



**DIRECTION DE L'ENVIRONNEMENT
DIRECTION DES ECHANGES**

Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement

INCERTITUDE ET PRÉCAUTION : INCIDENCES SUR LES ÉCHANGES ET L'ENVIRONNEMENT

Paris, 20-21 novembre 2000

Cette étude préliminaire a été préparée suite au mandat donné par le groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement lors de sa réunion en mai 2000. Elle traite des objectifs liés à l'approche de précaution, donne des exemples de mesures de protection de l'environnement conformes à cette approche et propose des thèmes et des domaines à examiner ultérieurement.

Personne à contacter : Cristina Tébar Less; tél.: (33-1) 45 24 18 51 ; fax: (33-1) 45 24 78 76 ;
e-mail: cristina.tebar-less@oecd.org

JT00104517

TABLE OF CONTENTS

RESUME.....	5
INTRODUCTION.....	7
I. OBJECTIFS DE PRÉCAUTION.....	9
Introduction.....	9
Précaution dans le cadre des principes écologiques.....	10
Obligation de prévenir les dommages écologiques.....	10
Prévention des atteintes à l'environnement dans les situations d'incertitude.....	11
Prévention et précaution.....	11
La précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement.....	12
Emergence d'approches de précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement.....	13
Références spécifiques à la précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement.....	14
Instruments fournissant une orientation sur la mise en œuvre de la précaution.....	16
Éléments de précaution.....	18
Risque.....	18
Absence de certitude.....	18
Action et mesures de précaution.....	19
Considérations économiques.....	20
Les objectifs de précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement.....	20
Statut juridique de la précaution : vue d'ensemble sur le débat actuel.....	20
La précaution dans le droit des différentes nations.....	20
Précaution dans le droit international.....	21
La précaution dans les accords commerciaux.....	23
Protection de l'environnement dans les accords commerciaux.....	23
Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.....	24
Accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT).....	25
Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS).....	26
Précaution et échanges commerciaux.....	27
Développements en matière de protection de l'environnement et jurisprudence de l'OMC.....	29
II. MESURES DE PRÉCAUTION.....	31
Introduction.....	31
Mise en œuvre de mesures de précaution avec effets potentiels sur les échanges.....	31
Types de mesures.....	32
Mesures limitant une action ou un processus potentiellement dangereux.....	32
Interdictions.....	32
Quotas.....	33
Moratoires.....	34
Mesures d'évaluation.....	35
Évaluation des risques.....	35
Etude d'impact sur l'environnement (EIA).....	36

Mesures destinées à améliorer la connaissance d'un produit ou d'une activité.....	37
Recherche	37
Coopération internationale	37
Mesures pour l'établissement des normes.....	38
Mesures de consentement et d'approbation, et obligations d'identification	39
Procédure de consentement préalable.....	39
Procédures d'approbation.....	40
Obligations d'identification.....	41
III. INCIDENCES DE LA PRÉCAUTION SUR LE COMMERCE ET L'ENVIRONNEMENT : THÈMES DE DISCUSSION	43
Introduction.....	43
Le rôle et les limites de la science dans le processus de prise de décision	44
L'importance de la science pour les décisions en matière de protection de l'environnement.....	44
Les limites de la science	45
Évolution des connaissances scientifiques	46
Autres facteurs à prendre en considération par les décideurs	47
Préoccupations sociales et participation publique	47
Responsabilité des décideurs	48
L'équilibre entre le risque et l'innovation	49
Le coût de la précaution	49
Le coût de la précaution dans les accords internationaux.....	50
Les coûts pour l'industrie	51
Préoccupations des pays en développement.....	51
Attribution de la charge de la preuve	52
Incidences de l'attribution de la charge de la preuve	52
La charge de la preuve dans le droit national et international de l'environnement	52
La charge de la preuve dans les différends commerciaux	54
Évaluation des risques pour l'environnement.....	55
Évaluation des risques dans les accords sur l'environnement.....	55
Évaluation des risques dans les accords de l'OMC.....	55
ANNEXE I - RÉFÉRENCES A LA PRÉCAUTION DANS LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX SUR L'ENVIRONNEMENT	57
ANNEXE II - RÉFÉRENCES A L'APPROCHE DE PRÉCAUTION DANS CERTAINS CAS DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE.....	64
ANNEXE III - JURISPRUDENCE DE L'OMC SUR L'ÉVALUATION DES RISQUES	67
ANNEXE IV – TRAVAUX RÉCENTS SUR LA PRÉCAUTION DANS LES ENCEINTES INTERNATIONALES	70

RESUME

1. Conformément au principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée en 1992, 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. Cette déclaration sur la précaution, ainsi que d'autres du même type visant à prévenir la dégradation de l'environnement, ont trouvé leur place dans de nombreux accords internationaux sur l'environnement. La formulation la plus récente d'une approche de précaution dans un accord multilatéral sur l'environnement est celle du protocole de Cartagena, qui a été adopté au début de l'an 2000.
2. Les objectifs des différents instruments internationaux sur l'environnement varient, tout comme leurs formulations respectives de la précaution. Si ces dernières traitent en général toutes du risque, de l'absence de certitude et des mesures à prendre dans ces situations, les niveaux de risque et d'incertitude pour déclencher une action diffèrent parfois notablement. Il est par conséquent difficile de définir l'objectif de précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement.
3. Parmi les accords de l'OMC pertinents en la matière, seul l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) aborde expressément des situations d'incertitude scientifique. Dans les situations de ce type, un pays Membre peut adopter provisoirement des mesures SPS à partir des informations pertinentes disponibles. Les pays Membres adoptant de telles mesures doivent s'efforcer d'obtenir les informations complémentaires nécessaires pour une évaluation plus objective du risque et revoir les mesures prises dans un délai raisonnable. L'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et l'accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT) autorisent les pays Membres à prendre les mesures nécessaires pour la protection de l'environnement, mais ils ne prévoient pas de règles spécifiques sur les mesures prises dans des situations d'incertitude sur une dégradation possible, de nature environnementale ou autre.¹
4. Certains pays ont également inclus des références au principe de précaution ou à l'approche de précaution dans leur législation nationale sur l'environnement.
5. Peu d'indices existent toutefois, que ce soit dans les instruments internationaux ou dans les lois nationales, sur la manière de mettre en œuvre la précaution. Souvent, dans les cas d'incertitude sur les dégradations que peuvent causer un produit ou une action, on recourt à des mesures commerciales. Ce

¹ L'article XX, alinéas (b) et (g) du GATT, autorise les pays à prendre des mesures "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux" ou "des mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales". En vertu de l'article 2.2 de l'accord sur les obstacles techniques au commerce, "les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime", ces objectifs légitimes étant, entre autres " 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 ".

peuvent être des interdictions, des quotas et des moratoires visant à réduire ou éliminer une possible incidence sur l'environnement, des procédures d'évaluation préliminaire et notamment, des évaluations des risques et des études d'impact sur l'environnement (EIE), des procédures de consentement et d'approbation, etc. Dans les instruments internationaux, ces mesures sont généralement accompagnées de programmes de recherche, d'échanges d'information et d'autres formes de coopération, dans l'espoir de réduire le niveau d'incertitude lié à un risque potentiel pour l'environnement.

6. Le lien entre les dispositions des accords multilatéraux sur l'environnement (MEA) et les accords de l'OMC fait encore l'objet de discussions, tout comme les incidences des mesures de précaution pour les échanges commerciaux. Dans ce débat, plusieurs questions se posent.

7. L'une d'elles concerne le rôle de la science dans le processus de prise de décision. Si la science est un élément essentiel pour évaluer les risques potentiels sur la santé et l'environnement, la gestion de tels risques incombe en définitive aux décideurs. Des décisions pour éviter les risques potentiels s'imposent également lorsque la science n'apporte pas une réponse complète ou lorsqu'elle fournit plusieurs réponses possibles.

8. Mise à part la science, d'autres facteurs jouent un rôle dans le processus de prise de décision, notamment l'acceptabilité des risques, qui peut varier au sein d'une même société et selon les pays, les préoccupations sociales et la participation du public, et enfin, les éventuels engagements que les décideurs doivent honorer et le coût des mesures de précaution.

9. Une question essentielle dans le débat sur les incidences de la précaution dans le contexte des règles commerciales consiste à savoir s'il faut procéder à des études d'impact sur l'environnement avant d'adopter des mesures de précaution et les conditions auxquelles doivent satisfaire ces études.

INTRODUCTION

10. Le présent document, préparé suite au mandat confié par le Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement lors de sa réunion en mai 2000, traite des incidences que l'incertitude et la précaution peuvent avoir sur les échanges et l'environnement.

11. Le premier chapitre traite des objectifs de précaution. Il examine le concept de précaution dans le cadre des principes écologiques, décrit les approches de précaution formulées dans les instruments internationaux sur l'environnement, analyse les principaux éléments de ces approches et donne une vue d'ensemble sur la situation en matière de précaution dans le droit national et international². Il analyse également la manière dont les accords de l'OMC abordent la protection de l'environnement et traitent de l'incertitude scientifique. Il examine enfin les conséquences liées à l'utilisation de l'approche de précaution dans le contexte des échanges et de l'environnement.

12. Le deuxième chapitre cite des exemples de mesures que les décideurs peuvent appliquer dans les situations d'incertitudes sur la possibilité de risque de dégradation de l'environnement. Il met l'accent sur les mesures définies dans les instruments internationaux et notamment sur celles qui peuvent avoir des effets sur les échanges économiques, et donne quelques exemples de mise en œuvre de telles mesures.

13. Le troisième chapitre traite de plusieurs questions résultant des deux premiers chapitres et s'intéresse plus particulièrement aux facteurs que les décideurs devraient prendre en compte lorsqu'ils décident de mettre en œuvre des mesures de précaution pour la protection de l'environnement.

14. Le présent document comporte quatre annexes : l'annexe I répertorie les références à l'incertitude et à la précaution dans certains instruments internationaux sur l'environnement, notamment les recommandations de l'OCDE ; l'annexe II contient des extraits de décisions de tribunaux internationaux dans lesquelles la précaution a été invoquée ; l'annexe III cite les résultats d'évaluation d'impact dans la jurisprudence de l'OMC et l'annexe IV résume les travaux en cours sur la précaution dans les enceintes internationales.

² L'expression "instruments internationaux sur l'environnement" désigne ici les instruments contraignants – accords multilatéraux sur l'environnement (MEA) – et non contraignants, tels que déclarations, recommandations, résolutions, etc.

I. OBJECTIFS DE PRÉCAUTION

Introduction

15. De multiples évolutions intervenues ces dernières années ont changé la perception de la protection de l'environnement, non seulement au sein des gouvernements, mais aussi dans la société dans son ensemble. L'appauvrissement de la couche d'ozone, les changements climatiques, la disparition de certaines espèces, la pollution des écosystèmes les plus reculés, ainsi que l'augmentation des problèmes de santé liés à la pollution de l'environnement sont des exemples de dégradations qui n'ont pas été prévenues à temps. De là est née l'idée qui fallait s'attaquer non seulement aux risques connus, mais aussi aux risques *potentiels* pour l'environnement (et pour la santé de l'homme), même lorsque l'on était pas sûr de leur nature ni de leur étendue. D'autre part, le fait que les effets désastreux de certaines actions passées se manifestent seulement après de nombreuses années, phénomène souvent lié à l'accumulation d'incidences relativement mineures, a fait prendre conscience de la nécessité de prendre des mesures de prévention, et si nécessaires, de précaution. Il est par conséquent devenu de plus en plus nécessaire de prendre des décisions dans des cas où l'on ne dispose pas d'une certitude absolue sur les conséquences possibles d'une action ou d'une absence d'action pour l'environnement et ces décisions font de plus en plus l'objet d'un examen attentif de la part du grand public³.

16. Alors que la précaution fait partie de la réglementation en matière de santé et d'alimentation depuis de nombreuses années, c'est seulement au cours de la dernière décennie qu'elle a commencé à être reconnue de manière générale comme un élément important pour la protection de l'environnement. Depuis la Conférence de 1992 sur l'environnement et le développement, qui marque l'intégration de cette notion dans plusieurs conventions et déclarations, les discussions n'ont pas cessé sur la nécessité d'adopter des approches de précaution et sur la manière de les mettre en œuvre dans un contexte international.

17. Agir avec précaution suppose de prendre des mesures préventives sans être absolument certain d'une possibilité de dégradation – environnementale ou d'autre nature. Parfois, de telles mesures (notamment, les interdictions d'importation frappant un produit potentiellement dangereux) peuvent affecter les échanges internationaux et provoquer des conflits entre la nécessité de protéger l'environnement et les principes du libre-échange.

³ Pour une recherche plus approfondie concernant ces facteurs, voir Olivier Godard, *Politiques d'environnement et règles du commerce international : le principe de précaution sur la ligne de fracture*, Ecole polytechnique, février 2000, page 3 et P. Kourilsky et G. Viney, *Le principe de précaution*, 1999, page 26 sq.

Précaution dans le cadre des principes écologiques

Obligation de prévenir les dommages écologiques

18. Les États ont le droit souverain d'établir leurs propres normes et politiques en matière de protection de l'environnement dans les limites de leur juridiction, dans la mesure toutefois où ils ne dégradent pas l'environnement hors de leur juridiction. L'idée selon laquelle les pays doivent veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne dégradent pas l'environnement des autres pays par des "effets de débordement transfrontières" est devenu un principe traditionnel du droit international de l'environnement.⁴

19. L'écrasante majorité des conventions internationales sont basées sur le principe que l'on devrait prévenir la dégradation de l'environnement en évitant la pollution ou les nuisances, plutôt que d'attendre qu'elles se produisent pour essayer ensuite d'obvier à leurs effets nuisibles⁵. Cette obligation, également connue comme le "principe du ne pas nuire" a été formulée dans la déclaration de Stockholm de 1972 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (principe 21) et dans la déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement (principe 2) :

"Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de le faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale".

20. Ce principe a conservé une très grande influence dans la suite sur l'élaboration des lois et la pratique concernant les questions d'environnement. Il est à la base de la plupart des accords multilatéraux sur l'environnement et figure aussi dans de nombreux instruments de l'OCDE sur l'environnement⁶. Alors que les anciennes formulations du principe "du ne pas nuire" traitaient uniquement des dommages transfrontières, un grand nombre des dernières conventions mettent en avant l'acceptation au niveau international de la proposition suivant laquelle les États sont maintenant tenus de protéger le patrimoine commun de l'humanité, notamment l'Antarctique, et des domaines dépassant les limites des juridictions nationales, tels que la haute mer, les grands fonds marins et l'espace extra-atmosphérique⁷.

⁴ L'obligation d'éviter la pollution transfrontière est issue de l'arbitrage Trail Smelter entre le Canada et les États-Unis. Dans cette affaire, les fumées industrielles provoquées par une fonderie canadienne causaient des dommages aux citoyens américains et à leur biens. Les deux pays convinrent de soumettre l'affaire à l'arbitrage d'une Commission mixte internationale États-Unis-Canada dont la conclusion fut la suivante : "aucun État n'a le droit d'utiliser ou d'autoriser l'utilisation de son territoire d'une façon telle que des fumées industrielles causent des dommages dans le territoire d'un autre". Voir OCDE, Principes et concepts environnementaux, 1995 [OCDE/GD(95)124], page 9.

⁵ A. Kiss, *The rights and Interests of Future Generations and the Precautionary Principle*, page 26, in D. Freestone and E. Hey, eds., *The Precautionary Principle and International Law, the Challenge of Implementation*, 1996.

⁶ Depuis 1971, l'OCDE a adopté dans le domaine de l'environnement un grand nombre d'instruments pouvant prendre différentes formes. Les *décisions* sont des instruments juridiquement contraignants ; les *recommandations* ne sont juridiquement contraignantes, mais sont soumises aux Membres pour examen afin qu'ils puissent statuer sur l'opportunité d'une éventuelle action pour leur mise en œuvre ; les *déclarations*, qui définissent des engagements politiques relativement précis, sont des instruments à caractère solennel négociés au sein de l'OCDE et adoptés à haut niveau, généralement par les Ministres.

⁷ P.W. Birnie and A.E. Boyle, *International Law and the Environment*, 1992, page 91.

21. Ce principe, tel qu'il est appliqué dans la législation internationale, oblige les États à faire plus que réparer les dommages causés à l'environnement. Il considère que ces derniers ont le devoir de prendre les mesures *préventives* appropriées pour protéger l'environnement⁸. Ces mesures sont avant tout celles destinées à prévenir ou à limiter les actions portant atteinte à l'environnement.

Prévention des atteintes à l'environnement dans les situations d'incertitude

22. Pour prévenir les atteintes à l'environnement, il faut être suffisamment sûr des effets sur l'environnement d'une action ou d'actions cumulées. Toutefois, pour de nombreux problèmes environnementaux, il n'est pas possible d'établir avec certitude les conséquences que pourront avoir une politique ou une action particulière, soit parce que les preuves scientifiques ne sont pas disponibles, soit parce que les estimations scientifiques sont imprécises ou incomplètes. L'importance de l'incertitude scientifique est illustrée par l'appauvrissement de la couche d'ozone et le problème du réchauffement général de la planète. Dans chacun de ces cas, des décisions ont été prises pour éviter d'autres dommages, dès que l'on a pris conscience des très graves incidences de ces problèmes, sans attendre de certitude scientifique sur leurs causes exactes et leur étendue⁹.

23. Les décisions concernant l'environnement reflètent l'équilibre entre les effets bénéfiques d'une activité (industrielle, agricole, de loisirs ou d'une autre nature) d'un côté, et de l'autre, les risques de telles activités pour l'environnement¹⁰. Souvent, ces décisions n'ont pas suffisamment pris en compte les préoccupations environnementales et des dommages graves, parfois irréversibles, ont pu ainsi se produire. Ces décisions ont pu être prises simplement par mépris pour l'environnement, et quelquefois aussi, parce que rien n'indiquait qu'une activité causerait des dommages écologiques ou que ceux-ci seraient si importants. Le mécontentement des décideurs comme du grand public devant de tels résultats, ainsi que la meilleure information du public sur les dommages causés à l'environnement, la sensibilisation accrue aux risques potentiels des activités humaines et des effets de synergie inattendus ont entraîné un changement dans la pondération des facteurs à la base de la prise de décisions. On reconnaît aujourd'hui de plus en plus la nécessité d'appliquer la précaution en matière de protection de l'environnement et d'agir avant d'être entièrement certain de la nature des liens entre l'action ou l'absence d'action et un dommage potentiel pour l'environnement, ou de l'étendue d'un tel dommage potentiel¹¹.

Prévention et précaution

24. Si le concept de prévention des dommages est bien établi dans le droit national et international, le concept de précaution est relativement récent dans ce cadre. En théorie, la distinction entre ces deux concepts est claire : on peut définir la prévention comme "*le fait d'empêcher quelque chose d'arriver ou le fait d'arrêter de faire une chose*" et la précaution comme "*une mesure prise à l'avance pour éviter d'éventuels dommages ou le recours préalable à la prudence*". En pratique toutefois, lorsqu'il s'agit d'appliquer des mesures concrètes, en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement, cette différence est moins évidente.

25. L'environnement est un domaine très complexe et il est souvent impossible de déterminer de manière entièrement certaine le risque de voir une action causer un dommage ou l'étendue de ce dernier.

⁸ P.W. Birdie, A.E. Boyle, op.cit. page 92.

⁹ T. Tietenberg, *Environmental and Natural Resource Economics*, 2000, page 49.

¹⁰ André Nollkaemper, *What you risk is what you value*, in D. Freestone, E. Hey, op. cit, page 74.

¹¹ Random House Webster's College Dictionary.

C'est pourquoi il est souvent difficile, voire impossible, de faire une distinction claire entre une action prise en raison de l'incertitude quant aux dommages potentiels et une action visant à prévenir de graves conséquences plus ou moins connues. Ces deux actions ont toutefois le même objectif : éviter de causer des dommages à l'environnement.

26. Agir avec précaution, c'est tenter de prévenir un dommage qui aurait pu ou non se produire si l'on était pas intervenu. En d'autres termes, on peut considérer l'action de précaution pour protéger l'environnement comme le fait de privilégier la prudence, plutôt que de pousser à ses limites la capacité d'assimilation de l'environnement. Tout comme la prévention, la précaution est nécessaire pour éviter des dommages écologiques que les générations futures auraient autrement à supporter. Dans ce sens, précaution et prévention sont toutes deux essentielles pour assurer un développement durable.

27. Certains auteurs ont tenté d'établir une distinction entre "prévention" et "précaution" en matière de dommages écologiques. Pour l'un d'eux, la différence entre prévention et précaution réside dans l'évaluation du risque menaçant l'environnement. La précaution vise à limiter un risque encore hypothétique, alors que la prévention traite un risque réel¹². La précaution intervient lorsque le risque est élevé – si élevé en fait qu'il ne devrait pas être obligatoire d'acquiescer à une certitude scientifique absolue pour prendre des mesures correctives. La précaution doit être appliquée à chaque fois qu'une activité peut se traduire par des dommages durables ou irréversibles pour l'environnement, ainsi que dans les cas où les bénéfices retirés d'une activité particulière sont hors de proportion avec l'incidence négative que cette activité pourrait avoir sur l'environnement¹³.

28. Un autre auteur considère que l'élément essentiel justifiant la précaution est l'absence de certitude sur le lien de cause à effet ou sur l'étendue possible d'une atteinte particulière à l'environnement. S'il n'y a pas d'incertitude quant aux risques que la situation fait peser sur l'environnement, la mesure est préventive et non de précaution¹⁴.

29. Le terme de précaution est très subjectif : si certains individus sont plus prudents que d'autres face à un risque, il en est de même pour les gouvernements, lorsqu'ils décident de politiques pour éviter les risques. Il est par conséquent difficile de déterminer à l'avance les situations exigeant le recours à la précaution et de fournir une aide matérielle sur les mesures concrètes pour la mettre en pratique. Cela implique également que, face à l'incertitude sur les possibles conséquences dommageables d'une action, les décisions doivent souvent être prises au cas par cas. Ces dernières années, les États ont toutefois essayé de mieux définir et de s'accorder sur les situations justifiant le recours à la précaution pour la protection de l'environnement et sur les mesures visant à mettre la précaution en pratique.

La précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement

30. Aucune définition unique de la précaution, du principe ou de l'approche de précaution n'a été convenue. Aussi, si l'on veut analyser les objectifs de précaution dans la protection de l'environnement à l'échelle internationale, il est nécessaire d'examiner les différents instruments et la manière dont ils traitent de l'incertitude et de la précaution.

¹² P. Kourilsky, G. Viney, op. cit., page 2.

¹³ A. Kiss, op. cit., page 26.

¹⁴ James Cameron, *The precautionary principle*, in G. P. Sampson, B. Chambers, eds., *Trade, Environment and the Millennium*, 1999, page 242.

31. On peut grossièrement distinguer trois types d'accords environnementaux. Premièrement, ceux qui ne font pas explicitement référence à la précaution, mais qui sont issus d'une situation dans laquelle, pour prévenir l'éventualité d'un grave dommage au sujet duquel on n'a pas acquis de certitude scientifique, les pays concernés ont choisi d'agir avec précaution. Deuxièmement, les instruments qui font référence à la précaution, sans toutefois fournir aucune aide sur la manière de l'appliquer dans la pratique. Et troisièmement, quelques accords qui non seulement prescrivent ou recommandent le recours à la précaution, mais qui fournissent aussi une aide sur les mesures qui devraient ou pourraient être prises pour sa mise en œuvre.

