convention d'Helsinki*), l'accès à l'eau et une qualité adéquate de l'eau (article 6, paragraphes 1 et 2 du *Protocole de Londres*).

La deuxième manière dont le test de nécessité environnementale pourrait influencer le droit international de l'eau serait en fournissant des modèles d'analyse ou des repères applicables par des institutions semblables dans le domaine du droit de l'eau. Par exemple, l'article 3, paragraphe 1g) de la *Convention d'Helsinki* prévoit que

les Parties élaborent, adoptent, appliquent des mesures juridiques, administratives, économiques, financières et techniques pertinentes en s'attachant autant que possible à les harmoniser, pour faire en sorte, notamment :

[...] Que des mesures appropriées et *les meilleures pratiques environnementales* soient mises au point et appliquées en vue de réduire les apports de nutriments et de substances dangereuses provenant de sources diffuses, en particulier lorsque la principale source est l'agriculture (on trouvera des lignes directrices pour la mise au point des *meilleures pratiques environnementales* à l'annexe II de la présente Convention).³⁹
[Nos italiques]

L'article 2 de l'annexe II à la *Convention d'Helsinki* est libellé comme suit :

Pour déterminer quelle combinaison de mesures constitue la meilleure pratique environnementale, de façon générale ou dans des cas particuliers, il conviendra de prendre particulièrement en considération :

- a) Le risque pour l'environnement que présentent :
 - i) Le produit ;
 - ii) La fabrication du produit ;
 - iii) L'utilisation du produit ;
 - iv) L'élimination finale du produit ;
- b) Le remplacement de procédés ou de substances par d'autres moins polluants ;
- c) L'échelle d'utilisation ;
- d) Les avantages ou inconvénients que des matériaux ou activités de remplacement peuvent présenter du point de vue de l'environnement ;
- e) Les progrès et l'évolution des connaissances et de la compréhension scientifiques ;
- f) Les délais d'application ;
- g) Les conséquences sociales et économiques.⁴⁰

D'un certain point de vue, la « meilleure pratique environnementale » se rapproche de la mesure la « moins restrictive de commerce » par sa relativité par

³⁹ *Convention d'Helsinki, supra* note 37 à l'art. 3(1)(g).

⁴⁰ *Ibid.* art. 2 de l'annexe II.

rapport à d'autres options. Le mode de sélection de la « meilleure pratique environnementale » est très semblable au modèle d'analyse des « mesures alternatives disponibles » utilisé par les organes de l'OMC. En effet, on pourrait dire, en quelque sorte, que les deux sont des processus logiques en miroir. Ainsi, la détermination de la nécessité d'une mesure selon l'article XX b) du *GATT* se fait par

une approche privilégiant les mesures moins restrictives pour le commerce, complétée par un *critère de proportionnalité* ('soupeser et mettre en balance une série de facteurs'). L'Organe d'appel a considéré que pour déterminer si une mesure est nécessaire, il faut dans chaque cas *soupeser et mettre en balance une série de facteurs* parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations.⁴¹ [Nos italiques]

On observe que le même type de raisonnement devra être appliqué par les autorités nationales, qui doivent identifier la meilleure pratique environnementale, bien que les facteurs à peser soient autres. Nous avons parlé des processus logiques en miroir parce que le but de chacune des deux analyses est évidemment différent : l'analyse faite dans le cadre du test de nécessité cherche à identifier la mesure la plus compatible avec le *GATT* tout en respectant, toutefois, les prescriptions environnementales de la politique nationale, tandis que l'identification de la « meilleure pratique environnementale » vise à assurer les meilleures performances environnementales, en tenant à la fois compte des facteurs économiques comme ceux mentionnés aux points c), f) et surtout g) de l'article 2 de l'annexe II à la *Convention d'Helsinki*.

En outre, le modèle d'analyse utilisé dans le test de nécessité pourrait être utilisé aussi dans l'appréciation des « facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable », prévue par l'article 6 de la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*⁴². Les sept facteurs énumérés dans cet article doivent tous être soupesés en fonction de leurs rapports avec les autres, en procédant au cas par cas. Il faut noter également que le septième facteur est « l'existence d'autres options, de valeurs comparables, susceptibles de remplacer une utilisation particulière, actuelle ou envisagée ». La similitude avec les « alternatives disponibles » est évidente.

Enfin, les analyses faites par les organes de l'OMC pourraient inspirer les autorités nationales qui devront appliquer la *Convention d'Helsinki* non seulement du

⁴¹ *Aperçu général sur l'environnement. GATT de 1994 – Article XX sur les exceptions générales*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/envir_backgrmd_f/c7s3_f.htm>.

⁴² « Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : Commentaires et observations reçus des gouvernements » (Doc. NU A/48/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1993*, vol. 2, partie 2, New York, NU, 1993 (Doc. NU A/CN.4/447/Add.1-Add.3) [*Convention de New York*].

point de vue du procédé général d'analyse, mais aussi dans des cas particuliers dans la considération de certains des facteurs prévus par l'annexe II. Par exemple, les organes de l'OMC ont eu à quelques reprises l'occasion de se prononcer sur la détermination du risque pour l'environnement que représente un produit. Ainsi, en adoptant de nouveau une approche prudente, l'Organe d'appel a apprécié qu'« un risque p[uisse] être évalué d'un point de vue quantitatif ou qualitatif »⁴³. De tels principes pourraient influencer les pratiques nationales dans l'application de la *Convention d'Helsinki*.

III. Le test de nécessité environnementale comme élément de liaison entre le droit international du commerce et le droit international de l'environnement

On a beaucoup parlé ces dernières années de la tension, ou même du conflit existant entre les règles de l'OMC et le droit de l'environnement en général (et le droit de l'eau en particulier).

Les reproches ont pris les formes les plus variées. Des critiques virulentes ont été faites⁴⁴. Une insatisfaction fut exprimée quant à la préoccupation insuffisante de l'OMC pour l'environnement : dans une classification des organisations économiques en fonction de l'« *environmental friendliness* » (la sensibilité à l'environnement), l'OMC figure comme faisant preuve de « *little environment friendly rule development* »⁴⁵. Enfin, en ce qui concerne le régime de l'eau, une méfiance lucide fut exprimée envers la possibilité du développement du droit de l'eau à travers cette organisation :

*Trade organizations such as WTO and NAFTA are not suitable organizations to arrange the management of water. As voiced by Dunoff, integration of principles of sustainable development with principles governing world trade will not occur in an institutional setting designed to further only one of these interests.*⁴⁶

Les critiques trop exigeantes ne nous semblent pas justifiées. Il n'y a pas nécessairement d'incompatibilité entre les règles de l'OMC et les normes de protection environnementale⁴⁷, et l'article XX b) en témoigne. Selon une perspective plus générale, le professeur Pauwelyn⁴⁸ a identifié quatre points sur lesquels des tensions peuvent naître entre la libéralisation du commerce et la protection de l'environnement, ainsi que trois hypothèses où la libéralisation du commerce peut

⁴³ CE – Amiante 2001, *supra* note 14 au para. 167.

⁴⁴ Gregory Palast, « Necessity Test Is Mother of GATS Intervention » (2001) *The Observer*, en ligne: The Guardian <<http://www.guardian.co.uk/business/2001/apr/15/columnists.theobserver>>.

⁴⁵ Richard H. Steinberg, *The Greening of Trade Law, International Organizations and Environmental Issues*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2002 à la p. 288 et Joost Pauwelyn, « Recent Books on Trade and Environment : GATT Phantoms Still Haunt the WTO » (2004) 15:3 E.J.I.L. 577.

⁴⁶ Hilderling, *supra* note 36 à la p. 122.

⁴⁷ De Sadeleer, *supra* note 44 aux pp. 344-348.

