



EcoLomic Policy and Law

Journal of Trade and Environment Studies

Volume 2 (3)
May 2005

Numéro spécial
Leçon inaugurale
Université de Genève
Faculté de droit
19 mai 2005

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.

LA JURISPRUDENCE SUR LE PRINCIPE DE PRECAUTION DANS LE DROIT DE L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC)

GABRIELLE MARCEAU¹

¹ Cette Leçon inaugurale est donnée par Gabrielle Marceau, Professeure associée à la Faculté de Droit de l'Université de Genève et Conseillère à la Division des affaires juridiques de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les opinions exprimées lors de cette Leçon le sont à titre strictement personnel et ne peuvent aucunement lier le Secrétariat ou les Membres de l'OMC.

Table des matières (avec liens hypertexte)

INTRODUCTION.....	2
A. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION A DÉJÀ ÉTÉ PRIS EN COMPTE DANS CERTAINES DISPOSITIONS DU TRAITÉ DE L'OMC DONT NOTAMMENT L'ARTICLE 5.7 DE L'ACCORD SPS.....	3
B. LE DROIT D'ÊTRE PRUDENT ET RESPONSABLE.....	9
1. Le droit des Membres de fixer le niveau de protection désiré.....	9
2. Le nouveau test de nécessité – un test qui laisse place à la précaution	10
3. Quelle est la différence entre précaution, prévention, prudence et obligation d'assurer un développement durable?.....	11
C. L'ARTICLE 5.7 N'EST PAS EXHAUSTIF DE LA PERTINENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE DROIT DE L'OMC	12
D. L'EXISTENCE D'UNE NORME COUTUMIÈRE OU D'UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE "PRÉCAUTION" NE SAURAIT ANNULER LES PRESCRIPTIONS DES ARTICLES 5.1 ET 5.2 (NÉCESSITÉ D'UNE ÉVALUATION DES RISQUES).....	12
1. L'évaluation des risques n'est pas concernée exclusivement par les risques quantifiables et peut reposer sur une opinion minoritaire	13
2. Mais existe-t-il un principe général ou une norme coutumière de précaution? Si oui, comment le ou la définit-on?.....	15
(a) L'affaire <i>CE – Hormones</i> semble indiquer qu'il n'existe pas (encore) un principe général ou une norme coutumière de précaution.....	15
(b) Le principe de précaution s'est-il cristallisé depuis l'affaire <i>CE - Hormones</i> ?	16
3. Et si une telle norme coutumière ou un principe général existait, quel pourrait être son rôle, sa place dans le droit de l'OMC?.....	17
(a) Une interprétation des dispositions de l'OMC qui tient compte du principe général ou coutumier de précaution	18
(b) Un principe général ou coutumier de précaution pourrait-il être invoqué pour justifier une mesure en violation du Traité de l'OMC ?.....	18
4. L'utilisation du principe de précaution conventionnel dans l'interprétation de l'OMC	19
CONCLUSION	19

INTRODUCTION

M. le Doyen, Mesdames, Messieurs les Professeurs, chers étudiants, chers amis, c'est un honneur pour moi de pouvoir dorénavant être associée à la Faculté de droit de l'Université de Genève comme professeure associée. J'aimerais vous remercier, Monsieur le Doyen, et j'aimerais remercier Mesdames les Professeures Petitpierre et Boisson de Chazournes qui m'aident à intégrer doucement les corridors de la Faculté. Et parce que c'est un grand jour, je voulais partager ces instants avec ceux qui m'ont aidée à devenir professeure, mes élèves, collègues et amis.

La présente leçon discute de la jurisprudence sur le principe de précaution dans le droit de l'OMC. J'ai pris ce sujet très difficile et très sensible, parce qu'il représente bien ce désir continu qui m'habite de ne cesser d'approfondir mes recherches et dépasser mes limites. Parce que les allégations d'un droit ou d'une obligation de précaution appellent une discussion des limites de l'écosystème planétaire et des considérations économiques également nécessaires à l'amélioration du niveau de vie humaine.

Tout d'abord, nous examinerons les différentes expressions du principe de précaution dans les dispositions actuelles du Traité de l'OMC. Puis nous discuterons son utilisation comme principe d'interprétation des dispositions des accords de l'OMC et les dispositions où ce principe pourrait être pris en compte. A ce titre, nous analyserons brièvement la relation entre les accords de l'OMC et les principes généraux ou coutumiers de droit international public et la question de savoir si ces derniers peuvent compléter le Traité de l'OMC.

Dans l'affaire *CE – Hormones*,² l'Organe d'Appel ("OA") a posé les jalons d'une réflexion sur la place d'un principe général de précaution dans le droit de l'OMC et l'incidence des références statutaires à un certain droit à la "précaution" dans l'Accord SPS (et ailleurs). Nous examinons d'abord deux paragraphes de ce rapport particulièrement pertinents sur le sujet:

"124. Il nous paraît important, néanmoins, de noter certains aspects de la relation entre le principe de précaution et l'Accord SPS. Premièrement, le principe n'a pas été incorporé dans l'Accord SPS comme motif justifiant des mesures SPS qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations des Membres énoncées dans des dispositions particulières dudit accord. Deuxièmement, le principe de précaution est effectivement pris en compte à l'article 5:7 de l'Accord SPS. En même temps, nous partageons l'avis des Communautés européennes selon lequel il n'est pas nécessaire de poser en principe que l'article 5:7 est exhaustif en ce qui concerne la pertinence du principe de précaution. Ce principe est également pris en compte dans le sixième alinéa du préambule et à l'article 3:3. Ces derniers 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. Troisièmement, 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. Enfin, le principe de précaution ne dispense pas,

² Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE - Hormones*, (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R), adopté le 16 janvier 1998.

toutefois, en soi et sans une directive explicite et claire dans ce sens, le Groupe spécial de l'obligation d'appliquer les principes normaux (c'est-à-dire du droit international coutumier) de l'interprétation des traités pour interpréter les dispositions de l'Accord SPS.

125. *Nous approuvons donc la constatation du Groupe spécial selon laquelle le principe de précaution ne l'emporte pas sur les dispositions de l'article 5:1 et 2 de l'Accord SPS.* " (les soulignés sont ajoutés)

J'ai choisi d'explorer quatre affirmations spécifiques:

- (a) le principe de précaution a déjà été incorporé et pris en compte dans certaines dispositions du Traité de l'OMC;
- (b) d'ailleurs 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;
- (c) l'article 5.7 de l'Accord SPS n'est pas exhaustif de la pertinence du principe de précaution dans le droit de l'OMC;
- (d) l'existence d'une norme coutumière ou principe général de "précaution" ne saurait annuler les prescriptions des l'article 5.1 et 5.2 (nécessité d'une évaluation des risques).

Ces allégations serviront de base à ma leçon d'aujourd'hui. Les deux premières sont principalement concernées par le droit de l'OMC comme tel. Les deux derniers visent notamment la relation entre le Traité de l'OMC et le fonctionnement d'un principe de précaution général ou coutumier.

A. Le principe de précaution a déjà été pris en compte dans certaines dispositions du traité de l'OMC dont notamment l'article 5.7 de l'Accord SPS

Selon l'Organe d'appel, l'article 5.7 de l'Accord SPS incorpore et prend en compte le principe de précaution.³ Cette leçon suggère notamment que d'autres dispositions similaires à celles identifiées par l'OA dans l'affaire *CE – Hormones* peuvent également être considérées comme tenant compte de certains aspects d'un principe de précaution statutaire. Regardons d'abord la jurisprudence sur l'article 5.7 de l'Accord SPS.