Emergence d'approches de précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement

32. Si les instruments sur l'environnement ont normalement pour objectif de traiter des situations causant ou pouvant selon toute vraisemblance causer des dommages écologiques, ils traitent aussi, plus ou moins explicitement, de situations dans lesquelles règne une incertitude quant aux possibles conséquences d'une action donnée sur l'environnement. Plusieurs instruments internationaux sur l'environnement négociés dans les années 1970 et 1980 ont été adoptés en prenant en compte un certain degré d'incertitude sur l'éventualité de graves dommages pour l'environnement. L'approche suivie par ces instruments est de nature prudente.

33. L'OCDE a été l'une des premières organisations internationales à traiter des problèmes mondiaux d'environnement. Quelques uns des premiers instruments adoptés par l'OCDE ou dans le cadre de réunions au sein de l'OCDE (notamment, des déclarations adoptées lors de réunions au niveau ministériel) suivent une approche de précaution en préconisant des politiques d'anticipation.

34. La déclaration de l'OCDE sur la politique de l'environnement¹⁵, adoptée en 1974, stipule que "*afin d'éviter à l'avenir la dégradation de l'environnement, l'évaluation préalable des conséquences sur l'environnement des activités publiques ou privées importantes devrait constituer un élément essentiel des politiques appliquées aux niveaux national, régional et local*". Dans la déclaration de l'OCDE sur les politiques d'environnement à caractère anticipatif, adoptée en 1979, les gouvernements ont pris l'engagement "*...de faire en sorte que les aspects relatifs à l'environnement soient pris en compte à un stage précoce dans toute décision concernant tout secteur d'activité économique et sociale et susceptible d'avoir des conséquences significatives sur l'environnement ..., et de faire appel lorsque cela paraît approprié et possible, aux instruments économiques et budgétaires, en combinaison, si nécessaire, avec les instruments réglementaires pour inciter les entreprises publiques et privées ainsi que les particuliers à anticiper les conséquences de leurs actions sur l'environnement et à en tenir compte dans leurs décisions*"¹⁶.

35. La protection des mers et la gestion des pêcheries sont les premiers domaines sur lesquels les gouvernements ont convenu d'adopter une approche de précaution, au vu des graves dommages croissants dus à l'accumulation d'interventions destructrices par l'homme. Bien que la Convention des Nations Unies de 1982 sur le Droit de la Mer (UNCLOS) ne fasse pas explicitement référence à l'emploi de la précaution, elle a été interprétée comme adoptant une approche de précaution¹⁷. De manière similaires, diverses conventions pour la protection de régions marines spécifiques ont souscrit au concept de précaution¹⁸.

¹⁵ Annexe de C/M(74)26(Final).

¹⁶ Annexe de C(79)121.

¹⁷ Voir l'opinion individuelle du juge Laing du Tribunal international du droit de la mer relative à l'affaire du thon à nageoire bleue, Nouvelle-Zélande contre Japon, Australie contre Japon, dans l'ordonnance du 27 août 1999. La Nouvelle-Zélande et l'Australie ont soutenu que le Japon avait contrevenu à plusieurs

36. La Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d’ozone est l’un des exemples les plus manifestes d’adoption implicite d’une approche de précaution dans un accord international. La Convention a été négociée et adoptée après que des recherches scientifiques ont permis de penser que l’action de l’homme appauvissait la couche d’ozone à un rythme alarmant, sans toutefois qu’un lien de cause à effet ait été clairement établi. Elle a été considérée comme l’un des premiers instruments internationaux sur l’environnement à percevoir la nécessité d’une action préventive avant de disposer de preuves tangibles d’un réel dommage, et dans ce sens elle est révélatrice de l’émergence d’une approche plus “préventive” que ce qui avait été habituellement le cas pour les précédentes conventions sur la pollution¹⁹. La Convention de Vienne constitue par conséquent la première tentative de la communauté internationale de traiter dans les règles d’un danger pour l’environnement avant même qu’il n’apparaisse.²⁰

37. Si la Convention de Vienne est révolutionnaire à plus d’un titre, il n’en demeure pas moins qu’elle constituait pour l’essentiel un cadre d’action, sans guère d’indications pratiques et qu’elle nécessitait plus de consensus au niveau international sur des mesures concrètes. Ce consensus s’est établi quelques années plus tard, avec le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d’ozone. Adopté en 1987 et remanié plusieurs fois par la suite, le Protocole de Montréal est l’un des premiers accords internationaux qui préconise expressément une approche de précaution.

38. La Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination a été adoptée après une succession de graves cas de mauvaise gestion et de mouvements illicites de déchets dangereux entourés de beaucoup de publicité au début des années 1980. On savait que de très graves dommages pour la santé et l’environnement pouvaient être causés par une gestion inappropriée, notamment le transport de déchets dangereux, mais les connaissances dont l’on disposait étaient et sont encore incomplètes quant aux incidences précises, particulièrement en ce qui concerne les effets à long terme. Parmi les autres facteurs ayant conduit à l’adoption de la Convention figure la possible gravité et irréversibilité des dommages que peut causer sur la santé de l’homme et sur l’environnement une mauvaise gestion des déchets dangereux²¹.

Références spécifiques à la précaution dans les instruments internationaux sur l’environnement

39. La recommandation de l’OCDE de 1976 sur les principes relatifs à la gestion des zones côtières contient ce qui est probablement la première formulation d’une approche de précaution dans un instrument international et qui était dans ce sens considérablement en avance sur son temps : “*Dans certaines zones côtières, en attendant les résultats d’études sur l’environnement de certains projets proposés, il peut être*

dispositions de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (UNCLOS) “*concernant le principe de précaution.*” Même si le Tribunal ne fit pas explicitement référence au principe de précaution dans son ordonnance en prescription de mesures provisoires, plusieurs juges y firent référence dans leurs opinions individuelles. L’un des juges estimait que “*l’on ne pouvait nier que l’UNCLOS adopte une approche de précaution*”. Voir l’annexe II de ce document.

¹⁸ Voir D. Freestone and E. Hey, *Origins and development of the precautionary principle*, in D. Freestone, E. Hey, eds, op. cit., pages 5 sq., où est décrite l’introduction de l’approche ou du principe de précaution dans les instruments traitant de la protection du milieu marin et de la gestion des pêcheries.

¹⁹ P. W. Birnie, A. E. Boyle, op. cit., page 406.

²⁰ R. E. Benedick, *Ozone Diplomacy*, 1991, page 45.

²¹ *Les mesures commerciales dans les accords multilatéraux sur l’environnement*, OCDE 1999, page 108. La décision de l’OCDE concernant le contrôle des mouvements transfrontières de déchets destinés à des opérations de valorisation [C(92)39/Final], dans sa version modifiée, s’appuie sur des considérations similaires.

*nécessaire de prendre des mesures de protection en suspendant temporairement certains types de réalisations qui pourraient avoir des effets néfastes irréversibles sur l'environnement. Un tel moratoire pourrait être suspendu lorsque est apportée la preuve que le projet peut être réalisé en harmonie avec la protection de l'environnement*²².

40. La plupart des auteurs citent toutefois la déclaration ministérielle de 1987 de la deuxième conférence internationale sur la protection de la mer du Nord, comme étant le premier texte international sur l'environnement intégrant une référence spécifique à l'approche de précaution : *“pour protéger la mer du Nord des effets des substances les plus dangereuses susceptibles d'être préjudiciables, une approche de précaution est nécessaire, qui peut exiger que des mesures soient prises pour limiter les apports de ces substances, avant même qu'une relation de cause à effet n'ait été établie grâce à des preuves scientifiques incontestables”*.

41. Depuis, les références au principe de précaution et aux approches de précaution ont apparus dans pratiquement tous les instruments internationaux sur l'environnement, ou dans les amendements aux instruments existants, soit dans le préambule, soit dans la partie exécutoire. La référence principale et la plus souvent retranscrite est celle que contient le principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : *“Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves 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”*.

42. Cette définition et d'autres définitions similaires ont été incluses ou citées en référence dans des instruments environnementaux tels que la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), la Convention sur la diversité biologique (1992)²³, la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (1992), la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est (Conventions OSPAR, 1992), la Convention sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique (1992), le Protocole d'Oslo relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre (1994) à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979), le Protocole relatif aux polluants organiques persistants (1998) à la

²² C(76)161(Final). Voir paragraphe 7 de l'annexe à la recommandation. D'autres recommandations de l'OCDE adoptées au cours des années suivantes intègrent des références à l'incertitude et à l'approche de précaution, notamment les recommandations concernant la gestion des ressources en eau, la prévention et le contrôle intégrés de la pollution, ainsi que la gestion intégrée des zones côtières. Les extraits pertinents et les références de ces Recommandations sont indiqués dans l'annexe I du présent document.

²³ Une formulation très récente du concept de précaution dans le cadre d'un accord multilatéral sur l'environnement est celle qui figure dans la Décision sur les espèces exotiques qui menacent les écosystèmes, les habitats ou les espèces, adoptée par la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique en mai 2000. La décision comprend une liste de “principes directeurs provisoires pour la prévention, l'introduction et l'atténuation des impacts des espèces exotiques”, dont le premier recommande l'adoption d'une approche de précaution. Il stipule que *“en raison de l'imprévisibilité des impacts des espèces exotiques sur la diversité biologique, les initiatives visant à prévenir les introductions accidentelles et les décisions concernant l'introduction intentionnelle doivent être basées sur l'approche de précaution. L'absence de certitude scientifique au sujet des risques écologiques et socio-économiques liés à une espèce exotique potentiellement envahissante ou à un mode d'introduction donné ne peut constituer une raison suffisante pour ne pas prendre des mesures préventives contre l'introduction d'une telle espèce. De la même façon, l'absence de preuves au sujet des effets à long terme d'une invasion ne saurait être utilisée comme argument pour différer des mesures d'éradication, de confinement ou de lutte”*.

Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979), et plus récemment, le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (2000)²⁴.

43. Par ailleurs, plusieurs instruments ont été modifiés pour, entre autres, intégrer plus particulièrement des dispositions recommandant une approche de précaution. C'est le cas notamment de la Résolution sur l'application de l'approche de précaution à la protection de l'environnement dans le cadre de la Convention de Londres sur l'immersion, adoptée en 1991. Le Protocole de 1996, qui remplacera dès son entrée en vigueur la Convention de Londres sur l'immersion de déchets, comporte l'obligation pour les Parties d'adopter une approche de précaution. La Résolution de 1994 à la Convention de 1973 sur le commerce international des espèces sauvages de faune et de flore menacées d'extinction (CITES) prévoit que les Parties devront appliquer le principe de précaution. En 1992, le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne a été modifié de manière à intégrer expressément le principe de précaution aux principes sur lesquels devrait se fonder la politique communautaire en matière d'environnement.

Instruments fournissant une orientation sur la mise en œuvre de la précaution

44. Certains instruments sur l'environnement vont plus loin et ne recommandent pas seulement d'agir avec précaution, mais fournissent également une certaine orientation sur la manière d'appliquer la précaution dans une situation donnée.

45. La Charte mondiale de la nature de 1982, par exemple, est directe sur la manière de faire face à l'absence de certitude concernant les effets potentiels d'une activité : *“Les activités comportant un degré élevé de risques pour la nature seront précédées d'un examen approfondi (...), lorsque les effets nuisibles éventuels de ces activités ne sont qu'imparfaitement connus, ces dernières ne devraient pas être entreprises.”*

46. La Convention de Bamako de 1991 stipule que *“les Parties coopèrent en vue d'adopter les mesures de précaution appropriées pour faire face à la prévention de la pollution au moyen de méthodes de production propres, plutôt que d'observer des limites d'émissions autorisées en fonction d'hypothèses relatives à la capacité d'assimilation”*²⁵.

47. Dans la Résolution de 1991 sur l'application de l'approche de précaution à la protection de l'environnement dans le cadre de la Convention de Londres sur l'immersion, les parties contractantes ont convenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la mise en œuvre effective de l'approche de précaution à la protection de l'environnement et de prendre à cet effet des mesures pour *“encourager la prévention de la pollution à la source..., évaluer les conséquences écologiques et économiques d'autres méthodes possibles de gestion des déchets, y compris leurs conséquences à long terme ; encourager et*

²⁴ On trouvera les citations des paragraphes concernés de ces accords à l'annexe I du présent document.

²⁵ A cet effet, la Convention recommande que les Parties *“encouragent des méthodes de production propres pour l'ensemble des cycles de production y compris : le choix, l'extraction et le traitement des matières premières; la conceptualisation, la mise au point, la fabrication et l'assemblage du produit, le transport des matériaux au cours de toutes les étapes; les utilisations industrielles et domestiques ; la réintroduction du produit dans les systèmes industriels ou dans la nature lorsqu'il cesse d'être utile.”* La Convention indique également ce que la production propre ne doit pas comporter, notamment des *“systèmes de contrôle de la pollution “en bout de chaîne” tels que des filtres, des laveurs ou des méthodes de traitement chimique, physique ou biologique”* et exclut par ailleurs les *“mesures visant à réduire le volume des déchets par incinération ou concentration; à masquer le risque par la dilution ou par le transfert de produits polluants d'un environnement à un autre”*. Article 3(g) de la Convention.

utiliser dans toute la mesure du possible la recherche scientifique et socio-économique de manière que les orientations générales à long terme puissent être fondées sur une meilleure compréhension des faits, s'efforcer de réduire les risques et les incertitudes scientifiques liées aux opérations d'évacuation proposées..."²⁶.

48. La Convention-cadre des Nations Unies de 1992 sur les changements climatiques suggère, après avoir recommandé aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes, que ces politiques et ces mesures *"tiennent compte de la diversité des instruments socio-économiques, soient globales, s'étendent à toutes les sources et à tous les puits et réservoirs de gaz à effet de serre qu'il conviendra, comprennent des mesures d'adaptation et s'appliquent à tous les secteurs économiques"*.

49. L'Agenda 21, adopté lors de la Conférence de 1992 sur l'environnement et le développement, fait référence à l'approche de précaution dans plusieurs chapitres et énumère des mesures concrètes pour sa mise en œuvre dans le chapitre traitant de la protection des océans et de leurs ressources biologiques : *"Pour prévenir la dégradation du milieu marin, il convient d'adopter une démarche axée sur la précaution et la prévision plutôt qu'une démarche corrective, ce qui suppose, notamment, l'adoption de mesures de précaution, la réalisation d'études d'impact sur l'environnement, le recours à des techniques de production non polluantes, le recyclage, le contrôle des déchets et leur réduction, la construction ou l'amélioration des installations de traitement des eaux usées, la définition de critères de gestion de qualité pour la manipulation appropriée des substances dangereuses, et l'adoption d'une démarche globale pour lutter contre les facteurs nocifs dans l'air, la terre et l'eau. Tout cadre de gestion doit prévoir l'amélioration de l'habitat humain dans les zones côtières, ainsi que la gestion et l'aménagement intégrés de ces zones"*.

50. L'accord de 1995 relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs stipule comment appliquer le principe de précaution par le moyen de principes directeurs détaillés, annexés à l'accord. Pour mettre en œuvre ces principes, les États, entre autres, *"améliorent la prise de décisions en matière de conservation et de gestion des ressources halieutiques en se procurant et en mettant en commun les informations scientifiques les plus fiables disponibles, mettent au point des programmes de collecte de données et de recherche afin d'évaluer l'impact de la pêche sur les espèces non visées et les espèces associées ou dépendantes et sur leur environnement, et adoptent les plans nécessaires pour assurer la conservation de ces espèces et protéger les habitats particulièrement menacés"*.

51. L'objectif du Protocole de Cartagena adopté au début de l'an 2000 est de contribuer à garantir un niveau approprié de protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation en toute sécurité des organismes vivants modifiés, *"conformément à l'approche de précaution figurant dans le Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement"*. Il prévoit le recours à une approche de précaution *"en 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"*, et contient des dispositions détaillées sur la manière d'effectuer des évaluations des risques pour identifier et évaluer ces effets nuisibles potentiels²⁷.

²⁶ D. Freestone and E. Hey, op. cit., page 7 s.

²⁷ Articles 10.6 et 11.8 et annexe II. Plusieurs auteurs considèrent que le Protocole de Cartagena a amélioré ou confirmé le statut du principe de précaution dans le droit international. P. Hardstaff, *The Protocol on*

Éléments de précaution

52. Même si les divers instruments font référence à la précaution sous des manières notablement différente, ils ont tous un certain nombre d'éléments en commun : ils comportent pratiquement tous des références à une situation de risque (menace de dommage), à l'absence de certitude et à la nécessité de prendre des mesures dans de telles situations. Un petit nombre d'instruments fait également référence aux aspects économiques des mesures de précaution.

Risque

53. Dans la plupart des instruments internationaux sur l'environnement, le risque qui déclenche les mesures de précaution est l'existence d'une menace – plus ou moins sérieuse – de dommages pour l'environnement. Le seuil de risque varie énormément suivant les différents instruments.

54. La plupart des instruments font référence globalement à un “*risque*” de dommages pour l'environnement (notamment, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement), d'autres invoquent “*des motifs raisonnables de s'inquiéter*” (Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est) ou déclarent “*prendre des mesures préventives dès lors que l'on est fondé à penser que les substances... peuvent mettre en danger...*” (Convention sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique).

55. Les références au type de *dommage* vont d'une menace “*d'effets néfastes irréversibles*” (Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les principes relatifs à la gestion des zones côtières) à un “*dommage grave ou irréversible*” (Protocole d'Oslo relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre et Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable dans la région de la CEE), en passant par “*des effets néfastes*” (Protocole de Montréal sur les substances appauvrissant la couche d'ozone).

56. D'autres instruments ne font pas référence à un “*dommage*” en tant que tel, mais au “*risque d'atteinte à l'environnement pris dans son ensemble*” (Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la prévention et le contrôle intégrés de la pollution), à des “*substances qui pourraient présenter des dangers pour la santé de l'homme et pour l'environnement*” (Convention de Bamako), à un “[*possible*] *impact transfrontière*” (Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux), ou à une “*menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique*” (Convention sur la diversité biologique), et à ce que des “*des substances...puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres utilisations légitimes de la mer*” (Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est), ou encore aux “*effets défavorables potentiels des organismes vivants modifiés sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine*” (Protocole de Cartagena).

Absence de certitude

57. Comme indiqué plus haut, si l'obligation de prévenir les dommages à l'environnement se fonde sur un risque connu, l'idée de précaution est basée sur une “absence de certitude”. La plupart des instruments font référence, plus précisément, à “*l'absence de certitude scientifique absolue*” (Déclaration

biodiversity, an analysis, 2000, page 14 ; A. Cosby and S. Burgiel, *The Cartagena Protocol on Biosafety: an analysis of results*, IIDD, 2000.

ministérielle de Bergen sur le développement durable dans la région de la CEE, Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Convention-cadre sur les changements climatiques et Protocole d'Oslo relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre). Dans leur majorité, les instruments ne précisent pas ce à quoi fait référence une telle incertitude scientifique. Certains sont plus précis à cet égard et la relie à un *“lien de causalité”* (Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, Déclaration ministérielle de la troisième Conférence internationale sur la protection de la mer du Nord) ; d'autres font référence à l'incertitude concernant l'évacuation de substances qui pourraient présenter des risques pour la santé de l'homme et de l'environnement *“sans attendre d'avoir la preuve scientifique de ces risques”* (Convention de Bamako). Le Protocole de Cartagena fait référence à l'absence de certitude scientifique concernant *“l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique”*. Certains instruments recommandent que les *“États prennent d'autant de précautions que les données sont incertaines, peu fiables ou inadéquates”* et spécifient que *“le manque d'informations scientifiques adéquates ne saurait être invoqué pour ne pas prendre de mesures de conservation ou de gestion ou pour en différer l'adoption”* (Accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs).

Action et mesures de précaution

58. Rares sont les instruments qui font référence à une *“action”* précise que susciterait la combinaison du risque et de l'incertitude. Certains font référence à *“des mesures pour limiter les apports de ces substances [dangereuses]”* (Déclaration de la deuxième Conférence internationale sur la protection de la mer du Nord), d'autres à une *“action pour éviter les effets potentiellement nocifs”* (Déclaration de la troisième Conférence internationale sur la protection de la mer du Nord), ou à *“des mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière”* (Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux), ainsi qu'à des *“mesures de précaution pour régler équitablement le volume mondial total des émissions”* (Protocole de Montréal) ou encore à des *“mesures de précaution pour prévoir, prévenir et atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes”* (Convention-cadre sur les changements climatiques).

59. D'autres instruments stipulent que l'absence de certitude scientifique ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de *“mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement”* (Déclaration de Rio), de *“mesures qui permettraient d'en [menace de réduction sensible...de la diversité biologique] éviter le danger ou d'en atténuer les effets”* (Convention sur la diversité biologique) ou de *“mesures qui sont justifiées en elles-mêmes”* (Agenda 21, Chapitre 35). Le Protocole de Cartagena est plus précis et prévoit que l'absence de certitude absolue ne doit pas empêcher une Partie *“de prendre une décision comme il convient concernant l'importation de l'organisme vivant modifié... pour éviter ou réduire au minimum... effets défavorables potentiels”*.

60. Certains instruments semblent considérer le recours à la précaution comme un outil de gestion de l'environnement. Suivant l'Agenda 21, *“le principe de précaution pourrait servir de base à des politiques touchant des systèmes complexes qui ne sont pas encore bien compris et dont on ne peut encore prévoir quelles conséquences auront leurs perturbations”*²⁸. Une résolution de 1994 adoptée par les Parties à la CITES stipule que *“en vertu du principe de précaution... les Parties agissent au mieux de l'intérêt de la conservation de l'espèce...”*. Enfin, l'accord de 1995 relatif à la conservation et à la gestion des stocks de

²⁸ Chapitre 35, paragraphe 35.2.

poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs prévoit que *“les États appliquent largement l'approche de précaution à la conservation, à la gestion et à l'exploitation des stocks de poissons grands migrateurs afin de protéger les ressources biologiques et de préserver le milieu marin”*.

Considérations économiques

61. En recommandant de ne pas remettre à plus tard une action en cas de risque de dommages pour l'environnement, l'article 15 de la Déclaration de Rio fait référence à des *“mesures effectives”*. Une référence que certains instruments ont repris à leur compte. Ainsi, la Convention sur les changements climatiques précise que *“les politiques et les mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir les avantages globaux au coût le plus bas possible”* et le Protocole d'Oslo relatif à une nouvelle réduction des émissions de soufre indique que *“les mesures à titre de précaution prises au sujet des émissions de polluants atmosphériques devraient avoir le meilleur rapport coût-efficacité”*. Le Protocole de Montréal recommande de *“prendre en compte des considérations techniques et économiques”*, alors que la Convention de Bamako fait simplement référence à des *“mesures appropriées...”*. La Recommandation du Conseil de l'OCDE relative aux politiques de gestion des ressources en eau recommande aux gouvernements de veiller à ce que *“les coûts du contrôle ne soient pas fortement disproportionnés par rapport aux risques potentiels imposés à la société”*. Certains instruments ne comportent ni référence au coût ni au rapport coût-efficacité des mesures.

Les objectifs de précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement

62. Le tour d'horizon qui vient d'être fait montre dans quelle mesure la formulation de l'approche de précaution a évolué au cours des ans et combien différentes peuvent être ces approches dans les divers textes internationaux. Ces instruments abordent par ailleurs toute une série de problèmes environnementaux : protection de la mer, gestion des pêcheries, pollution atmosphérique, pollution de l'eau, protection de la diversité biologique, changements climatiques, etc. Il apparaît par conséquent difficile, compte tenu de la diversité des objectifs présentés dans ces instruments et de la variété des approches de précaution, de fournir une définition générale de *l'objectif de précaution* dans les instruments internationaux sur l'environnement.