⁴⁸ Pauwelyn, *supra* note 46 à la p. 578.

contribuer à la protection de l'environnement. Les quatre points de tension sont les suivants :

- l'augmentation du commerce et des activités économiques peut causer une dégradation environnementale plus grande ;
- la concurrence engendrée par la libéralisation peut pousser les gouvernements à baisser les standards environnementaux ;
- les accords de commerce peuvent empêcher les gouvernements d'adopter certaines normes ;
- le droit du commerce peut interdire d'utiliser les sanctions commerciales ou les privilèges comme « bâton ou carotte » pour l'acceptation et le respect des standards environnementaux.

D'autre part, Pauwelyn a présenté trois hypothèses où la libéralisation du commerce et la protection environnementale peuvent aller de pair :

- la libéralisation du commerce devrait mener à un plus haut degré de développement et donc procurer des ressources additionnelles pour la protection environnementale ;
- les subventions et les autres soutiens à la production peuvent épuiser les ressources environnementales ;
- les restrictions aux échanges des services et technologies qui pourraient limiter les dommages à l'environnement pourraient retarder ou empêcher la protection efficace de l'environnement.

Finalement, nous ne pouvons qu'être d'accord avec la conclusion du professeur Pauwelyn :

*Of course, as Steinberg comments, 'the GATT/WTO approach will not likely increase environmental protection in countries with relatively weak standards' [...] but this is very much like being disappointed that a bakery does not sell meat. Let the WTO worry about reducing trade barriers, and MEAs work on protecting the environment.*⁴⁹

On ne peut donc pas prétendre que l'OMC et son système de règles résoudre les problèmes cruciaux du droit de l'environnement et, plus particulièrement, ceux du droit de l'eau. Plutôt que s'attendre à quelque chose de lui, le droit de l'environnement et le droit de l'eau pourraient simplement utiliser quelques instruments, concepts ou même règles issues de la pratique de l'OMC. L'expérience

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 591.

acquise dans l'application du test de nécessité environnementale pourrait être un tel instrument. Cette affirmation est supportée par les raisons que nous venons de développer.

IV. Principe de précaution – origine

Règle générale, il est reconnu que le principe de précaution a été formulé pour la première fois par le gouvernement fédéral allemand en 1976 dans le cadre d'une politique environnementale du nom de *Vorsorgeprinzip*⁵⁰. Cependant, cette paternité est partiellement contestée puisque la législation allemande ne distinguait pas les notions de prévention et de précaution. En effet, l'Allemagne a adopté une vision extensive du principe de prévention, estimant que celui-ci comprenait non seulement l'action d'éviter la survenance d'un risque avéré, mais également l'action d'éviter la réalisation d'un risque hypothétique⁵¹.

Sur le plan international, le principe est apparu dès la fin des années 1980 avec la *Déclaration de la Conférence internationale sur la Mer du Nord de 1987* et a été inséré dans plusieurs conventions internationales avant la Conférence de Rio : à l'article 4, paragraphe 3f) de la *Convention sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux*⁵², à l'article 130, paragraphe 2 - nouvel article 174, paragraphe 2 du *Traité de Maastricht*⁵³, à l'article 3, paragraphe 2 de la *Convention sur la Baltique*⁵⁴, à l'article 2, paragraphe 5a) de la *Convention d'Helsinki*.

La formulation du principe dans la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* est devenue la plus connue :

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États, selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves et irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement (Principe 15).⁵⁵

⁵⁰ M.-B. Granet, « Principe de précaution et risques d'origine nucléaire : Quelle protection pour l'environnement? » (2001) J.D.I. 765 ; *De Sadeleer, supra* note 44 p.93 ; James Cameron et Juli Abouchar, « The Status of the Precautionary Principle in International Law » dans David Freestone et Ellen Hey, dir., *The Precautionary Principle and International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 29 à la p. 31.

⁵¹ Cécile de Roany, « Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétation différenciée » (2004) R.J.E. à la p. 145.

⁵² *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique*, 30 janvier 1991, 2101 R.T.N.U. 275 (entrée en vigueur : 22 avril 1998).

⁵³ *Traité sur l'Union européenne (Maastricht)*, 7 février 1992, 1757 R.T.N.U. 267 (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1993).

⁵⁴ *Convention d'Helsinki sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique*, 9 avril 1992, 2099 R.T.N.U. 235 (entrée en vigueur : 10 septembre 2001).

⁵⁵ « Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement » dans *Rapport de la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement*, 3-14 juin 1992, (A/CONF.151/26(Vol. I)) [*Déclaration de Rio*].

Par la suite, le principe a été inscrit dans presque la totalité des traités relatifs à l'environnement, *exempli gratia* : à l'article 4 f) de la *Convention cadre sur le changement climatique*⁵⁶, dans le préambule de la *Convention sur la diversité biologique*⁵⁷, à l'article 2, paragraphe 2 a) de la *Convention sur l'Atlantique du nord-est*⁵⁸, à l'article 2, paragraphe 4 de la *Convention sur le Danube*⁵⁹, à l'article 19 paragraphe 1) de la *Charte européenne de l'énergie*⁶⁰, aux articles 5c et 6 de l'*Accord sur les stocks de poissons grands migrateurs ou chevauchant différentes zones maritimes*⁶¹, la *Convention de Rotterdam sur la protection du Rhin*⁶².

V. La nature juridique du principe de précaution

Le principe de précaution est l'un des principes les plus controversés en droit international de l'environnement, surtout en ce qui concerne sa nature juridique⁶³.

A. Le principe de précaution en tant que norme conventionnelle

Premièrement, nous allons analyser l'hypothèse conventionnelle du principe de précaution. Celle-ci ressort des conventions signées et ratifiées par les États. Ici, il faut voir si le principe est situé dans le préambule de la convention ou dans sa partie opérationnelle.

Ainsi, la *Convention sur la diversité biologique* de juin 1992 comprend le principe de précaution dans son préambule. Pour discerner la valeur juridique du principe dans un tel cas, il faut se référer d'une part à l'article 31(2) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁶⁴ qui prévoit que le contexte, à la lumière duquel les

⁵⁶ *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, 1771 R.T.N.U. 107 (entrée en vigueur : 21 mars 1994).

⁵⁷ *Convention de Rio de Janeiro sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993).

⁵⁸ *Convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est*, 22 septembre 1992, J.O.L. 104 (entrée en vigueur : 25 mars 1998).

⁵⁹ *Convention de Sofia sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube*, 29 juin 1994, [1997] J.O.L. 342/18 [*Convention de Sofia*].

⁶⁰ *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1991, [1994] J.O.L. 380/0005.

⁶¹ *Accord aux fins de l'application des dispositions de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs*, Doc. Off. A/CONF.164/37 (1995).

⁶² *Convention du 12 avril 1999 pour la protection du Rhin relative aux chlorures*, 12 avril 1999, en ligne : Réseau international des organismes de bassin <<http://www.riob.org/forum/conventi.htm>> (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2003) [*Convention de Rotterdam*].

⁶³ Alexandre Kiss et Jean-Pierre Beurrier, *Droit international de l'environnement*, 2^e éd., Paris, Pédone, 2000 à la p. 122; Jean-Marc Lavieille, *Droit international de l'environnement*, Paris, Ellipses, 1998 aux pp.100-101; *De Sadeleer*, supra note 44 à la p. 383.

⁶⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

termes d'un traité doivent être interprétés, comprend aussi le préambule, et d'autre part à l'article 31(1) qui stipule en outre que le traité doit être interprété à la lumière de son but et de son objet, qui sont généralement inscrits dans le préambule. Enfin, il faut se référer à la jurisprudence internationale incidente, d'où ressort l'idée que malgré l'absence de force juridique propre du préambule, celui-ci constitue néanmoins un élément d'interprétation du traité.