L'Accord SPS contient une disposition explicite qui autorise les Membres à prendre des mesures SPS même en l'absence de preuves scientifiques suffisantes, par ailleurs requises aux termes de l'Article 2.2 qui prévoit que les Membres feront en sorte qu'une mesure SPS "ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5." En permettant ce type de mesures provisoires, l'Accord SPS reconnaît l'application d'un certain principe de précaution qui n'est toutefois pas défini mais qui autoriserait l'adoption de mesures de protection contre un risque incertain ou dont les conséquences ou l'ampleur sont incertaines, compte tenu des preuves scientifiques disponibles.

L'article 5.7 de l'Accord SPS se lit comme suit:

"Dans les cas où les preuves *scientifiques pertinentes seront insuffisantes*, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes

³ *EC - Hormones, op. cit.*, para. 124.

ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable." (italiques ajoutés)

Dans l'affaire *Japon – Produits agricoles*⁴, l'OA clarifia les conditions d'application de ce type de mesures provisoires ou mesures de précaution et identifia deux conditions pour la mise en place de telles mesures et deux autres conditions pour leur maintien:

"89. L'article 5:7 de l'*Accord SPS* énonce quatre prescriptions auxquelles un Membre doit satisfaire pour pouvoir adopter et maintenir une mesure SPS provisoire. Conformément à la première phrase de l'article 5:7, un Membre peut provisoirement adopter une mesure SPS si cette mesure est:

- 1) imposée relativement à une situation dans laquelle "les informations scientifiques pertinentes sont insuffisantes"; et
- 2) adoptée "sur la base des renseignements pertinents disponibles".

Conformément à la seconde phrase de l'article 5:7, une telle mesure provisoire ne peut être maintenue que si le Membre qui a adopté la mesure:

- 1) "s'efforcer[a] d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque"; et
- 2) "examin[e] en conséquence la mesure ... dans un délai raisonnable".

Ces quatre prescriptions sont de toute évidence cumulatives par nature et sont d'importance égale aux fins de déterminer la compatibilité avec cette disposition. Chaque fois qu'il n'est pas satisfait à l'une de ces quatre prescriptions, la mesure en cause est incompatible avec l'article 5:7." (italiques ajoutés)
(...)

"92. (...) nous notons que la première partie de la seconde phrase dispose que le Membre adoptant une mesure SPS provisoire "s'efforcer[a] d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque". Ni l'article 5:7 ni aucune autre disposition de l'*Accord SPS* n'établit des conditions préalables explicites concernant les renseignements additionnels devant être collectés ou une procédure de collecte spécifique. En outre, l'article 5:7 ne précise pas quels résultats effectifs doivent être obtenus; *l'obligation est de "s'efforcer d'obtenir" des renseignements additionnels*. Toutefois, l'article 5:7 indique qu'il faut obtenir les renseignements additionnels en vue de permettre au Membre de procéder à "une évaluation plus objective du risque". En conséquence, *les renseignements à obtenir doivent être en rapport avec la réalisation d'une telle évaluation du risque, c'est-à-dire l'évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination, (...)*" (italiques ajoutés)

⁴ Rapport de l'OA dans l'affaire *Japon – Produits agricoles* (WT/DS76/AB/R), adopté le 19 mars 1999.

"93. La seconde partie de la seconde phrase de l'article 5:7 dispose que le Membre adoptant une mesure SPS provisoire "examiner[a] en conséquence la mesure ... dans un délai raisonnable". À notre avis, ce qui constitue un "délai raisonnable" doit être établi au cas par cas et dépend des circonstances propres à chaque cas d'espèce, y compris la difficulté d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour l'examen et les caractéristiques de la mesure SPS provisoire. Dans l'affaire à l'étude, le Groupe spécial a constaté qu'il serait relativement aisé de recueillir les renseignements additionnels nécessaires. Bien que l'obligation "d'examiner" la prescription relative aux essais par variété n'existe que depuis le 1^{er} janvier 1995, nous pensons comme le Groupe spécial que le Japon n'a pas examiné sa prescription relative aux essais par variété "... dans un délai raisonnable." (italiques ajoutés)

Dans l'affaire *Japon – Pommes*,⁵ le Groupe spécial conclut que sa démarche allait être la suivante:

"8.108 les États-Unis devraient établir une présomption qu'il n'existe pas d'études ou de rapports scientifiques étayant la mesure en cause afin de démontrer que celle-ci n'est pas étayée par des preuves scientifiques suffisantes. Si le Japon présente des éléments pour réfuter cette présomption, nous devons soupeser les preuves qui nous sont soumises;"

Dans son appréciation de la conformité de la mesure avec l'article 2.2, le Groupe spécial procéda à une véritable "évaluation" des risques et de la preuve scientifique déposée. A titre d'exemple on peut lire:

"8.169 Compte tenu de ce qui précède, nous notons, à la lumière des éléments qui nous ont été soumis par les parties et des observations des experts nommés par le Groupe spécial, que les preuves scientifiques indiquent que le risque de transmission du feu bactérien par les pommes est négligeable.

"8.170 Dans notre évaluation, nous considérons que la qualité et la quantité des preuves scientifiques en question sont pertinentes. Nous notons à cet égard que, bien que nous n'ayons pas exclu la pertinence *a priori* des preuves indirectes, il semble exister en l'espèce un nombre considérable de preuves directes, provenant notamment de la longue expérience du commerce des pommes vers des zones exemptes de la maladie, qui indiquent qu'une telle contamination est improbable. En revanche, les preuves scientifiques, directes ou indirectes, indiquant la possibilité d'une contamination dans les différents scénarios envisagés ci-dessus, sont beaucoup plus limitées. Les éléments présentés par le Japon sont en fait largement hypothétiques ou circonstanciels.

8.198 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous concluons que la mesure phytosanitaire en cause est manifestement disproportionnée au risque identifié, compte tenu des preuves scientifiques disponibles. En particulier, certaines des prescriptions appliquées par le Japon comme parties intégrantes de la mesure en cause, prises séparément ou appliquées d'une manière cumulative avec les autres prescriptions de cette mesure, ne sont pas étayées par des preuves scientifiques suffisantes au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

⁵ Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Japon - Pommes* (WT/DS245/R), adopté le 15 juillet 2003.

8.220 Même si nous admettions les arguments du Japon selon lesquels les "preuves scientifiques pertinentes" mentionnées à l'article 5:7 peuvent se rapporter à un aspect particulier d'un problème phytosanitaire, nous rappelons que les experts ont indiqué que, même sur les questions scientifiques spécifiques soulevées par le Japon, il existe de nombreuses preuves scientifiques pertinentes. C'est le cas en ce qui concerne l'absence de bactéries endophytes dans les pommes mûres et le risque de transmission du feu bactérien par les pommes. Comme nous l'avons dit précédemment, le fait que ces preuves ne corroborent pas le point de vue du Japon est dénué de pertinence. L'article 5:7 ne fait pas référence aux preuves qui corroborent le point de vue du Membre qui souhaite imposer une mesure SPS.