63. On pourrait essayer de définir cet objectif comme la prévention de dommages écologiques dans des situations où il existe un risque d'effet nuisible sur l'environnement, mais où l'on ne dispose pas d'une certitude suffisante sur le lien de cause à effet entre un tel risque et une action ou l'absence d'action et/ou sur l'étendue du potentiel effet nuisible. Dans des situations de ce type, l'absence d'action serait injustifiée et les décideurs devraient prendre des mesures pour prévenir un potentiel dommage. Le coût de ces mesures devrait donc être pris en compte.

Statut juridique de la précaution : vue d'ensemble sur le débat actuel

La précaution dans le droit des différentes nations

64. Dans tous les pays de l'OCDE, la précaution est considérée comme partie intégrante de l'analyse de risque dans le domaine de la sécurité des aliments²⁹. A de très rares exceptions près, la précaution a

²⁹ Aperçu général sur les activités et systèmes nationaux de sécurité des aliments (SG/ADHOC/FS(2000)5/FINAL. On trouvera des informations plus détaillées sur la mise en œuvre de la

commencé à trouver sa place dans les législations nationales sur l'environnement ces dernières années et quelques pays traitent expressément de la question d'incertitude et de précaution dans leur législation³⁰. Dans certains pays, la précaution apparaît comme un principe éclairant les mesures environnementales, dans d'autres, le recours à la précaution est formulé comme une obligation pour le gouvernement.

65. L'Allemagne est censée être le premier pays à avoir fait expressément référence à la précaution dans sa législation sur l'environnement, dans les années 1970, en établissant que la politique environnementale ne pouvait se résumer à repousser les dangers imminents et à réparer les dommages qui s'étaient produits ; dans une politique environnementale conforme au principe de précaution, les ressources naturelles doivent être protégées et sollicitées avec prudence³¹.

66. La France a modifié son code rural en 1995 afin d'établir que l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne devait pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir le risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement, à un coût économiquement acceptable³².

67. La loi canadienne de 1999 sur la protection de l'environnement (LCPE) prévoit que le gouvernement doit "*exercer ses pouvoirs de manière à protéger l'environnement et la santé humaine, à appliquer le principe de la prudence, si bien qu'en cas de risques de dommages graves ou irréversibles à l'environnement, 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, ainsi qu'à affermir les méthodes applicables de prévention de la pollution*".

Précaution dans le droit international

68. Mains instruments internationaux sur l'environnement traitant de la précaution sont des "normes juridiques douces" : Déclarations, Recommandations, etc., qui ne contiennent pas, au sens strict du terme, d'obligations juridiquement contraignantes (Déclaration de Rio, Déclarations ministérielles des Conférences sur la protection de la mer du Nord, etc.).

69. Lorsque la précaution est citée dans un accord ou un traité contraignant, elle l'est souvent dans le préambule (dans le Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone et dans la Convention sur la diversité biologique, par exemple) sans définir d'obligation spécifique. D'autres instruments formulent le recours à la précaution comme un principe directeur (Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux) ou comme un objectif ou une recommandation, plutôt qu'une obligation : "*Chaque partie s'efforce d'adopter et de mettre en œuvre...*

précaution dans les décisions relatives à la sécurité des aliments dans chaque pays de l'OCDE dans SG/ADHOC/FS(2000)5/ANN/FINAL.

³⁰ L'étude préliminaire du PNUE, *The Implications of the precautionary principle for Multilateral Trade Rules, March 2000* (ci-après, étude préliminaire du PNUE), fournit un aperçu des approches de précaution dans les systèmes juridiques des différents pays.

³¹ James Cameron et Juli Abouchar, *The Status of the precautionary principle in International Law*, in D. Freestone, E. Hey, op. cit., page 37, citant Konrad von Moltke, *The Vorsorgeprinzip in West German Environmental Policy*, 12^{ème} rapport de la Royal Commission on Environmental Pollution, HMSO, 1988.

³² "*L'absence de certitudes compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable*" (Code Rural, Article L200).

des mesures de précaution...” (Convention de Bamako) ; “... *Il incombe aux parties de prendre des mesures de précaution...*” (Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques).

70. Le recours à la précaution a toutefois été formulé sous une forme impérative dans quelques accords : “*Les Parties contractantes...appliquent le principe de précaution...*” (Convention sur la protection de l’environnement marin de la zone de la mer Baltique, Accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs), ou “... *appliquent une approche de précaution...*” (Protocole de 1996 à la Convention de Londres sur l’immersion des déchets). Le Protocole de Cartagena “*réaffirme l’approche de précaution contenue dans le Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l’environnement et le développement*” dans son Préambule et stipule dans la partie exécutoire que “*l’absence de certitude scientifique ... n’empêche pas [la Partie importatrice] de prendre comme il convient une décision ... pour éviter ou réduire au minimum ces effets défavorables potentiels.*”

71. Le statut juridique de la précaution a fait l’objet d’une abondante littérature et de nombreuses études ont analysé si la masse de droit et la jurisprudence reflétaient l’existence d’un principe de précaution, et si le recours à la précaution était un principe du droit international, ou du moins, du droit international sur l’environnement³³.

72. La légitimité des mesures de précaution a également été évoquée devant diverses instances internationales (Cour internationale de justice, Tribunal international du Droit de la mer, Organe d’appel de l’OMC et Cour européenne de justice)³⁴. Aucune de ces instances n’a accepté de relever le défi consistant à clarifier le statut juridique de la précaution, ni plus particulièrement, de confirmer l’existence d’un principe de précaution comme principe du droit international.

73. Les principales orientations dans le débat actuel sur la précaution dans le droit international sont celles que traduisent les positions adoptées respectivement par l’UE, les États-Unis et le Canada dans le différend sur les mesures de la CE concernant les viandes et les produits carnés (Hormones). L’organe d’appel de l’OMC a résumé comme suit les positions des trois parties dans ce différend : “Le principal argument des Communautés européennes est que le principe de précaution est, ou est devenu, “une *règle coutumière générale du droit international*” ou du moins “un *principe général de droit*” (...). Les États-Unis ne considèrent pas le “principe de précaution” comme une règle de droit international coutumier et ils estiment qu’il s’agit d’une “*approche*” plus que d’un “*principe*”. Le Canada considère lui aussi que le principe de précaution ne fait pas encore partie intégrante du droit international public ; toutefois, il reconnaît que “le concept” ou “l’approche de précaution” est un “un principe de droit *naissant*” qui pourrait à l’avenir devenir l’un des “*principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*” au sens de l’article 38(1) c) du *Statut de la Cour internationale de justice*”³⁵.

³³ Il n’est pas dans notre intention dans le présent document d’apporter une contribution à ce débat. De nombreux articles et études traitent du statut juridique du principe de précaution, notamment la *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, 2000 (ci-après, Communication de la CE), l’étude préliminaire du PNUE, D. Freestone and E. Hey, op. cit., Cameron and Abouchar, op. cit., J. Cameron, *The precautionary principle: a fundamental principle of law and policy for the protection of the global environment*, Boston College International et Comparative Law Review, 1991, page 1, P. Kourilski, G. Viney, op.cit., Pascale Martin-Bidou, *Le principe de précaution en droit international de l’environnement*, Revue Générale de Droit International Public, 1999-3.

³⁴ Les extraits des décisions prises par ces cours et les opinions de certains juges sont cités en annexe II du présent document.

³⁵ Affaire Communautés européennes - hormones, AB-1997-4, paragraphes 121-122 du rapport de l’organe d’appel.

74. La coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit, et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées forment, avec les traités, les sources du droit international. Alors que les traités s'appliquent uniquement aux pays qui en sont parties, la coutume internationale et les principes généraux de droit sont, en principe, applicables à tous les pays³⁶.

75. La clarification du *statut juridique* de précaution peut, outre son intérêt théorique, avoir son importance dans le cadre des différends. Toutefois, on pourrait soutenir que la question qui importe réellement et qui pourrait contribuer à éviter de tels différends, c'est la *mise en œuvre* de mesures de précaution dans un contexte international, d'une manière qui serve à la fois les objectifs de protection de l'environnement et des échanges internationaux. Certaines questions liées à la mise en œuvre des mesures de précaution sont traitées dans le chapitre III du présent document.

La précaution dans les accords commerciaux

Introduction

76. En principe, il est du droit souverain d'un pays de décider du niveau de précaution qu'il souhaite appliquer afin d'empêcher des dommages à l'environnement au sein de sa juridiction. Toutefois, les mesures prises par un pays doivent être conformes à ses engagements internationaux, notamment ceux contractés dans le cadre d'accords aussi bien sur l'environnement que sur le commerce. Comme l'a indiqué l'organe d'appel de l'OMC : "*Les Membres de l'OMC sont libres d'adopter leurs propres politiques visant à protéger l'environnement pour autant que, ce faisant, ils s'acquittent de leurs obligations et respectent les droits que les autres Membres tiennent de l'Accord sur l'OMC*"³⁷.

77. Lorsque des mesures de précaution visant à prévenir une dégradation de l'environnement, qu'elles soient prises dans le cadre d'un instrument international ou non, affectent les échanges internationaux, des conflits peuvent se produire. Un grand nombre de mesures de précaution prévues dans les accords sur l'environnement sont susceptibles de constituer, ou d'être considérées comme constituant des obstacles aux échanges³⁸. Parmi ces mesures figurent les interdictions à l'importation et à l'exportation, les quotas, les moratoires, les procédures de consentement ou d'autorisation préalables, les évaluations, l'étiquetage, etc. Des exemples de telles mesures sont fournis dans le chapitre II du présent document.

Protection de l'environnement dans les accords commerciaux

78. Les accords de l'OMC visent à libéraliser l'accès aux marchés sur une base non-discriminatoire. Leur objectif est de garantir des conditions de concurrence justes et équitables pour l'accès aux marchés, et la prévisibilité d'accès pour tous les biens et services échangés³⁹. Si le but de ces accords est de limiter les mesures qui pourraient gêner le libre-échange, ils laissent toutefois, dans le cadre des règles établies, une

³⁶ Une description détaillée des sources du droit international est établie par Ian Brownlie, *Principles of public international law*, pages 1 sq. Voir aussi J. Cameron, op. cit., page 1.

³⁷ Etats-Unis-Normes concernant l'essence, nouvelle et ancienne formules (Etats-Unis-Essence), paragraphe 30 du rapport de l'organe d'appel, repris dans Etats-Unis- Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Crevettes-Tortues marines), paragraphe 186 du rapport de l'organe d'appel.

³⁸ L'étude préliminaire du PNUE comporte une analyse détaillée des conséquences des mesures de précaution pour les échanges internationaux.

³⁹ PNUE/IIDD, *Trade and Environnement; a handbook*, 2000, page 26.

certaine latitude aux pays Membres de prendre des mesures de protection de l'environnement. Comme indiqué par le PNUE, les règles de l'OMC liées à la politique environnementale tentent d'établir un équilibre prudent entre d'une part, la nécessité d'empêcher les gouvernements de freiner les échanges et de s'adonner au protectionnisme, et d'autre part, la nécessité de conserver une autorité souveraine et une flexibilité réglementaire pour assurer la santé, la sécurité et la protection de l'environnement⁴⁰.

79. Le préambule de l'accord de Marrakech instituant l'OMC stipule que celle-ci a pour objectif "*le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique*".

80. Plusieurs accords de l'OMC contiennent des indications – plus ou moins précises – sur les conditions dans lesquelles des mesures de restriction des échanges pour protéger l'environnement peuvent être prises sans enfreindre les règles du commerce. L'analyse qui suit est axée sur trois accords : l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), l'accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT) et l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)⁴¹.

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce

81. Les mesures commerciales prises par les États en vertu du GATT doivent être conformes aux principes généraux du commerce : traitement général de la nation la plus favorisée (Article I du GATT), traitement national (Article III), élimination générale des restrictions quantitatives (Article XI), et ne doivent pas être appliquées d'une manière susceptible de constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays ou une restriction déguisée au commerce international.

82. Le GATT prévoit un nombre limité d'exceptions à ces principes. En vertu de l'article XX, les pays sont autorisés à prendre des mesures "*nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux*" (paragraphe b), ou "*se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales*" (paragraphe g). Toutefois, conformément au "texte introductif" de l'article XX, aucune de ces mesures ne doit être appliquée "*de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international*".

83. En relation avec ce même article, l'organe d'appel de l'OMC a clairement affirmé que les Membres étaient libres de définir le niveau de protection de leur choix pour leurs populations et qu'il n'avait pas à statuer sur l'opportunité d'un objectif politique⁴². Cela a été confirmé par le Groupe spécial dans le différend récent opposant la CE et le Canada sur l'interdiction par la France d'importation d'amiante chrysotile (Affaire relative à l'amiante) : "*nous n'avons à apprécier ni le choix de la France de protéger sa population contre certains risques, ni le niveau de protection de la santé publique que la*

⁴⁰ Etude préliminaire du PNUE, page 31.

⁴¹ Les autres accords de l'OMC contenant des références aux mesures de protection de l'environnement sont le GATS et l'accord sur l'agriculture. Ces accords semblent moins pertinents pour les besoins de cette étude et ne sont par conséquent pas inclus dans l'analyse.

⁴² Etats-Unis-Essence, paragraphe 33 du rapport de l'organe d'appel.

*France souhaite atteindre. Nous devons à cet égard simplement déterminer si la politique de la France visant à interdire l'utilisation d'amiante chrysotile entre dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes.”*⁴³

84. On pourrait supposer que les mesures visant à empêcher des dommages à l'environnement, lorsqu'un lien de cause à effet clair est établi entre l'action et un dommage potentiel, seraient a priori acceptables en vertu de l'article XX du GATT⁴⁴. Elles le seraient encore d'autant plus lorsque de telles mesures ont été prises dans le cadre d'un accord multilatéral sur l'environnement. C'est une tout autre question que de savoir si une mesure prise par un pays pour empêcher des dommages potentiels à l'environnement, pour lesquels on ne dispose pas de preuves suffisantes quant au lien de causalité entre l'action et le dommage, pourrait aussi être jugée acceptable en vertu des règles du GATT. Alors que l'article XX du GATT a été interprété par les organes de règlement des différends compétents dans de nombreux différends liés à des mesures de restriction des échanges visant à protéger l'environnement⁴⁵, pour l'heure, ni cette disposition, ni les dispositions de l'accord TBT citées ci-après ont été interprétées dans les décisions concernant des différends faisant intervenir le recours à des mesures de précaution pour la protection de l'environnement.

Accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT)

85. L'accord TBT, qui vise à ce que les règlements techniques et les normes ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux échanges, reconnaît dans son préambule le droit à tout pays Membre de *“prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité des 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... aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays... soit une restriction déguisée au commerce international”*.

86. En vertu de l'article 2.2, les pays Membres devront faire en sorte que *“l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet, ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. 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 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”*.

⁴³ Affaire relative à l'amiante, paragraphe 8.171 du rapport du Groupe spécial.

⁴⁴ Dans l'affaire Crevettes-Tortues marines, aucune des parties n'a contesté que toutes les espèces de tortues marines concernées étaient en danger, la pêche aux crevettes constituant une grave menace pour leur survie et que les dispositifs d'exclusion des tortues marines (DET) réduisaient efficacement l'incidence de la pêche sur ces dernières. L'organe d'appel a considéré que la mesure imposée par les Etats-Unis servait un objectif environnemental qu'il reconnaissait légitime en vertu de l'article XX(g) du GATT de 1994. Toutefois, il estimait que cette mesure avait été appliquée d'une manière constituant une discrimination arbitraire et injustifiable entre Membres de l'OMC, contraire aux exigences du texte introductif de l'article XX ; paragraphe 186 du rapport de l'organe d'appel.

⁴⁵ Affaires Etats-Unis-Essence, Crevettes-Tortues marines.

87. L'accord TBT reconnaît clairement que la protection de l'environnement est un "*objectif légitime*" et qu'un règlement technique ou une norme adopté pour réaliser un tel objectif serait justifié, sous réserve qu'il soit conforme aux autres dispositions de l'accord, autrement dit, qu'il n'existe pas de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni restriction déguisée au commerce international.

Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)

88. L'accord SPS est très précis sur les mesures que les Membres peuvent prendre et dans quelles conditions : "*Les Membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent accord.*", (Art 2.1 et préambule), qu'elles soient "*appliquées que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux*" et "*fondées sur des principes scientifiques*" et qu'elles ne soient pas "*maintenues sans preuves scientifiques suffisantes*" (Article 2.2), qu'elles "*n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres*" et qu'elles ne "*ne seront pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international*" (Article 2.3).

89. L'objectif de l'accord SPS est d'empêcher les gouvernements d'utiliser des mesures SPS comme des formes déguisées de protectionnisme, et de réduire d'une autre manière leur incidence sur les échanges internationaux⁴⁶. L'article 5 établit l'obligation pour les Membres de faire en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient fondées "*sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux*" (Article 5.1) et décrit en détail la manière dont une telle évaluation doit être menée (Article 5.2-8).

90. L'article 5.7 prévoit des exceptions à la règle de l'article 2.2 suivant laquelle les mesures devraient être établies à partir de principes scientifiques : "*Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable.*"

91. Les dispositions précédentes, l'article 5.7 en particulier, ont été interprétées dans divers différends récents portés devant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC : les affaires reposant sur des plaintes des États-Unis et du Canada concernant l'interdiction par la CE de viande et de produits carnés provenant de bétail auquel avait été administré certaines hormones (Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones))⁴⁷, l'affaire reposant sur une plainte du Canada concernant l'interdiction par l'Australie des importations de saumon du Canada (Australie-Mesures visant les importations de saumons)⁴⁸ et l'affaire reposant sur une plainte des États-Unis concernant des mesures prises par le Japon pour tester et confirmer l'efficacité du traitement de quarantaine pour chaque variété de produits agricoles (Japon-Mesures visant les produits agricoles)⁴⁹.

⁴⁶ Etude préliminaire du PNUE, page 35.

⁴⁷ AB-1997-4; WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R.

⁴⁸ AB-1998-5; WT/DS18/AB/R.

⁴⁹ AB-1998-8; WT/DS76/AB/R.

92. Dans le rapport sur l'affaire Communautés européennes - hormones, l'organe d'appel a examiné le lien entre le principe de précaution, qui avait été invoqué par la CE pour justifier son interdiction sur le bœuf traité aux hormones, et l'accord SPS, et a déclaré que l'article 5.7, le sixième paragraphe du préambule et l'article 3.3. "*... 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.*" L'organe d'appel reconnaît par ailleurs que "*... 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.*"⁵⁰

93. Dans le rapport relatif à l'affaire sur les produits agricoles, l'organe d'appel a analysé les prescriptions auxquelles devaient satisfaire les mesures SPS provisoires dans la première phrase de l'article 5.7 : "*... Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles*". En vertu de la deuxième phrase de l'article 5.7, "*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*".

94. L'organe d'appel a par ailleurs souligné que "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."⁵¹ Quant à savoir ce qui constitue "un délai raisonnable" pour examiner une mesure, l'organe d'appel est d'avis que "cela 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"⁵².

Précaution et échanges commerciaux

95. Comme nous l'avons montré plus haut, le seul parmi les accords pertinents de l'OMC à faire référence à des mesures prises en cas d'incertitude est l'accord SPS. Cela peut être interprété de deux manières : d'une part, on pourrait dire que, comme elles ne sont pas expressément admises, de telles mesures ne sont pas autorisées en vertu de l'accord TBT et du GATT. Une interprétation moins radicale, quoique également limitatrice serait de dire que, s'il n'existe pas de preuve suffisante que l'environnement puisse subir un dommage, une mesure destinée à prévenir un dommage ne peut dans ces circonstances être considérée "*nécessaire*". Ces mesures seraient par conséquent simplement exclues du champ d'application de l'article 2.2 de l'accord TBT et de l'article XX (b) du GATT, tous les deux exigent que les mesures soient "*nécessaires*"⁵³. Suivant cette interprétation restrictive, seul paragraphe (g) of Article XX, qui fait

⁵⁰ Affaires relative aux hormones, paragraphe 123 du rapport de l'organe d'appel. Le paragraphe entier est reproduit à l'annexe II du présent document.

⁵¹ Affaire relative aux produits agricoles, paragraphe 89 du rapport.

⁵² Affaire relative aux produits agricoles, paragraphe 93 du rapport.

⁵³ L'article 2.2 de l'accord TBT et l'article XX du GATT sont des exceptions aux règles définies dans ces accords. Les règles générales d'interprétation exigent une lecture restrictive des exceptions.

référence à des mesures “*se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables...*” laisserait quelque possibilité de prendre des mesures de précaution.

96. Toutefois, il semble que l'on ne trouve pas de publications allant dans le sens de ces interprétations restrictives. Au contraire, on pourrait considérer que l'absence de références à des mesures dans des situations d'incertitude dans les accords du GATT et du TBT (par opposition aux conditions strictes imposées à de telles mesures dans l'accord SPS) comme laissant la place à de telles mesures en vertu de ces accords⁵⁴.

97. Premièrement, l'accord du GATT comme celui du sont assez généraux sur les critères à remplir par une mesure commerciale pour être considérée comme une exception suivant les principes généraux du commerce. L'accord TBT exige que de tels règlements techniques ne soient pas “*plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime*”, la protection de l'environnement étant l'un de ces objectifs. Pour le GATT, ce doivent être des mesures “*nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux*” ou “*se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales*”. Ces mesures ne sont pas assorties d'autres conditions spécifiques⁵⁵.

98. Deuxièmement, ces deux accords sont moins stricts que l'accord SPS concernant la nécessité de fonder une décision sur la science. Suivant ce dernier, toutes les mesures doivent, par principe, être fondées sur la science. En vertu de l'article 2.2 de l'accord TBT (qui, comme l'article XX du GATT, prévoit des exceptions aux règles générales), un pays est tenu de prendre en compte le risque que la non-réalisation (d'un objectif légitime) pourrait susciter. Pour évaluer un tel risque, 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.*” En d'autres termes, les données scientifiques ne sont que l'un, et non le seul ou principal élément à prendre en compte. Le GATT est encore plus ouvert, étant donné qu'il ne fait aucune référence à des considérations scientifiques ou d'autre nature sur lesquelles les mesures de l'article XX b) ou g) devraient se fonder.

99. Troisièmement, le TBT spécifie que les pays peuvent prendre les mesures nécessaires ... à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, la protection de l'environnement “*aux niveaux qu'il(s) considère[nt] appropriés*”. Certains considèrent que le niveau approprié de protection est l'adoption de mesures préventives avant même d'avoir réuni toutes les preuves

⁵⁴ Anne Laudon et Christine Nioville, dans *Le principe de précaution, le droit de l'environnement et l'OMC, 1998*, considèrent que, parmi les accords de l'OMC, le GATT et le TBT sont les “*moins défavorables aux mesures de précaution*”, page 59 sq. Selon le PNUE, dans des circonstances où coexistent incertitude scientifique et risque de dommages sérieux et irréversibles, on pourrait s'appuyer sur le principe de précaution pour prendre des mesures préventives sous la forme d'un règlement technique. Dans ces circonstances, le principe de précaution pourrait éventuellement aider à interpréter ce que l'on définit comme ‘plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime’ et comme un ‘objectif légitime’. Par exemple, l'accord TBT sera cohérent avec le principe de précaution seulement si l'OMC et ses Etats Membres reconnaissent que la protection de l'environnement contre une atteinte incertaine, mais potentiellement grave ou irréversible, est bien un objectif légitime. En outre, il faudrait peut-être aussi donner aux Etats une certaine flexibilité dans le choix des “mesures” nécessaires lorsque l'on n'est certain ni du champ d'application, ni de la cause, ni de l'ampleur de la menace. Etude préliminaire du PNUE, page 45. Voir aussi J. Cameron, op. cit., page 257.