Par exemple, dans l'affaire entre la France et les États-Unis relative aux droits des ressortissants américains au Maroc, la Cour internationale de Justice (CIJ) a déclaré que pour interpréter les dispositions de l'*Acte d'Algésiras* de 1906, il convenait de tenir compte de ses buts qui étaient énoncés dans le préambule. Finalement, la Cour a abouti à la conclusion que l'interprétation fournie par le gouvernement américain de la *Convention américano-marocaine de Madrid* de 1880 dépassait les buts mentionnés dans son préambule. De la même manière, pour déterminer la nature juridique du mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain, la Cour s'est également référée au préambule (exceptions préliminaires 1962) tout comme dans l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* et contre celui-ci (Rec.1984)⁶⁵.

Sans pouvoir en principe constituer le fondement exclusif d'une violation du droit international conventionnel, le principe de précaution inséré dans le préambule d'une convention pourrait servir d'appui à la conclusion que la responsabilité internationale d'un État découle du fait que son action ou omission était contraire aux normes contenues dans ledit traité, normes interprétées à la lumière du principe de précaution.

Dans d'autres conventions, le principe de précaution est inséré dans la partie opérationnelle.

Ainsi, l'article 2, paragraphe 5a) de la *Convention d'Helsinki* prévoit que

[I]ors de l'adoption des mesures visées aux paragraphes 1 et 2 du présent article, les parties sont guidées par les principes suivants : [...] Le principe de précaution en vertu duquel elles ne diffèrent pas la mise en œuvre de mesures destinées à éviter que le rejet des substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière, d'autre part.⁶⁶

Les dispositions de la *Convention d'Helsinki* de 1992 ont été mises en œuvre pour le Danube par la *Convention de Sofia* du 29 juin 1994, le principe de précaution étant inscrit dans l'article 4(4) et pour le Rhin par la *Convention de Berne* du 12 avril 1999⁶⁷.

⁶⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre États-Unis)*, ordonnance en mesures conservatoires du 10 mai 1984, [1984] Rec. Voir aussi : Patrick Daillier, Alain Pellet et Quoc Dinh Nguyen, *Droit international public*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 1994 à la p. 122.

⁶⁶ *Convention d'Helsinki*, supra note 37 à l'art. 2(5)(a).

⁶⁷ *Kiss et Beurrier*, supra note 64 à la p. 44.

Il a été affirmé que pour avoir une force normative, les règles doivent non seulement être insérées dans des instruments juridiques à force contraignante, comme les conventions (approche formelle), mais leur libellé doit aussi traduire leur caractère obligatoire pour les Parties (approche substantielle)⁶⁸.

Nous avons déjà examiné le principe de précaution à la lumière de l'approche formelle. Il faut ensuite déterminer si le principe de précaution remplit la condition de normativité sous le deuxième aspect - l'approche matérielle, c'est-à-dire si les termes utilisés sont suffisamment précis et prescriptifs pour rendre une valeur normative auxdites dispositions conventionnelles.

La *Convention de Sofia* prévoit dans son article 4(4) que « [l]e principe pollueur-payeur et le principe de précaution constituent le fondement de toutes les mesures destinées à protéger le Danube et les eaux de son bassin hydrographique »⁶⁹.

De même, l'article 4 de la *Convention de Rotterdam* du 22 janvier 1998 est libellé ainsi : « Les Parties contractantes sont guidées par les principes suivants : [...] le principe de précaution »⁷⁰.

Le *Protocole de Londres sur l'eau et la santé* à la *Convention d'Helsinki* prévoit quant à lui que :

Lorsqu'elles adoptent des mesures en application du présent Protocole, les Parties sont guidées en particulier par les principes et orientations ci-après : Le principe de précaution, en vertu duquel elles ne diffèrent pas la mise en œuvre de mesures destinées à prévenir, combattre ou faire reculer les maladies liées à l'eau au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre le facteur visé par ces mesures, d'une part, et une éventuelle contribution de ce facteur à la prévalence des maladies liées à l'eau et ou un impact transfrontière, d'autre part.⁷¹

Le langage utilisé dans toutes ces conventions ne semble pas être forcément prescriptif. Néanmoins, les principes directeurs sont rarement libellés de manière précise. D'ailleurs, de nombreuses normes contenues dans les traités internationaux sont formulées de manière floue, sans qu'il puisse être affirmé qu'elles soient dépourvues de force contraignante.

Enfin, il faut souligner qu'après l'entrée en vigueur de la *Convention de New York*, le secteur des voies d'eau internationales se trouverait désormais réglementé par un instrument universel énonçant les grands principes devant le gouverner⁷².

Il est toutefois regrettable que cette convention n'ait pas inclus le principe de précaution dans les principes qu'elle énonce, mais tout n'est pas perdu. En effet, elle

⁶⁸ *De Sadeleer, supra* note 44 à la p. 313.

⁶⁹ *Convention de Sofia, supra* note 60.

⁷⁰ *Convention de Rotterdam, supra* note 63.

⁷¹ *Protocole sur l'eau et la santé, supra* note 38 à l'art. 5.

⁷² *Convention de New York, supra* note 42. *Kiss et Beurier, supra* note 63 à la p. 44.

rappelle dans son préambule les principes et recommandations adoptés en 1992 par la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement dans la *Déclaration de Rio* et Action 21, et elle renvoie à plusieurs reprises aux normes du droit international. De plus, le principe de précaution fait déjà partie du droit international comme nous allons le démontrer plus loin.

B. Le principe de précaution en tant que norme coutumière

La doctrine est partagée à l'égard de la nature coutumière du principe de précaution. Des auteurs estiment qu'à défaut d'une *opinio juris* concordante, le principe de précaution fait partie seulement du *soft law*. D'autres auteurs prétendent que le principe de précaution aurait les éléments nécessaires pour être considéré comme une norme coutumière, puisqu'on pourrait soutenir d'abord que le principe existe depuis une période suffisante (l'exigence de la durée est accomplie) et, ensuite, qu'en dépit du fait qu'il n'est pas mise en œuvre par toutes les nations, il y a une pratique générale des États à l'égard de sa mise en œuvre⁷³.

Nous allons analyser les deux éléments nécessaires à l'existence d'une coutume afin de démontrer s'ils sont respectés dans le cas du principe de précaution.

Selon l'article 38 du Statut de la CIJ, la Cour applique « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit »⁷⁴. Cette courte définition comprend les deux éléments nécessaires à la formation d'une coutume : la pratique des États (l'élément matériel) et l'*opinio juris* (l'élément psychologique).

En ce qui concerne l'élément matériel, les comportements susceptibles de constituer des précédents sont multiples et variés : il peut s'agir d'actes juridiques internes ou internationaux, ou encore d'agissements émanant de sujets de droit international, ces agissements comprenant non seulement des comportements positifs et négatifs, mais aussi toute expression d'une opinion sur la légalité ou l'opportunité des agissements des autres sujets de droit international⁷⁵. De manière plus détaillée, les sources matérielles de la norme coutumière sont la correspondance diplomatique, les déclarations politiques, les communiqués de presse, les opinions des conseillers juridiques officiels, les manuels juridiques, les décisions et pratiques exécutives, les ordres adressés aux forces navales, les commentaires des États formulés à l'égard des projets d'articles produits par la Commission du droit international, la législation nationale, les décisions judiciaires nationales et internationales, la répétition de la même norme dans plusieurs traités ou instruments juridiques non contraignants, la

⁷³ Lawrence Marin, « Oceanic Transportation of Radioactive Materials: The Conflict between the Law of the Seas' Right of Innocent Passage and Duty to the Marine Development » (2001) 13 Fla. J. Int'l L. 361 à la note bas de page 108.

⁷⁴ *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

⁷⁵ Daillier, Pellet et Nguyen, *supra* note 66 à la p. 317.

pratique des organes internationaux et les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies⁷⁶.