8.221 Pour ces raisons, nous concluons que la "situation" présente est une situation dans laquelle on dispose de preuves scientifiques pertinentes suffisantes et que, partant, la première condition pour invoquer l'article 5:7 n'est pas remplie."

L'OA⁶ a approuvé cette évaluation active du Groupe spécial:

"147. Pour le Groupe spécial, une mesure est maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS* s'il n'y a pas de "lien rationnel ou objectif" entre la mesure et les preuves scientifiques pertinentes. Étant donné le risque négligeable défini sur la base des preuves scientifiques et la nature des éléments composant la mesure, le Groupe spécial a conclu que la mesure du Japon était "manifestement disproportionnée" à ce risque. Il a estimé que cette disproportion impliquait qu'il n'existait pas de lien rationnel ou objectif entre la mesure et les preuves scientifiques pertinentes et a donc conclu que la mesure du Japon était maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*."

De plus, le Groupe spécial a donc considéré que le Japon devait assumer la charge de la preuve de démontrer son respect de l'article 5.7. L'OA confirma ce point:

"179. Les notions de "pertinence" et d'"insuffisance" dans le membre de phrase introductif de l'article 5:7 supposent un rapport entre les preuves scientifiques et quelque chose d'autre. Il est instructif de lire ce membre de phrase introductif dans le contexte plus général de l'article 5 de l'*Accord SPS*, qui s'intitule "Évaluation des risques et détermination du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire" si l'on veut définir la nature du rapport à établir. L'article 5:1 énonce une discipline essentielle dans le cadre de l'article 5, à savoir: "[l]es Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation ... des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux". *Cette discipline éclaire les autres dispositions de l'article 5, y compris l'article 5:7.* Nous relevons aussi que la deuxième phrase de l'article 5:7 fait référence à une "évaluation plus objective du risque". Ces éléments contextuels militent en faveur d'un lien ou d'un rapport entre la première prescription de l'article 5:7 et l'obligation de procéder à une évaluation des risques conformément à l'article 5:1: les "preuves scientifiques pertinentes" seront "insuffisantes" au sens de l'article 5:7 si l'ensemble des preuves scientifiques disponibles ne permet pas, sur le plan quantitatif ou

⁶ Rapport de l'OA dans l'affaire *Japan – Pommes* (WT/DS245/AB/R), adopté le 26 Novembre 2003.

qualitatif, de procéder à une évaluation adéquate des risques telle qu'elle est exigée à l'article 5:1 et définie dans l'Annexe A de l'Accord SPS. Ainsi, la question n'est pas de savoir s'il y a des preuves suffisantes de caractère général ou s'il y a des preuves suffisantes relatives à un aspect spécifique d'un problème phytosanitaire, ou à un risque spécifique. La question est de savoir si les preuves pertinentes, qu'elles soient "générales" ou "spécifiques", selon les termes utilisés par le Groupe spécial, sont suffisantes pour permettre d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination, en l'espèce, du feu bactérien, au Japon.

184. *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.* (italiques ajoutés)

Trois critiques fondamentales ont été soulevées sur ce rapport: (i) la question du "standard of review" ou critères d'examen des groupes spéciaux aux prises avec des plaintes SPS: doivent-ils procéder à une réévaluation des risques et à un exercice de proportionnalité ou doivent-ils s'assurer du caractère raisonnable de la mesure, ou encore de la suffisance quantitative ou qualitative de la preuve scientifique sans appréciation de la proportionnalité de la mesure? (ii) la question de la charge de la preuve dans l'application de l'article 5.7; (iii) si l'article 5.7 ne vise pas l'incertitude scientifique (qui définit la précaution), alors existe-t-il une autre disposition de l'Accord SPS ou de l'Accord OMC qui le fait? Et si non, alors les Membres peuvent-ils invoquer la précaution devant les instances de l'OMC?

Lors de l'adoption des rapports par l'Organe de règlement des différends (ORD) les deux parties contestèrent certains aspects du rapport du Groupe spécial et de l'OA; le premier point concerne les critères d'examen et le deuxième point concerne la charge de la preuve sous l'article 5.7.

"Bien que ces rapports soient excellents dans l'ensemble, les États-Unis souhaitaient aborder deux sujets de préoccupation. Le premier était l'inclusion par le Groupe spécial dans son analyse de l'article 2:2 d'une déclaration selon laquelle la mesure du Japon était disproportionnée par rapport au risque scientifique. L'Organe d'appel avait noté qu'il ne s'agissait que d'une manière dont le Groupe spécial, dans le cadre de ce différend précis, avait choisi d'examiner s'il existait un lien rationnel entre la mesure et les preuves scientifiques. Cependant, les États-Unis estimaient que cette approche risquait de modifier la nature de l'obligation énoncée à l'article 2:2 qui, d'une obligation faite aux Membres de réunir un faisceau de preuves "suffisant" pour maintenir une mesure, deviendrait une obligation dans laquelle les preuves seraient évaluées par rapport à la mesure. Le Groupe spécial avait inclus cette notion pour la première fois dans son rapport final, après que les parties avaient eu la possibilité de présenter des observations, or cela était superflu compte tenu des autres constatations factuelles du Groupe spécial sur l'absence de preuves à l'appui de la mesure.

Le deuxième point que les États-Unis souhaitaient noter était la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il incombait aux Membres qui maintenaient la mesure d'établir que celle-ci était conforme aux dispositions de l'article 5:7. Ni le Japon ni les États-Unis n'avaient soutenu cette conclusion, estimant qu'en l'occurrence, comme dans le cas d'autres allégations, il incombait à la partie

plaignante de prouver que la mesure ne remplissait pas les conditions requises énoncées dans une disposition d'un Accord de l'OMC."⁷

En ce qui a trait à la charge de la preuve, on peut noter le passage suivant de l'OA: "C'est dans ce contexte particulier que le Groupe spécial a attribué la charge de la preuve au Japon pour ce qui est d'établir l'existence d'éléments *prima facie* à l'appui de sa position s'agissant de l'article 5:7."⁸ Les conclusions du Groupe spécial et de l'Organe d'appel sur la charge de la preuve seraient bien particulières à cette affaire.

On peut s'interroger sur la question de savoir si l'Article 5.7 constitue une véritable exception ou s'il s'agit plutôt d'une disposition qui qualifie le champ d'application d'une obligation principale, en l'occurrence l'article 2.2 de l'Accord SPS (voir les rapports de l'OA dans *US – FSC*, *CE – Hormones*, *CE – Sardines*, *Brésil – Aviation* etc...). On peut concevoir une règle qui voudrait que si l'article 5.7 est invoqué par un Membre comme base du maintien d'une mesure, il incombera au Membre plaignant ou contestant cette mesure de prouver l'incompatibilité de la mesure avec les prescriptions de l'article 5.7.

En ce qui concerne la question des critères d'examen du Groupe spécial, on se rappelle les demandes américaines dans le secteur de l'antidumping. Rappelons qu'il n'existe pas de véritable critère d'examen dans le Mémoire d'accord sur le règlement des différends, mais que l'OA a décidé que tous les groupes spéciaux devraient respecter l'Article 11. Rappelons le passage suivant de l'affaire *CE - Hormones*:

"117. En ce qui concerne l'établissement des faits, les activités des groupes spéciaux à cette fin sont toujours subordonnées aux prescriptions de l'article 11 du Mémoire d'accord: le critère applicable n'est ni l'examen *de novo* proprement dit, ni la "déférence totale", mais "l'évaluation objective des faits". Nombre de groupes spéciaux ont refusé par le passé de se livrer à un réexamen complet, à raison étant donné que dans le cadre des pratiques et des systèmes actuels ils ne sont guère à même d'effectuer pareil réexamen. A l'inverse, il a été dit à juste titre que "s'en remettre totalement ... aux constatations des autorités nationales ne saurait garantir l'"évaluation objective" prévue par l'article 11 du Mémoire d'accord".