⁵⁵ Les conditions s'appliquent toutefois à la *mise en œuvre* de telles mesures : elles doivent être appliquées d'une manière qui ne constitue ni une discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée au commerce.

de l'existence d'un dommage potentiel et quelques uns ont déjà transposé cette idée dans leur droit national⁵⁶.

Développements en matière de protection de l'environnement et jurisprudence de l'OMC

100. Dans sa Communication sur le principe de précaution, la Commission de la CE maintient que ce principe a connu une consolidation progressive en droit international de l'environnement qui en fait un véritable principe de droit international d'une portée générale. Elle considère en outre que les Accords de l'OMC confirment ce constat et que le préambule de l'Accord de l'OMC met en exergue les liens de plus en plus étroits entre le commerce international et la protection de l'environnement. Une approche cohérente implique que le principe de précaution soit dûment pris en compte dans ces accords, et notamment dans l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) ainsi que dans l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT), afin d'assurer que ce principe à vocation générale reçoive une application adéquate dans cet ordre juridique.⁵⁷

101. Cette interprétation n'a été ni confirmée ni rejetée par un groupe spécial ou par l'organe d'appel dans un différend. Le débat sur le lien entre les mesures prises en vertu d'accords multilatéraux sur l'environnement et de règles de l'OMC se poursuit et la jurisprudence de l'OMC n'a pas permis de faire la lumière sur ce sujet. De la même manière, le lien entre les principes environnementaux ou les approches émergentes en matière de protection de l'environnement et les règles de l'OMC doit encore faire l'objet d'une interprétation autorisée.

102. D'un autre côté, l'organe d'appel s'est montré prêt à prendre en compte les développements intervenus dans la protection de l'environnement. Dans le cas relatif aux crevettes et aux tortues marines par exemple, il a noté que *“l'expression ‘ressources naturelles épuisables’ figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement. L'article XX n'a pas été modifié pendant le Cycle d'Uruguay, mais le préambule de l'Accord sur l'OMC montre que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale.”*⁵⁸

103. Faisant référence à l'objectif de développement durable dans le préambule, l'organe d'appel a par ailleurs déclaré que *“ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'Accord sur l'OMC, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'Accord sur l'OMC, le GATT de 1994 en l'espèce. ... Il nous faut tenir compte, dans ce contexte, du libellé spécifique du préambule de l'Accord sur l'OMC”*⁵⁹. L'organe d'appel a également cité la déclaration de la Cour internationale de justice suivant laquelle *“lorsque les notions consacrées par un traité sont ‘par définition évolutives’, leur ‘interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a*

⁵⁶ Voir plus haut la section “La précaution dans le droit des différentes nations”.

⁵⁷ Les Etats-Unis ont demandé des éclaircissements sur de nombreux points avancés dans la Communication de la CE, notamment lors de 15^{ème} session de la réunion du Comité Codex Alimentarius sur les principes généraux, qui s'est tenue à Paris, en avril 2000, (CRD 3).

⁵⁸ Affaire relative aux crevettes et aux tortues marines, paragraphe 129 du rapport de l'organe d'appel.

⁵⁹ Affaire relative aux crevettes et aux tortues marines, paragraphes 153 et 155 du rapport de l'organe d'appel.

ultérieurement connue ... De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu."⁶⁰

104. Dans l'affaire Communautés européennes - hormones, l'organe d'appel a fait référence à une décision de la Cour internationale de justice dans laquelle le principe de précaution avait été invoqué : *"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..."*.⁶¹

105. Dans ce contexte, il peut être intéressant de rappeler combien l'organe d'appel a insisté sur la nécessité de résoudre les problèmes d'environnement mondiaux par la coopération internationale, et non par des mesures unilatérales. L'organe d'appel a cité plus particulièrement le rapport du Comité du commerce et de l'environnement de l'OMC, inclus dans le rapport du Conseil général des Ministres lors de la Conférence ministérielle de Singapour, qui approuve et appuie *"les solutions multilatérales fondées sur la coopération internationale et le consensus comme étant le moyen le meilleur et le plus efficace pour les gouvernements de s'attaquer aux problèmes environnementaux de caractère transfrontière ou mondial. Les Accords de l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux traduisent les efforts déployés par la communauté internationale pour réaliser des objectifs communs et il faut tenir dûment compte des uns et des autres en établissant entre eux des relations qui s'étayent mutuellement."*⁶²

⁶⁰ Affaire relative aux crevettes et aux tortues marines, note de bas de page 109 du rapport de l'organe d'appel, avec une citation d'un avis consultatif de la CIJ dans l'affaire Namibie (Conséquences juridiques), Recueil de la CIJ, (1971), page 31.

⁶¹ L'organe d'appel a toutefois noté que *"la Cour n'a pas mentionné le principe de précaution parmi ces normes récemment apparues"*. Affaire Communautés européennes - hormones, note de bas de page 93 du paragraphe 123.

⁶² Affaire relative aux crevettes et aux hormones, paragraphes 167 et suivants du rapport de l'organe d'appel.

II. MESURES DE PRÉCAUTION

Introduction

106. Agir avec précaution revient à prendre des mesures pour éviter des dommages avant d'avoir la certitude absolue qu'une activité va les provoquer. La plupart des mesures de précaution sont donc en fait des mesures de *prévention* des dommages, dont la particularité est d'être appliquées à un stade précoce.

107. Tout comme il n'y a pas une définition de l'approche de précaution, il n'y a pas de réponse établie à une situation exigeant le recours à des mesures de précaution. Comme nous l'avons vu dans le chapitre I, certains instruments internationaux sur l'environnement fournissent des exemples de mesures de précaution ; toutefois, il n'existe aucune orientation spécifique sur le moment où appliquer des mesures de précaution, ni sur "la quantité" de mesures de précaution nécessaires dans une situation donnée.

Mise en œuvre de mesures de précaution avec effets potentiels sur les échanges

108. Dans les différends commerciaux, au cours desquels des mesures environnementales ont été contestées par une Partie, le groupe spécial ou l'organe d'appel n'a pas seulement examiné si ces mesures respectaient les prescriptions des paragraphes (b) et (g) de l'article XX, mais également, si ces mesures étaient appliquées dans le respect des principes définis dans le texte introductif de l'article (ni discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, ni restriction déguisée au commerce international)⁶³.

109. Le concept de précaution est subjectif, et il est peu probable qu'il y ait, du moins dans un proche avenir, un consensus international sur sa signification et sa portée véritables pour la protection de l'environnement, et les mesures de précaution seront souvent prises au cas par cas. Pour éviter que de telles mesures soient taxées de protectionnistes, il faut qu'elles soient mises en œuvre d'une manière qui respecte les principes du libre-échange et en particulier, d'une manière qui ne constitue pas une discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée au commerce⁶⁴.

⁶³ Affaire relative aux crevettes et aux hormones, paragraphe 186 du rapport de l'organe d'appel.

⁶⁴ Dans sa Communication sur le principe de précaution, la CE considère que, lorsqu'une action est jugée nécessaire, les mesures basées sur le principe de précaution devraient être *proportionnées* au niveau de protection recherché, *ne pas introduire de discrimination* dans leur application, *être cohérentes* avec des mesures similaires déjà adoptées, basées sur un *examen des avantages et des charges potentiels* de l'action ou de l'absence d'action, *être réexaminées* à la lumière des nouvelles données scientifiques et *être capables d'attribuer la responsabilité* de produire les preuves scientifiques nécessaires pour permettre une évaluation plus complète du risque. Elle explique que la prescription de non-discrimination signifie que "*des situations comparables ne devraient pas être traitées différemment et que des situations différentes ne devraient pas être traitées de la même manière, à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié. Les mesures prises au titre de la précaution devraient s'appliquer de façon à atteindre un niveau de protection équivalent sans que l'origine géographique ou la nature d'une production puissent être invoquées pour appliquer de manière arbitraire des traitements différents*" (pages 38 et 39 de la Communication de la CE).

Types de mesures

110. Comme il a été décrit dans les précédentes sections, les approches de précaution se composent de différents éléments et sont prévues pour faire face à toute une série de situations. Les mesures de précaution répondent à ces divers éléments et situations, et peuvent donc être divisées en plusieurs catégories, suivant la situation qu'elles prévoient de traiter. Dans la pratique, c'est généralement une combinaison ou une succession de plusieurs mesures qui est mise en place.

- La précaution est exigée dans les situations où une action ou une activité risque d'entraîner des dommages. Le premier groupe de mesures de précaution concerne donc celles qui sont destinées à *limiter une action potentiellement dangereuse* ou à réduire sa portée. Les interdictions, les quotas et les moratoires sont des exemples de telles mesures.
- L'élément essentiel des approches de précaution est le risque de dommage potentiel et l'incertitude liée à la probabilité pour un tel dommage de se produire ou à sa portée possible, ou aux deux. Les décideurs ont toutefois besoin d'un certain nombre d'informations sur les conséquences potentielles d'une action, afin de prendre les mesures nécessaires pour éviter ou minimiser tout dommage. Les mesures qui répondent à cette nécessité sont celles qui *évaluent le risque et l'impact potentiel sur l'environnement* d'une activité.
- La précaution implique une notion d'incertitude et véhicule la nécessité de réduire une telle incertitude, afin de mieux savoir comment prévenir un dommage potentiel. Un troisième groupe de mesures de précaution est par conséquent constitué par celles qui *élargissent les connaissances* que l'on a d'une activité, de ses impacts sur l'environnement et des solutions possibles pour traiter de ses conséquences néfastes. La coopération, la recherche et les échanges d'information font partie de ces mesures.
- Les gouvernements peuvent fixer le niveau de risque ou de dommage qu'ils sont capables ou susceptibles d'accepter, en établissant des *normes*, au-delà desquelles une activité n'est plus autorisée. Les normes contribuent à garantir qu'une activité reste dans les limites des risques connus, excluant ou tout du moins limitant ainsi la possibilité de situations non contrôlées potentiellement dangereuses. Ces normes peuvent être non contraignantes ou obligatoires, applicables à l'échelon national ou reconnues au niveau international.
- Pour faire face à un problème potentiel, il est essentiel pour les décideurs qu'ils puissent *connaître à l'avance* les situations concrètes susceptibles de provoquer des dommages et qu'ils soient à même de donner leur *consentement ou leur approbation* avant la mise en place des mesures destinées à éviter ou réduire les chances que les dommages se produisent. C'est le but des procédures qui requièrent l'accord ou le consentement préalable en connaissance de cause d'une autorité avant qu'une action puisse être engagée. De manière similaire, en accompagnant un produit de certaines informations, à l'aide d'étiquettes par exemple, le niveau de contrôle nécessaire pour prévenir les risques relatifs au produit peut être réduit.

Mesures limitant une action ou un processus potentiellement dangereux

Interdictions

111. Les interdictions visent une activité ou la production et/ou le commerce d'un bien. Ce type de mesures est l'une des plus directes, car elle vise à éliminer le problème à la racine. Ces mesures sont également les plus susceptibles d'entrer en conflit avec les règles du commerce et se justifient par

conséquent uniquement dans des cas exceptionnels et pour des raisons bien fondées. Lorsque l'on évalue l'efficacité de ce type de mesures, il est nécessaire de prendre en compte l'atteinte pouvant résulter de la pratique ou de la marchandise *actuelle* et celle de la pratique ou de la marchandise de *substitution*.

112. Plusieurs accords multilatéraux sur l'environnement (MEA) imposent des interdictions. Le Protocole de Montréal relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone fixe des obligations légales pour limiter l'utilisation et la fabrication de produits chimiques particuliers, en fonction de calculs de leur potentiel d'appauvrissement de la couche d'ozone, et il impose des restrictions commerciales sur les importations et les exportations avec des tiers. La Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique interdit l'importation de tous déchets dangereux vers l'Afrique, quelle qu'en soit la raison. La Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux autorise le commerce de ces derniers uniquement sous certaines conditions, notamment l'indisponibilité d'installations d'évacuation appropriées dans le pays où ils sont générés. Elle reconnaît à tout État le droit souverain d'interdire l'entrée ou le dépôt de déchets dangereux ou de toute autre nature sur son territoire. L'importation de déchets dangereux d'un État non Partie est interdite, à moins que les dispositions de l'accord ou de l'arrangement auquel ils sont soumis ne soient pas moins écologiquement rationnelles que celles de la Convention de Bâle.

Interdiction pour la protection des espèces : abeille brune de Laeso

*Le ministre de l'Agriculture du Danemark a interdit le maintien sur l'île de Laeso et certaines îles voisines d'abeilles collectrices de nectar autres que la sous-espèce *Apis mellifera mellifera* (Laeso Brown Bee), compte tenu du fait que l'espèce disparaissait et pouvait être préservée uniquement sur cette île. Cette mesure avait pour objectif de mettre un terme aux croisements entre l'abeille brune de Laeso et d'autres types d'abeilles importées dans l'île et d'éviter la disparition de cette espèce, et plus généralement, de protéger la diversité biologique. La conformité de cette mesure avec l'article 30 du Traité instituant la Communauté européenne (interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent) a été contestée devant la Cour européenne de justice (ECJ). L'ECJ a estimé que l'interdiction dictée par le ministre de l'Agriculture du Danemark est une mesure dont l'effet est équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 30 du Traité instituant la Communauté européenne, mais qu'une telle mesure devait être considérée justifiée, en vertu de l'article 36⁶⁵ du Traité, au nom de la protection de la santé et de la vie des animaux⁶⁶. Cette mesure a été interprétée comme étant une mesure de précaution, étant donné qu'il n'existait aucune preuve scientifique concluante établissant aussi bien le caractère particulier de l'abeille brune de Laeso par rapport aux autres que le risque d'extinction⁶⁷.*

Quotas

113. Les quotas n'interdisent pas une activité, mais imposent une restriction quantitative. Ce type de mesures est généralement utilisé pour la protection des ressources naturelles et plus particulièrement dans le domaine des pêches. On trouve des quotas dans des MEA tels que la CITES, la Convention de 1978 sur la future coopération multilatérale dans les pêches de l'Atlantique nord-ouest et la Convention de 1993 pour la Conservation du thon à nageoire bleue (Convention of Southern Bluefin Tuna ou CSBT). L'accord

⁶⁵ Article 30 (ancien article 36) : “Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres.”

⁶⁶ Jugement du 3 décembre 1998, Affaire 67/97 Ditlev Bluhme.

⁶⁷ James Cameron, 1999, op. cit., page 252.

de 1995 relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs fournit des principes directeurs sur l'établissement de limites de prises et sur la manière dont ces limites doivent être gérées. L'annexe II de cet accord donne des principes directeurs sur l'application de points de précaution de référence : *“Un point de référence de précaution est une valeur estimative obtenue par une méthode scientifique convenue, qui est fonction de l'état de la ressource et de la pêcherie et qui peut servir de guide aux fins de la gestion des pêcheries. Deux types de point de référence devraient être utilisés. Les points de référence aux fins de la conservation, ou points critiques, et les points de référence aux fins de la gestion, ou points cibles. Les points de référence cibles sont destinés à atteindre les objectifs en matière de gestion ... Des points de référence de précaution devraient être fixés pour chaque stock en fonction notamment de la capacité de reproduction et de reconstitution du stock en question et des caractéristiques de son exploitation, ainsi que des autres causes de mortalité et des facteurs importants d'incertitude.”*

Quota de pêche : limande à queue jaune

En juin 1997, le conseil scientifique de la NAFO (Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest) a recommandé que le stock limandes à queue jaune (dans les zones désignées, “3LNO”) puisse être réouvert à la pêche en 1998 avec un TAC (total de prises autorisées) de 4 000 tonnes. Il a également spécifié pour la réouverture des pêches un certain nombre de conditions de gestion conformes à l'approche de précaution. Le plan de mise en œuvre de la NAFO comprend une déclaration sur les objectifs de gestion, les stratégies de capture et les points de référence, les mesures de conservation, ainsi que sur la recherche et la surveillance.

Le Canada s'était alors déjà forgé une certaine expérience en appliquant des mesures de conservation plus strictes aux stocks non concernés par le moratoire. Ces mesures visaient à promouvoir la ferme assurance d'une gestion contrôlée. Le Canada a par ailleurs reconnu que la fixation d'un TAC n'était qu'une première étape dans la réouverture d'une pêche. Dans chacun des cas où une réouverture a été recommandée, un certain nombre de conditions de gestion ont été spécifiées. Ces conditions ont été imposées pour assurer le contrôle de la pêche, la protection du stock contre la surexploitation et pour réunir des informations complémentaires sur l'état du stock⁶⁸.

Moratoires

114. Un moratoire est une interdiction temporaire d'une activité, notamment le commerce de certains biens. Les moratoires sont utilisés dans le domaine des pêches, pour permettre, entre autres, aux stocks de se reconstituer. Des moratoires sont également imposés en cas d'incertitude sur les conséquences potentielles d'une activité, et ils sont alors généralement accompagnés de programmes de recherche⁶⁹.

Moratoire : grands filets pélagiques dérivants

La Résolution des Nations Unies sur la “pêche aux grands filets pélagiques dérivants et ses conséquences sur les ressources biologiques des océans et des mers”, qui impose un moratoire sur la pêche aux filets dérivants, a été jugée de précaution de deux façons différentes⁷⁰ : premièrement, en ce qu'elle propose une action pour faire face à une sérieuse menace pour l'environnement alors qu'il subsiste encore quelque incertitude scientifique sur les incidences de la pêche aux filets dérivants ; deuxièmement, en ce que le moratoire rejette sur ceux qui ont l'intention de

⁶⁸ Exemple fourni par le Canada.

⁶⁹ Voir à ce propos la Recommandation de l'OCDE sur les principes relatifs à la gestion des zones côtières C(97)161(Final), mentionnée plus haut au chapitre I, qui recommande un moratoire sur certains types de développements sur les zones côtières, susceptibles d'avoir des effets nuisibles irréversibles sur l'environnement.

⁷⁰ Résolution des Nations Unies 44/225.

*poursuivre la pratique décrite dans le moratoire la charge de démontrer que leurs actions n'auront pas de conséquences inacceptable sur la conservation des ressources biologiques de la mer.*⁷¹

*En 1998, le Conseil des ministres de l'Union européenne a interdit l'utilisation des filets maillants dérivants pour la capture des thons dans l'Atlantique et la Méditerranée à partir du 1^{er} janvier 2002. Cette décision a été motivée par un certain nombre de facteurs d'ordre biologique, économique et social. L'UE reconnaît que cela peut avoir des effets nuisibles sur les communautés vivant des pêches et elle prévoit de mettre en place des mesures pour atténuer ces effets. Dans le cas des espadons capturés dans la Méditerranée, il est admis que, faute de disposer de données scientifiques sur l'état des stocks d'espadons et sur le niveau et la composition des prises accessoires par les filets maillants dérivants dans cette région, il était nécessaire d'interdire cette technique*⁷².

Mesures d'évaluation

Évaluation des risques

115. Il est impossible de prédire avec précision les conséquences de la plupart des interventions humaines, par nature particulièrement sujettes à l'incertitude. A mesure que nos connaissances s'améliorent, nous pouvons être en mesure d'exprimer notre incertitude quant aux conséquences futures en termes de probabilité de les voir se produire. Dans ce cas, on peut dire que "l'incertitude a été transformée en risque", et dans ce contexte, le risque a été défini comme une incertitude mesurable⁷³. L'évaluation des risques a été définie comme le *processus* de transformation de l'incertitude en risque. Il comporte trois étapes principales : l'analyse des événements déclencheurs et des trajectoires par lesquelles l'effet se produit ; la spécification de l'ampleur et de la gravité du risque ; l'estimation des probabilités et des valeurs escomptées⁷⁴.

116. Le Codex Alimentarius propose une autre définition : l'évaluation des risques est un processus scientifiquement fondé comprenant quatre composantes : (i) l'identification des dangers, (ii) la caractérisation des dangers, (iii) l'évaluation de l'exposition et (iv) la caractérisation des risques⁷⁵. L'évaluation des risques est un élément essentiel des politiques de sécurité alimentaire. Avec la gestion et la divulgation des risques, c'est l'une des composantes de l'analyse de risques.

117. La Banque mondiale définit *l'évaluation des risques* comme la combinaison d'une estimation et d'une évaluation des risques. La technique d'évaluation des risques peut être utilisée pour évaluer les coûts et les avantages comparés d'une situation, d'un projet de développement ou d'une approche réglementaire. Les risques que l'on maîtrise par la volonté sont considérés moins potentiellement dangereux que ceux sur lesquels on ne peut exercer aucun contrôle, tels que les secousses sismiques⁷⁶.

⁷¹ D. Freestone and E. Hey, op. cit. , page 5 sq.

⁷² Communiqué de presse de l'UE : le nécessaire abandon des filets maillants dérivants dans l'Union européenne, 24 juin 1998.

⁷³ *Évaluation économique des politiques et projets environnementaux, Un guide pratique*, OCDE 1985, page 161.

⁷⁴ OCDE 1985, op. cit., page 164.

⁷⁵ *Aperçu général sur les activités et systèmes nationaux de sécurité des aliments*, SG/ADHOC/FS(2000)5/Final, page 7. Concernant les quatre composantes d'évaluation du risque, voir également la Communication de la CE sur le principe de précaution, page 14 et annexe III.

⁷⁶ *Environmental Assessment Sourcebook*, Banque mondiale, 1997. La Banque mondiale définit certains concepts liés à l'évaluation des risques de la manière suivante : "Les *dangers* font référence à des sources de dommage potentiel, alors que le *risque* prend en compte la gravité et la fréquence des dommages issus

Etude d'impact sur l'environnement (EIA)

118. Selon la Convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, l'expression "évaluation de l'impact sur l'environnement" désigne une procédure nationale ayant pour objet d'évaluer l'impact probable d'une activité proposée sur l'environnement⁷⁷. L'étude d'impact sur l'environnement est essentiellement un outil de planification visant à identifier les conséquences néfastes d'une action donnée pour l'environnement, de sorte que ceux qui approuvent le projet soient pleinement informés de ses incidences potentielles⁷⁸.

Danger pour l'environnement et évaluation des risques dans les projets de la Banque mondiale

Plusieurs types de développements soutenus par la Banque mondiale comportent des risques pour l'environnement. Ainsi, la construction d'un barrage ou une action corrective de dépollution peut entraîner des risques pour la santé de l'homme ou le milieu naturel. Dans ces conditions, les incidences potentielles sur l'environnement sont souvent sujettes à des incertitudes. Lorsque ces incertitudes sont importantes, comme en cas d'émission potentielle de substances toxiques dans une zone à forte densité de population, une évaluation quantitative des dangers et des risques peut s'avérer appropriée. Les techniques d'évaluation des dangers et des risques ont été mises au point pour contribuer à déterminer le degré d'incertitude associé aux activités de développement. Ces techniques peuvent être utilisées indépendamment ou en soutien d'une évaluation environnementale (EA) et d'un audit d'environnement, dont elles sont complémentaires.