En ce qui concerne le deuxième élément, il faut souligner qu'une distinction nette entre les deux conditions de la coutume serait difficile puisque les faits constituant la pratique étatique (l'élément matériel) ne sont pas des « faits bruts », mais des faits juridiques, à savoir des faits auxquels le droit attache une signification spécifique. Pourtant, il existe une interdépendance manifeste, même une « union inextricable » entre les deux éléments⁷⁷.

Il ne faut pas non plus retenir une perception univoque de l'*opinio juris*, vu que cette expression de volonté peut être tacite ou se manifester par l'abstention. En conclusion, elle ne doit pas être perçue comme dans le modèle contractuel, mais en tant qu'« assentiment diffus » de la communauté des États à l'émergence d'une nouvelle règle générale inspirée parfois par les contraintes du temps. C'est ainsi que malgré les disparités idéologiques ou de développement, les États sont amenés parfois à reconnaître rapidement l'émergence de certaines règles nouvelles, comme par exemple la protection de l'environnement⁷⁸.

En ce qui concerne la preuve de la coutume, l'approche de la CIJ diffère parfois selon l'importance de la règle en question. Ainsi, dans de nombreuses affaires, la Cour a été disposée à présumer de l'existence d'une *opinio juris* en s'appuyant une pratique générale, un consensus existant dans la littérature, les déterminations précédentes de la Cour ou d'autres tribunaux internationaux (l'affaire du *Golfe du Maine*⁷⁹, 1982). Dans une moindre mesure, la Cour a opté pour une approche plus rigoureuse en exigeant une preuve plus positive de la reconnaissance des règles en question dans la pratique des États (l'affaire du *Lotus*^{80,81}).

En tenant compte des conditions précédemment exposées, nous estimons que la valeur coutumière du principe de précaution est soutenable pour les raisons suivantes :

Il existe une pratique étatique générale à l'égard du principe de précaution. Cette pratique est illustrée par l'existence de nombreux instruments internationaux (à force contraignante ou non), qui reconnaissent le principe de précaution, comme nous l'avons déjà montré.

De même, le principe de précaution est inscrit dans la législation interne de nombreux États :

⁷⁶ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1999 à la p. 5.

⁷⁷ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1995 à la p. 254.

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 257.

⁷⁹ *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada c. États-Unis)*, [1984] C.I.J. rec. 246 [*Golfe du Maine*].

⁸⁰ *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)* (1927) C.P.J.I. (sér. A) n° 10 [*Lotus*].

⁸¹ Ian Brownlie, *supra* note 77 à la p. 11.

L'Allemagne, l'État où le principe de précaution a trouvé son origine, a eu des lois successives relatives à la qualité de l'air et de l'eau, aux industries chimique, pharmaceutique et atomique qui toutes prévoient le principe de précaution⁸². Le principe de précaution a aussi été reconnu par la jurisprudence allemande, qui a élargi le temps d'application à l'ensemble des modes de protection et de gestion des ressources naturelles.⁸³

Le principe de précaution est aussi prévu par l'article 4 de la loi fédérale de Belgique du 30 juin 1999 relative à la protection de l'environnement dans les zones maritimes sous la juridiction belge, alors que la jurisprudence de cet État a implicitement reconnu ledit principe à plusieurs reprises⁸⁴.

Les Pays-Bas disposent depuis 1963 d'une loi sur l'énergie atomique qui fait expressément référence au principe du risque ALARA (*as low as reasonably achievable*) et à l'adoption de mesures dites de « précaution »⁸⁵. En Suède, le principe de précaution (dont la reconnaissance implicite date de l'adoption en 1973 de l'*Act on Products Hazardous to Man or the Environment*) occupe une position centrale dans le *Code de l'environnement* de 1998⁸⁶. En Irlande, la *National Sustainable Development Strategy* de 1996 a classé le principe de précaution parmi les principes généraux de droit. La Grande-Bretagne, plus réticente face à la reconnaissance du principe compris dans l'article 174(2) du *Traité de la Communauté européenne (CE)*, a néanmoins prévu dès 1990 une approche prudente dans son Livre Blanc *This Common Inheritance*⁸⁷. Les États-Unis qui se sont formellement opposés à la reconnaissance du principe de précaution, ont *de facto* mis en œuvre une approche prudente avant la lettre, qui implique, parmi d'autres mesures, des études d'impact sur l'environnement, l'application d'un étalon pour le pire cas (*worst case standard*) jusqu'à l'apparition de preuves plus exactes⁸⁸. En France, le principe a été introduit par la *Loi no. 95-101* du 2 février 1995 et a ensuite été réaffirmé dans le *Code de l'environnement* qui le prévoit de la manière suivante : « L'absence de certitudes, compte tenu des mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement a un coût économiquement acceptable »⁸⁹. Enfin, en Australie, le principe de précaution a été prévu en substance dans le *New South Wales Protection of the Environment Administration Act* de 1991, dans l'*Accord intergouvernemental sur l'environnement* de 1992, ainsi que dans le *Commonwealth Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* de 1999⁹⁰.

⁸² M.-B. Granet, *supra* note 51 à la p. 775.

⁸³ *Ibid.* De Sadeleer *supra* note 44 à la p. 125-130.

⁸⁴ De Sadeleer, *ibid.* aux pp.134-136.

⁸⁵ M.-B. Granet, *supra* note 51 à la p. 775.

⁸⁶ De Sadeleer, *supra* note 44 à la p. 137.

⁸⁷ *Ibid.* à la p. 138.

⁸⁸ *Ibid.* à la p. 142.

⁸⁹ Alexandre Kiss, « Les principes généraux du droit international de l'environnement sont-ils reflétés par le Code de l'environnement? » (2002) Numéro spécial R.J.E. 17; De Sadeleer, *supra* note 44 à la p. 133; M.-B. Granet, *supra* note 51 à la p. 779.

⁹⁰ De Sadeleer, *supra* note 44 aux pp. 392-393.

La pratique des organes internationaux est aussi pertinente pour prouver l'existence d'une norme coutumière. Il faut souligner que sur ce point les organes de la CE se trouvent dans la position la plus avancée en ce qui concerne la reconnaissance et l'application du principe de précaution. Par ailleurs, la force juridique du principe de précaution n'a jamais été aussi puissante que celle du principe inscrit dans l'article 174(2) du *Traité de la CE*. En application de cette règle contenue dans le droit primaire, le droit communautaire secondaire prévoit aussi le principe de précaution dans des directives comme la *Directive 99\39\EC* qui modifie la *Directive 96\5\EC*, la *Directive 2001\18 EC* ou dans les règlements, tel le règlement 178\2002 du Parlement européen et du Conseil⁹¹.

En ce qui concerne la preuve de l'*opinio juris*, la juridiction internationale sans admettre formellement que la répétition est en soi suffisante considère généralement volontiers qu'une fois solidement établi, l'élément matériel peut aussi entraîner la preuve de l'*opinio juris*⁹². Aussi, l'arrêt de la CIJ du 25 septembre 1997, rendu dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*⁹³, a contribué à la réticence que plusieurs auteurs manifestent à l'égard de la reconnaissance du principe de précaution en tant que norme coutumière. La Cour n'a pas accredité la thèse du gouvernement hongrois qui invoquait, en substance, le principe de précaution pour justifier la suspension unilatérale des travaux en alléguant la probabilité de la survenance d'un dommage significatif et irréversible affectant son environnement.

En effet, ce que la Hongrie a essentiellement invoqué a été l'intervention d'un état de nécessité écologique. La Cour a établi que cette cause d'exonération de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel. Dans ces conditions, les exigences de l'état de nécessité devraient être appréciées de manière restrictive. L'une des exigences était l'existence d'un péril grave et imminent. Sur ce point, la Cour a statué que malgré le caractère sérieux de ces incertitudes, elles ne sauraient suffire, à elles seules, à établir l'existence objective d'un péril en tant qu'élément constitutif d'un état de nécessité. L'imminence est synonyme d'immédiateté ou de proximité et dépasse de loin le concept d'éventualité. Comme l'a souligné la Commission du droit international dans son commentaire, le péril extrêmement grave et imminent doit peser au moment même sur l'intérêt menacé. En conclusion, le motif qui a déterminé la Cour à refuser l'argument de la Hongrie a été en fait l'incompatibilité des conditions d'existence de l'état de nécessité avec les éléments supposés par le principe de précaution, notamment l'incertitude scientifique.

