



ECOLOGIC POLICY AND LAW

Journal of Trade and Environment Studies

Inaugural
Issue
2004-1

Published by EcoLomics International
16, bd des Philosophes, 6th floor
1205 Geneva, Switzerland
www.EcoLomics-International.org
trade.env@EcoLomics-International.org

All rights reserved. This publication may be reproduced in whole or in part in any form for educational or nonprofit uses, without special permission, provided acknowledgement of the source is made.

Janvier 2004

Le Principe de précaution dans le commerce international - à propos de l'évolution du Principe 15 de la Déclaration de Rio

*Makane Moïse MBENGUE **

* Doctorant et assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève, Département de Droit international public et organisation internationale. Cette recherche a été rendue possible grâce au financement du Fonds National Suisse.

Une version préliminaire a été présentée au Colloque interdisciplinaire « de Rio à Johannesburg : une réflexion sur les fondations institutionnelles du commerce mondial, Institut universitaire d'études en développement (IUED), Genève, 14 et 15 juin 2002. Une version abrégée a été présentée au Symposium public de l'OMC, 16-18 juin 2003.

Résumé

La précaution part du principe que l'absence de certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour différer les décisions, s'il y a danger de dommage grave ou irréversible pour l'environnement et/ou la santé humaine. La précaution est une technique juridique singulière pour répondre aux défis de la société contemporaine en matière environnementale et sanitaire. L'absence d'une définition juridique généralement acceptée de la précaution relativise, il est vrai, cette singularité. La précaution est au cœur du droit international du développement durable. Ceci étant, la dimension et la place à accorder à la précaution dans les mesures de restriction du commerce à des fins de protection de l'environnement et de la santé restent un casse-tête. Les Etats membres de l'OMC n'appréhendent pas tous de la même manière la précaution. Le statut de la précaution oscille ainsi entre simple approche et principe général du droit international. Néanmoins, la précaution peut jouer un rôle fondamental dans l'intégration des considérations environnementales et sanitaires au sein du commerce international. Pour ce faire, il est nécessaire d'éviter et de prévenir tout recours abusif à la précaution. La finalité de ce principe n'est point de développer le protectionnisme, la discrimination et les restrictions déguisées au commerce international.

Introduction: Comprendre la précaution...

La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement est pionnière dans le processus de cristallisation du principe de précaution¹. Son Principe 15 stipule que "pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement". Les jalons d'un nouvel équilibre entre développement économique et protection de l'environnement sont ainsi posés. La Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain de 1972 ne faisait pas mention de la précaution. L'énoncé du principe 15 constitue un socle fondamental pour la caractérisation et la fonction du principe de précaution dans l'ordre international.

Les grandes catastrophes (telle celle de Tchernobyl) et les grandes incertitudes (tel le phénomène des changements climatiques) ont conduit à évaluer et à concevoir d'autres paramètres d'action étatique dans la sphère internationale. La précaution est un instrument qui insuffle une nouvelle dynamique à la protection de

¹ Il faut relever cependant que la Déclaration de Rio n'est pas le premier instrument international à faire référence au principe de précaution. Voir par exemple, la Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux en Afrique et le contrôle de leurs mouvements transfrontières du 30 janvier 1991 (art. 4).

l'environnement dans le système juridique international². La précaution essentiellement centrée sur le caractère incertain des effets de l'activité humaine, met en relief la nécessité de prendre en compte les effets potentiels et futurs. Elle est une technique d'anticipation dans la mesure où elle cherche à régir des situations non survenues et qui ne surviendront peut être jamais³.

La précaution demande aux décideurs aux échelons locaux, nationaux et internationaux, en cas d'incertitude ou de désaccord scientifique sur les conséquences d'une activité humaine, de coopérer entre eux. Ils doivent également le faire avec tous les autres acteurs intéressés, dans la conduite d'études d'impact et la prise de mesures effectives et efficaces destinées à interdire temporairement ou définitivement l'activité en cause. Cela devrait aussi conduire à la réduction ou à l'élimination des risques de dommage potentiel à l'environnement, à la santé et de façon générale à tout ce qui a trait à la sécurité, à l'intégrité et à la survie des personnes physiques. Dans ce processus, des voies de recours judiciaires doivent être instituées pour garantir la transparence du processus décisionnel. De tels mécanismes devraient également organiser les questions de charge de la preuve et éventuellement prévoir le renversement du fardeau de la preuve⁴.

La précaution est une technique juridique singulière pour répondre aux défis de la société contemporaine en matière environnementale et sanitaire. L'absence d'une définition juridique généralement acceptée de la précaution relativise, il est vrai, cette singularité. Néanmoins, quatre critères fondamentaux d'application juridique de la précaution sont généralement contenus dans les instruments internationaux.⁵ Leur réunion commande *prima facie* l'adoption d'une attitude de précaution.

- **Le risque:** C'est la matrice de la précaution. Le risque est un danger éventuel plus ou moins prévisible pouvant causer un dommage. Le risque est donc par essence aléatoire. La précaution s'est développée en droit international avec la prise en considération d'une catégorie nouvelle et spéciale de risques : les risques écologiques⁶.