Dans le cadre des projets de développement de la Banque mondiale, les évaluations des risques traitent de trois questions essentielles :

1. *Que peut-il se passer de mal ? Quelles incidences peuvent affecter la santé de l'homme et le milieu naturel, et quels sont, pour un projet donné, les scénarios (cause et effet) dont on peut raisonnablement penser qu'ils se traduisent par des effets néfastes sur la santé, l'environnement ou la viabilité financière du projet ?*

2. *Quelle est la portée et l'ampleur de ces incidences néfastes ? Combien de personnes et de zones géographiques pourraient être affectées, quel est le plus grave accident qui pourrait raisonnablement se produire sur la durée de vie du projet et quels sont les risques des opérations de routine ?*

3. *Quelle est la probabilité de ces conséquences néfastes ? Quelle que soit la fréquence à laquelle elles se produisent, de quelles preuves dispose-t-on pour juger de leur probabilité et quelles sont les données disponibles ?*

des dangers. L'évaluation des risques apprécie les risques réels et éprouvés ; elle est à la base de la prise de décisions. La notion de *danger* est attachée à une propriété (de substances, de microorganismes, etc.) ou à une situation qui dans certaines circonstances pourrait entraîner des dommages. Lorsque ces circonstances sont réunies, elles se traduisent par des conséquences néfastes. L'*évaluation des dangers* concerne par conséquent l'identification des dangers, de leurs récepteurs potentiels (personnes, ressources naturelles, plantes ou animaux) et la détermination des conséquences. Le *risque* est une fonction de la probabilité (ou de la fréquence) de voir un *danger* se produire et de l'ampleur des conséquences ; le *risque* représente donc la probabilité qu'un danger potentiel se réalise. L'*estimation des risques* consiste à identifier la probabilité qu'un dommage se produise à la suite d'une action intentionnelle ou d'un événement accidentel. L'*évaluation des risques* détermine l'importance des risques estimés, notamment la perception du risque (qui fait intervenir une appréciation et un jugement subjectifs), qui n'a souvent pas beaucoup de rapport avec la probabilité statistique de dommage. La *gestion des risques* est le processus qui consiste à appliquer des décisions d'acceptation ou de contrôle, et qui est généralement fondée sur une analyse coûts-avantages. On peut maîtriser les risques par le recours à des technologies, des procédures ou des pratiques alternatives. La gestion des risque étant un processus itératif, les technologies antipollution ou les pratiques alternatives doivent être réévaluées pour chaque nouveau risque.

⁷⁷ Article 1.6 de la Convention.

⁷⁸ *Foreign Direct Investment and the Environnement*, OCDE, 1999.

Les deux premières questions sont couvertes dans les EA, la troisième est abordée dans l'évaluation des risques⁷⁹.

Mesures destinées à améliorer la connaissance d'un produit ou d'une activité

Recherche

119. Des approches de précaution s'imposent lorsque l'on ne dispose pas de suffisamment d'informations sur les conséquences d'une action. Comme la recherche s'efforce de rassembler, d'accroître ou d'améliorer nos connaissances sur un sujet, elle est essentielle comme complément de l'approche de précaution. Selon la Commission de la CE, la décision de financer un programme de recherche ou encore la décision d'informer l'opinion publique quant aux possibles effets négatifs d'un produit ou d'un procédé peuvent, elles aussi, constituer des actes inspirés par le principe de précaution.⁸⁰

120. Les instruments internationaux sur l'environnement sont nombreux à renfermer des dispositions relatives à des programmes internationaux de recherche. C'est notamment le cas de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination et du Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone.

Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone

Si un certain nombre de problèmes environnementaux sont essentiellement liés à des forces socio-économiques, comme la désertification ou la déforestation, le problème de l'appauvrissement de la couche d'ozone est à de nombreux égards lié à la science. Après que des scientifiques eurent réalisé que certaines substances chimiques constituaient une menace pour la couche d'ozone, de considérables efforts ont été déployés pour mesurer la gravité du problème. Par la suite, les scientifiques se sont attaqués aux causes sous-jacentes en trouvant des produits de substitution susceptibles de remplacer les substances appauvrissant la couche d'ozone. La prise de conscience du rôle dominant de la science est essentiel pour comprendre la manière dont la communauté internationale a répondu face à la menace d'appauvrissement de la couche d'ozone et pour tirer des enseignements applicables à d'autres problèmes d'environnement⁸¹.

Coopération internationale

121. Les dommages écologiques sont rarement liés à une seule action, mais plutôt à une accumulation ou à des synergies d'une multitude d'actions. C'est pourquoi une action concertée entre les "pollueurs associés" potentiels est souvent essentielle pour prévenir ou réduire les dommages à l'environnement. Au niveau national, cela est souvent réalisé par une réglementation imposant certaines mesures ou interdisant certaines actions ou procédures. A l'échelon international, cet objectif peut être atteint par la coopération internationale.

122. La coopération internationale peut prendre diverses formes et notamment l'acceptation d'engagements contraignants, l'adhésion à un certain comportement et la participation à des programmes ou des projets communs. La coopération internationale comprend souvent l'échange d'informations, notamment sur les pratiques nationales ou les résultats des programmes de recherche. Le Protocole de

⁷⁹ Tiré de *Environmental Hazard and Risk Assessment*, Environmental Assessment Sourcebook, Banque mondiale, 1997.

⁸⁰ Communication de la CE, page 16.

⁸¹ *International Agreements*, document de travail pour la Fifth Annual World Bank Conference on Environmentally and Socially Sustainable Development.

Cartagena par exemple, a mis en place un Centre d'échange pour la prévention des risques biotechnologiques, afin de faciliter l'échange de données scientifiques, techniques, écologiques et juridiques, ainsi que des données d'expérience, relatives aux organismes vivants modifiés et d'aider les Parties à appliquer le Protocole⁸².

Le Plan d'action pour la Méditerranée et le tributylétain

Comme exemple de mesure de précaution par le biais de la coopération internationale à l'échelon régional, on peut citer le plan d'action concerté des 18 Parties contractantes au Plan d'action pour la Méditerranée concernant la teneur en tributylétain de la peinture anti-encrassement pour la coque des navires, l'une des substances les plus toxiques jamais introduites intentionnellement dans le milieu marin⁸³. Les Parties contractantes ont décidé de mettre en œuvre des mesures de contrôle avant de disposer de résultats irréfutables quant au danger de cette peinture pour les habitats marins. La nocivité du tributylétain pour l'environnement a été confirmée par la suite⁸⁴.

Conférence sur la mer du Nord

L'objet de cette conférence était de protéger la mer du Nord de substances potentiellement dangereuses, même lorsqu'il existait une incertitude scientifique quant aux effets de ces substances. La mer du Nord a été victime d'eutrophisation, de pollution pétrolière, de pollution par des substances et des produits chimiques dangereux, ainsi que par des substances radioactives. Les pays participant à la conférence ont réalisé combien il était important de coopérer pour atteindre leurs objectifs en matière d'environnement. Exemples de mesures prises : interdictions d'évacuation et d'incinération des déchets dans la mer, réduction de moitié des éléments nutritifs introduits dans la mer, cessation de toute introduction de substances dangereuse en l'espace d'une génération (d'ici l'an 2020), interdiction d'immerger les installations offshore et interdictions d'appliquer du tributylétain.

Mesures pour l'établissement des normes

123. Dans l'accord sur les obstacles techniques au commerce (TBT), une norme est définie comme *“un document approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés.”*⁸⁵

124. L'établissement des normes a été décrit comme étant à la confluence de la science et de l'élaboration des politiques⁸⁶. En fixant une norme, les décideurs statuent sur le seuil de pollution acceptable, ou, lorsque les preuves scientifiques sont insuffisantes, sur le risque de pollution ou de dommage pour l'environnement.

125. Les normes internationales établies dans des conditions d'incertitude ont un lien étroit avec le problème de perceptions différentes des risques. Les pays diffèrent dans leur perception des risques et dans les types de mesures nécessaires pour réduire de tels risques. Les normes reconnues à l'échelon

⁸² Article 20 du Protocole de Cartagena.

⁸³ *The North Sea. An Integrated Ecosystem Approach For Sustainable Development*, www.odin.dep.no.

⁸⁴ L.D. Mee, *Scientific Methods and le principe de précaution* in D. Freestone, E. Hey, op. cit., page 109.

⁸⁵ Annexe 1 de l'accord TBT.

⁸⁶ Bernard A Weintraub, *Science, International Environmental Regulation, and the precautionary principle: Setting Standards and Defining Terms*, *New York University Environmental Law Journal* 1992, page 12.

international imposent un niveau de risque acceptable à toutes les parties. Les accords et recommandations internationales contiennent souvent des dispositions stipulant expressément que les Parties peuvent prendre des mesures plus strictes ou les mettre en œuvre plus rapidement qu'il n'a été convenu.

126. On peut regrouper les normes d'environnement sous cinq rubriques :

- Normes de qualité de l'environnement : elles visent à décrire l'état de l'environnement.
- Normes d'émission : elles fixent la quantité d'une substance donnée que peut émettre une installation.
- Normes produits : elles spécifient les caractéristiques jugées nécessaires pour éviter que l'utilisation ou l'évacuation de produits ne cause des dommages à l'environnement.
- Normes de procédés et de production : elles spécifient la manière dont les produits doivent être produits.
- Normes de performance : elles prescrivent certaines actions, notamment les études d'impact sur l'environnement⁸⁷.

Mesures de consentement et d'approbation, et obligations d'identification

Procédure de consentement préalable

127. Pour contrôler les actions potentiellement nuisibles, comme le commerce de substances dangereuses, les décideurs doivent disposer de suffisamment d'informations pour décider si une certaine action peut se poursuivre et dans l'affirmative, dans quelles conditions. Dans le cadre du commerce, la procédure de consentement préalable (PIC) exige le consentement préalable et écrit, en toute connaissance de cause, des pays de transit et du pays importateur. Afin d'éviter de créer pour certains biens des barrières non nécessaires au commerce, sans réduire la capacité des pays importateurs à être sensibilisés aux dangers potentiels, des procédures de consentement préalable ont été convenues au niveau international.

128. Des procédures de consentement préalable sont prévues dans la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, le Protocole de Cartagena et la CITES. Un exemple récent est donné par la Convention de 1998 de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause, applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international, et dont l'objectif est "*d'encourager le partage des responsabilités et la coopération entre Parties dans le domaine du commerce international de certains produits chimiques dangereux, afin de protéger la santé des personnes et l'environnement contre des dommages éventuels, et afin de contribuer à l'utilisation écologiquement rationnelle de ces produits en facilitant l'échange d'informations sur leurs caractéristiques, en instituant un processus national de prise de décision applicable à leur importation et à leur exportation et en assurant la communication de ces décisions aux Parties*".

La procédure d'accord préalable en connaissance de cause en vertu du Protocole de Cartagena

La procédure d'accord préalable en connaissance de cause, prévue dans le Protocole de Cartagena, s'applique avant le premier mouvement transfrontière intentionnel d'organismes vivants modifiés destinés à être introduits

⁸⁷ UNEP/IISD, 2000, op. cit.

intentionnellement dans l'environnement de la Partie importatrice⁸⁸. Dans le cadre de cette procédure, la Partie exportatrice adresse, ou exige que l'exportateur veuille à adresser, par écrit, à l'autorité nationale compétente de la Partie importatrice, certaines informations concernant l'exportateur et l'organisme vivant modifié concerné. Parmi les informations requises figurent un rapport d'évaluation des risques, effectuée suivant les critères fixés dans le Protocole⁸⁹. Sur la base des informations contenues dans la notification, la Partie importatrice peut, dans un délai déterminé, approuver l'importation, l'interdire, demander des informations complémentaires pertinentes ou informer l'auteur de la notification d'une extension de cette même période. En l'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance d'informations et de 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, la procédure de consentement préalable autorise la Partie importatrice à prendre une décision appropriée sur l'importation de l'organisme vivant modifié, pour éviter ou réduire au minimum les effets défavorables potentiels⁹⁰.

Procédures d'approbation

129. Les procédures d'approbation se présentent comme une série de prescriptions à satisfaire avant qu'une action (introduction d'un nouveau produit sur le marché ou importation de certains produits, par exemple) soit approuvée par les autorités compétentes. Les procédures d'approbation constituent un élément essentiel du marketing des produits chimiques, des aliments, des additifs alimentaires et des produits pharmaceutiques.

Approbation des organismes vivants modifiés

Le groupe de travail de l'OCDE sur l'harmonisation de la surveillance réglementaire en biotechnologie travaille depuis 1995 à l'uniformisation des réglementations des différents pays en matière de biotechnologie. Parmi ces travaux figurent de nombreux essais en conditions réelles pour déterminer les effets des cultures génétiquement modifiées sur l'environnement. Le groupe a établi que, même s'il existe une certaine communauté entre les informations utilisées, des décisions toujours différentes ont été prises quant à l'approbation des produits. Le groupe a conclu que ces différences étaient causées par un certain nombre de facteurs, dont le moindre n'est pas le recours à la précaution. L'une des principales raisons à ces conclusions différentes réside dans le fait qu'il existe des différences environnementales entre les pays Membres qui doivent être prises en compte dans une évaluation des risques et de la sécurité. Les différences entre les procédures nationales ou régionales jouent également un rôle. Si tous les pays s'appuient sur les résultats d'évaluation des risques et de la sécurité reposant sur des données scientifiquement éprouvées, les différentes autorités peuvent pondérer différemment les diverses disciplines scientifiques, par exemple, donner plus de poids à la biologie moléculaire par rapport aux études écologiques. Certains pays prennent en compte des facteurs supplémentaires, notamment les incidences socio-économiques dans leur processus d'approbation des produits⁹¹. Ainsi, la Grande-Bretagne a différé l'approbation des récoltes génétiquement modifiées tolérantes aux herbicides (GMHT) pour se donner le temps de recherches plus étendues quant aux effets possibles sur la diversité biologique. Une première évaluation scientifique des effets potentiels de ces

⁸⁸ Les organismes vivants modifiés non soumis à la procédure de consentement préalable sont les suivants : la plupart des produits pharmaceutiques à destination de l'homme, les organismes vivants modifiés en transit vers une Partie tierce, les organismes vivants modifiés destinés à être utilisés en milieu confiné, les organismes vivants modifiés pour usage direct pour alimentation humaine ou animale, ou pour transformation (LMO-FFP ou living modified organisms for direct use for food or feed, or for processing) et les organismes vivants modifiés déclarés sains par les Parties.

⁸⁹ L'annexe I du Protocole indique les informations requises dans la notification et l'annexe II fournit les prescriptions auxquelles doivent satisfaire les évaluation des risques.

⁹⁰ La procédure de consentement préalable en connaissance de cause est décrite dans les articles 7 et suivants du Protocole.

⁹¹ Rapport du groupe de travail sur l'harmonisation de la surveillance réglementaire en biotechnologie, OCDE, 2000 C(2000)86/ADD2.

cultures sur l'environnement a constaté l'existence d'un risque important de voir les systèmes de gestion de ces cultures nuire à la diversité biologique des terres agricoles, sans que l'étendue du dommage soit quantifiable⁹².

Procédures d'approbation des États-Unis

Dans le domaine de la sécurité des pesticides, des additifs alimentaires, des médicaments et des équipements médicaux, le *Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act (FIFRA)* et le *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (FFDCA)* exigent que les produits soient analysés et approuvés avant leur mise sur le marché. En conformité avec les obligations réglementaires, les États-Unis interdisent l'utilisation ou l'importation de ces produits sauf si les autorités de réglementation ont pu établir que le produit répondait aux prescriptions en matière de santé, de sécurité et d'environnement. De plus, le *Toxic Substances Control Act (TSCA)* exige une notification préalable à l'EPA avant la mise en fabrication de toute nouvelle substance chimique. Pour la gestion des produits chimiques existants, les règlements de la TSCA demandent à l'EPA de faire la preuve factuelle d'un risque déraisonnable avant de prendre des mesures réglementaires. On peut opposer cette disposition à la réglementation sur les nouveaux produits chimiques, où la formulation "pouvant présenter un risque" permet le recours à la précaution⁹³.

Obligations d'identification

130. Les obligations d'identification, telles que l'étiquetage, servent à fournir des informations sur les propriétés d'un produit, alertant ainsi les parties intéressées (autorités et consommateurs) sur les risques potentiels qui lui sont associés. Un produit étiqueté pourra être manipulé avec un soin particulier ou soumis à des contrôles spécifiques, diminuant ainsi les risques potentiels que pourrait comporter sa manipulation s'il n'y avait pas de limitation.

131. L'étiquetage peut être obligatoire ou volontaire. Il est généralement obligatoire lorsque le bien en question est ou est perçu comme plus nuisible qu'un produit similaire ou qu'il risque de causer un dommage (substances radioactives, par exemple) ou d'être endommagé (animaux vivants, par exemple) s'il n'est pas manipulé correctement. L'étiquetage volontaire reflète le choix des consommateurs d'être informés sur les caractéristiques spécifiques du produit ou sur la manière dont il a été fabriqué (conteneurs recyclables, aliments biologiques, etc.)⁹⁴ De tels programmes d'étiquetage (écolabels) donnent aux consommateurs des informations supplémentaires sur le produit et leur permettent de se déterminer suivant leur propre intérêt⁹⁵.

132. Parmi les accords multilatéraux sur l'environnement contenant des références à l'étiquetage figurent le Protocole de Cartagena⁹⁶, la Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international⁹⁷ et la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des

⁹² Brian Johnson, *Field trials in the UK: the precautionary principle in action?* <http://www.cid.harvard.edu>.

⁹³ Exemple fourni par les États-Unis.

⁹⁴ Le *Activist Handbook on Genetically Modified Organisms and the WTO* du Consumer's Choice Council, rédigé par Mathew Stilwell et Brennan Van Dyke (Center for Environmental Law), comprend un exposé sur l'étiquetage des OGM et le principe de précaution. www.consumerscouncil.org.

⁹⁵ Steve Charnovitz, *The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules*, Tulane Environmental Law Review, été 2000.

⁹⁶ L'article 18 comporte des dispositions détaillées sur la manipulation, le transport, le conditionnement et l'identification des organismes vivants modifiés.

⁹⁷ En vertu de l'article 13, chaque Partie exige que, sans préjudice des conditions exigées par la Partie importatrice, les produits chimiques qui font l'objet sur son territoire de règles d'étiquetage relatives à la santé ou à l'environnement, soient soumis, lorsqu'ils sont exportés, à des règles d'étiquetage propres à

mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination⁹⁸. Chaque Partie exige que, sans préjudice des conditions exigées par la Partie importatrice, les produits chimiques qui font l'objet sur son territoire de règles d'étiquetage relatives à la santé ou à l'environnement, soient soumis, lorsqu'ils sont exportés, à des règles d'étiquetage propres à assurer la diffusion des renseignements voulus concernant les risques et/ou les dangers pour la santé des personnes ou pour l'environnement, compte tenu des normes internationales applicables en la matière.

Étiquetage des organismes génétiquement modifiés dans les pays de l'OCDE

Le Australia-New Zealand Food Standards Council (ANZFSC) a convenu en octobre 1999 de mettre en œuvre un étiquetage obligatoire strict pour les aliments génétiquement modifiés et pour les produits contenant des ingrédients OGM.

Le Japon exige l'étiquetage pour certains produits contenant des OGM, qu'il soient fabriqués dans le pays ou importés. L'étiquetage est obligatoire pour les produits dans lesquels les OGM figurent parmi les trois premiers matériaux bruts et/ou entrent pour plus de cinq pour cent du poids total.

Dans l'UE, en vertu du règlement (CE) n° 258/97 du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires, certaines catégories d'aliments doivent être étiquetées, notamment les aliments qui diffèrent des aliments équivalents traditionnels suite à un changement de composition ou de valeur nutritionnelle, les aliments dont la consommation présente des risques pour la santé à cause d'allergènes ou d'autres facteurs, non présents dans les aliments existants équivalents, les aliments qui suscitent des réserves d'ordre éthique ou qui contiennent des OGM.

assurer la diffusion des renseignements voulus concernant les risques et/ou les dangers pour la santé des personnes ou pour l'environnement, compte tenu des normes internationales applicables en la matière.

⁹⁸

En vertu de l'article 4.7. b), chaque Partie exige que les déchets dangereux et d'autres déchets qui doivent faire l'objet d'un mouvement transfrontière soient emballés, étiquetés et transportés, conformément aux règles et normes internationales généralement acceptées et reconnues en matière d'emballage, d'étiquetage et de transport, et qu'il soit dûment tenu compte des pratiques internationalement admises en la matière.

III. INCIDENCES DE LA PRÉCAUTION SUR LE COMMERCE ET L'ENVIRONNEMENT : THÈMES DE DISCUSSION

Introduction

133. Comme nous l'avons évoqué dans les chapitres précédents, le recours à la précaution dans des situations où l'on ne connaît pas entièrement les effets possibles sur l'environnement d'une action ou de l'absence d'action peut entraîner des conflits avec les principes du libre-échange. De nombreux instruments internationaux intègrent l'idée de recours à la précaution dans des situations d'incertitude, et, comme nous l'avons vu, les accords commerciaux semblent aussi laisser une certaine latitude à des approches de précaution. Toutefois, le lien entre précaution et commerce international soulève encore un certain nombre de problèmes, auxquels les instruments et les arrangements actuels, ou la jurisprudence des tribunaux internationaux ne fournissent pas de réponse satisfaisante.

134. Le présent chapitre décrit quelques uns de ces problèmes. L'objectif n'est pas de résoudre les conflits ou les divergences de vues existants, mais de fournir certaines informations pour favoriser le débat sur ces problèmes. Le chapitre traite plus particulièrement des sujets suivants, qui sont par ailleurs tous étroitement liés :

- *Rôle et limites de la science dans le processus de prise de décision.* La science est indissociable du recours à la précaution. D'un côté, en montrant qu'il existe un grave problème environnemental, elle peut fournir une base suffisante au déclenchement de mesures de protection. D'un autre côté, elle ne donne pas toujours suffisamment de certitude sur le lien entre la cause et ses conséquences ou l'étendue de ces dernières, et par conséquent, pas assez de certitude pour pleinement justifier la nécessité ou l'étendue des mesures de précaution. La science a ses limites : elle ne peut fournir toutes les réponses et elle ne peut dispenser le décideur d'établir un juste équilibre entre les différents facteurs et valeurs en place.
- *Autres facteurs dans le processus de prise de décision.* Les preuves scientifiques, bien qu'essentielles, ne sont pas le seul élément de la prise de décision politique dans le cadre de la prévention des dommages à l'environnement, tout comme l'absence de certitude scientifique n'est pas toujours le seul facteur suscitant une approche de précaution. Lorsque l'on décide de mesures sans certitude scientifique, si les aspects économiques jouent un rôle important, d'autres facteurs interviennent également, notamment les préférences sociales, l'opinion publique et la responsabilité des décideurs. La question est de savoir dans quelle mesure ces facteurs peuvent être considérés pertinents pour justifier des mesures de précaution ayant des incidences sur les échanges internationaux.
- *Le coût de la précaution.* Lorsqu'ils statuent sur des mesures de précaution, les décideurs doivent établir un compromis entre les coûts de telles mesures et les coûts qui pourraient en résulter à l'avenir si ces mesures n'étaient pas prises. Ces coûts sont de multiple nature :

coûts de recherche, coûts pour la société, pour l'industrie, etc. Le coût de précaution pour les pays en développement entre également dans ce cadre.

- *La charge de la preuve.* La question de savoir qui doit fournir la preuve justifiant la nécessité de mesures de précaution a d'importantes incidences et il faut, en attribuant la charge d'une telle preuve, respecter un équilibre prudent entre les différents intérêts en jeu.
- *L'évaluation des risques comme fondement de mesures de protection de l'environnement.* L'accord SPS requiert que les mesures sanitaires et phytosanitaires soient fondées sur une évaluation des risques, même lorsque ces mesures sont prises dans une situation d'incertitude. Cette exigence ne figure pas dans les autres accords de l'OMC dans lesquels on a pu analyser les mesures de précaution pour la protection de l'environnement. Il semble intéressant d'examiner si l'évaluation des risques devrait être requise comme fondement de mesures de précaution pour la protection de l'environnement et à quelles conditions ces évaluations devraient satisfaire.