En ce qui concerne l'invocation du principe de précaution à titre d'autres moyens, la Cour a rejeté ceux-ci pour des raisons qui n'impliquaient pas la confirmation ou la négation du statut du principe de précaution. Ainsi, aucune conclusion ne peut être tirée de cet arrêt à l'égard du principe de précaution, ce qui signifie que si la Cour n'a pas reconnu la valeur coutumière du principe, elle ne l'a

⁹¹ *Ibid.* aux pp. 391-392.

⁹² *Affaire Interhandel (Suisse c. États-Unis)*, [1959] C.I.J. rec. 6 ; *Affaire du droit du passage en territoire indien (Portugal c. Inde)*, [1960] C.I.J. rec. 125 [*Droit de passage en territoire indien*].

⁹³ *Affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. rec. 5 [*Gabcikovo-Nagymaros*].

pas non plus niée. Qui plus est, la Cour a statué, à l'égard des conséquences futures de son arrêt, que les parties devraient tenir compte des nouvelles normes du droit international de l'environnement. Nous pouvons considérer qu'elle s'est implicitement référée au principe de précaution puisque la Hongrie l'avait invoqué à plusieurs reprises dans ses moyens.

Sur le plan régional, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a été plus disposée à reconnaître le principe de précaution en tant que principe qui pourrait influencer l'action discrétionnaire du Conseil. Ainsi, la CJCE a analysé l'affaire *Mondiet*⁹⁴ à la lumière du principe de précaution. Elle a compris qu'il n'y avait pas beaucoup d'études scientifiques précises sur les conséquences que pouvait avoir l'utilisation des filets maillants sur toutes les espèces menacées et donc, que le Conseil avait agi dans la sphère de son pouvoir discrétionnaire en s'appuyant sur le principe de précaution, sans avoir fait preuve de l'excès invoqué. Elle considéra donc qu'il n'y avait pas eu de détournement de pouvoir, comme le prétendaient les pêcheurs⁹⁵.

Par ailleurs, une autre décision importante a été rendue par le Tribunal international pour le droit de mer. Ainsi, le 27 août 1999, le tribunal dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*⁹⁶ a imposé aux parties l'arrêt immédiat d'un programme expérimental de pêche, qui était conduit unilatéralement par le Japon. Sans avoir explicitement appuyé son jugement sur le principe de précaution, la décision a été rendue dans le contexte des incertitudes scientifiques entourant la conservation de ladite espèce. La mesure conservatoire a été prise en application de l'article 290 (1) de la *Convention sur le droit de mer*⁹⁷ qui prévoit la possibilité pour le Tribunal d'adopter les mesures conservatoires qu'il juge adéquates dans les circonstances pour protéger une espèce. Le Tribunal a choisi de fonder son jugement sur le critère d'adéquation au lieu de celui de dommage irréparable, et en ce qui concerne l'urgence, il peut être soutenu que cette condition est seulement remplie si elle est considérée à la lumière du principe de précaution⁹⁸.

Finalement, nous estimons que même en l'absence d'une confirmation explicite des juridictions internationales à l'égard du caractère coutumier du principe de précaution, confirmation qui n'a d'ailleurs qu'une valeur récognitive, la nature coutumière de ce principe ressort de la pratique convergente des États. Cette pratique est démontrée par leurs législations nationales ainsi que par les décisions de juridictions internes favorables au principe de précaution, par la répétition du principe

⁹⁴ *Affaire Établissements Armand Mondiet SA c. Armement Islais SARL*, C-405/92, [1993] E.C.R. I-06133.

⁹⁵ Marcelo Dias Varrella, « Différences d'interprétation sur un même sujet : Le principe de précaution, la CIJ, l'OMC et la CJCE » (2004) 1 R.E.D.E. 27; Simon Marr, « The Southern Bluefish Tuna Cases : The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources » (2000) 11:4 E.J.I.L. 826.

⁹⁶ *Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande et Australie c. Japon)* (1999), en ligne : Tribunal international du droit de la mer <http://www.itlos.org/case_documents/1999/document_fr_123.pdf>.

⁹⁷ *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994).

⁹⁸ *Simon Marr, supra note 96* à la p. 819.

dans presque tous les traités récents relatifs à l'environnement ainsi que dans des instruments internationaux à force non contraignante. De même, nous considérons que cette pratique est l'expression d'une *opinio juris* qui découle de la prise de conscience des États à l'égard des dommages qu'une action non prudente pourrait causer au monde entier, dommages qui dans le domaine de l'environnement sont en général irréversibles.

C. Le principe de précaution en tant que principe général du droit

L'existence et la nature des principes généraux du droit sont encore controversées en droit international, malgré le fait que ces principes soient insérés dans l'article 38 du Statut de la CIJ. Les juristes positivistes refusent de reconnaître les principes généraux en tant que source formelle du droit international (comme Kelsen et Jennings par exemple). D'autres auteurs estiment que les principes généraux ne sont que les principes se trouvant généralement dans les systèmes de droit nationaux (Lauterpacht, Combacau et Sur ; Daillier, Pellet et Nguyen). Finalement, une troisième catégorie de juristes estime que les principes compris dans l'article 38 du Statut de la CIJ se divisent en deux catégories : les principes généraux dérivant des droits nationaux et les principes pouvant être inférés de règles positives du droit international comme le principe de non-intervention, la réciprocité, l'égalité des États (Ian Brownlie, M. Virally)⁹⁹. En effet, une distinction s'est graduellement imposée entre les principes généraux qui peuvent être déduits conformément à l'article 38(1)(c) du Statut de la CIJ et les principes généraux du droit applicables aux relations interétatiques sans être dérivés des *foro domestico*.

La raison de l'insertion des principes généraux dans l'article 38 a été celle de donner une possibilité à la Cour de remplir le vide existant dans le corps du droit international découlant des traités et des normes coutumières afin d'éviter l'effet *non liquet*.

Si les États n'ont que rarement appuyé leurs réclamations devant la CIJ sur les principes généraux reconnus par les nations civilisées et si aucun arrêt de la Cour ne s'est fondé explicitement sur un tel principe, celle-ci a reconnu l'existence des principes généraux de droit, en tant que source autonome, dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*¹⁰⁰. Contrairement à la coutume, les principes généraux de droit ont une vie propre ; leur existence ne dépend pas de leur application active dans les relations ou pratiques étatiques¹⁰¹.

Ainsi, malgré la réticence de la CIJ dans la formulation de principes généraux aux termes de l'article 38, la jurisprudence de la Cour abonde en références aux principes, parfois qualifiés comme « généraux ». Cette seconde catégorie de principes découle d'un processus d'induction des règles positives du droit international. Comme Nollkaemper l'a mis en exergue, « le respect de certaines règles

⁹⁹ De Sadeleer, *supra* note 44 à la p. 240.

¹⁰⁰ *Droit de passage en territoire indien*, *supra* note 93.

¹⁰¹ De Sadeleer, *supra* note 44 à la p. 241.

procédurales peut être une condition essentielle pour le respect des règles substantielles¹⁰². Dans de nombreux cas, ces principes ont été aussi longuement et généralement acceptés qu'ils ne sont plus directement liés à la pratique étatique.

Les principes généraux ont des fonctions diverses : ils remplissent le vide créé dans les situations où les traités et les coutumes ne prévoient pas de solutions, tendant en conclusion à assurer la cohérence du système de droit. Ils peuvent aussi servir à l'interprétation du droit conventionnel. Dans les deux cas, ils jouent un rôle important en tant que source autonome de droit, vu que contrairement aux règles coutumières, ils peuvent être appliqués même en l'absence de pratique étatique¹⁰³.