Le troisième point soulevé, peut-être le plus difficile, est le sens et la portée que l'on devrait donner au passage suivant du rapport de l'Organe d'appel *Japon – Pommes*: "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"

Si l'article 5.7 ne vise pas l'incertitude scientifique, alors qu'il s'agit de l'objet même d'un principe général ou coutumier de précaution, il devient clair que l'article 5.7 ne couvre pas exhaustivement le principe de précaution. Mais peut-on dès lors introduire dans le système OMC l'exercice de ce principe de précaution ? Et si oui comment?

D'ailleurs pour Laurence Boisson de Chazourne, l'existence même de l'article 5.7 de l'Accord SPS et l'affaire *CE – Hormones* ont montré que:

"the [SPS] Agreement may not fully take into account the concerns reflected in the precautionary principle. (...) For the sake of guaranteeing stability of a treaty-based relationship between parties and of introducing reasonableness

⁷ Compte-rendu de la rencontre de l'ORD du 10 décembre 2003 (WT/DSB/M/160).

⁸ Rapport de l'OA, *Japon – Pommes*, *op. cit.*, para. 175

in its application, it seems to have put aside the element of doubt which is the intrinsic component of the precautionary principle"⁹

Pour cette auteure, l'exigence générale d'une focalisation sur l'évaluation des risques comme critère unique, même en situation d'incertitude scientifique, fermerait la porte à la reconnaissance du principe de précaution dans l'OMC.

Mais ne serait-il pas possible de réconcilier l'article 5.1 et un certain principe de précaution? L'obligation de l'Article 5.1 (la soumission d'un rapport d'évaluation des risques) pourrait-elle constater et contenir cette insuffisance scientifique et ses limites? En situation "d'incertitude scientifique", un Membre peut-il être en possession de preuve scientifique suffisante, au sens de l'Article 2.2 de l'Accord SPS? D'autres auteurs ont également argumenté que le principe de précaution devait inclure les situations de doute et d'ambiguïté scientifique et que l'interprétation de l'Article 5.7 devait être modifiée.

B. Le droit d'être prudent et responsable

Rappelons qu'en ce qui concerne l'obligation de fournir des preuves scientifiques suffisantes, l'OA dans l'affaire *CE - Hormones* a également rappelé le droit, sinon l'obligation, d'agir avec "due diligence".

"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."¹⁰ (italiques ajoutés)

1. Le droit des Membres de fixer le niveau de protection désiré

Selon l'OA, comme nous avons vu, le fait que l'Accord SPS reconnaisse le droit des Membres de choisir le niveau de protection qu'ils désirent est une preuve que l'Accord SPS incorpore des éléments d'un principe de précaution. D'autres dispositions de l'Accord de l'OMC font de même et on semble donc reconnaître plusieurs expressions d'un principe de précaution. L'OA a étendu et appliqué ce principe fondamental autorisant les Membres à déterminer leur seuil de protection et ce sans exception, dans tous les secteurs où les litiges soulevaient la question du droit des Membres de choisir leur niveau de protection. Ceci a été dit dans le contexte de l'Accord OTC, et des Articles XX du GATT et XIV du GATS.

Tout comme l'Accord SPS, le préambule de l'Accord OTC reconnaît aux Membres le droit d'adopter le niveau de protection qu'ils considèrent approprié:

"*Reconnaissant* que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, *aux niveaux qu'il considère appropriés*, sous réserve que ces mesures ne soient pas

⁹ L. Boisson de Chazournes, *Unilateralism and Environmental Protection: Issues of Perception and Reality of Issues*", *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11, n.2, p. 337.

¹⁰ Rapport de l'OA dans l'affaire *CE - Hormones*, *op. cit.*, para. 124.

appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord." (italiques ajoutés)

L'affaire *CE – Sardines* a confirmé que l'Accord OTC reconnaît le droit des Membres de poursuivre tout objectif légitime, d'adopter le niveau de protection qu'ils désirent, et ce même face à l'incertitude scientifique.

Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial et l'OA ont clairement reconnu un droit général des Membres d'adopter des mesures qui peuvent garantir le niveau de protection qu'ils jugent approprié: "... les Membres de l'OMC ont le droit de fixer le niveau de protection de la santé qu'ils jugent approprié dans une situation donnée".¹¹ Ce droit doit être pris en compte lors de l'interprétation et de l'application de l'article XX du GATT qui permet aux Membres de prendre des mesures pour la protection de la santé des personnes, animaux et végétaux.

L'affaire *E.U. – Jeux et Paris* a confirmé que ce droit existe également aux termes de l'article XIV du GATS, qui contient un langage similaire à celui de l'article XX du GATT de 1994 et dont l'objet est également de permettre aux Membres de prendre des mesures de protection au niveau qu'ils désirent.

L'article 2.2 de l'Accord OTC pourrait également être interprété comme "tenant compte" d'un certain principe de précaution lorsqu'il réfère au droit des Membres d'assurer la réalisation d'un objectif légitime "compte tenu des risques que sa non-réalisation entraînerait".

"2.2 (...) A cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est *nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait*. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits." (italiques ajoutés)

On pourrait donc raisonnablement argumenter que l'Accord OTC, l'Accord AGCS, les articles XX du GATT et XVI du GATS prennent en compte certains aspects d'un principe de précaution qui devraient être utilisés dans l'interprétation des droits et obligations contenus dans ces accords.

2. Le nouveau test de nécessité – un test qui laisse place à la précaution

On peut peut-être aussi argumenter que l'interprétation de l'article XX à la lumière d'un certain test de soupesage et mise en balance constitue également une reconnaissance que l'article XX doit être interprété en tenant compte de certains aspects du principe de précaution puisqu'il prescrit que l'appréciation de cette nécessité dépend notamment de l'importance de la valeur protégée et de l'efficacité de la mesure choisie – eu égard au niveau de protection désiré.

¹¹ Rapport de l'OA dans l'affaire *CE – Amiante*, (WT/DS135/R), adopté le 5 avril 2001, para. 168.

"164. En somme, pour déterminer si une mesure qui n'est pas "indispensable" peut néanmoins être "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."¹²

Récemment, dans l'affaire *E.U.- Jeux et Paris*,¹³ l'OA insista de nouveau sur l'importance de la "valeur invoquée" qui affecte chaque étape du soupesage du test de nécessité:

"306. Le processus commence par une évaluation de l'"importance relative" des intérêts ou valeurs promus par la mesure contestée. Après avoir évalué l'importance des intérêts particuliers en jeu, un Groupe spécial devrait ensuite passer aux autres facteurs qui doivent être "souplesés et mis en balance". L'Organe d'appel a mis en relief deux facteurs qui, dans la plupart des cas, seront pertinents pour la détermination par un Groupe spécial de la "nécessité" d'une mesure, même si celle-ci ne porte pas nécessairement de manière exhaustive sur les facteurs qui pourraient être examinés. Le premier facteur est la contribution de la mesure à la réalisation des objectifs qu'elle poursuit; le second facteur est l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international.