Le rôle et les limites de la science dans le processus de prise de décision

L'importance de la science pour les décisions en matière de protection de l'environnement

135. Toutes les activités humaines ont une incidence sur l'environnement, et souvent, cette incidence peut s'avérer négative. Dans de nombreux cas, les menaces pour l'environnement sont le résultat de processus complexes dont les origines sont difficiles ou impossibles à identifier. Le temps que ces incidences deviennent visibles, des changements importants et parfois irréversibles se sont produits.

136. La prise de décision en situation d'incertitude dans le domaine de la protection de l'environnement consiste à choisir les bonnes mesures tout en évitant certains écueils : adopter des mesures inefficaces voire même plus dommageables que l'inaction, ne pas prendre des mesures en temps opportun ou prendre des mesures dont le coût dépasse les avantages qu'elles sont censées apporter, au lieu d'adopter des mesures d'un bon rapport coût-efficacité⁹⁹. Pour éviter de tels écueils et prendre de bonnes décisions, les décideurs ont besoin d'autant d'informations que possible sur les conséquences potentielles d'une action ou de l'absence d'action. La contribution de la science dans l'évaluation des incidences potentielles d'une action est donc essentielle au processus de prise de décision¹⁰⁰. Même s'ils ne prennent pas les décisions finales, les scientifiques sont profondément impliqués dans les processus d'élaboration des politiques environnementales¹⁰¹.

137. Dans le débat actuel sur la précaution, on s'est interrogé sur le fait de savoir si le recours à la précaution en situations d'incertitude constituait une approche rigoureusement scientifique de la prise de

⁹⁹ *Faire face à l'incertitude*, OCDE, 1991 [ENV/EC/ECO (91) 12].

¹⁰⁰ Lors de la réunion du Comité de l'environnement de l'OCDE qui s'est tenue au niveau ministériel en 1991, les Ministres ont "réaffirmé que le principe de précaution guiderait leur approche lorsqu'ils seraient confrontés à des menaces de dommages graves ou irréversibles pour l'environnement"...et "ont convenu du rôle central que la science joue dans la prise de décisions environnementales et que les gouvernements de l'OCDE devraient accroître leurs efforts en vue d'aider et d'encourager la communauté scientifique internationale à évaluer les risques écologiques pour la santé humaine et les écosystèmes naturels..." SG/Press(91)9, paragraphe 38.

¹⁰¹ Konrad von Moltke, "The relationship between policy, science, technology, economics and law in the implementation of the precautionary principle", in D. Freestone, E. Hey, op.cit., page 98.

décision. Certains auteurs et commentateurs affirment qu'il existe une différence marquée entre données scientifiques crédibles et approches de précaution. D'autres déclarent que ce qui différencie réellement données scientifiques crédibles et principe de précaution réside dans le fait que le sens et la portée du principe ou de l'approche de précaution ne se limite pas à l'analyse scientifique. Le principe de précaution encourage une décision politique plus ouverte quant à l'équilibre des risques en jeu¹⁰².

138. On pourrait affirmer qu'il n'existe pas véritablement de conflit entre l'évaluation des risques par des données scientifiquement crédibles ou par la précaution, et que ces méthodes sont en fait complémentaires car les décideurs doivent nécessairement commencer par évaluer les informations scientifiques pour décider s'il est nécessaire de recourir à la précaution. En d'autres termes, on peut considérer que la précaution est un choix possible pour les décideurs lorsque la science ne fournit pas les connaissances nécessaires ou appropriées sur un dommage potentiel ou lorsqu'il existe des opinions scientifiques dissidentes, qui laissent un doute sur la certitude qu'elles peuvent apporter¹⁰³.

139. Il n'est pas possible de définir le degré de certitude requis pour justifier la décision de prendre une mesure de précaution et chaque situation a besoin d'être analysée individuellement. Que la science puisse fournir d'amples informations sur les conséquences d'une action ou de l'absence d'action, ou qu'il subsiste des incertitudes, des décisions doivent être prises.

Les limites de la science

140. Si la science fait nécessairement partie de la gestion de l'environnement à l'échelon international, il importe de distinguer ce qu'elle peut et ne peut pas faire. La science peut aider à définir un problème et souvent, elle peut aider à déterminer les solutions appropriées. Mais la science ne peut à elle seule décider s'il faut chercher une solution d'emblée ou de la manière de définir une solution acceptable¹⁰⁴. La science peut aider à fournir des connaissances, par exemple établir des normes indicatives, mais elle ne peut pondérer les différents éléments politiques pour définir le seuil effectif de ces normes ni décider des mesures concrètes nécessaires pour les atteindre. En résumé, la science peut aider à *analyser et évaluer* un risque, mais la *gestion* de ce risque et la pondération des différents facteurs en jeu est de la responsabilité des décideurs¹⁰⁵.

141. Le débat actuel sur les OMG montre les limites de la science dans l'évaluation générale des risques. Alors que certains pays estiment que les recherches menées ces quinze dernières années n'ont pas confirmées le danger dont on suspectait à l'origine de tels organismes et que les mesures de précaution peuvent donc maintenant être levées, d'autres considèrent que l'innocuité des OMG n'a pas été

¹⁰² Halina Ward, note établie à partir de présentations et de discussions lors d'un séminaire sur la *science et la précaution dans le système de commerce*, organisé conjointement par l'Institut international du développement durable et le Royal Institute of International Affairs.

¹⁰³ Pour une analyse plus détaillée concernant le débat entre *données scientifiques crédibles et principe de précaution*, voir P. Hardstaff, *Science and Precaution in the Trade Regime*, Présentation lors de la RIIA Conference on Sustainability, Trade and Investment, mars 2000, et K. von Moltke, op. cit.

¹⁰⁴ Les décisions prises par des chercheurs dans le cadre des méthodes scientifiques sont importantes et peuvent avoir une incidence notable sur le résultat final. Ainsi, le résultat d'une évaluation des risques dépend en grande partie des hypothèses de départ.

¹⁰⁵ La gestion des risques, telle que définie par le Codex, est un processus distinct de l'évaluation des risques, consistant à mettre en balance les différentes politiques possibles en consultation avec toutes les parties intéressées, en tenant compte de l'évaluation des risques et d'autres facteurs ayant une importance pour la protection de la santé des consommateurs et la promotion des pratiques commerciales loyales et, au besoin, à choisir les mesures de prévention et de contrôle appropriées. SG/ADHOC/FS(2000)5/FINAL, page 7.

suffisamment établie et que la précaution reste par conséquent nécessaire. A chaque fois que l'on a constaté que les OMG exerçaient certains effets sur l'environnement, il n'a pas été possible de s'accorder sur le fait de savoir si ces effets étaient nuisibles à l'environnement¹⁰⁶.

142. Autre problème, la science ne fournit pas une seule réponse : elle peut donner des réponses très différentes à une même question, et les scientifiques sont souvent capables de fournir des arguments tout aussi crédibles les uns que les autres pour étayer des théories dissidentes. L'une des questions essentielles pour les décideurs est par conséquent de savoir quelle science utiliser, car les groupes d'intérêts politiques peuvent facilement s'emparer de la science. Cette question ne peut résoudre par la simple différenciation entre recherche financée par des fonds publics et recherche supportée par des fonds privés. Les fonds publics pour la recherche et leur affectation ont en effet un véritable rôle à jouer pour contrer la domination de la recherche industrielle dans certains domaines. Toutefois, la recherche financée par l'industrie a aussi joué un rôle important dans les développements politiques internationaux en matière d'environnement, par exemple, dans l'évolution du régime de l'ozone¹⁰⁷.

143. L'incertitude scientifique peut souvent dériver du manque de consensus scientifique. Le Protocole de Cartagena prend en compte cette difficulté et déclare : *“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”*¹⁰⁸. L'organe d'appel de l'OMC a également accepté qu'il pouvait exister des opinions scientifiques dissidentes et considère que *“parfois, l'existence même d'opinions dissidentes exposées par des scientifiques ... peuvent indiquer que les opinions scientifiques sont à peu près également partagées, ce qui peut dénoter une certaine forme d'incertitude scientifique...”*¹⁰⁹.

Évolution des connaissances scientifiques

144. Comme indiqué dans la section I ci-dessus, l'article 5.7 de l'accord SPS prévoit que, en vertu de la deuxième phrase de l'article 5.7, *“dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre [peut] provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles (...). 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”*.

145. Cette phrase peut être interprétée comme si elle laissait entendre que les mesures de précaution, du moins celles acceptées en vertu de l'accord SPS, sont toujours provisoires, et que, à un moment donné, la science apporterait la certitude absolue. Certains auteurs critiquent l'accord SPS sur ce point. Ils s'interrogent sur la capacité de la science à fournir une certitude absolue sur les conséquences environnementales d'une action et soutiennent que la certitude scientifique absolue n'est pas plus réalisable qu'elle n'est démontrable¹¹⁰. D'autres affirment que la science fournit rarement une preuve bien nette des principales incidences sur l'environnement, parce que ce dernier est trop complexe pour être décrit exhaustivement en termes strictement scientifiques¹¹¹. L'environnement n'est pas un système statique, mais

¹⁰⁶ Anne Laudon et Christine Nioville, op. cit., page 68.

¹⁰⁷ Halina Ward, op. cit.

¹⁰⁸ Protocole de Cartagena, annexe II, paragraphe 4.

¹⁰⁹ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 194 du rapport de l'organe d'appel.

¹¹⁰ Justice L. Stein AM, *Are Décideurs too cautious with le principe de précaution*, at Lawlink, page 3, K. von Moltke, op.cit., pg 98 ; P. Hardstaff, op. cit., page 5.

¹¹¹ K. von Moltke, op. cit., page 99.

en évolution et de nouvelles conséquences inattendues peuvent se présenter suite à une accumulation d'incidences ou à des synergies entre diverses incidences. Ainsi, toute situation qui semble à un moment donné entièrement ou suffisamment analysée sur le plan scientifique peut toujours susciter et présenter de nouvelles incertitudes¹¹².

Autres facteurs à prendre en considération par les décideurs

146. Outre le rôle de la science et les considérations économiques liées aux mesures de précaution, les décideurs doivent également prendre en compte des facteurs tels que l'opinion de la société et la perception qu'elle a de certains risques, ainsi que l'acceptation et la capacité à assumer les coûts et les conséquences économiques, sociales et politiques d'une décision.

Préoccupations sociales et participation publique

147. L'incertitude quant à un grave risque potentiel suscite la crainte et dans une telle situation, le public est beaucoup plus attentif à toute action ou absence d'action des décideurs. D'autre part, l'influence croissante de la société civile sur les processus de prise de décisions fait qu'il est de plus en plus nécessaire de prendre en compte les préoccupations publiques à un stade précoce du processus et de tenir dans une situation donnée le public informé des développements et des mesures prises pour faire face au risque¹¹³.

148. L'adoption de mesures de précaution implique d'imposer un coût à la société dans l'immédiat afin d'éviter une possible dégradation dans l'avenir. Les hypothèses sur les coûts que la société est prête à accepter en échange d'un environnement mieux protégé et préservé jouent par conséquent un rôle important dans le processus de prise de décision¹¹⁴. En règle générale, les vues divergent au sein de la société et il faut vraiment beaucoup d'attention pour toutes les concilier. En étudiant les opinions des parties dont les intérêts sont mis en jeu par un projet ou par une mesure concrète, on peut jauger le degré d'aversion au risque parmi les parties intéressées et composer avec cette aversion dans la décision finale¹¹⁵.

149. Dans sa Communication sur le principe de précaution, la Commission de la CE affirme que les décideurs doivent être conscients du degré d'incertitude qui accompagne les résultats de l'évaluation des données scientifiques disponibles. Juger de ce qui est un niveau de risque "acceptable" pour la société est une responsabilité éminemment politique. Les décideurs confrontés à un risque inacceptable, à l'incertitude scientifique et aux préoccupations publiques ont le devoir de trouver des réponses. Par conséquent, tous ces facteurs doivent être pris en considération.

¹¹² Les développements liés à l'encéphalopathie spongiforme bovine ("maladie de la vache folle") sont un exemple de situations évoluant de cette manière.

¹¹³ La Recommandation du Conseil de l'OCDE relative à l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement [C(90)177/FINAL] fournit des lignes directrices sur la mise en œuvre de tels instruments, dont certaines semblent également pertinentes pour des mesures adoptées dans des situations d'incertitude. Par exemple, pour accroître l'acceptabilité des instruments, elle recommande de diffuser auprès de groupes cibles l'information concernant des aspects de l'instrument (ou de la mesure) qui pourraient les concerner, de conduire des consultations avec ces mêmes groupes concernant l'application de tels instruments et de faire des annonces en temps opportun à propos de ces instruments.

¹¹⁴ E. Hey, *The precautionary approach and the London Dumping Convention*, 1991.

¹¹⁵ *Evaluation économique des politiques et projets environnementaux, Un guide pratique*, OCDE, 1995, page 146.

150. Les ONG voient en la participation publique un élément important du processus de prise de décisions dans des situations d'incertitude. Ainsi, le Bureau européen de l'environnement (BEE) considère qu'il faut un degré considérable de subjectivisme pour choisir entre différentes approches à risques faibles ou à risques forts au sein d'une même société ou d'une société à l'autre. Les décisions relatives à l'acceptabilité des technologies et des activités, ainsi que l'intensité du contrôle auxquelles elles doivent être soumises, ne peuvent être déterminées uniquement par des "données scientifiques crédibles" et qu'un mécanisme est nécessaire pour identifier les préférences de la société¹¹⁶.

151. De manière similaire, le Wingspread Statement affirme que le processus d'application du principe de précaution doit être ouvert, éclairé et démocratique, et qu'il doit inclure les parties potentiellement concernées¹¹⁷.

Responsabilité des décideurs

152. Le chapitre I a montré les différentes approches de précaution dans les instruments internationaux sur l'environnement et les accords commerciaux internationaux et la probabilité d'incompatibilités entre ces approches. L'un des conflits auquel les décideurs peuvent se trouver confrontés au moment d'adopter des approches de précaution, c'est de subir des pressions en faveur de l'adoption de ces mesures au niveau national tout en étant soumis à des pressions contre l'adoption de ces mêmes mesures à l'échelon international.

153. Les gouvernements doivent respecter leurs engagements internationaux ainsi que les lois de leurs pays et notamment les niveaux de protection établis par ces mêmes lois. Lorsque les normes nationales de protection sont plus élevées que les normes internationales, elles peuvent entrer en conflit. Ainsi, les pays qui ont inclus le recours à la précaution dans leur législation peuvent rencontrer des problèmes au niveau international s'ils adoptent des mesures de précaution conformes à leur législation nationale mais également être tenus pour responsables au niveau national s'ils n'adoptent pas de telles mesures.

154. Enfin, les décideurs peuvent être tenus responsables des conséquences de leurs décisions s'ils n'appliquent pas des mesures de précaution pour éviter un dommage potentiel mais incertain et que ce dommage finit par se produire. Les exemples qui viennent à l'esprit appartiennent essentiellement au domaine de la santé (le cas du sang contaminé en France, par exemple), mais l'on pourrait également assister à des affaires dans le domaine de la dégradation de l'environnement¹¹⁸.

¹¹⁶ Position du Bureau européen de l'environnement sur le principe de précaution, 1999, <http://www.eeb.org>.

¹¹⁷ Le Wingspread Statement a été adopté en janvier 2000 par un groupe de scientifiques internationaux, de responsables gouvernementaux, de juristes et de militants du monde du travail et de l'environnement <http://www.ratical.org>.

¹¹⁸ Plusieurs auteurs ont examiné la question de la précaution et de la responsabilité : P. Kourlisky, G. Viney, op.cit, page, page 124, sq, Anne Guégan, *L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile*, Revue juridique de l'environnement 2/2000, page 147 sq ; A. Laudon, C. Nioville, op. cit., Catherine Tinker, *State responsibility and the precautionary principle*, dans D. Freestone, E. Hey, op., cit., page 53 sq. La Commission du droit international travaille actuellement sur un projet de Convention sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, www.un.org/law/ilc.

L'équilibre entre le risque et l'innovation

155. L'un des moyens d'éviter le risque inhérent à une action est de s'abstenir d'entreprendre une telle action. Toutefois, ce serait un obstacle à tout type d'innovation et de progrès. On n'attend pas des décideurs qu'ils assurent un environnement (au sens le plus large) totalement sans risques, mais d'établir un équilibre entre les différents intérêts et risques concernés à cet égard. Des mesures préventives, et le cas échéant, de précaution, doivent éviter ou réduire les risques sans toutefois étouffer l'innovation ni les avantages de nouveaux développements scientifiques et industriels. L'établissement d'un équilibre entre ces intérêts est sans aucun doute l'une des questions les plus difficiles en relation avec l'innovation scientifique (en relation avec l'énergie nucléaire notamment) et elle est actuellement au centre des débats sur les organismes génétiquement modifiés et le génie génétique.

Le coût de la précaution

156. Théoriquement, on peut réduire les risques pour l'environnement à un niveau pratiquement nul ; toutefois, les coûts pour atteindre un tel objectif augmentent de manière disproportionnée. Il n'est pas aisé de trouver l'équilibre entre un risque et des coûts acceptables, et les décideurs doivent bien peser les différentes préoccupations, ainsi que leurs coûts inhérents. Plus l'incertitude attachée à un risque est grande, plus il est difficile de trouver un tel équilibre. On peut raisonnablement dire que les mesures prises pour mettre en œuvre la précaution devraient être proportionnées au degré et à l'étendue du risque à réduire¹¹⁹.

157. Le risque a deux caractéristiques : sa probabilité et son ampleur (ou sa gravité). Certains dangers environnementaux ont une faible probabilité mais une extrême gravité, d'autres ont une probabilité élevée et une gravité relativement faible. Comme nous l'avons montré dans la première partie de ce document, les accords internationaux sur l'environnement traitent ces éléments de diverses manières : certains sont partisans d'adopter la précaution dans les cas de "menace grave ou de dommage grave et (ou) irréversible", d'autres défendent la précaution indépendamment de l'ampleur du dommage potentiel.

158. La publication de l'OCDE de 1991 intitulée "Faire face à l'incertitude" examine les aspects économiques des approches de précaution pour la protection de l'environnement en comparant deux stratégies, l'une axée sur la "précaution", l'autre sur la "recherche"¹²⁰. Elle tente de donner une réponse au dilemme suivant : faut-il agir dans l'ignorance complète de ce que seront les résultats puis, à la lumière des résultats obtenus, penser à la meilleure stratégie à adopter, ou faut-il tout d'abord s'attacher à réduire la marge d'incertitude avant d'engager des fonds importants pour maîtriser la pollution.

159. L'analyse effectuée dans cette étude montre qu'il est nécessaire de démarrer les recherches et de les poursuivre aussi longtemps que la probabilité que les mesures anti-pollution soient efficaces reste mince, et de mettre en œuvre ces mesures dès que la probabilité qu'elles ne réussissent pas est devenue mince. Il ne serait pas avisé d'attendre d'avoir une certitude absolue avant de prendre des mesures anti-pollution, mais il ne serait pas avisé non plus d'engager des fonds importants en s'appuyant sur des données inadéquates. Il ne faut pas oublier le coût lié à la collecte des informations pour réduire

¹¹⁹ E. Rehbinder, *The precautionary principle in an international perspective*, 1994, page 100.

¹²⁰ Document préparé pour le groupe des experts économiques du Comité de l'environnement, *Faire face à l'incertitude* (ENV/EC/ECO(91)12) était une étude préliminaire réalisée dans le cadre du projet de l'OCDE sur les "Aspects économiques du développement durable". Voir aussi *Evaluation économique des politiques et projets environnementaux, un guide pratique*, OCDE, 1995, et plus précisément le chapitre "Risque et incertitude", page 161.

l'incertitude, collecte qui ne doit pas devenir une fin en soi et doit être proportionnée aux avantages escomptés¹²¹.

160. De cette étude, il ressort essentiellement que :

- Avant de pouvoir résoudre le problème de protection de l'environnement, il est souvent nécessaire de réconcilier des opinions très divergentes concernant le coût des dommages qu'impliquerait un report de la lutte contre la pollution. Tout programme d'action devrait donc comprendre dans sa première phase des recherches afin de préciser la nature du problème et lui trouver des solutions.
- Les décideurs doivent non seulement évaluer les différents coûts mais aussi la probabilité théorique que la mesure envisagée ait bien l'effet désiré. Si l'on ne parvient à établir avec certitude un lien de cause à effet entre une pollution et des effets, il faut alors ajouter au coût des mesures anti-pollution le coût de l'incertitude, dont la valeur est proportionnelle au coût des mesures de lutte contre la pollution et au degré d'ignorance de leur efficacité potentielle.
- La recherche doit être arrêtée lorsqu'elle n'apporte plus des nouveaux résultats, par exemple lorsqu'elle confirme ce que l'on sait déjà. En revanche, elle constitue une démarche extrêmement utile lorsque le degré d'ignorance des effets potentiels des mesures anti-pollution est considérable, c'est-à-dire lorsqu'elle est susceptible d'améliorer considérablement la relation de causalité entre émissions et dommages.

161. L'étude montre que la "stratégie de précaution" et la "stratégie de recherche" sont compatibles avec une analyse économique, mais que le choix entre l'une et l'autre dépend de la marge d'incertitude. Lorsqu'elle cette marge est élevée, il peut être prématuré de réagir trop rapidement à un danger dont l'existence n'a pas encore été clairement établie, mais si cette marge s'est resserrée, le principe (ou l'approche) de précaution se justifie économiquement.

Le coût de la précaution dans les accords internationaux

162. Des préoccupations sur le coût de la précaution figurent dans certains accords internationaux sur l'environnement, lesquels recommandent notamment des mesures "d'un bon rapport coût-efficacité"¹²². Les accords de l'OMC ne confèrent à l'évaluation économique qu'un rôle limité¹²³. L'accord SPS fait référence aux facteurs économiques de décisions liées à des risques, sans toutefois indiquer expressément le coût des mesures de précaution. L'article 5.3 énumère les facteurs économiques pertinents que les pays doivent prendre en compte pour évaluer le risque pour la santé et la vie des animaux ou pour la préservation des végétaux et pour déterminer la mesure à appliquer pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre ce risque, et notamment le "*dommage potentiel en termes de perte de production ou de ventes dans le cas de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie; des*

¹²¹ OCDE, 1995, op. cit, page 175.

¹²² Voir chapitre I du présent document.

¹²³ Wayne Jones, *Comparer les coûts et les bénéfices*, Observateur de l'OCDE No. 216, mars 1999, page 28. L'auteur affirme que lorsqu'il s'agit d'évaluer la réglementation et l'innocuité de certains produits, l'analyse coûts-avantages ne bénéficie pas de toute l'attention qu'elle mérite, surtout au regard de l'importance accordée au risque pur. Il estime également que de bonnes pratiques réglementaires exigent que la réglementation soit évaluée à la lumière des avantages offerts et des coûts imposés, et il note qu'il n'existe aucune disposition dans l'accord SPS qui exige que les avantages économiques d'une quelconque mesure de réglementation l'emportent sur ses coûts.

coûts de la lutte ou de l'éradication sur le territoire du Membre importateur; et du rapport coût-efficacité d'autres approches qui permettraient de limiter les risques."

Les coûts pour l'industrie

163. Pour établir les coûts de la précaution, d'autres facteurs, moins directs, doivent également être pris en considération, notamment les coûts d'une précaution excessive pour les entreprises. Les mesures visant la mise en œuvre de la précaution peuvent d'une part se justifier pour protéger la santé humaine ou éviter que l'environnement soit détérioré, mais d'un autre côté, elles peuvent empiéter sur les activités des entreprises (en leur imposant des mesures coûteuses pour éviter un dommage ou en interdisant certaines activités). Une fois encore, les décideurs doivent établir un équilibre s'ils ne veulent pas imposer de mesures disproportionnées pour faire face à des risques minimes et faire ainsi peser des charges excessives sur l'économie ou certains secteurs industriels¹²⁴.