Ainsi, dans l'affaire du différend frontalier *Burkina Faso c. Mali*¹⁰⁴, la Cour a statué à propos de l'*uti possidetis juris* (principe du respect des frontières de droit léguées aux nouveaux États par l'ancienne puissance coloniale) :

principe général logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, ou qu'il se manifeste [...] non pas simple pratique qui aurait contribué à la formation graduelle d'un principe du droit international coutumier. Il s'agit d'une conception manifestement objectiviste du droit international général, qui distingue en son sein les coutumes issues d'une pratique constante et des principes dictés par des exigences pratiques et logiques, selon qu'elles sont celles de la vie sociale ou de l'ordre juridique international.¹⁰⁵

Ainsi, même si le caractère coutumier du principe de précaution est contesté, ce principe pourrait être considéré comme étant un principe général du droit international de l'environnement. Ce principe pourrait être considéré comme étant un critère d'appréciation du respect de l'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement sur le territoire d'autres pays, ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale, règle qui selon la CIJ « fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement »¹⁰⁶.

VI. Critères d'application du principe de précaution

Faute d'une définition précise du principe de précaution, des auteurs ont proposé des critères tendant à établir le champ d'application du principe, ou bien les

¹⁰² André Nollkaemper, *A Legal Regime of Transboundary Water Pollution : Between Discretion and Constraint*, Dordrecht, Martinus Nijhoff/Graham and Trotman, 1993 à la p. 222, dans *De Sadeleer*, *supra* note 44 à la p. 242.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. République de Mali)*, [1986] C.I.J. rec. 554 p. 554.

¹⁰⁵ Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 78 à la p. 265.

¹⁰⁶ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 58. Ce même *dictum* est repris aussi dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 94.

conditions de sa mise en œuvre. Ces critères sont l'incertitude scientifique et le risque hypothétique.

Ainsi, un critère essentiel est l'incertitude scientifique découlant des données scientifiques insuffisantes, peu concluantes, imprécises, ou de l'absence de consensus scientifique. De même, elle pourrait s'exprimer par la voix d'une opinion minoritaire ou dissidente¹⁰⁷. L'objet de l'incertitude scientifique, quant à lui, porte soit sur le lien de causalité entre les substances et leur impact, soit sur l'impact même. L'existence d'incertitudes scientifiques autorise l'évaluation des risques hypothétiques.

La Commission de l'Union européenne a identifié quatre volets de l'évaluation des risques¹⁰⁸ :

- l'identification du risque ;
- la caractérisation du risque (en termes qualitatifs et quantitatifs) ;
- l'évaluation de l'exposition (évaluation quantitative et qualitative de la probabilité d'exposition à l'agent étudié) ;
- la détermination des risques, qui est établie sur la base des trois phases précédentes et qui prend en compte les incertitudes et les hypothèses de chaque processus.

En ce qui concerne l'objet des risques, il y a des définitions plus ou moins restrictives. Les plus restrictives exigent un risque de dommage grave et irréversible, alors que les définitions moins restrictives n'exigent qu'un risque de dommage, voire une inquiétude raisonnable, un risque d'impact ou des effets potentiels.

Le rôle du principe de précaution est d'influencer la décision politique ; autrement dit, il est un instrument de décision.

Les décideurs politiques disposent d'une large palette de décisions, parmi lesquelles se trouvent le renversement de la charge de la preuve (considéré comme étant l'expression la plus extrême du principe de précaution), le financement des projets de recherche, l'information de l'opinion publique, la limitation de l'usage ou le contrôle de l'exploitation. Toutes ces mesures sont prises en fonction du niveau de risque acceptable par la société devant les supporter¹⁰⁹.

Néanmoins, ces mesures doivent respecter un certain nombre de critères :

- elles doivent être proportionnées au niveau de la protection recherchée ;
- elles ne doivent pas être arbitraires ou introduire une discrimination ;

¹⁰⁷ Cécile de Roany, *supra* note 52 à la p. 148.

¹⁰⁸ Union européenne, Commission des Communautés européenne, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, Doc. Off. COM (2000) 1. Voir l'Annexe III à la p. 30 portant sur les quatre volets de l'évaluation des risques.

¹⁰⁹ Cécile de Roany, *supra* note 52 à la p. 154.

- elles doivent être cohérentes avec des mesures similaires déjà adoptées ;
- elles doivent être révisables¹¹⁰.

VII. Les exigences du principe de précaution

Pour respecter le principe de précaution, un État doit remplir quelques conditions préalables. Ainsi, pour déterminer si une quelconque activité pourrait engendrer des dommages significatifs, il faut préalablement recourir à une évaluation de l'impact sur l'environnement¹¹¹. Dans son opinion individuelle, à l'occasion de l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*¹¹², le juge Weeramantry a proposé le principe international de l'évaluation continue de l'impact sur l'environnement¹¹³, à savoir une évaluation d'impact qui devrait être menée non seulement avant d'entamer une nouvelle activité, mais aussi tout au long du déroulement de l'activité envisagée. La *Convention d'Helsinki* prévoit à l'article 3, paragraphe 1h) l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement.

Une autre obligation serait celle de l'information préalable – et même la consultation préalable – des autres États intéressés. Ces obligations ont été reconnues depuis longtemps par les juridictions internationales. En effet, le devoir d'information a été établi dans l'affaire du *Détroit de Corfou*¹¹⁴ où la Cour a considéré que l'Albanie aurait dû révéler à l'Angleterre l'existence des mines dans le détroit. De même, dans l'affaire du *Lac Lanoux*¹¹⁵ (1957), il a été établi que la France était tenue par l'obligation de consultation de bonne foi envers l'Espagne à l'égard des droits des riverains. Cette obligation fait l'objet de la troisième partie de la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation*¹¹⁶ et aussi de la deuxième partie de la *Convention d'Helsinki*.

Finalement, nous estimons que le corollaire logique du principe implique l'obligation de l'État d'adopter les mesures les moins dangereuses pour l'environnement qui pourraient permettre d'atteindre l'objectif suivi par l'État. Dans ces conditions, il peut être soutenu que le principe de précaution implique une obligation positive, comme il ressort du libellé du principe tel qu'il est énoncé par la *Déclaration de Rio* : « l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la

¹¹⁰ *Ibid.* aux pp. 154-155.

¹¹¹ Jon M. Van Dyke, « Applying the Precautionary Principle to Ocean Shipments of Radioactive Materials » (1996) 27 *Ocean Devel. & Int'l L.* 381.

¹¹² *Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 94.

¹¹³ Stephen Stec et Gabriel Eckstein, « Of Solemn Oaths and Obligations: The Environmental Impact of the ICJ's Decision in the Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project » (1997) 8 *Y.B. Int'l Env. L.* 47.

¹¹⁴ *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, [1949] C.I.J. rec. 4.

¹¹⁵ *Affaire du Lac Lanoux*, Sentence arbitrale, 16 novembre 1957, *R.S.A.*, Vol. XII, p. 285.

¹¹⁶ *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation*, Rés. AG NU 51/229, Doc. Off. A/51/149, suppl. no 49 (2005), en ligne : CDI <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/8_3_1997_francais.pdf>.

dégradation de l'environnement »¹¹⁷. En fait, ces mesures préventives sont les mesures tendant à assurer une protection maximale pour l'environnement. Un problème se pose lorsque le seul moyen d'assurer l'objectif visé par l'État est l'adoption d'une mesure qui pourrait entraîner de graves conséquences pour lui, et lorsque, à défaut d'une variante plus protectrice pour l'environnement, l'État est tenu par une obligation d'abstention. Nous considérons qu'ici encore il s'agit d'une mise en balance des intérêts en cause, mais dans le cas où le risque serait considérable, il incombe à l'État une obligation d'abstention. Cette conclusion s'impose surtout dans le domaine des eaux douces qui affectent plusieurs États, et dont les intérêts doivent être considérés par l'État qui envisage le déroulement d'une activité potentiellement dangereuse.