307. Il faudrait donc procéder à une comparaison entre la mesure contestée et les solutions de rechange possibles, et les résultats de cette comparaison devraient être examinés à la lumière de l'importance des intérêts en cause. C'est sur la base de ce "souplesage et [de cette] mise en balance" et de la comparaison des mesures, compte tenu des intérêts ou valeurs en jeu, qu'un Groupe spécial détermine si une mesure est "nécessaire" ou à titre subsidiaire, si une autre mesure, compatible avec les règles de l'OMC, est "raisonnablement disponible".

Finalement, le préambule de l'Accord instituant l'OMC, en faisant référence à l'obligation de tenir compte d'un développement durable, n'implique-t-il pas lui aussi le droit, sinon l'obligation, pour les Membres d'agir avec prudence lorsqu'il s'agit d'apprécier la légalité et la légitimité de mesures prises pour protéger l'environnement et autres aspects inhérents au développement durable?

3. Quelle est la différence entre précaution, prévention, prudence et obligation d'assurer un développement durable?

La précaution est apparue dans un souci du droit de réguler les phénomènes écologiques incertains. Selon ce principe ou norme coutumière de précaution, le caractère incertain d'un risque environnemental ou sanitaire pourrait donc justifier une restriction au commerce international (même si cette restriction n'est pas autorisée par l'Accord de l'OMC).

¹² Rapport de l'OA dans l'affaire *Corée - Certaines mesures sur le boeuf*, WT/DS161/AB/R, adopté le 10 janvier 2001.

¹³ Rapport de l'OA dans l'affaire *EU – Jeux et Paris* (WT/DS285/AB/R, adopté le 7 avril 2005).

D'après Makane Mbengue,¹⁴ on peut dire, de manière générale, que la différence entre "précaution" et "prévention" repose sur le fait que l'une s'applique dans un contexte d'incertitude scientifique alors que l'autre s'applique dans un contexte de certitude scientifique. L'interprétation de l'article 5.7, à mon avis, fait appel beaucoup plus à la prévention lato sensu qu'à la précaution stricto sensu. Pour ce qui est de la prudence, il s'agit peut-être d'un corollaire de la prévention et elle renvoie beaucoup plus à ce que nous appelons la "due diligence" en droit international ou la "vigilance" dans la jurisprudence de la Cour (affaire Gabcikovo-Nagymaros). La prudence, selon cet auteur, exige un niveau de certitude plus élevé que la prévention. Lorsque l'on analyse la pratique arbitrale ou étatique en matière de "due diligence", on voit qu'un degré de connaissance très élevé est en général exigé pour constater la violation d'une obligation de "due diligence" et donc de "prudence".

L'OA a reconnu, comme nous allons voir, (i) le droit des Membres de fixer le niveau de protection qu'ils désirent, (ii) le droit des gouvernements de baser leurs décisions relatives aux risques sur des variables non objectives et sur la base d'opinions minoritaires, (iii) et le droit des gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités d'agir en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes. L'OA a donc reconnu des aspects d'un principe de précaution que le Traité de l'OMC avait déjà pris en compte. Etait-ce juste?

C. L'article 5.7 n'est pas exhaustif de la pertinence du principe de précaution dans le droit de l'OMC

Cette affirmation a une dimension interne et externe à l'OMC. De façon interne, et tel que discuté dans la section précédente, l'Article 5.7 n'est pas la seule disposition du Traité de l'OMC qui s'avère une expression d'un principe de précaution (ou d'une dimension du principe de précaution). De façon externe, cette affirmation semble indiquer que l'OA reconnaît qu'une règle coutumière ou un principe général sur la précaution peut continuer à évoluer de façon parallèle aux dispositions du Traité de l'OMC. Toutefois, si un tel principe ou norme coutumière se développait (voir la discussion de la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*), cela n'entraînerait pas la disparition des obligations de l'Accord SPS, relatives à la production d'un rapport d'évaluation des risques.

D. L'existence d'une norme coutumière ou d'un principe général de "précaution" ne saurait annuler les prescriptions des Articles 5.1 et 5.2 (nécessité d'une évaluation des risques)

L'article 26 de la Convention de Vienne et le *Pacta Suant Servanda* obligent les Etats à exécuter leurs traités de bonne foi. A moins d'indication contraire, seul le *jus cognens* est hiérarchiquement supérieur aux autres normes internationales. Toutes les normes internationales étant présumées égales, et les Etats étant présumés avoir agi de bonne foi dans leur négociation, l'interprète doit présumer que les Etats ne voulaient pas créer de conflits – du moins inutiles - dans leurs droits et obligations et qu'ils considéraient être en mesure de se conformer à toutes leurs obligations. Cette forme de présomption contre les conflits appelle une définition restreinte du conflit et favorise une application cumulative et simultanée de toutes les obligations des Etats.

¹⁴ Makane Moïse Mbengue, Incertitude scientifique, précaution et prévisibilité dans le système Commercial Multilatéral. *Passerelles*, janvier-mars 2004, 4-5 & 17-18. Towards a Precautionary International Law: About Uncertainty, Interdependence and Anticipation in Global Environmental Governance. *IHDP Update*, February 2004.

Dans l'affaire *CE – Hormones*, les Communautés européennes (CE) avait argumenté que le principe de précaution était un principe général de droit qui trouvait application dans le droit de l'OMC. Le Groupe spécial fut d'opinion que

"121. (...) Dans la mesure où ce principe pourrait être considéré comme faisant partie du droit coutumier international et pourrait être utilisé pour interpréter l'article 5:1 et 2 concernant l'évaluation des risques en tant que règle coutumière d'interprétation du droit international public (au sens de l'article 3:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends), nous estimons qu'il ne l'emporterait pas sur l'énoncé explicite de l'article 5:1 et 2 indiqué ci-dessus, étant donné en particulier que ce principe a été incorporé, avec un sens spécifique, à l'article 5:7 de l'Accord SPS."

Dans cette affaire, l'OA va finalement confirmer la conclusion du Groupe spécial quant à la relation entre le principe de précaution – s'il en était un même un jour – et le droit de l'OMC: la mise en oeuvre du principe de précaution de droit coutumier, s'il en est un, ne saurait exempter les Membres de l'OMC de l'obligation de compléter une évaluation des risques, conformément à l'article 5.1 de l'Accord SPS. En d'autres termes, selon l'OA, les Membres de l'OMC ont convenu de façon explicite que l'opération d'un principe de précaution, actuel ou éventuel, serait soumis aux obligations supplémentaires de l'Accord SPS.

"125. Nous approuvons donc la constatation du Groupe spécial selon laquelle le principe de précaution ne l'emporte pas sur les dispositions de l'article 5:1 et 2 de l'Accord SPS."

Ce principe qui veut que toutes les dispositions et en particulier toutes les obligations du Traité OMC soient d'application cumulative et simultanée est maintenant clairement établi dans différents secteurs. Mais si l'article 5.1 et 5.2 de l'Accord SPS (sur le rapport d'évaluation des risques) demeure applicable même pour les situations où le principe de précaution ou l'Article 5.7 est invoqué, que doit contenir une "évaluation des risques" ou un rapport d'évaluation des risques au sens de l'article 5.1- 5.2?