La principale difficulté liée au critère du risque réside dans son évaluation. Autrement- dit se pose la question de l'évaluation du risque, c'est-à-dire de la quantification de la probabilité de survenance du risque mais aussi de sa qualification. Le droit international n'apporte pas de réponse précise. Toutefois, la pratique internationale donne des indications des conditions dans lesquelles une

² L. Boisson de Chazournes, "Faire entrer le doute dans le droit", in *Bio Tech forum, Le principe de précaution pour mieux gérer les incertitudes*, n° 3, Septembre 2001, pp. 10-11.

³ L. Boisson de Chazournes, "Le principe de précaution: Nature, contenu et limites". In *Le principe de précaution: Aspects de droit international et communautaire*, sous la direction de Charles Leben et Joe Verhoeven, Paris, Pedone, 2002, pp. 65-94.

⁴ *Ibid.*

⁵ Les développements relatifs à ces quatre critères sont repris en grande partie de L. Boisson de Chazournes: "Le principe de précaution". Travaux d'une Table ronde *La précaution*, organisée par le Réseau Environnement de Genève, 16 mai 2002, Maison internationale de l'environnement, Genève, pp. 10-13.

⁶ N. de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution (Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement)*, Bruylant/AUF, 1999, pp. 174-176.

évaluation des risques peut être conduite de manière objective⁷. Schématiquement, quatre étapes majeures devront être respectées dans l'évaluation des risques: l'identification des dangers⁸, leur caractérisation⁹, l'appréciation de l'exposition¹⁰ et la caractérisation des risques¹¹.

- **Le dommage:** Le risque comprend à la fois l'aléa et le dommage. Il ne peut pas y avoir de risque en soi. Le dommage est généralement qualifié en fonction d'un seuil de gravité qui limite l'application de la précaution. Ce seuil de gravité fait référence aux concepts de « gravité » et d'« irréversibilité ». Se pose également pour le dommage des difficultés d'évaluation et de gestion. La technique de la conduite d'impact constitue dans ce contexte un moyen pertinent de mise en œuvre de la précaution.

- **L'incertitude scientifique:** L'incertitude est érigée au rang de condition *sine qua non* d'application, voire de légitimation du principe de précaution. Ce dernier se distingue essentiellement du principe de prévention par la référence à cet élément. Le « modèle préventif » est obligé constamment de s'appuyer sur la science et son expertise qui sont les seules à permettre une certaine objectivation des risques encourus. Que renferme le critère de l'incertitude scientifique ? Mène-t-il à une société où l'activité économique et technologique serait inerte ? La réponse est négative. La mesure de précaution doit s'arrimer sur un minimum de connaissances, c'est-à-dire sur des bases scientifiques présentant une certaine consistance. La précaution dicte une réévaluation constante des risques et par ce biais, une réadaptation et une révision régulières des décisions prises au nom de la protection de l'environnement et de la santé humaine. Les mesures de précaution s'assoupliront au fur et à mesure d'une meilleure identification quantitative et/ou qualitative du risque en cause et d'une meilleure aptitude à le gérer et à le maîtriser. Toutefois, il faut le reconnaître, le droit gère difficilement l'incertitude et celle-ci a plus à attendre de réponses politiques que de déductions juridiques.

- **Les capacités différentes:** La prise en compte des capacités permet de mettre en rapport le principe de précaution avec une approche de proportionnalité au regard du statut d'un État¹². Des États de niveaux de développement différents ne sauraient être soumis aux mêmes exigences concernant la mise en œuvre de la

⁷ Voir par exemple, les pratiques envisagées dans le cadre du Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la biodiversité biologique, du Codex Alimentarius et de l'Accord sur les Mesures Sanitaires et Phytosanitaires (OMC).

⁸ C. Noiville, N. de Sadeleer, "La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres. Le droit entre enjeux scientifiques et politiques", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n° 2, 2001, p. 398. Pour ces derniers, l'identification des dangers "consiste à mettre au jour les effets d'un agent biologique, chimique ou physique sur la santé humaine ou sur l'environnement...".

⁹ La caractérisation du danger "a pour objectif de déterminer la nature et la sévérité des effets nocifs pour la santé ou pour l'environnement..." (*Ibid.*, p. 398).

¹⁰ L'évaluation de l'exposition cherche à déterminer "comment les groupes à risque et les différentes composantes de l'environnement seront exposées aux effets de la substance ou de l'agent..." (*Ibid.*, p. 399).

¹¹ La caractérisation du risque "...consiste à déterminer [...] la probabilité de la fréquence et de la gravité des effets néfastes connus ou potentiels de l'agent ou de la substance sur l'environnement ou la santé..." (*Ibid.*, p. 399).

¹² Voir Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée telle qu'amendée qui prévoit que "les Parties appliquent en fonction de leurs capacités le principe de précaution..." (art. 4, § 3).

précaution. S'agissant de l'évaluation des risques et de l'évaluation des dommages, les États n'ont pas à accès aux mêmes techniques et donc le contenu et la fiabilité des résultats ne peuvent que varier d'un État à un autre. *A fortiori*, les mesures de précaution ne peuvent elles aussi que varier d'un État à un autre. La proportionnalité se détermine ici en fonction des capacités c'est-à-dire des moyens humains, financiers, économiques, technologiques dont dispose chaque État pour appréhender un risque et le gérer au mieux.