VIII. Le principe de précaution et les eaux douces internationales

Pour apprécier l'application du principe de précaution dans le régime des eaux douces internationales, il faut tenir compte de la spécificité de celui-ci.

Ainsi, il a été affirmé que la notion de fleuve international est purement juridique. Elle désigne en fait une voie d'eau qui traverse le territoire de plusieurs États vers la mer, ou qui sert de frontière à ces États. De ce fait, le fleuve n'est pas soustrait à la souveraineté territoriale des États concernés, mais son régime international impose la nécessité de la création d'un régime conventionnel¹¹⁸. D'autres auteurs ont soutenu que le fleuve international apparaît comme une portion du territoire national sur laquelle l'État souverain exerce aussi bien son *dominium* que son *imperium*, mais sur lequel la souveraineté territoriale exercée est conditionnée par des règles de droit international posées la plupart du temps dans le cadre d'un traité¹¹⁹. Pour déceler les devoirs des États dans le domaine des cours d'eau douce internationaux, il faut présenter les théories qui ont été formulées à cet égard.

La théorie de la *souveraineté territoriale absolue*, ou bien la doctrine Harmon¹²⁰, considère que puisque l'État bénéficie de souveraineté territoriale sur la portion d'un fleuve international, il est en droit d'agir selon ses intérêts sans prendre en compte les intérêts des autres États riverains.

La théorie de l'*intégrité territoriale absolue*, elle, suppose que l'État dont le territoire est parcouru par un fleuve international qui passe ensuite par le territoire d'autres États est tenu de conserver intégralement le débit et la qualité de ce cours d'eau (Huber, Oppenheim).

La théorie de la propriété commune des eaux (*condominium* ou *coimperium*), quant à elle, a été critiquée puisqu'il était considéré que c'était bien établi dans le droit international que chacun des États riverains exerce sa souveraineté

¹¹⁷ *Déclaration de Rio*, *supra* note 56.

¹¹⁸ Hubert Thierry *et al. Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1984 à la p. 432.

¹¹⁹ Pierre-Marie Dupuy, *supra* note 78 à la p. 513; Thierry, *supra* note 118 à la p. 430.

¹²⁰ Dupuy, *ibid.* à la p. 56; Thierry, *ibid.* à la p. 438.

sur les sections du fleuve qui font partie de son territoire. « L'idée d'un condominium ou plutôt d'un *coimperium* leur est totalement étrangère »¹²¹.

La théorie qui considère qu'une servitude internationale grève le territoire d'un État au bénéfice d'un autre État a été écartée à cause des conséquences pratiques bien modestes qui en découlaient¹²².

Finalement, d'autres théories envisagent une solution équitable : la théorie de la souveraineté limitée et la théorie de l'intégrité territoriale limitée (Winiarski, Quint) ont été formulées¹²³.

C'est en 1958 que le principe de l'intégrité du bassin fluvial a été reconnu comme une théorie à part entière par Edmund Hartig ainsi que par A.W. Knauth, dans son deuxième rapport à l'ILA. Celui-ci a montré que chaque bassin fluvial forme une unité physique et économique, et que juridiquement il représente donc une seule notion. L'existence des frontières ne modifie pas cette situation. En conclusion, chaque État est souverain sur le secteur de fleuve qui se trouve sur son territoire dans la mesure où l'exercice de sa souveraineté n'équivaut pas à une revendication du fleuve entier (Das Kohärenzprinzip)¹²⁴. Cette unité naturelle, physique d'un cours d'eau engendre une communauté d'intérêts des États riverains¹²⁵.

Cette même conception a été adoptée par la CIJ dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, où la Cour a établi qu'il « ne saurait s'en suivre que la Hongrie aurait perdu son droit fondamental à une part équitable et raisonnable des ressources d'un cours d'eau international »¹²⁶.

De même, la Cour a repris le *dictum* de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'affaire de la *Navigation sur l'Oder* de 1929 :

La communauté des intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres.¹²⁷

Il s'ensuit que cette égalité des États dans l'utilisation d'un fleuve impose la prise en considération des intérêts de tous les États riverains lors de l'adoption d'une décision sur l'utilisation d'un cours d'eau international. En conclusion, le niveau de risque acceptable doit se rapporter à tous les États riverains, et non seulement à l'État riverain qui prend la décision.

¹²¹ Bohdan Winiarski, « Principes généraux du droit fluvial international » (1933) 3:45 R.C.A.D.I. 128.

¹²² *Ibid.* à la p. 129.

¹²³ Jacques Ballenegger, *La pollution en droit international : la responsabilité pour les dommages causés par la pollution transfrontière*, Lausanne, Imprimerie Vandoise, 1975 aux pp. 60-61.

¹²⁴ *Ibid.* à la p. 64.

¹²⁵ *Hildering*, *supra* note 36 à la p. 67.

¹²⁶ *Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 94.

¹²⁷ *Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder (Allemagne, Danemark, France, Royaume-Uni, Suède et Tchécoslovaquie c. Pologne)* (1929), C.P.J.I. (sér. A) n°23.

Cela signifie que les études d'impact sur l'environnement qui seront menées avant l'adoption de ladite décision doivent considérer l'impact que l'activité aura sur toute l'étendue du cours d'eau, ainsi que sur les possibles conséquences pour les territoires terrestres des États riverains.

De même, cette conclusion suppose l'obligation de notifier aux autres États riverains l'intention d'entamer une activité qui pourrait causer des dommages significatifs à l'environnement de ceux-ci, ainsi que la coopération entre les États riverains pour la détermination du niveau de risque acceptable.

Le principe de précaution a une importance particulière dans le domaine des eaux douces internationales, vu les multiples fonctions que celles-ci remplissent. En effet, l'eau est un bien social, économique et écologique, comme le démontre Antoinette Hildering. Si le principe de précaution est censé protéger l'eau plutôt sous son aspect écologique, nous estimons que toutes les fonctions d'un cours d'eau sont menacées par une approche non prudente de la part des États. Ainsi, tout changement dans la quantité ou la qualité des voies d'eau douce peut représenter une virtuelle menace pour les écosystèmes tout comme une dégradation des écosystèmes peut représenter une menace pour les ressources d'eau douce¹²⁸. De même, la dégradation des eaux souterraines peut engendrer de graves problèmes pour l'environnement, même si ceux-ci sont moins visibles.

IX. Le rapport entre la règle « *no harm* » et le principe de précaution

Certains auteurs ont démontré que si la pollution d'un cours d'eau international a son origine sur le territoire d'un État et cause un préjudice sur le territoire d'un État voisin, le premier État sera responsable, conformément aux règles coutumières sur la responsabilité, s'il a manqué à une obligation imposée par le droit international. Il est donc indispensable de connaître avec précision les devoirs des États dans ce domaine¹²⁹.

Dans le domaine de l'environnement en général, la jurisprudence internationale a confirmé l'existence d'une règle coutumière « *no harm* », règle qui s'applique également dans le domaine des eaux douces.

Ainsi, dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*¹³⁰ qui opposa les États-Unis au Canada, le tribunal arbitral a statué qu'aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage d'une telle manière que des fumées provoquent un préjudice sur le territoire d'un autre État ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses si le préjudice est prouvé à l'aide de preuves claires et convaincantes¹³¹.

¹²⁸ Hildering, *supra* note 36 à la p. 124.

¹²⁹ Jacques Ballenegger, *supra* note 124 à la p. 36.

¹³⁰ *Trail Smelter Case (États-Unis c. Canada)* (1941), 3 R.S.A. 1905.

¹³¹ Jean-Marc Lavieille, *supra* note 64 à la p. 66.