Et si les articles 5.1 et 5.2 demeurent applicables aux mesures prises sous l'Article 5.7, peut-on, doit-on, également considérer que les articles 5.5 et 5.6 seraient également applicables aux mesures par ailleurs couvertes par l'article 5.7?

1. L'évaluation des risques n'est pas concernée exclusivement par les risques quantifiables et peut reposer sur une opinion minoritaire

L'article XX du GATT régit les mesures nécessaires à la protection de la santé et celle relatives à la conservation des ressources naturelles, à titre de mesure d'exception générale. Cet article a évolué et les Membres ont négocié un encadrement juridique plus serré pour certaines catégories de mesures, soit les mesures SPS. Malgré le souci de cohérence interne de l'OA et son application de sa jurisprudence SPS dans l'interprétation de l'Article XX, l'Accord SPS prévoit maintenant que les Membres ont le droit de prendre des mesures SPS mais celles-ci doivent être basées sur des preuves scientifiques suffisantes et ces mesures SPS sont notamment assujetties à des obligations procédurales plus étendues que ne le faisait l'Article XX:(b). L'une de ces additions vise le rapport d'évaluation des risques prévu à l'article 5.1 et 5.2 de l'Accord SPS.

Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'OA¹⁵ établit que l'évaluation des risques, prescrite à l'article 5 de l'Accord SPS, n'est pas un examen uniquement "objectif" et doit être faite en tenant compte des incertitudes humaines. Dans cette perspective, l'évaluation des risques n'a pas à reposer sur l'opinion majoritaire des hommes de science; une opinion unique ou minoritaire mais sérieuse peut justifier une mesure SPS.

"186. (...) Cependant, *dans la mesure où le Groupe spécial a voulu exclure du champ de l'évaluation des risques au sens de l'article 5:1 toutes les questions qui ne se prêtaient pas à une analyse quantitative au moyen des méthodes de laboratoire empiriques ou expérimentales communément associées aux sciences physiques, nous estimons que le Groupe spécial a eu tort.* Certains des éléments énumérés à l'article 5:2, comme "des procédés et méthodes de production pertinents" et "des méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes", ne se prêtent pas nécessairement ni entièrement à une investigation faisant appel à des méthodes de laboratoire comme celles qui sont utilisées, par exemple, en biochimie ou en pharmacologie. En outre, rien n'indique que l'énumération d'éléments qui peuvent être pris en considération dans l'évaluation des risques prévue à l'article 5:2 se voulait exhaustive. *Il est essentiel de ne pas perdre de vue que le risque qui doit être évalué dans le cadre d'une évaluation des risques aux termes de l'article 5:1 n'est pas uniquement le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité, autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent (...).*" (italiques ajoutés)

Selon Boisson de Chazournes et Mbengue,¹⁶ quand l'Organe d'appel dit que l'évaluation des risques ne se limite pas "au risque analysé dans un laboratoire", il ouvre la porte à la démarche précautionneuse de l'évaluation du risque qui est d'envisager le risque dans sa multidimensionnalité.

194. Nous ne sommes pas d'avis que l'évaluation des risques doit déboucher sur une conclusion monolithique qui coïncide avec la conclusion ou l'opinion scientifique qui sous-tend implicitement la mesure SPS. L'évaluation des risques pourrait faire ressortir à la fois l'opinion la plus répandue qui représente le courant scientifique "dominant" ainsi que les opinions de scientifiques qui ont un point de vue divergent. *L'article 5:1 ne requiert pas que l'évaluation des risques fasse état nécessairement du seul point de vue de la majorité de la communauté scientifique intéressée. Parfois, l'existence même d'opinions dissidentes exposées par des scientifiques compétents qui ont mené des recherches sur la question à l'examen peut être révélatrice d'une certaine incertitude dans la communauté scientifique. Parfois, les divergences peuvent indiquer que les opinions scientifiques sont à peu près également partagées, ce qui peut dénoter une forme d'incertitude scientifique.* Dans la plupart des cas, les gouvernements responsables et représentatifs ont tendance à fonder leurs mesures législatives et administratives sur l'opinion scientifique "dominante". Dans d'autres cas, des gouvernements tout aussi responsables et représentatifs peuvent agir de bonne foi sur la base de ce qui peut être, à un moment donné, une opinion

¹⁵ Rapport de l'OA dans l'affaire *CE – Hormones*, *op. cit.*

¹⁶ Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, "GMOs and Trade: Issues at Stake in the EC Biotech Dispute, *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 13, Issue 3, 2004, p. 302.

divergente provenant de sources compétentes et respectées. En soi, cela ne témoigne pas nécessairement de l'absence d'une relation raisonnable entre la mesure SPS et l'évaluation des risques, notamment *lorsque le risque en question peut être mortel et qu'il est perçu comme posant une menace évidente et imminente pour la santé et la sécurité publiques*. L'existence ou l'absence de cette relation ne peut être déterminée qu'au cas par cas, après avoir tenu compte de toutes les considérations qui influent logiquement sur la question des effets négatifs potentiels sur la santé." (italiques ajoutés)

En d'autres termes, l'évaluation des risques se veut une analyse poussée, sérieuse et objective de l'état de la science par rapport à un risque allégué. Une évaluation des risques peut être compatible avec les exigences de l'Accord SPS, même si elle ne fait que constater l'insuffisance scientifique et repose sur l'utilisation d'opinions scientifiques minoritaires concernant l'existence ou l'ampleur d'un risque allégué. Cette obligation d'évaluer toutes formes de risques a été confirmée dans l'affaire *Japon – Pommes*.

Ce droit des Membres de choisir une mesure de protection sur la base d'opinions scientifiques même non majoritaires et la pertinence des risques non quantifiables a été réitéré par l'OA dans l'affaire *CE – Amiante*,¹⁷ mais cette fois-ci dans le contexte de l'application de l'Article XX du GATT:

"167. S'agissant du deuxième argument du Canada, qui porte sur la "quantification" du risque, nous considérons que, comme l'Accord SPS, l'article XX b) du GATT de 1994 ne prescrit la *quantification* en tant que telle du risque pour la santé et la vie des personnes. *Un risque peut être évalué d'un point de vue quantitatif ou qualitatif (...)*"

"178. De surcroît, dans le contexte de l'Accord SPS, nous avons dit, dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, 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* 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." (italiques ajoutés)

N'y a-t-il pas place ici pour la précaution dans le cadre même de l'Accord SPS ou du GATT? Encore une fois, tout dépend de la définition que l'on donne à la précaution.

2. Mais existe-t-il un principe général ou une norme coutumière de précaution? Si oui, comment le ou la définit-on?

- (a) L'affaire *CE – Hormones* semble indiquer qu'il n'existe pas (encore) un principe général ou une norme coutumière de précaution

¹⁷ Rapport de l'OA dans l'affaire *CE – Amiante* (WT/DS135/AB/R, adopté le 12 mars 2001).

Quant à la nature du principe de précaution, l'OA va réviser la doctrine et noter que:

"Dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour internationale de justice a reconnu que dans le domaine de la protection de l'environnement de nouvelles normes avaient été mises au point et qu'elles avaient été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies, et qu'il fallait prendre dûment en considération ces nouvelles normes. *Toutefois, nous notons que la Cour n'a pas mentionné le principe de précaution parmi ces normes récemment apparues. Elle n'a pas non plus déclaré que ce principe pouvait l'emporter sur les obligations du traité entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie du 16 septembre 1977 relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros.*"¹⁸

L'OA conclura donc:

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

En effet, pour l'OA, cette détermination est superflue parce que, selon l'OA, l'existence d'une telle norme coutumière ne ferait qu'ajouter à l'Accord SPS et aux exigences de l'article 5.1. Dès lors l'OA procéda à l'examen d'allégations de non-conformité avec l'Accord SPS et a mis de côté toute discussion sur l'incidence d'un principe général de précaution.