164. Dans sa Communication sur le principe de précaution, la Commission de la CE indique "[qu']une action prise au titre du principe de précaution peut comporter dans certains cas une clause renversant la charge de la preuve sur le producteur, le fabricant ou l'importateur ; mais une telle obligation ne peut pas systématiquement s'envisager en tant que principe général. Cette possibilité devrait être examinée au cas par cas, lorsqu'une mesure est adoptée au titre de la précaution dans l'attente des données scientifiques supplémentaires, pour donner aux professionnels ayant un intérêt économique dans la production et/ou la commercialisation du procédé ou du produit en question, la possibilité de financer les recherches scientifiques nécessaires, sur une base volontaire"¹²⁵.

165. Le prix que la société est prête à payer pour éviter un risque donné est également un facteur qu'il faudrait prendre en considération. L'expérience montre qu'elle considère certains risques comme inacceptables, même si la probabilité de dommage est très éloignée, alors que d'autres sont acceptés plus aisément¹²⁶. Par exemple, la société pourra accepter ou se montrer plutôt indifférente à un taux de mortalité relativement élevé chez certaines espèces, tout en étant prête à accepter un coût plus élevé pour la protection d'autres espèces. Ces différences de perception peuvent conduire à imposer des coûts dans certains secteurs et pas dans d'autres.

Préoccupations des pays en développement

166. Lorsque l'on traite de la précaution et de la justification des mesures de précaution, il faut aussi prendre en compte la situation des pays en développement. Il peut être très coûteux d'évaluer un risque potentiel et d'apprécier la nécessité de mesures de précaution, et cela peut ne pas être à la portée des pays plus pauvres. L'accord SPS reconnaît dans son préambule "*que les pays en développement Membres peuvent rencontrer des difficultés spéciales pour se conformer aux mesures sanitaires ou phytosanitaires des Membres importateurs et, en conséquence, pour accéder aux marchés, et aussi pour formuler et appliquer des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur leur propre territoire...*" et contient des dispositions particulières sur l'assistance technique et sur le traitement spécial et différencié¹²⁷. Ces dispositions

¹²⁴ Reh binder, op, cit., page 6.

¹²⁵ Communication de la CE, page 22.

¹²⁶ Les limitations de vitesse constituent un exemple de divergence quant aux niveaux d'acceptation du risque : même s'il est évident que la vitesse fait augmenter le nombre d'accidents de la route, les limitations de vitesse restent très différentes d'un pays à l'autre.

¹²⁷ Articles 9 et 10 de l'accord SPS.

autorisent le Comité SPS à faire bénéficier les pays en développement d'exceptions spécifiées et limitées dans le temps aux obligations de l'accord, en tenant compte des besoins de leurs finances, de leur commerce et de leur développement. Rien n'est spécifiquement prévu dans les autres accords de l'OMC sur les difficultés que les pays en développement peuvent rencontrer lorsqu'ils sont d'une part confrontés à des situations d'incertitude et lorsqu'ils doivent d'autre part justifier leurs mesures de précaution pour l'environnement dans les différends commerciaux.

Attribution de la charge de la preuve

Incidences de l'attribution de la charge de la preuve

167. On a souvent affirmé que le principe de précaution ou simplement le recours à la précaution face à l'incertitude impliquait de renverser la charge de la preuve qu'une action n'est pas dommageable pour l'environnement sur le "pollueur" potentiel. Cette opération devient généralement nécessaire si l'on a pas accès à des informations cruciales. Elle peut s'avérer plus efficace, car le pollueur potentiel est normalement le mieux placé pour fournir des informations sur les effets de son activité. Les régulateurs auront par ailleurs rarement la possibilité et les ressources pour procéder aux tests scientifiques nécessaires pour enquêter sur les pratiques ou pour enregistrer les substances ou les activités potentiellement dangereuses¹²⁸.

168. Si la décision de savoir qui doit apporter la charge de la preuve dans le cadre de décisions fondées sur la précaution est importante d'un point de vue juridique, c'est aussi une question de justice économique : demander aux régulateurs de prouver qu'une activité pourrait être dangereuse avant d'imposer des mesures reviendrait à déplacer les coûts de la collecte des preuves de tels dommages sur les régulateurs et par suite, sur la société toute entière, plutôt que sur le pollueur potentiel.

La charge de la preuve dans le droit national et international de l'environnement

169. Juridiquement parlant, pour que la responsabilité de la production de preuves puisse être déplacée, il faut qu'elle ait déjà été attribuée, et que, dans certaines circonstances, cette responsabilité puisse être transférée à quelqu'un d'autre. Or, si l'obligation de fournir des preuves sur les conséquences potentiellement dangereuses d'une action est souvent clairement établie au niveau national, c'est rarement le cas au niveau international.

170. Dans quelques pays, la législation nationale exige que la personne qui souhaite introduire une substance dans l'environnement ou conduire un projet apporte la preuve que la substance ou le projet n'est pas dangereux pour l'environnement. Dans la législation américaine par exemple, c'est à l'agent économique d'enquêter sur les incidences potentielles de l'action envisagée et d'indiquer tous les effets nuisibles pour l'environnement qui ne peuvent être évités si le projet venait à être mis en œuvre¹²⁹. En Suède, la Loi sur la protection de l'environnement de 1969 a introduit le concept d'activités dangereuses pour l'environnement, pour lesquelles la charge de la preuve est tout simplement inversée, c'est-à-dire que les autorités de réglementation n'ont pas à démontrer qu'une certaine incidence pourrait se produire ; au lieu de cela, le simple risque, à condition qu'il soit plausible, est considéré suffisant pour justifier des

¹²⁸ Weintraub, op. cit., page 15.

¹²⁹ Weintraub, op.cit., page 16.

mesures de protection ou pour interdire l'activité. Cette disposition se retrouve dans la législation d'autres pays nordiques¹³⁰.

171. Cette approche n'est pas celle qui prévaut dans les instruments internationaux sur l'environnement. En règle générale, dans les instruments de ce type, la charge de la preuve n'est pas attribuée du tout ou alors à ceux qui contestent la poursuite d'une activité génératrice de risques. En d'autres termes, si l'incertitude est élevée et que la probabilité d'un dommage à l'environnement ne peut être établie, les activités peuvent se poursuivre¹³¹.

172. Quelques accords internationaux sur l'environnement placent toutefois clairement la charge de la preuve sur la partie qui souhaite se livrer à une activité susceptible de détériorer l'environnement. Le moratoire sur les grands filets pélagiques dérivants recommandé dans la Résolution 44/225 des Nations Unies en est un exemple. Ce dernier a été convenu étant entendu que ceux qui chercheraient à poursuivre cette pratique devraient démontrer, "à partir d'une analyse statistiquement rigoureuse", que des mesures avaient été prises "pour empêcher que ces méthodes de pêche n'entraînent, pour la région considérée, des conséquences inacceptables et pour y assurer la conservation des ressources biologiques de la mer"¹³².

173. La Décision-Recommandation de 1986 du Conseil de l'OCDE sur les exportations de déchets dangereux à partir de l'OCDE stipule que "l'exportateur devrait fournir aux autorités compétentes du pays exportateur les informations utilisées par l'exportateur pour s'assurer que l'élimination projetée peut être effectuée de manière écologiquement rationnelle..." et que "les autorités compétentes du pays exportateur devraient interdire l'exportation des déchets dangereux lorsque les informations fournies sous le point 4 c) ci-dessous ne les satisfont pas..."¹³³.

174. La Convention de 1992 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est attribue également la charge de la preuve aux pollueurs potentiels. Elle interdit en règle générale l'immersion de tous déchets et autres substances et stipule que les pays souhaitant bénéficier d'une exception à cette interdiction doivent apporter "des résultats des études scientifiques montrant que toutes les opérations d'immersion éventuelles n'entraîneraient pas de risques pour la santé de l'homme, ne nuiraient pas aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, ne porteraient pas atteinte aux valeurs d'agrément et ne gêneraient pas d'autres utilisations légitimes de la mer"¹³⁴.

175. Récemment, il a été montré que le Protocole de Cartagena plaçait également sur l'exportateur la charge de prouver l'innocuité d'un organisme vivant modifié¹³⁵. Ainsi, alors qu'il exige de la Partie importatrice qu'elle veille à ce que soient effectuées des évaluations des risques dans certains cas, notamment ceux où des mesures de précaution sont prises, il autorise expressément l'importateur à requérir

¹³⁰ Peter Sand, *Transnational Environmental Law, Lessons in Global Change*, 1999, page 132 s.

¹³¹ André Nollkaemper, op. cit., page 84.

¹³² Résolution 44/225 des Nations Unies, *La pêche aux grands filets pélagiques dérivants et ses conséquences sur les ressources biologiques des océans et des mers*, analysée par D. Freestone, E. Hey, op. cit., p. 260.

¹³³ C(86)64(Final). Le système régi par cette Recommandation-Décision a été remplacé par celui qui a été défini dans la Décision de 1992 de l'OCDE sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets destinés à des opérations de revalorisation (C92)39/FINAL, dans sa version modifiée.

¹³⁴ Annexe II, Article 3.3 c) du Protocole, cité par Pascale Martin Bidou, op. cit., page 640.

¹³⁵ A. Cosby et S. Burgiel, op. cit., Peter Hardstaff, op. cit., p. 3.

de l'exportateur qu'il effectue des évaluations des risques et/ou qu'il prenne en charge les évaluations des risques¹³⁶.

176. Concernant les mesures commerciales prises en vertu des accords de l'OMC, l'accord SPS stipule que les pays imposant une mesure SPS adoptée dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes *“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”* (Article 5.7)¹³⁷.

La charge de la preuve dans les différends commerciaux

177. Concernant les mesures contestées dans les différends commerciaux, l'organe d'appel de l'OMC a stipulé que *“la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption”*¹³⁸. Dans l'affaire Communautés européennes - hormones, l'organe d'appel était plus précis sur l'attribution de la charge de la preuve et indiquait que *“la charge de la preuve incombe initialement à la partie plaignante, qui doit fournir un commencement de preuve d'incompatibilité avec une disposition particulière de l'Accord SPS en ce qui concerne la partie défenderesse, ou plus exactement, sa (ses) mesure(s) SPS faisant l'objet de la plainte. Une fois que ce commencement de preuve a été apporté, la charge de la preuve passe à la partie défenderesse, qui doit à son tour repousser ou réfuter l'incompatibilité alléguée.”*¹³⁹

178. Certaines mesures bénéficient toutefois de la présomption de compatibilité avec les dispositions pertinentes de l'accord SPS et du GATT de 1994, en l'espèce les *“mesures sanitaires ou phytosanitaires qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales”* (Article 3.2 de l'accord SPS). Les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures *“qui entraînent un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes s'il y a une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié (...)”* (Article 3.2). L'organe d'appel a indiqué que le Membre imposant cette mesure ne bénéficie pas de la présomption de compatibilité accordée au paragraphe 2 de l'article 3, mais qu'il n'est pas pénalisé parce qu'un Membre plaignant n'est pas exempté de l'obligation normale de présenter un commencement de preuve d'incompatibilité avec l'Accord SPS¹⁴⁰.

¹³⁶ Article 15, alinéas 2 et 3.

¹³⁷ L'accord SPS ne se prononce pas sur le fait de savoir si le pays adoptant une mesure SPS peut déplacer l'obligation de recherche d'informations complémentaires, ou le coût de cette opération, sur le pays importateur.

¹³⁸ Etats-Unis-Blouses et chemises.

¹³⁹ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphes 97 sq du rapport de l'organe d'appel.

¹⁴⁰ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 171 du rapport de l'organe d'appel.

Évaluation des risques pour l'environnement

Évaluation des risques dans les accords sur l'environnement

179. Dans le chapitre I, nous avons brièvement décrit les dispositions de l'accord SPS concernant la nécessité pour un pays invoquant une mesure SPS de prouver que cette dernière était fondée sur une évaluation des risques. Alors que la question d'une approche internationale harmonisée pour l'analyse des risques (dans laquelle figure l'évaluation des risques) et la précaution dans le domaine de la sécurité alimentaire fait actuellement l'objet de débats dans le cadre du Codex Alimentarius¹⁴¹, il n'y a guère de consensus au niveau international concernant l'évaluation des risques pour l'environnement¹⁴².

180. Le Protocole de Cartagena est l'un des rares instruments internationaux sur l'environnement à fournir des lignes directrices concrètes sur les évaluations des risques. Selon ce protocole, l'objectif de l'évaluation des risques a pour objet *“de déterminer et d'évaluer les effets défavorables potentiels des organismes vivants modifiés sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans le milieu récepteur potentiel probable, en tenant compte également des risques pour la santé de l'homme”*¹⁴³.

Évaluation des risques dans les accords de l'OMC

181. Parmi les accords de l'OMC pertinents dans le cadre du recours à la précaution, seul l'accord SPS fait expressément référence à la notion d'évaluation des risques. Alors que certaines mesures SPS peuvent être utilisées pour la protection de l'environnement (interdictions d'importation d'OGM imposées pour des raisons sanitaires et environnementales, par exemple), la plupart des mesures de protection de l'environnement sortiraient du champ d'application de cet accord et seraient selon toute vraisemblance invoquées en cas de différend, soit en vertu du GATT, soit du TBT. Si l'on considère par conséquent que les mesures de précaution pour la protection de l'environnement avec des incidences pour le commerce entreraient dans la plupart des cas dans le champ d'application de l'accord du GATT ou TBT, la question de savoir si ces mesures devraient être fondées sur une évaluation des risques est importante, tout comme la question de savoir à quelles exigences ces évaluations devraient satisfaire.

182. Ni le GATT, ni l'accord TBT n'apportent des éclaircissements sur la question de savoir si les mesures de protection de l'environnement devraient être fondées sur une évaluation des risques. Dans son rapport sur l'affaire relative à l'amiante, le Groupe spécial semblait estimer que l'évaluation des risques était nécessaire pour déterminer si une mesure était compatible avec l'article XX (b) du GATT : *“... Dans ce contexte, en rapport avec les informations scientifiques soumises par les parties et les experts, le Groupe spécial se doit de rappeler qu'il n'est pas censé trancher un débat scientifique ... Son rôle, prenant*

¹⁴¹ Des débats sont actuellement en cours au sein du Comité du Codex sur les principes généraux concernant l'élaboration de lignes directrices sur la manière d'aborder l'analyse des risques et notamment l'incertitude scientifique.

¹⁴² Le programme de l'OCDE sur l'hygiène et la sécurité de l'environnement est très étendu en matière d'évaluation des risques. Entre autres activités, il a constitué la “OECD/IPCS Database on Hazard/Risk Assessment Methodologies”, base de données qui a pour objectif de fournir aux parties intéressées facilement et rapidement accès aux sources d'information sur les méthodologies d'évaluation des risques utilisées par les pays et les organisations s'occupant d'évaluation des risques chimiques, et d'aider ceux qui travaillent sur l'évaluation des dangers/risques à se familiariser avec toute la palette de méthodologies en la matière. Cette base s'intéresse tout particulièrement aux méthodologies d'évaluation des effets des produits chimiques industriels et des pesticides sur la santé humaine et l'environnement. Voir www.oecd.org/ehs/hazard et www.oecd.org/ehs/ipcs.

¹⁴³ Voir annexe III du Protocole.

en compte le fardeau de la preuve, est de déterminer s'il existe suffisamment d'éléments scientifiques pour conclure qu'un risque existe pour la santé et la vie des personnes et pour conclure que les mesures prises ... sont nécessaires au regard des objectifs poursuivis. Le Groupe spécial estime donc qu'il devra fonder ses conclusions quant à l'existence d'un risque pour la santé publique sur les preuves scientifiques avancées par les parties et les commentaires des experts consultés dans le cadre de la présente affaire. ... En procédant à cet exercice, le Groupe spécial devra apprécier la situation scientifique et les mesures disponibles de manière pragmatique, comme le feraient les décideurs en charge d'adopter une politique de santé. Il note à cet égard que la détermination de l'existence d'autres mesures compatibles ou moins incompatibles avec le GATT dépend pour une large part de l'appréciation scientifique du risque¹⁴⁴.

183. Le Groupe spécial ne donne pas plus de précisions sur la notion d'évaluation des risques dans le cadre du GATT. On pourrait toutefois affirmer que, si une évaluation des risques était requise comme fondement d'une mesure de précaution en vertu du GATT ou de l'accord TBT, cette évaluation serait confrontée aux exigences définies dans l'accord SPS et développée plus avant par l'organe d'appel de l'OMC au cours de divers différends¹⁴⁵. Le résumé des principales conclusions de l'organe d'appel sur les évaluations des risques est présenté à l'annexe III.

¹⁴⁴ Affaire relative à l'amiante, paragraphes 8.181-183 du rapport du Groupe spécial.

¹⁴⁵ Cette hypothèse doit être nuancée d'une certaine prudence. Dans l'affaire relative à l'amiante, le Groupe spécial, après avoir indiqué qu'il avait dû "*déterminer comment il devrait apprécier l'existence d'un risque sanitaire ... et des mesures en question*", a indiqué qu'il avait "*examiné la pratique au titre de l'article XX du GATT de 1994, mais aussi dans le cadre d'autres accords OMC où des études scientifiques ont été invoquées, essentiellement l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*". Toutefois, il a aussi noté la réticence de l'organe d'appel dans l'affaire sur les hormones à étendre les principes de l'accord SPS à l'examen de mesures en vertu desquelles l'article XX avait été invoqué (voir l'affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 115 du rapport de l'organe d'appel). Le Groupe spécial a "*donc préféré s'en tenir aux dispositions du GATT de 1994 et aux critères définis par la pratique relative à l'application de l'article XX*" (paragraphe 8.180 du rapport du Groupe spécial).

**ANNEXE I - RÉFÉRENCES A LA PRÉCAUTION DANS LES INSTRUMENTS
INTERNATIONAUX
SUR L'ENVIRONNEMENT**

Déclaration ministérielle de la deuxième conférence internationale sur la protection de la mer du Nord (Londres, 1987)

“(...) Pour protéger la mer du Nord des effets des substances les plus dangereuses susceptibles d’être préjudiciables, une approche de précaution est nécessaire, qui peut exiger que des mesures soient prises pour limiter les apports de ces substances, avant même qu’une relation de cause à effet n’ait été établie grâce à des preuves scientifiquement incontestables”.

Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d’ozone (1987 ; Protocole à la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d’ozone)

“ Les Parties au présent Protocole...

Déterminées à protéger la couche d’ozone en prenant des mesures de précaution pour réglementer équitablement le volume total mondial des émissions de substances qui l’appauvrissent, l’objectif final étant de les éliminer en fonction de l’évolution des connaissances scientifiques et compte tenu de considérations techniques et économiques, ainsi que des besoins des pays en développement en matière de développement,”

Déclaration ministérielle de la troisième conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord (La Haye, 1990)

“Les participants... continueront de mettre en œuvre le ‘principe de précaution’, qui est d’engager c’est-à-dire d’entreprendre une action pour éviter les effets potentiellement nocifs de substances qui sont persistantes, toxiques et susceptibles de bioaccumulation, même lorsqu’il n’existe aucune preuve scientifique mettant en évidence un lien causal entre les émissions et les effets”.

Déclaration ministérielle de Bergen sur le développement durable dans la région de la CEE

“Un développement durable implique des politiques fondées sur le principe de la prévention. Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l’environnement. Lorsque des dommages graves ou irréversibles risquent d’être infligés, l’absence d’une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l’adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l’environnement”.

Déclaration ministérielle de la deuxième conférence mondiale sur le climat, 1990

“Afin de réaliser un développement durable dans tous les pays et répondre aux besoins des générations actuelles et futures, il faut, dans le cadre des mesures de prévention prises face aux changements climatiques, prévoir et prévenir les causes de la dégradation de l’environnement qui peut résulter de l’évolution du climat, s’attaquer aux causes de cette dégradation ou les réduire au minimum et en atténuer les effets néfastes. Quand il y a un risque d’un dommage grave ou irréversible, l’absence d’une certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer des mesures d’un bon rapport coût-efficacité visant à prévenir la dégradation de l’environnement. Les mesures retenues devront s’inscrire dans les différents contextes socio-économiques “.

Convention sur l’interdiction d’importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique (Bamako, 1991)

“Adoption de mesures de précaution :

(f) Chaque partie s’efforce d’adopter et de mettre en œuvre, pour faire face au problème de la pollution, des mesures de précaution qui comportent, entre autres, l’interdiction d’évacuer dans l’environnement des substances qui pourraient présenter des risques pour la santé de l’homme et pour l’environnement, sans attendre d’avoir la preuve scientifique de ces risques. Les Parties coopèrent en vue d’adopter les mesures de précaution appropriées pour faire face à la prévention de la pollution au moyen de méthodes de production propres, plutôt que d’observer des limites d’émissions autorisées en fonction d’hypothèses relatives à la capacité d’assimilation.”

Déclaration sur l’environnement et le développement (Rio de Janeiro, 1992)

“Pour protéger l’environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves 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.”

Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992)

“Il incombe aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l’absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l’adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu’appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité.”

Convention sur la diversité biologique (1992)

“Les Parties contractantes...

Notant également que lorsqu’il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l’absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme une raison pour différer les mesures qui permettraient d’en éviter le danger ou d’en atténuer les effets (...).”

Agenda 21 (1992)

Chapitre 17, paragraphe 17.21

“ Pour prévenir la dégradation du milieu marin, il convient d’adopter une démarche axée sur la précaution et la prévision plutôt qu’une démarche corrective, ce qui suppose, notamment, l’adoption de

mesures de précaution, la réalisation d'études d'impact sur l'environnement, le recours à des techniques de production non polluantes, le recyclage, le contrôle des déchets et leur réduction, la construction ou l'amélioration des installations de traitement des eaux usées, la définition de critères de gestion de qualité pour la manipulation appropriée des substances dangereuses, et l'adoption d'une démarche globale pour lutter contre les facteurs nocifs dans l'air, la terre et l'eau. Tout cadre de gestion doit prévoir l'amélioration de l'habitat humain dans les zones côtières, ainsi que la gestion et l'aménagement intégrés de ces zones."

Chapitre 35, paragraphe 35.3

"Face à la menace d'une dégradation irréversible de l'environnement, on ne saurait s'autoriser de l'absence d'une connaissance scientifique absolue pour remettre à plus tard des mesures qui sont justifiées en elles-mêmes. Le principe de la précaution pourrait servir de base à des politiques touchant des systèmes complexes qui ne sont pas encore bien compris et dont on ne peut encore prévoir quelles conséquences auront leurs perturbations".

Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (1992)

"Lors de l'adoption des mesures visées aux paragraphes 1 et 2 du présent article les Parties sont guidées par les principes suivants :

(a) Le principe de précaution, en vertu duquel elles ne diffèrent pas la mise en œuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière, d'autre part".

Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR, Paris, 1992)

"Les Parties contractantes appliquent :

(a) le principe de précaution, selon lequel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu'il y a des motifs raisonnables de s'inquiéter du fait que des substances ou de l'énergie introduites, directement ou indirectement, dans le milieu marin, puissent entraîner des risques pour la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte aux valeurs d'agrément ou entraver d'autres utilisations légitimes de la mer, même s'il n'y a pas de preuves concluantes d'un rapport de causalité entre les apports et les effets".