La place du principe de précaution dans de nombreuses conventions ne préjuge pas de sa valeur juridique. En effet, ce n'est pas parce qu'il est affirmé dans le dispositif d'une convention que le principe de précaution est nécessairement un principe de droit positif. Une autre question est celle de son statut en droit international général. Aucune juridiction internationale ne s'est jusqu'alors prononcée sur ce statut, que ce soit la Cour internationale de Justice, l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC ou le Tribunal international du droit de la mer.

S'il n'a pas encore acquis un statut clair en droit positif, on doit néanmoins considérer le principe de précaution comme une norme coutumière en formation¹³. En témoignent son insertion dans de nombreux instruments de droit international et de droit interne, sa prise en compte par la Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁴ et par les tribunaux nationaux. Le seul obstacle important réside dans son acceptation par l'ensemble de la communauté internationale en tant que principe de droit international général.

Sur le plan formel, il est difficile de déterminer avec précision ce que le droit international entend par principe de précaution. La précaution agit-elle comme un « standard », une « approche » ou un « principe proprement dit » ? Cette question est secondaire, voire même inutile, dans la mesure où quelque soit la formulation adoptée dans les instruments internationaux, la précaution renvoie constamment à la même obligation juridique: celle de prendre en compte le caractère incertain de l'impact sur l'environnement et la santé de certaines activités humaines notamment économiques.

Le principe de précaution doit être analysé comme une symbiose tant d'obligations de moyen que d'obligations de résultat. Obligation de moyen (à savoir l'obligation pour chaque État de déployer de bonne foi tous les moyens existants pour réduire ou éliminer un risque potentiel sans qu'un seuil de protection environnementale obligatoire ne soit fixé), lorsqu'il fait référence aux capacités des États dans la prise de mesures mais aussi quand est mentionné le « rapport coût-efficacité » des mesures de précaution envisagées. Dans cette hypothèse, les moyens à mettre en œuvre pour respecter l'approche de précaution varient en fonction de leur coût, notamment économique, et de leur efficacité à prévenir la dégradation de l'environnement.

En tant qu'obligation de résultat (à savoir l'obligation pour tous les États d'atteindre un seuil spécifique de protection environnementale déterminé préalablement), le principe de précaution impose une obligation d'empêcher les effets néfastes éventuels sur l'environnement. A l'extrême, le principe peut conduire à mettre en place un moratoire, l'activité proposée étant interdite tant que son

¹³ L. Boisson de Chazournes, "Le principe de précaution: Nature, contenu et limites", *op. cit.*

¹⁴ N. de Sadeleer, "Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la règle", *Cahiers de droit européen*, n° 1-2, 2001, pp. 91-132.

innocuité n'a pas été prouvée. C'est dans ce cadre que certaines conventions internationales organisent un renversement de la charge de la preuve.

Le principe de précaution trouve son ancrage dans le droit international de l'environnement. Il évolue au sein de ce *corpus juris* avec d'autres principes fondamentaux tels que le principe de l'équité intergénérationnelle¹⁵ et le principe de participation populaire¹⁶, révélant les diverses facettes de la promotion du développement durable.

Le principe de précaution offre l'image d'une relation particulière de l'international et du national. Il trouve application dans la sphère internationale, exigeant une plus grande coopération entre les acteurs étatiques ainsi que dans la sphère nationale, confrontant les décideurs à une opinion publique de plus en plus exigeante sur les mesures à adopter pour gérer les menaces et risques qui se font jour.

Le principe 15 de la Déclaration de Rio a connu une forte évolution dans l'ordre juridique international. La Déclaration de Rio visait principalement à établir un nouvel ordre mondial de développement plus respectueux des considérations environnementales à travers le concept de développement durable. Le principe 15 au-delà de la seule protection de l'environnement va connaître une opérationnalisation ou une mise en œuvre spécifique dans certains accords environnementaux multilatéraux postérieurs à la Déclaration de Rio et va par ricochet jouer un rôle de principe directeur dans le commerce international¹⁷. Cependant ce rôle s'apprécie différemment selon que l'on se situe dans le système des Accords multilatéraux environnementaux (AEM) "à texture commerciale" ou dans le système commercial multilatéral représenté par l'OMC.

¹⁵ Voir Principe 3 de la Déclaration de Rio: « Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures ».

¹⁶ Voir Principe 10 de la Déclaration de Rio : « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré ».

¹⁷ Il convient de mentionner toutefois que la Déclaration de Rio n'est pas indifférente à la problématique du commerce international. En effet, le Principe 12 de la Déclaration stipule que "les Etats devraient coopérer pour promouvoir un système économique international ouvert et favorable, propre à engendrer une croissance économique et un développement durable dans tous les pays, qui permettrait de mieux lutter contre les problèmes de dégradation de l'environnement. Les mesures de politique commerciale motivées par des considérations relatives à l'environnement ne devraient pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée aux échanges internationaux...".