Mais cette conclusion est-elle juste? Ne peut-on pas concevoir que l'existence d'une norme coutumière pourrait avoir un impact ne serait-ce que sur l'interprétation des dispositions de l'Accord SPS? L'OA a-t-il agi conformément au droit international en refusant de répondre aux allégations de la CE qui auraient pu influencer son interprétation? Ou préférerait-il ne pas conclure que le principe de précaution n'existait pas?

(b) Le principe de précaution s'est-il cristallisé depuis l'affaire *CE - Hormones*?

Il est difficile de définir le principe de précaution avec précision. Différents traités se réfèrent à la précaution dans différentes perspectives. Le principe de précaution obligerait parfois les gouvernements à entamer certaines actions positives; parfois il justifierait des mesures plus restrictives et même d'exception; parfois, certains traités le justifient pour prescrire certaines actions ou inactions spécifiques; alors que dans d'autres situations on se réfère au principe de précaution pour préciser le caractère incertain de l'état de nos connaissances scientifiques et encourager de plus amples efforts de coordination, de recherche et de prévention de dommages incurables. Si certains sont d'opinion qu'il existe des éléments

¹⁸ Note de bas de page no 94 du jugement de la Cour Internationale de Justice dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, CIJ, jugement du 25 septembre 1997.

communs et essentiels à toutes ces références statutaires au principe de précaution, d'autres sont d'avis que ces usages trop divers, s'ils permettent d'identifier le critère de l'incertitude scientifique et d'un certain risque, n'ont aucune autre direction commune.

Dans sa Communication à l'OMC¹⁹, la CE fut d'opinion que le principe de précaution fait maintenant partie du droit international général. Ni la Cour Internationale de Justice, ni aucun autre tribunal international n'a encore constaté l'existence d'un principe général ni d'une norme coutumière dite de précaution. Les membres de la Commission du Codex Alimentarius (FAO/OMS) n'ont toujours pas réussi à s'entendre sur la définition de ce que constitue le principe de précaution. Ce qui demeure litigieux, c'est le choix de mesures qu'autoriserait cette précaution.

La possibilité d'un consensus sur le principe de précaution dépend évidemment du niveau de précision des paramètres d'un tel principe. Si, à titre d'exemple, les Etats peuvent s'entendre pour conclure qu'en certaines circonstances d'incertitude scientifique, et à certaines conditions, les pays peuvent prendre des mesures restrictives au commerce, le consensus se brise alors que certains diront que l'Accord SPS est toujours et exclusivement applicable aux mesures SPS pour lesquelles la précaution est invoquée; alors que d'autres argumenteront que ce principe général de précaution autoriserait une dérogation aux dispositions du traité SPS.

La détermination de l'existence d'un tel principe général ou norme coutumière de précaution nécessitera au moins deux exercices. D'abord une définition claire et ensuite l'évaluation de la position des Etats vis-à-vis un tel principe. Si les instances quasi-judiciaires de l'OMC se voyaient dans l'obligation de déterminer si une telle norme coutumière ou principe général existait, il n'est pas certain qu'un Groupe spécial serait en mesure de le faire, à cause, notamment, de l'importance de la preuve qu'exige une telle démonstration. En particulier dans ses derniers rapports, l'OA semble avoir augmenté ses exigences en matière de démonstration factuelle.

3. Et si une telle norme coutumière ou un principe général existait, quel pourrait être son rôle, sa place dans le droit de l'OMC?

Nous l'avons déjà dit, à moins d'indications contraires, les Etats doivent se conformer à toutes leurs obligations internationales de bonne foi, c'est-à-dire de façon simultanée et cumulative. La jurisprudence de l'Organe d'appel sur l'application simultanée et cumulative des obligations contenues dans le Traité de l'OMC n'est certes pas directement applicable à la question que nous examinons puisqu'elle vise les dispositions d'un même traité, d'un "accord Unique". Mais cette jurisprudence démontre une certaine philosophie juridique: l'accent mis sur l'importance des obligations négociées des Membres souligne leur souveraineté et leur capacité à restreindre celles-ci. C'était d'ailleurs l'une de ces premières affirmations lorsque l'OA a écrit que le Traité de l'OMC est un "compromis" ("bargain").

"L'Accord sur l'OMC est un traité, c'est-à-dire l'équivalent d'un contrat au niveau international. Il paraît évident que, agissant à titre souverain et au nom de leurs intérêts nationaux respectifs, les Membres de l'OMC ont dû faire un compromis. En échange des bénéfices qu'ils espèrent tirer de leur statut de Membre de l'OMC, ils ont accepté d'exercer leur souveraineté en se conformant aux engagements qu'ils ont contractés dans le cadre de l'Accord sur l'OMC."²⁰

¹⁹ Voir G/SPS/GEN/225, G/TBT/W/154, WT/CTE/W/181, 2 février 2001.

²⁰ Rapport de l'OA dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, (WT/DS8/11, WT/DS10/11, WT/DS11/8, adoptée le 8 November 1996), p.18.

- (a) Une interprétation des dispositions de l'OMC qui tient compte du principe général ou coutumier de précaution

Mais l'obligation d'exécuter tout traité de bonne foi peut, à mon avis, entraîner une présomption, peut-être moins serrée, contre les conflits. Pour assurer la recherche d'une certaine cohérence et harmonisation du droit international, l'Article 31.3(c) de la Convention de Vienne prévoit que l'interprétation de tout traité doit tenir compte des autres obligations des Etats concernés:

- "31(1): Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
(3): Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:
(c): de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties."

Dès lors, dans l'interprétation des dispositions du Traité de l'OMC et en particulier les dispositions qui constitueraient une expression du principe de précaution, on devrait nécessairement "tenir compte" de ce principe coutumier ou général. Ceci semble être une conséquence de base de l'interprétation de tout traité. Nous rappelons que l'OA a insisté lors de son premier rapport sur le fait que le GATT ne peut pas être interprété en "isolation clinique" du droit international public.

C'est donc dire que si le principe de précaution constitue une "règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties", l'interprétation de toute disposition des accords de l'OMC doit nécessairement être effectuée en tenant compte de l'existence et de l'impact de ce principe de précaution.

- (b) Un principe général ou coutumier de précaution pourrait-il être invoqué pour justifier une mesure en violation du Traité de l'OMC ?

Cette question est très difficile et très sensible et appelle plusieurs autres questions. Par exemple, peut-on concevoir l'évolution d'un principe général qui contredirait les termes même du Traité OMC? S'il existait un conflit entre une obligation OMC qui ne trouve pas de justification dans le Traité OMC lui-même, et un droit prévu dans un autre traité, comment réagirait le juge OMC? Peut-il résoudre ce conflit et si oui comment? Peut-il mettre de côté la disposition OMC en faveur d'une autre norme internationale?