De même, la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* a reconnu « l'obligation pour tout État de ne pas utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹³².

Dans son *Avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour confirme que

l'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale, fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement.¹³³

Cette obligation est réaffirmée dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*. La conclusion qui en découle est que dans le domaine de la protection de l'environnement l'obligation de *due diligence* qui incombe aux États est particulièrement étendue et ferme.

Des auteurs ont même prôné une responsabilité pour risque (objective) dans ce domaine, responsabilité qui est d'habitude acceptée par ceux-ci lorsqu'elle peut être supportée à titre principal ou exclusif par des personnes privées, notamment par les entreprises¹³⁴.

La règle « *no harm* » a aussi été reprise dans les principales conventions conclues après 1990 se rapportant aux cours d'eau douce. Elle représente le vrai noyau de la *Convention d'Helsinki*. Le *Protocole de Londres* parle aussi de l'impact transfrontière. Enfin, dans la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, la règle « *no harm* » nous apparaît comme l'un des deux piliers du régime juridique des cours d'eau internationaux, l'autre pilier étant le principe de l'utilisation et de la participation équitables et raisonnables.

Nous allons maintenant analyser le rapport entre la règle « *no harm* », règle dont la valeur coutumière n'est plus contestée, et le principe de précaution.

Nous estimons que la règle « *no harm* » impose une obligation de résultat, à savoir l'obligation de ne pas porter atteinte, par le biais des activités exercées sur le territoire national, aux droits (à l'environnement) des autres États. L'obligation de résultat impose aux États l'atteinte d'un objectif préalablement fixé¹³⁵.

Par contre, l'obligation de comportement impose seulement l'adoption de certaines attitudes. Le critère de distinction entre les deux types d'obligations est la « réversibilité » qui caractérise l'obligation de résultat. En effet, même si un État n'a pas choisi la voie adéquate pour atteindre un certain résultat, il pourra toujours

¹³² Daillier, Pellet et Nguyen, *supra* note 67 à la p. 750.

¹³³ Jean-Marc Lavieille, *supra* note 64 à la p. 67.

¹³⁴ Daillier, Pellet et Nguyen, *supra* note 67 à la p. 750.

¹³⁵ *Ibid.* à la p. 216.

adopter une autre mesure si elle aboutit au résultat visé. L'exemple le plus connu est la règle d'épuisement des voies de recours internes. Conformément à cette règle, l'État a toujours la possibilité de réparer par ses propres moyens – ses organes juridictionnels – un manquement à une obligation internationale, et s'il réussit à réparer par ses propres moyens la violation de la règle, le fait n'est plus considéré comme étant un fait internationalement illicite.

L'obligation de comportement est, au contraire, irréversible, la responsabilité de l'État étant engendrée par l'adoption d'un comportement différent de celui imposé par la règle internationale. Les obligations de comportement sont en général plus précises. Nous estimons que malgré l'apparente imprécision du principe de précaution, celui-ci représente en effet une obligation de comportement.

Ainsi, la jurisprudence internationale a statué que « c'est un principe de droit international, voire une conception générale de droit que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer »¹³⁶. Dans la même affaire, la CPJI a consacré également le principe *restitutio in integrum*.

Si ces règles peuvent être efficaces dans le domaine du droit international classique, elles ne constituent pas des mesures adéquates pour le droit international de l'environnement. Étant donné que les dommages environnementaux se produisent lentement, les liens de causalité ne sont pas évidents et l'accumulation des conséquences de différentes activités peut produire, après des années, des dommages catastrophiques. Dans ces cas, il peut être impossible de cibler l'État responsable du dommage et, finalement, le dommage est lui-même irréparable.

De ce fait, de nouvelles règles ont été établies pour répondre aux exigences du droit de l'environnement. De ces règles, le principe de précaution est peut-être le plus développé.

La conséquence de la qualification du principe de précaution en tant qu'obligation de comportement est importante : l'adoption d'une mesure non prudente constitue elle-même un fait internationalement illicite et pourrait engendrer la responsabilité de l'État, sans devoir attendre qu'un résultat dommageable se produise. La jurisprudence internationale a accredité cette thèse seulement dans le cadre de mesures conservatoires, comme nous l'avons déjà montré (les affaires du *Thon*). Pourtant, le problème de responsabilité pour dommage éventuel ne s'est pas encore posé.

Les règles classiques du droit international ne sont plus adéquates pour donner pleinement effet au principe de précaution, comme l'a suggéré le juge Weeramantry. Dans son opinion individuelle lors de l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*¹³⁷, il a soutenu que l'accomplissement du devoir traditionnel de la Cour de décider *inter partes*, même s'il aboutit à rendre justice entre les parties litigantes,

¹³⁶ *Ibid.* à la p. 767; *Affaire relative à l'Usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne)*, (1928), C.P.J.I. (sér. A) n°17.

¹³⁷ *Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 94.

peut ignorer les droits et obligations *erga omnes*, surtout dans les cas relatifs aux dommages environnementaux de nature lointaine et irréversible.

D'une part, le principe de précaution en tant que règle du droit international impose aux États des obligations positives ou même négatives, la méconnaissance de ces obligations pouvant engendrer la responsabilité internationale. D'autre part, l'application du principe de précaution pourrait exonérer l'État de la responsabilité qui découle du fait de son manquement à une autre règle internationale, comme c'est le cas du test de nécessité environnementale.

* * *

Avant d'être des éléments du droit de l'eau douce, le test de nécessité environnementale et le principe de précaution font partie des institutions juridiques les plus discutées dans le droit international contemporain. Et cela à juste raison. Toutes les deux sont des expressions des tendances assez récentes du droit international : une tendance plus penchée sur l'aspect économique, qui poursuit le développement par l'intermédiaire de la liberté du commerce, et l'autre tendance qui vise la protection de l'environnement. Il y a, certes, une tension entre les deux tendances, même si de manière générale le concept du développement durable a été proposé comme « le principe de réconciliation »¹³⁸ entre le principe du développement et celui de la protection de l'environnement. Mais, à un niveau plus particulier, divers mécanismes juridiques sont mis en fonction pour résoudre cette tension. La nécessité environnementale autant que le principe de précaution font partie de cette catégorie. En ce qui concerne le test de nécessité environnementale, il est une soupape pour que la liberté du commerce ne mène pas à des conséquences dommageables irréversibles pour l'environnement. Le principe de précaution touche aussi à une question économique. Il impose, dans la plus grande partie des cas, de faire des dépenses pour prévenir un risque qui peut être hypothétique. Nous savons bien que le refus des États-Unis d'accepter le *Protocole de Kyoto* a été motivé par les coûts économiques et sociaux trop élevés qui ne seraient pas justifiés par la science. Or, qu'est-ce que cela représente sinon la contestation du principe de précaution? Les deux institutions sont, en quelque sorte, les deux côtés de la même médaille. La première constitue l'effort du droit du commerce de s'adapter aux nouvelles exigences environnementales, tandis que la deuxième représente la tentative du droit de l'environnement d'assurer que le développement économique et la logique du profit n'affectent pas l'environnement.

D'autre part, le statut du droit international de l'eau douce est encore incertain. La *Convention de New York* n'est toujours pas entrée en vigueur. La *Convention d'Helsinki* et les règles coutumières traitent plutôt des questions générales, comme le principe « *no harm* » ou l'utilisation équitable. Avec leur

¹³⁸ Opinion individuelle du vice-président Weeramantry jointe à l'arrêt du CIJ du 25 septembre 1997, rendu dans l'affaire Gabcikovo-Nagymaros.

souplesse, le test de nécessité environnementale et le principe de précaution, appliqués dans des cas individuels, pourraient apporter quelques clarifications dans le domaine des eaux douces, et non seulement sur les questions classiques de celui-ci, mais aussi sur les points encore contestés dont, notamment, le droit d'accès à l'eau et les garanties pour la qualité de l'eau.