I) La primauté de la précaution dans les AEM "à texture commerciale"

I.1.) Le Protocole de Cartagena: La précaution, principe directeur dans le commerce international d'organismes génétiquement modifiés (OGM)

Le Protocole de Carthagène (ou Protocole de Cartagena) sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (ci-après Protocole de Carthagène) adopté en janvier 2000 et entré en vigueur en Septembre 2003, régit le commerce international des organismes vivants modifiés (dont font partie certaines catégories d'OGM) sans toutefois déterminer clairement son lien avec les Accords de l'OMC¹⁸. Il ne sera en tout état de cause pas ratifié par tous les Etats membres de l'OMC (notamment par les Etats-Unis). Cela n'éclipse pas la possible survenance de différends entre Etats membres de l'OMC, parties ou non¹⁹ au Protocole de Carthagène, à propos d'éventuelles restrictions au commerce international des OGM.

Le Protocole de Carthagène marque une étape importante dans l'opérationnalisation du principe de précaution²⁰. L'article 1er précise en effet que "conformément au principe de précaution, l'objectif [...] est de contribuer à assurer un degré adéquat de protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des organismes vivants modifiés résultant de la biotechnologie moderne qui

¹⁸ Le récépissé du Préambule du Protocole de Cartagena est ambigu sur sa relation avec d'autres accords internationaux notamment ceux de l'OMC: Estimant que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable [...] Soulignant que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur [...] Considérant qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux ». Voir sur la question, R. Romi, "Le Protocole sur la biosécurité: une étape vers l'écologisation des échanges économiques internationaux", *Les petites Affiches*, n° 115, 9 juin 2000, p. 4; S. Maljean-Dubois, "Le Protocole de Carthagène sur la biosécurité et le commerce international des organismes génétiquement modifiés", *L'Observateur des Nations Unies*, n° 11, automne-hiver 2001, pp. 41-66;

¹⁹ D. A. Motaal, "Multilateral Environmental Agreements (MEAs) and WTO Rules. Why the "Burden of Accommodation" Should Shift to MEAs?", *Journal of World Trade*, vol. 35, n° 6, December 2001, p. 1216. Comme l'explique cet auteur, "some WTO Members have feared that one of the following two types of conflicts could arise and migrate to the WTO for resolution: (1) a dispute between two parties to an MEA, who are both members of the WTO, over a trade-related measure taken in pursuance of the MEA which violates WTO rules. For instance, two parties to an MEA could disagree over how to interpret a specific provision of an MEA, or one party could contest a measure taken by another under a specific part of an MEA that it has not itself signed (such as an amendment or a decision to it). It has been argued by some WTO Members that since MEAs generally do not have dispute settlement provisions as powerful as those of WTO, such disputes would be likely to migrate to the WTO for resolution; and (2) a dispute between a party and a non-party to an MEA, both of whom are also members of WTO, over a trade-related measure taken in the context of the MEA, with an effect on non-parties. It has been argued that the non-party to the MEA would have no choice but to bring the dispute to the WTO since the MEA's dispute settlement provisions would not be available to it as a non-party".

²⁰ L. Boisson de Chazournes, U. Thomas et als., "The Biosafety Protocol: Regulatory Innovation and Emerging Trends", *Swiss Review of International and European Law*, n° 4, 2000, pp. 513-557.

peuvent avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine...".

Le contenu et la portée du principe de précaution ont fait l'objet d'âpres débats durant les négociations relatives au Protocole de Cartagena, témoignant que ce principe que certains considèrent comme coutumier n'est pas des plus consensuels.

Le Protocole de Carthagène érige le principe de précaution au rang de principe directeur dans le commerce international des OGM. Comme le stipule son article 10, paragraphe 6 : " l'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la Partie importatrice, compte tenu également des risques pour la santé humaine, n'empêche pas cette Partie de prendre comme il convient une décision concernant l'importation de l'organisme vivant modifié en question [...] pour éviter ou réduire au minimum ces effets défavorables potentiels"²¹.

L'approche de précaution doit être appliquée tant au niveau de l'évaluation des risques liés aux OGM que de la gestion des risques potentiels identifiés ou non au terme de l'évaluation. Le Protocole de Cartagena se distingue ainsi particulièrement de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) de l'OMC. Ce dernier accorde la primauté à la preuve scientifique de la nécessité de protéger l'environnement par des mesures de restriction du commerce international. La précaution ne bénéficie que d'un rang secondaire et aléatoire dans l'évaluation des risques au titre de l'Accord SPS comme on le verra plus loin.

L'exigence de la précaution au stade de l'évaluation des risques dans le Protocole de Cartagena est perceptible au niveau des principes généraux contenus dans l'Annexe III relative à l'évaluation des risques. Aux termes du paragraphe 4 de cette annexe, " il ne faut pas nécessairement déduire de l'absence de connaissances ou de consensus scientifiques la gravité d'un risque, l'absence de risque, ou l'existence d'un risque acceptable".