Ces questions sont complexes et appellent également une analyse de la juridiction ou du mandat des tribunaux spécialisés comme l'est l'OMC. Je note simplement qu'à deux reprises le Mémoire d'accord prévoit que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne peuvent ajouter ni diminuer les droits et obligations prévus dans le Traité de l'OMC.

"Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés." (Article 3.2)

"(...) dans leurs constatations et leurs recommandations, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés. (Article 19.2)"

Quelles sont les implications de ces dispositions? Les Membres voulaient-ils créer une hiérarchie juridique en faveur des dispositions de l'OMC?

La jurisprudence de l'OMC n'a pas encore répondu clairement à la question de savoir si la juridiction de l'OMC est autorisée, en situation de conflit irréconciliable entre une disposition du Traité OMC et une autre disposition internationale, à résoudre ce conflit et conclure que les dispositions d'un autre traité ou du droit international général ont priorité, et mettent de côté des obligations de l'OMC. Mais il semble que les paragraphes 124 et 125 du rapport *CE – Hormones* posent les jalons d'une telle analyse.

Pour l'OA, l'exigence statutaire d'une relation raisonnable entre l'évaluation des risques et le choix d'une mesure de protection ne diminue en rien le droit des Membres de prendre des mesures SPS basées sur l'article 5.7 de l'Accord SPS. Mais si une mesure de précaution non couverte par l'article 5.7 était prise par un Membre, cette mesure SPS demeure-t-elle assujettie aux articles 5.1, 5.2, 5.6 de l'Accord SPS?

4. L'utilisation du principe de précaution conventionnel dans l'interprétation de l'OMC

Il peut exister des cas où les parties à un litige devant les instances quasi judiciaires de l'OMC sont également parties à une convention internationale qui inclut des engagements statutaires concernant l'obligation de respecter le principe de précaution prescrit dans ce traité. Il existe effectivement une liste importante de traités bilatéraux et multilatéraux qui font référence (même imparfaite) au principe de précaution et qui pourraient affecter les droits et obligations de certains Membres de l'OMC. Dans pareilles circonstances, ces engagements conventionnels peuvent constituer "des règles de droit international applicables aux relations entre les parties", aux termes de l'article 31.3(c) de la Convention de Vienne, lesquelles devront être appréciées lors de l'interprétation des dispositions des accords de l'OMC. Mais ces dispositions conventionnelles, pour être utilisées ne serait-ce que dans l'interprétation du Traité OMC, doivent refléter les vues des Membres de l'OMC²¹. Il pourrait être difficile de prouver ce fait (consensus des Membres) si les parties au litige OMC ne sont pas parties au traité invoqué.

CONCLUSION

Plusieurs dispositions des accords de l'OMC semblent pouvoir être interprétées comme prenant en compte certains éléments ou composantes d'un certain principe de précaution. En rappelant que les références aux "preuves scientifiques suffisantes" doivent être interprétées en tenant compte du fait que les Membres ont le droit d'agir "avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes", et en insistant sur le droit des Membres d'adopter le niveau de protection qu'ils jugent nécessaire, la jurisprudence de l'OMC est-elle en train de développer un droit des Etats à la vigilance et à la prudence ? Ce droit à la prudence et l'obligation d'objectivité dans l'évaluation scientifique des risques, même si distincts et de moindre ampleur que le principe coutumier de précaution, participeront-ils au développement mieux articulé d'un éventuel principe de précaution?

Quelle que soit la nature exacte du type de principe de précaution auquel réfère l'OA ou ce droit étatique à la prudence, ces remarques de l'OA semblent donc offrir aux Membres de l'OMC, dans certaines circonstances spécifiques, la flexibilité que pourrait garantir une application plus générale et systémique d'un principe de précaution lorsque les Etats font face à la fois à l'incertitude scientifique et au besoin de se protéger d'un risque sérieux dont la nature et l'ampleur sont encore indéfinies.

²¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Chilie – Fourchettes* (WT/DS 207), para. 213

La difficulté à discuter de la relation entre le droit de l'OMC et le principe de précaution dépend notamment des paramètres de la définition du principe de précaution. Au sens de l'OMC, l'invocation de l'Article 5.7 est lourde d'engagements. Il reste à savoir si la jurisprudence réagira raisonnablement aux plaintes des Membres relatives aux critères de révisions (standard of review) utilisés par les groupes spéciaux et à la charge de la preuve. Les critiques relatives à la charge de la preuve lors de l'invocation de l'Article 5.7 sont sérieuses et appellent une nouvelle interprétation qui veut que l'Article 5.7 contienne une exception particulière qui "qualifie" l'étendue de l'obligation principale et ne constitue pas une exception au sens de l'Article XX du GATT. Une telle jurisprudence a été reconnue dans les affaires *Hormones*, *Sardines*, *FSC*, etc.

Puis il faudra répondre à la question suivante: si l'article 5.7 ne couvre pas tout le champ d'un principe de précaution, d'autres dispositions de l'Accord de l'OMC le font-elles? Un Membre peut-il invoquer un principe de précaution général ou coutumier pour l'interprétation des dispositions de l'Accord SPS? Pour l'autoriser à violer une disposition de l'Accord de l'OMC antérieur? Si oui, à quelles conditions? Si non alors que se passe-t-il? Et si les mesures basées sur l'invocation de l'Article 5.7 demeurent assujetties aux Article 5.1 et 5.2, que doit contenir le rapport d'évaluation des risques ? Et ces mesures pour lesquelles l'article 5.7 pourrait être invoqué seraient-elles assujetties au test de nécessité de l'Article 5.6 de l'Accord SPS ? Est-ce une façon de garantir une certaine cohérence interne au Traité de l'OMC? Mais avant tout, comment définit-on les paramètres du principe général de précaution?

S'il est vrai que la simple évocation d'un principe de précaution, et l'incertitude qui entoure ses composantes et conséquences exactes font craindre des mesures protectionnistes, l'OA semble confirmer que la prise en compte d'un certain principe de précaution dans l'Accord SPS ne peut justifier des mesures SPS qui n'auraient pas fait l'objet d'une évaluation des risques conformément aux articles 5.1 et 5.2 de cet Accord. Qui plus est, les aspects SPS/OMC (parce qu'on peut concevoir que l'invocation du principe ou de la norme coutumière de précaution aura des incidences sur plusieurs traités) demeurent assujettis à une obligation raisonnable et continue de recherche et de révision de la mesure. Cet aspect de la jurisprudence de l'OMC semble être en harmonie avec le droit général qui enseigne que 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 cas d'une meilleure identification quantitative et/ou qualitative du risque en cause et d'une meilleure aptitude à le gérer et à le maîtriser.

Il pourrait être très difficile pour une instance quasi judiciaire de l'OMC de définir ce que serait, devrait être, ou devrait autoriser le principe de précaution en droit international général. Toutefois, les pratiques des Membres de l'OMC et la jurisprudence de l'OMC peuvent certes participer au développement d'une pratique générale des Etats à la reconnaissance et l'émergence d'un principe de précaution.

Récemment Vern Walker écrivait qu'il existait des risques importants d'incohérence si les Etats continuaient de prendre des "mesures de précaution" ad hoc, au lieu de suivre les directions d'un véritable principe de précaution.²² Mais comment faire autrement ?

++ ++

²² Vern Walker, "Some Dangers of Taking Precautions Without Adopting the Precautionary Principle: A Critique of the Food Safety Regulation in the United States", 31 *ELR* 10040 (2001).