Convention sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique (1992)

"Principes fondamentaux et obligations

Les Parties contractantes appliquent le principe de précaution qui consiste à prendre des mesures préventives dès lors que l'on est fondé à penser que les substances ou l'énergie introduites, directement ou indirectement, dans le milieu marin peuvent mettre en danger la santé de l'homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes marins, porter atteinte à l'agrément des sites ou gêner d'autres utilisations légitimes de la mer, même lorsque le rapport de causalité entre les apports et leurs effets n'est pas établi".

Résolution de la 9^{ème} Conférence des Parties, Critères d'amendement des annexes I et II (Fort Lauderdale, 1994), Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES, 1973)

“Reconnaissant qu'en vertu du principe de précaution, en cas d'incertitude les Parties doivent agir au mieux de l'intérêt de la conservation de l'espèce, lors de l'examen des propositions d'amendement des Annexes I et II ;

Décide qu'en examinant toute proposition d'amender l'Annexe I ou l'Annexe II, les Parties appliquent le principe de précaution de sorte que l'incertitude scientifique ne soit pas invoquée comme raison de ne pas agir au mieux de l'intérêt de la conservation de l'espèce”¹⁴⁶.

Protocole sur une nouvelle réduction des émissions de soufre (Oslo, 1994) à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 1979)

“Les Parties...

Convaincues qu'en cas de risque de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique absolue ne saurait être une raison pour remettre à plus tard de telles mesures, étant entendu que les mesures à titre de précaution prises au sujet des émissions de polluants atmosphériques devraient avoir le meilleur rapport coût-efficacité”.

Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Convention de Londres sur l'immersion des déchets, 1972))¹⁴⁷

“Dans la mise en œuvre du présent Protocole, les Parties contractantes appliquent une approche de précaution en matière de protection de l'environnement contre l'immersion de déchets ou autres matières, cette approche consistant à prendre les mesures préventives appropriées lorsqu'il y a des raisons de penser que des déchets ou d'autres matières introduits dans le milieu marin risquent de causer un préjudice, et ce, même en l'absence de preuves concluantes de l'existence d'un lien causal entre les apports et leurs effets”.

Protocole à la Convention sur la pollution transfrontière à longue distance (Genève, 1979) relatif aux polluants organiques persistants (Aarhus, 1998)

“Les Parties...

Résolues à prendre des mesures pour anticiper, prévenir ou réduire au minimum les émissions de polluants organiques persistants, compte tenu de la démarche fondée sur le principe de précaution, telle qu'elle est définie au Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁴⁸”.

Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les

¹⁴⁶ L'annexe 4 de la Résolution répertorie un certain nombre de “mesures de précaution”.

¹⁴⁷ Cette disposition, qui figure dans la section sur les “Obligations générales” est une transcription pratiquement littérale de la disposition de la Résolution sur l'application de l'approche de précaution à la protection de l'environnement dans le cadre de la Convention de Londres sur l'immersion (1991).

¹⁴⁸ Le préambule du Protocole sur les métaux lourds, adopté à la même date, contient un paragraphe similaire.

déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (1995)

“En vue d'assurer la conservation et la gestion des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs, les États côtiers et les États qui se livrent à la pêche en haute mer, en exécution de l'obligation de coopérer que leur impose la Convention : (...)

(c) appliquent l'approche de précaution conformément à l'article 6

Article 6 “Application de l'approche de précaution”

1. “Les États appliquent largement l'approche de précaution à la conservation, à la gestion et à l'exploitation de stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs afin de protéger les ressources biologiques marines et de préserver le milieu marin.

2. Les États prennent d'autant de précautions que les données sont incertaines, peu fiables ou inadéquates. Le manque de données scientifiques adéquates ne saurait être invoqué pour ne pas prendre de mesures de conservation et de gestion ou pour en différer l'adoption¹⁴⁹.

Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (2000)

Les Parties au présent Protocole...

“Réaffirmant l'approche de précaution consacrée par le Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement,”

Article 1

Conformément à l'approche de précaution consacrée par le Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, l'objectif du présent Protocole 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 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, en mettant plus précisément l'accent sur les mouvements transfrontières.

¹⁴⁹

Le paragraphe 3 fournit des lignes directrices pour la mise en œuvre de l'approche de précaution et stipule que les États : “(a) améliorent la prise de décisions en matière de conservation et de gestion des ressources halieutiques en se procurant et en mettant en commun les informations scientifiques les plus fiables disponibles et en appliquant des techniques perfectionnées pour faire face aux risques et à l'incertitude ; (b) appliquent les directives énoncées à l'annexe II et déterminent, sur la base des informations scientifiques les plus fiables dont ils disposent, des points de référence pour chaque stock, ainsi que les mesures à prendre si ceux-ci sont dépassés ; (c) tiennent compte notamment des incertitudes concernant l'importance numérique des stocks et le rythme de reproduction, des points de référence, de la mortalité due à la pêche et de l'impact des activités de pêche sur les espèces non visées et les espèces associées ou dépendantes, ainsi que des conditions océaniques, écologiques et socio-économiques existantes et prévues ; et (d) mettent au point des programmes de collecte de données et de recherche afin d'évaluer l'impact de la pêche sur les espèces non visées et les espèces associées ou dépendantes et sur leur environnement, et adoptent les plans nécessaires pour assurer la conservation de ces espèces et protéger les habitats particulièrement menacés”.

Article 11

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 comme indiqué au paragraphe 3 ci-dessus, pour éviter ou réduire au minimum ces effets défavorables potentiels”¹⁵⁰.*

INCERTITUDE ET PRÉCAUTION DANS LES INSTRUMENTS DE L’OCDE

Recommandation du Conseil sur les principes relatifs à la gestion des zones côtières [C(76)161(Final)]

“Dans certaines zones côtières, en attendant les résultats d’études de l’incidence sur l’environnement de certains projets proposés, il peut être nécessaire de prendre des mesures de protection en suspendant temporairement certains types de réalisations qui pourraient avoir des effets néfastes irréversibles sur l’environnement. Un tel moratoire pourrait être suspendu lorsque est apportée la preuve que le projet peut être réalisé en harmonie avec la protection de l’environnement”.

Recommandation du Conseil relative aux politiques de gestion des ressources en eau : intégration, gestion de la demande et protection des eaux souterraines [C(89)12(Final)]

“Annexe : Lignes directrices pour une meilleure gestion de l’eau. Section VII : Problème de l’incertitude

Comme les informations actuellement disponibles permettront rarement de résoudre toutes les incertitudes rencontrées lors de la prise de décisions en matière de gestion des eaux souterraines, les politiques adoptées doivent encourager les dispositions préventives, notamment lorsqu’il s’agit d’aquifères particulièrement précieux ou vulnérables. Ces politiques doivent aussi prévoir des mesures conservatoires efficaces permettant la poursuite simultanée de recherches plus approfondies et comporter des stratégies d’aménagement du territoire laissant une certaine souplesse d’application.

Lorsque des mesures de lutte sont adoptées dans un contexte de grande incertitude, il convient d’en évaluer globalement les coûts pour s’assurer que ceux-ci ne sont pas trop disproportionnés par rapport aux risques potentiels que la société va courir”.

Recommandation du Conseil sur la prévention et le contrôle intégrés de la pollution [C(90)164/FINAL]

“Annexe : Orientation pour la prévention et le contrôle intégrés de la pollution

Aspects essentiels de l’action des pouvoirs publics

Certaines actions, communes à tous les aspects de la protection de l’environnement, sont essentielles à l’adoption effective d’une approche intégrée. Il convient notamment de (...)

d) ne pas exclure, en l’absence d’informations complètes, la mise en œuvre de mesures préventives destinées à atténuer le risque d’atteintes notables à l’environnement”.

¹⁵⁰

L’article 11, qui traite des procédures concernant les organismes vivants modifiés destinés à être utilisés directement pour l’alimentation humaine ou animale ou à être transformés, comporte un texte similaire dans son paragraphe 8.

Recommandation du Conseil sur la gestion intégrée des zones côtières [C(92)114/FINAL]

“Considérant que les Ministres de l’environnement ont réaffirmé que le principe de précaution guiderait leur action face à une menace d’atteintes graves et irréversibles à l’environnement, c’est-à-dire que l’absence de véritable certitude scientifique ne serait pas évoquée pour ajourner les mesures visant à prévenir la dégradation de l’environnement...”

ANNEXE II - RÉFÉRENCES A L'APPROCHE DE PRÉCAUTION DANS CERTAINS CAS DE JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Cour internationale de justice

Dans l'affaire portée devant la Cour internationale de justice par la Hongrie contre la Slovaquie, la Hongrie a invoqué le principe de précaution, pour justifier de son impossibilité de satisfaire au Traité de 1977 relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses, conclu avec la Tchécoslovaquie¹⁵¹. Dans sa décision, la Cour n'a fait aucune référence au principe, mais a déclaré :

*“La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages. Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité – qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures - , de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. (...)”*¹⁵².

Organe d'appel de l'OMC

Dans l'affaire Communautés européennes - hormones, la Commission de la CE a invoqué le principe de précaution pour justifier son interdiction sur l'importation de viande du Canada et des États-Unis traitée aux hormones de croissance. L'organe d'appel n'a ni statué ni pris position sur ce sujet, mais a estimé que :

*“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”*¹⁵³.

¹⁵¹ Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), Décision du 25 septembre 1997.

¹⁵² Paragraphe 140 de la Décision. Voir aussi Pascale Martin-Bidou, op. cit., page 659.

¹⁵³ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 123 du rapport de l'organe d'appel.

L'organe d'appel a par ailleurs estimé important " *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, 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.*

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 SPS¹⁵⁴."

Tribunal international pour le droit de la mer

Le principe de précaution a été évoqué par la Nouvelle-Zélande et l'Australie dans l'affaire les opposant au Japon devant le Tribunal international pour le droit de la mer (Affaires relatives au thon à nageoire bleue (TNB)¹⁵⁵). La Nouvelle-Zélande et l'Australie ont affirmé que le Japon avait manqué aux obligations que lui imposent les articles 64 et 116 à 119 à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après, la Convention), notamment, en n'adoptant pas les mesures de conservation nécessaires applicables à ses ressortissants qui pêchent en haute mer, afin de maintenir et rétablir le stock du TNB à des niveaux qui assurent le rendement constant maximum, en entreprenant une pêche expérimentale unilatérale qui a ou aura pour résultat que les captures de TNB effectuées par le Japon excéderont ses quotas nationaux, en n'observant pas par ailleurs les obligations qui lui incombent aux termes de la Convention sur le droit de la mer au sujet de la conservation et de la gestion du TNB, "eu égard à ce que requiert le principe de précaution". Les deux pays ont demandé au Tribunal d'adopter des mesures provisoires, notamment que le Japon cesse immédiatement son programme de pêche expérimental unilatéral de TNB, qu'il limite ses captures pour chaque saison de pêche au niveau du dernier quota national et qu'en matière de pêche au TNB, les parties agissent en se conformant au principe de précaution, en attendant le règlement définitif du différend.

Le Tribunal a notamment fondé son ordonnance en prescription de mesures provisoires sur les considérations suivantes :

" Considérant que la conservation des ressources biologiques de la mer constitue un élément essentiel de la protection et de la préservation du milieu marin

¹⁵⁴ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphes 123 à 125 du rapport de l'organe d'appel.

¹⁵⁵ Tribunal international du droit de la mer ; affaires du thon à nageoire bleue, Nouvelle-Zélande contre Japon et Australie contre le Japon, Demandes en prescription de mesures provisoires, Ordonnance du 27 août 1999.

Considérant que, de l'avis du Tribunal, les parties devraient, dans ces conditions, agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves.

Considérant qu'il existe une incertitude scientifique en ce qui concerne les mesures à prendre pour la conservation du thon à nageoire bleue et que les parties sont divisées sur le point de savoir si les mesures de conservation prises jusqu'ici ont conduit à une amélioration de l'état du stock du thon à nageoire bleue.

Considérant que, bien qu'il ne saurait évaluer de manière concluante les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été soumis, le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue.¹⁵⁶

Dans leurs opinions individuelles, certains juges ont fait référence au principe de précaution¹⁵⁷.

Le juge Edward Laing, après avoir indiqué que l'affaire avait trait à la manière dont l'incertitude scientifique pouvait être abordée dans un cadre judiciaire, est revenu sur l'historique du "soit-disant principe de précaution en matière d'environnement, tel qu'il est apparu dans les relations internationales et le droit international". Il a conclu "[qu']il n'est cependant pas possible, sur la base des faits exposés et des arguments présentés dans cette demande en prescription de mesures conservatoires, de déterminer si, comme l'affirment les requérants, le droit international coutumier reconnaît un principe de précaution", mais que "l'on ne saurait toutefois nier que la Convention sur le droit de la mer adopte une approche de précaution".

Le juge Ivan Sherer, après avoir noté la difficulté d'appliquer le principe de précaution à la gestion des pêches, a conclu que "Le Tribunal a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'entrer dans la discussion du principe/approche de précaution. Je suis d'avis, toutefois, que les mesures prescrites par le Tribunal sont fondées à juste titre sur des considérations découlant de l'approche de précaution".

Cour européenne de justice

Dans son jugement sur la validité de l'interdiction faite par la Commission au Royaume-Uni sur l'exportation de bœuf pour réduire le risque de transmission de l'ESB, la Cour a jugé que "lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. Cette approche est corroborée par l'article 130-R paragraphe 1 du Traité CE selon lequel la protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement."¹⁵⁸

¹⁵⁶ Paragraphes 70 et 78-80 de l'ordonnance.

¹⁵⁷ Voir http://www.un.org/depts/los/ITLOS/tuna_cases.htm.

¹⁵⁸ Jugements du 5 mai 1998, affaires C-157/96 et C-180/96.

ANNEXE III - JURISPRUDENCE DE L'OMC SUR L'ÉVALUATION DES RISQUES

L'accord SPS requiert des Membres qu'ils veillent à ce que les mesures soient fondées sur des principes scientifiques et qu'elle ne soient pas maintenues sans preuves scientifiques suffisantes (article 2.2.)¹⁵⁹ et qu'ils fassent en sorte qu'elles soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes (article 5.1)¹⁶⁰.

En plusieurs occasions, l'organe d'appel a indiqué que "les articles 2:2 et 5:1 devraient toujours être lus ensemble. L'article 2:2 éclaire l'article 5:1: les éléments qui définissent l'obligation fondamentale énoncée à l'article 2:2 donnent un sens à l'article 5:1"¹⁶¹.

Le paragraphe 4 de l'annexe A de l'accord présente la définition de l'évaluation des risques conformément à ce même accord. Suivant cette disposition, il existe en fait deux types d'évaluation de risques, l'une étant "*la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie sur le territoire d'un Membre importateur en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées, et des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter*", l'autre étant "*l'évaluation des effets négatifs que pourrait avoir sur la santé des personnes et des animaux la présence d'additifs, de contaminants, de toxines ou d'organismes pathogènes dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux*".

Dans l'affaire relative aux saumons, à laquelle s'applique le premier type d'évaluation, l'organe d'appel a considéré qu'une évaluation des risques devait permettre *d'identifier* la ou les maladies dont un Membre veut empêcher l'entrée, l'établissement ou la dissémination sur son territoire ainsi que les conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter, *d'évaluer* la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies ainsi que des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter et *d'évaluer* la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies *en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées*¹⁶². L'organe d'appel a par ailleurs estimé qu'évaluer la "probabilité" de l'entrée, etc. d'une maladie ne voulait pas dire évaluer la simple "possibilité", mais bien la "probabilité" de l'entrée etc., ainsi que les conséquences biologiques et économiques. Il a par ailleurs spécifié qu'il ne suffisait pas d'évaluer une "*certaine*"

¹⁵⁹ Exception à cette prescription, l'article 5.7 traite de cas dans lesquels les preuves scientifiques sont insuffisantes.

¹⁶⁰ S. Charnovitz, op. cit., 2000, fournit une synthèse de l'évaluation des risques en vertu de l'accord SPS.

¹⁶¹ Affaire relative aux hormones, paragraphe 180 du rapport de l'organe d'appel et affaire relative aux saumons, paragraphe 130.

¹⁶² Affaire relative aux saumons, paragraphe 121.

probabilité, mais “la” probabilité et a admis que cette probabilité pouvait être exprimée *soit quantitativement, soit qualitativement*¹⁶³.

Dans l’affaire Communautés européennes - hormones, à laquelle s’applique le second type d’évaluation, le Groupe spécial a interprété cette disposition comme si elle voulait dire qu’une évaluation des risques était un processus *scientifique* visant à établir la base *scientifique* de la mesure sanitaire qu’un Membre envisage de prendre. L’organe d’appel a rejeté cette interprétation et a affirmé “[qu’]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”¹⁶⁴.

L’article 5.2 de l’accord SPS décrit les facteurs qui devraient être pris en compte dans une évaluation des risques : “Dans l’évaluation des risques, les Membres tiendront compte des preuves scientifiques disponibles; des procédés et méthodes de production pertinents; des méthodes d’inspection, d’échantillonnage et d’essai pertinentes; de la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques; de l’existence de zones exemptes de parasites ou de maladies; des conditions écologiques et environnementales pertinentes; et des régimes de quarantaine ou autres.”

L’organe d’appel a également spécifié que le risque apprécié dans une évaluation des risques doit être du genre “risque vérifiable...cette incertitude théorique n’est pas le genre de risque qui doit être évalué.”¹⁶⁵. L’organe d’appel a aussi indiqué qu’une évaluation des risques n’avait pas à établir un “certain ordre de grandeur ou seuil de risque”¹⁶⁶.

Concernant la relation entre la mesure et l’évaluation des risques, l’organe d’appel a affirmé que “les résultats de l’évaluation des risques justifient suffisamment - c’est-à-dire qu’ils étaient raisonnablement - la mesure SPS en jeu”, en d’autres termes, qu’il devait exister une “une relation logique entre la mesure et l’évaluation des risques”¹⁶⁷.

L’organe d’appel s’est interrogé sur qui devait procéder à l’évaluation des risques et estimé que “l’article 5:1 n’exige pas du Membre qui adopte une mesure sanitaire qu’il procède à sa propre évaluation des risques. Il exige uniquement que les mesures SPS “soient établies sur la base d’une évaluation, selon qu’il sera approprié en fonction des circonstances ...”. La mesure SPS peut fort bien trouver une justification objective dans une évaluation des risques qui a été effectuée par un autre Membre ou par une organisation internationale”¹⁶⁸.

Sur le plan de la preuve scientifique, l’organe d’appel a affirmé que l’évaluation des risques ne devait pas nécessairement “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

¹⁶³ Affaire relative aux saumons, paragraphes 123 et 124.

¹⁶⁴ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 187.

¹⁶⁵ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 186 et affaire relative aux saumons, paragraphe 125.

¹⁶⁶ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 186, confirmé dans l’affaire relative aux saumons, paragraphe 124.

¹⁶⁷ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 193.

¹⁶⁸ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 190.

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...[ils] 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. En soi, cela ne témoigne pas nécessairement de l'absence d'une relation raisonnable entre la mesure SPS et l'évaluation des risques..."¹⁶⁹.

Enfin, dans les cas où les preuves scientifiques disponibles sont insuffisantes, l'organe d'appel a indiqué que 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...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."¹⁷⁰

¹⁶⁹ Affaire Communautés européennes - hormones, paragraphe 194.

¹⁷⁰ Affaire Japon-mesures visant les produits agricoles, paragraphe 92.

ANNEXE IV – TRAVAUX RÉCENTS SUR LA PRÉCAUTION DANS LES ENCEINTES INTERNATIONALES

Des travaux sur l'incertitude et la précaution ont été entrepris récemment dans diverses enceintes internationales. La liste ci-dessous décrit brièvement les activités qui nous semblent particulièrement pertinentes dans le contexte de cette étude.

OCDE

En 1999, suite au mandat confié par le G-8 d'entreprendre des travaux sur les incidences de la technologie et d'autres aspects de la sécurité alimentaire, l'OCDE a constitué un Groupe Ad Hoc sur la sécurité des aliments. Celui-ci a préparé, entre autres, des aperçus généraux et des compendiums sur les activités et systèmes liés à la sécurité des aliments aux niveaux national et international¹⁷¹. Les pays Membres et les organisations internationales ont fourni des informations sur le recours à la précaution dans leurs systèmes de sécurité alimentaire, lesquelles ont été intégrées dans les aperçus. Les contributions des Pays Membres, notamment une section sur les approches de précaution pour chaque pays, sont présentées dans une annexe au compendium¹⁷².

Codex Alimentarius

Le Comité du Codex Alimentarius sur les principes généraux travaille actuellement sur les lignes directrices de l'analyse des risques. Lors de la réunion qui s'est tenue à Paris en 2000, un accord a été conclu sur les critères qui devraient être pris en compte pour assurer la cohérence et la transparence du processus de décision dans les situations où les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes. Un certain désaccord est toutefois apparu sur la formulation du "texte introductif" à la liste des critères indiquant le type de mesures de précaution qui pourraient être appliquées. Cette section est examinée par un groupe de travail et devrait être soumise au Comité lors de sa prochaine réunion en avril 2001.

CCE

En décembre 1999, sous les auspices du Groupe de fonctionnaires de l'environnement et du commerce formé en vertu du paragraphe 10(6) de l'ANACDE (Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement), la Commission de coopération environnementale (CCE) a accueilli une réunion d'experts pour l'examen d'un certain nombre de problèmes relatifs au commerce et à l'environnement, notamment le rôle du principe et de l'approche de précaution dans les lois intérieures sur l'environnement et la santé, et le rôle que ces approches peuvent jouer sur l'accès au marché. Le rôle du report de l'évaluation des risques et des procédures de gestion des risques, la prise en compte des opinions scientifiques minoritaires et d'autres questions encore ont été analysées. Le Groupe 10(6)

¹⁷¹ Aperçu général sur les activités et systèmes nationaux de sécurité des aliments [SG/ADHOC/FS(2000)5/FINAL] et Aperçu général et compendium des organisations internationales traitant de la sécurité des aliments [SG/ADHOC/FS(2000)4/FINAL].

¹⁷² SG/ADHOC/FS(2000)5/ANN/FINAL.

poursuit quant à lui son examen de l'application de la précaution dans les lois intérieures sur l'environnement et la santé, avec une analyse des similarités et des comparaisons possibles entre de telles approches.

Commission de la CE

En février 2000, la Commission de la CE a fait paraître une "Communication sur le principe de précaution", avec pour objectifs, entre autres, de mettre au point des lignes directrices de la Commission pour l'application de ce principe, établir un accord sur la manière d'évaluer, d'apprécier, de gérer et de communiquer les risques que la science n'est pas en mesure d'évaluer pleinement et éviter tout recours injustifié au principe de précaution en tant que forme déguisée de protectionnisme¹⁷³. Un projet de Résolution du Conseil sur le principe de précaution est actuellement en cours d'examen.

PNUE

Le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) prépare une étude en collaboration avec le Center for International Environmental Law (CIEL) sur les "incidences juridiques du principe de précaution pour les règles du commerce multilatéral". Cette étude devait paraître au début de l'an 2001.

OMC

Le Comité pour le commerce et l'environnement de l'OMC a conduit un débat sur le principe de précaution lors de sa réunion du 5-6 juillet 2000, en se fondant sur la Communication de la Commission européenne sur le principe de précaution¹⁷⁴. Dans l'intervalle, le Secrétariat de l'OMC n'a pas été invité à poursuivre les travaux sur cette question.

¹⁷³ Communication de la CE, page 3.

¹⁷⁴ Ce débat est reflété dans les minutes de la réunion WT/CTE/M/24. La Communication de la CE a également été examinée au sein du Comité SPS en mars 2000.