²¹ Voir aussi l'article 11 du Protocole de Cartagena qui porte sur la procédure à suivre pour les organismes vivants modifiés destinés à être utilisés directement pour l'alimentation humaine ou animale, ou à être transformés. Aux termes de son paragraphe 8 " L'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la Partie importatrice, compte tenu également des risques pour la santé humaine, n'empêche pas cette Partie de prendre comme il convient une décision concernant l'importation de cet organisme vivant modifié s'il est destiné à être utilisé directement pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformé, pour éviter ou réduire au minimum ces effets défavorables potentiels".

1.2.) La Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (POP): La précaution, principe directeur dans le commerce international des pesticides

La Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants²² (ci-après Convention de Stockholm ou Convention POP) constitue à ce jour le projet le plus ambitieux à l'échelle internationale de lutte contre les effets nocifs des substances chimiques sur l'environnement et la santé humaine.

De tous les polluants rejetés dans l'environnement du fait des activités humaines, les polluants organiques persistants, ou POP, sont parmi les plus dangereux. Ils sont extrêmement toxiques, et entraînent une quantité d'effets nocifs, parfois la mort, la maladie, ainsi que des malformations congénitales chez l'homme et chez l'animal. Ils provoquent notamment des cancers, des allergies et une hypersensibilité, endommageant les systèmes nerveux centraux et périphériques, et causant des dysfonctionnements de l'appareil reproducteur et du système immunitaire.

Les POP sont, soit utilisés comme pesticides, consommés dans l'industrie, ou générés comme sous-produits au cours de différents processus industriels. La Convention de Stockholm vise principalement à limiter le commerce international de certains pesticides contenant des substances chimiques réglementées. Elle met en exergue l'importance et la nécessité de la précaution dans les politiques juridiques internationales de protection de l'environnement et de la santé humaine²³. Sans aboutir à considérer *expressis verbis* la précaution comme un véritable principe juridique, la Convention s'y réfère comme base fondamentale de la volonté de régulation des polluants organiques persistants.

Aux termes de l'article premier "*compte tenu de l'approche de précaution énoncée dans le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, l'objectif de la [...] Convention est de protéger la santé humaine et l'environnement des polluants organiques persistants*".

Le principe de précaution est opérationnalisé dans la Convention de Stockholm en ce sens que toute une procédure est instituée afin de permettre l'inscription de nouvelles substances chimiques à propos desquelles des doutes existent quant aux risques potentiels qu'elles font peser sur la santé et l'environnement. Ainsi, les listes des Annexes A, B et C ne sont pas limitatives. Elles peuvent être étendues au fur et à mesure des progrès scientifiques mais aussi des incertitudes scientifiques sur les conséquences de la production, de l'utilisation, du stockage et des déchets d'autres substances chimiques.

La Convention établit une procédure d'inscription de substances chimiques aux Annexes A, B et C qui offre de ce fait une perspective originale et pragmatique de mise en œuvre du principe de précaution. Tout État partie à la Convention peut présenter une proposition d'inscription d'une substance chimique. Cette proposition doit comporter un certain nombre d'informations²⁴ relatives d'une part à l'identité de

²² Convention adoptée le 22 mai 2001 à Stockholm. Voir négociations et texte de la Convention sur <http://www.unep.org>. Il convient de rappeler, par ailleurs, que la Convention POP suit le processus de l'Action 21 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, notamment en son Chapitre 19 qui a trait à la "*gestion écologiquement rationnelle des substances chimiques toxiques, y compris la prévention du trafic international illicite des produits toxiques et dangereux*".

²³ M. M. Mbengue, "La Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants", in *L'Observateur des Nations Unies*, n° 11, Automne-Hiver 2001, pp.67-87.

²⁴ C'est l'Annexe D de la convention de Stockholm qui détermine les informations requises.

la substance chimique²⁵ et d'autre part aux critères de sélection d'une substance chimique c'est-à-dire substantiellement et cumulativement la persistance²⁶, la bioaccumulation²⁷, le potentiel de propagation à longue distance dans l'environnement²⁸ et les effets nocifs²⁹.

L'examen de la proposition et l'application des critères de sélection doivent être conduits de manière souple et transparente³⁰. Une fois que le Comité d'étude des polluants organiques persistants³¹ ou la Conférence des Parties³² ont décidé de donner suite à la proposition d'inscription, le premier procède à un nouvel examen de la proposition en établissant cette fois un projet de description des risques.

Le risque en tant que matrice du principe de précaution doit être évalué pour assurer une application efficace de ce principe. Comme l'indique la Convention de Stockholm "le but de l'examen est d'évaluer si une substance chimique est susceptible, du fait de sa propagation à longue distance dans l'environnement, d'avoir des effets nocifs importants sur la santé humaine et/ou l'environnement, justifiant l'adoption de mesures au niveau mondial"³³. Le descriptif des risques établi par la convention a pour fonction de compléter et d'évaluer les informations fournies par un Etat sur la base de l'Annexe D. Ce descriptif comporte dans la mesure du possible des informations ayant trait aux sources, à l'évaluation du danger, au devenir dans l'environnement de la substance visée, à des données de surveillance, à l'exposition en des points déterminés, aux évaluations ou descriptifs nationaux et

²⁵ L'Annexe D § 1, al. a) précise les éléments d'identification de la substance chimique : appellations, y compris appellation(s) commerciale(s), nom(s) de marque(s) et synonymes, numéro de fichier du Service des résumés analytiques de chimie (CAS), appellation de l'Union internationale de chimie pure et appliquée (UICPA), structure, y compris spécification des isomères, le cas échéant, et structure de la classe chimique.

²⁶ Annexe D, § 1, al. b). La persistance implique pour l'État demandeur d'apporter la preuve que la demi-période de vie de la substance chimique dans l'eau est supérieure à deux mois, ou que dans le sol elle est supérieure à six mois, ou que dans les sédiments elle est supérieure à six mois, ou que la substance est suffisamment persistante pour en justifier l'examen dans le cadre de la convention.

²⁷ Annexe D, § 1, al. c). La bioaccumulation exige que la preuve soit faite que le facteur de bioconcentration ou le facteur de bioaccumulation correspondant à la substance chimique dans les espèces aquatiques est supérieure à 5, que la substance chimique donne d'autres motifs de préoccupation, comme une bioaccumulation élevée dans d'autres espèces ou une toxicité ou écotoxicité élevée, ou des données provenant de la surveillance des biotes indiquant que le potentiel de bioaccumulation de la substance est suffisant pour en justifier l'examen dans le cadre de la convention.

²⁸ Annexe D, § 1, al. d). Le potentiel de propagation à longue distance dans l'environnement implique de démontrer que des concentrations de la substance chimique relevées en des lieux éloignés des sources de rejet sont potentiellement préoccupantes, que des propriétés de la substance du point de vue de son devenir dans l'environnement et/ou résultats de modèles prouvent qu'elle peut être propagée dans l'environnement sur de longues distances par l'air, l'eau ou des espèces migratrices, et aboutir à un environnement récepteur en des lieux éloignés des sources de rejet.

²⁹ Annexe D, § 1, al. e). La preuve doit aussi être faite d'effets nocifs sur la santé humaine ou l'environnement ou de données de toxicité ou d'écotoxicité justifiant l'examen de la substance dans le cadre de la Convention.

³⁰ Article 8 § 3. La convention institue une procédure d'examen véritablement démocratique et transparente afin de garantir un maximum de précaution dans l'inscription d'une substance chimique. Se référer à l'article 8 § 4 qui prévoit qu'en cas de rejet d'une proposition par le Comité, un État peut de nouveau la présenter à ce dernier et en cas d'échec contester la décision du Comité pour que la Conférence des Parties examine la question à sa session suivante.

³¹ Article 8 § 2.

³² La Conférence des Parties est instituée par l'article 19.

³³ Annexe E de la convention de Stockholm.

internationaux des risques et à l'étiquetage, au statut de la substance chimique au regard des conventions internationales³⁴.

Sur la base du descriptif des risques, le Comité ou la Conférence des Parties décident ou non de donner suite à la proposition et d'envisager l'inscription de la substance chimique en question aux Annexes A, B et/ou C indifféremment de "*l'absence de certitude scientifique absolue*"³⁵ mais au contraire en tenant dûment compte de toute incertitude scientifique et en agissant "*de manière précautionneuse*"³⁶.

II) La reconnaissance floue de la précaution au sein du système OMC

La dimension et la place à accorder à l'incertitude scientifique dans les mesures de restriction du commerce à des fins de protection de l'environnement et de la santé restent un casse-tête. Le principe de précaution tel que découlant de la Déclaration de Rio implique qu'un Etat membre de l'OMC puisse prendre des mesures de restriction du commerce international lorsqu'il existe une incertitude sur le risque que présentent certains produits pour l'environnement et *in extenso* pour la santé humaine³⁷. Les organes de règlement des différends de l'OMC n'ont pas consacré une telle portée au principe de précaution.

Ceci découle du fait que le statut du principe de précaution en droit international est encore imprécis. Les Etats membres de l'OMC ne l'appréhendent pas tous de la même manière. Pour les pays en développement, le principe de précaution légitimerait un protectionnisme déguisé et une clôture des marchés des pays riches par rapport aux produits importés des pays pauvres.

Moins centrés sur les implications du principe de précaution en termes de politique commerciale, les pays développés s'opposent sur la valeur juridique d'un tel principe pour le système commercial multilatéral. En d'autres termes, le principe de précaution pourrait-il légitimer un Etat membre de l'OMC à restreindre les importations d'un produit donné sur son territoire du fait de l'incertitude quant au(x) risque(s) que peut présenter ce produit pour l'environnement et la santé? Pour l'Union européenne, le principe de précaution est une règle coutumière générale du droit international ou du moins un principe général de droit. Ce qui impliquerait que le principe de précaution est applicable et opposable dans le système OMC, car reconnaître au principe de précaution un statut de principe général du droit international, revient à reconnaître qu'il s'impose à tout le système juridique international auquel fait partie le droit de l'OMC³⁸. Pour les Etats-Unis, le principe de

³⁴ Annexe E, al. a) à g).

³⁵ Article 8, § 7, al. a).

³⁶ Article 8, § 9.

³⁷ L. Boisson de Chazournes, "Faire entrer le doute dans le droit", in *Bio Tech forum, Le principe de précaution: pour mieux gérer les incertitudes*, septembre 2001, pp. 10-11.

³⁸ G. Marceau, "A Call for Coherence in International Law", *Journal of World Trade*, 1999, vol. 33, pp. 87-157.

précaution au contraire est une simple approche. Par conséquent, les Etats membres de l'OMC ne seraient liés par aucune obligation juridique de précaution. Aucun Etat membre de l'OMC ne serait tenu juridiquement de restreindre le commerce international d'un produit au nom du risque que pourrait présenter ce produit pour l'environnement et la santé. Le principe de précaution ne peut s'imposer à titre de principe général par rapport aux droits et obligations négociés dans le cadre des Accords de l'OMC étant donné que ces derniers ne l'ont pas explicitement prévus.

L'Organe d'appel de l'OMC lors du célèbre différend sur les "hormones" entre d'une part la Communauté européenne et d'autre part les Etats-Unis et le Canada, s'est refusé à prendre position sur le statut du principe de précaution. D'après l'Organe d'appel,

le statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges. Certains considèrent que le principe de précaution est devenu un principe général du droit international coutumier de l'environnement. La question de savoir s'il est admis par les Membres [de l'OMC] comme principe de droit international coutumier ou général est moins claire...il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position au sujet de cette question importante mais abstraite...le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité³⁹.

La tendance est nette: le droit international de l'environnement ou celui de la santé ne sauraient influencer de manière systématique le droit de l'OMC. La valeur et le statut du principe de précaution en droit international de l'environnement n'est pas opposable *ipso jure* et *ipso facto* aux Etats Membres de l'OMC.

Pourtant, la protection internationale de l'environnement exige un changement de paradigme dans les politiques publiques internationales. Elle exige de l'anticipation. Les cas de vache folle, les données sur les changements climatiques, la fragilité de la biodiversité entre autres, démontrent que la protection de l'environnement nécessite que l'incertitude soit érigée au rang de critère fondamental et déterminant du processus décisionnel et ce même dans le champ des mesures commerciales internationales. Or le système commercial multilatéral a pour socle d'autres valeurs: celles de la sécurité et de la prévisibilité du système. L'incertitude perturberait cet équilibre sur lequel a été bâti l'OMC. Dès lors l'avenir du principe de précaution est lui-même incertain au sein de l'OMC.

Selon l'Organe d'appel de l'OMC, le principe de précaution n'a pas été incorporé dans l'Accord SPS comme motif justifiant des mesures SPS⁴⁰. Ainsi, la notion de "risque scientifique identifiable"⁴¹ développée par le Groupe spécial dans cette affaire a prédominé sur celle de "risque scientifiquement incertain" intrinsèque au principe de précaution. L'Organe d'appel déclare que "l'obligation de procéder à une évaluation des risques, qui est faite à l'article 5:1 [de l'Accord SPS], et la

³⁹ *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, rapport du 16 janvier 1998, Doc. WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, par. 123.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 124.

⁴¹ *Ibid.*, par. 186.

prescription relative aux "preuves scientifiques suffisantes" énoncée à l'article 2:2⁴² [de l'Accord SPS], sont essentielles pour maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'Accord SPS entre les intérêts partagés quoique divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains"⁴³.

Subséquemment, dans l'affaire *Japon-Mesures visant les produits agricoles*, l'Organe d'appel a donné une interprétation du membre de phrase "maintenue sans preuves scientifiques" contenu à l'article 2(2) de l'Accord SPS. Ce membre de phrase implique qu'il y ait un lien rationnel entre une mesure SPS et les preuves scientifiques et que la question de savoir s'il y a un lien rationnel entre une mesure SPS et les preuves scientifiques doit être tranchée au cas par cas et dépendra des circonstances particulières de l'espèce, y compris les caractéristiques de la mesure en cause et la qualité et la quantité des preuves scientifiques⁴⁴.

Néanmoins, l'Organe d'appel a admis que le principe de précaution est pris en compte à l'article 5:7 de l'Accord SPS aux termes duquel "dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter les mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres..."⁴⁵.

L'interprétation faite par les organes de règlement des différends de la portée de l'évaluation des risques, constitue un autre facteur favorisant l'acceptation de la précaution dans le cadre de l'OMC⁴⁶. L'affaire *Australie - Mesures visant l'importation de saumons* a été l'occasion pour l'Organe d'appel d'expliquer que "le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable [...] Cela ne signifie pas, cependant, qu'un Membre ne peut déterminer que son niveau de protection appropriée correspond à un "risque nul"⁴⁷.

⁴² L'article 2:2 de l'Accord SPS se lit: "Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5".

⁴³ *Op. cit.*, par. 177.

⁴⁴ *Japon- Mesures visant les produits agricoles*, rapport du 22 février 1999, Doc. WT/DS76/AB/R, par. 84.

⁴⁵ Le principe de précaution serait aussi contenu dans le sixième alinéa du préambule et à l'article 3:3 de l'Accord SPS. Selon l'Organe d'appel (*Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, *op. cit.*, par. 124), ces dispositions "reconnaissent explicitement le droit des Membres d'établir leur propre niveau approprié de protection sanitaire, lequel peut être plus élevé (c'est-à-dire plus prudent) que celui qu'impliquent les normes, directives et recommandations internationales existantes [...] Un Groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s'il existe des "preuves scientifiques suffisantes" pour justifier le maintien par un Membre d'une mesure SPS particulière peut, évidemment, et doit garder à l'esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes..."

⁴⁶ G. Bossis, "Les OGM, entre liberté des échanges et précaution", *Revue européenne de droit de l'environnement*, n°3, décembre 2001, pp. 255-273.

⁴⁷ *Affaire Australie - Mesures visant l'importation de saumons*, par. 126.

A la lumière du rapport d'appel sur l'affaire *hormones*, il a été rappelé dans l'affaire *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* que

des gouvernements [...] responsables et représentatifs peuvent agir de bonne foi sur la base de ce qui peut être, à un moment donné, une opinion *divergente* [italique dans *amiante* mais non pas dans l'original *hormones*] provenant de sources compétentes et respectées.

... Pour justifier une mesure au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, un Membre peut également se fonder, de bonne foi, sur des sources scientifiques qui, à ce moment-là, peuvent constituer une opinion divergente mais qui provient de sources compétentes et respectées. Un Membre n'est pas tenu, dans l'élaboration d'une politique de santé, de suivre automatiquement ce qui, à un moment donné, peut constituer une opinion scientifique majoritaire. Par conséquent, un groupe spécial ne doit pas forcément parvenir à une décision au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 sur la base du poids "prépondérant" de la preuve.⁴⁸

La précaution est antinomique de la prépondérance ou de l'opinion majoritaire scientifique. Elle reconnaît un poids significatif à l'opinion scientifique minoritaire.

Ces éléments d'interprétation du droit de l'OMC permettent-ils d'ouvrir une porte d'entrée - si étroite soit-elle⁴⁹ - au principe de précaution ? Le pessimisme semble s'imposer. En effet, récemment dans le rapport d'appel sur l'affaire *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, l'Organe d'appel a considéré que

l'application de l'article 5:7 est déclenchée non par l'existence d'une *incertitude scientifique* mais plutôt par l'insuffisance des preuves scientifiques. Le texte de l'article 5:7 est clair: il fait référence aux "cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes" et non à l'"incertitude scientifique". Ces deux notions ne sont pas interchangeables. Par conséquent, nous ne pouvons pas accepter l'approche du Japon consistant à interpréter l'article 5:7 à travers le prisme de l'"incertitude scientifique"⁵⁰.

L'absence de reconnaissance du critère de l'incertitude scientifique dans l'article 5 :7 de l'Accord SPS qui constitue pourtant le socle matriciel de la précaution à l'OMC, pousse à croire que la précaution a un avenir sombre dans le système commercial multilatéral.

⁴⁸ WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001, para. 178.

⁴⁹ Il est à noter que l'article 5:7 n'autorise que l'adoption de mesures prises à titre provisoire.

⁵⁰ *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, rapport de l'Organe d'appel, 15 décembre 2003, doc. WT/DS245/AB/R, para. 184.

III) Conclusion: La précaution comme instrument d'un "éco-commerce"?

Pour réconcilier le système commercial multilatéral et la précaution le schème suivant pourrait être proposé: Les mesures de précaution doivent être proportionnées et ne pas être plus restrictives pour les échanges qu'il n'est nécessaire pour atteindre le niveau de protection jugé approprié par l'Etat qui les applique ; les mesures de précaution ne doivent pas être appliquées de manière discriminatoire ; les mesures de précaution doivent viser à atteindre un niveau de protection équivalent sans invoquer arbitrairement l'origine géographique ou la nature d'une production pour appliquer de manière arbitraire des traitements différents ; les mesures de précaution doivent être provisoires, et elles ne peuvent être maintenues qu'aussi longtemps qu'il n'est pas possible de procéder à une évaluation des risques plus complète parce que les données scientifiques demeurent incomplètes, imprécises ou non concluantes et aussi longtemps que le risque est jugé trop élevé compte tenu du niveau de protection choisi.

La précaution peut jouer un rôle fondamental dans l'intégration des considérations environnementales et sanitaires au sein du commerce international. Toutefois, il est nécessaire d'éviter et de prévenir tout recours abusif à la précaution. La finalité de ce principe ou de cette approche n'est point de développer le protectionnisme, la discrimination et les restrictions déguisées au commerce international. La précaution doit être un outil de rationalisation du commerce international et doit prendre en compte dans ce cadre les capacités et les spécificités des pays en développement. Le but ultime de la précaution est de parvenir à terme à un "mieux-être durable" c'est-à-dire à un développement "socialement équitable", "économiquement viable" et "écologiquement durable". Ce n'est que dans cette perspective que la précaution remplira le rôle qui lui a été dévolu par la Déclaration de Rio.
