

Mars 2011

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE MONDE

www.fondapol.org

fondapol
FONDATION POUR
L'INNOVATION
POLITIQUE

www.jean-jaures.org


Jean Jaurès
Fondation

Nicolas de SADELEER

fondapol
FONDATION POUR
L'INNOVATION
POLITIQUE



www.fondapol.org

www.jean-jaures.org

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE MONDE

Le principe de précaution en droit international
et en droit de l'Union européenne

Nicolas de SADELEER

La Fondation pour l'innovation politique offre un espace indépendant d'expertise, de réflexion et d'échange tourné vers la production et la diffusion d'idées et de propositions. Elle contribue au pluralisme de la pensée et au renouvellement du débat public dans une perspective libérale, progressiste et européenne. Dans ses travaux, la Fondapol privilégie quatre enjeux : la croissance économique, l'écologie, les valeurs et le numérique.

Président : Nicolas Bazire
Vice-président : Charles Beigbeder
Directeur général : Dominique Reynié

La Fondation Jean-Jaurès est la première des fondations politiques françaises reconnues d'utilité publique [1992]. Lieu de débat entre des personnalités d'horizons divers, elle anime un réseau international de plus de cent partenaires. Son centre d'archives socialistes est unique en France. Bien qu'indépendante statutairement et financièrement, sa proximité avec le Parti socialiste garantit à ses travaux une traduction politique.

Président : Pierre Mauroy
Vice-Président : Henri Nallet
Directeur général : Gilles Finchelstein

RÉSUMÉ

Le principe de précaution commande de la part des autorités publiques une méthodologie d'un nouvel ordre. A la différence de l'action curative, qui répare, ou de l'action préventive, qui limite les conséquences d'un événement sans empêcher qu'il advienne, le principe de précaution exige de prendre des mesures de protection malgré la nature incertaine des risques ou de retarder l'exécution de certains projets tant que les risques n'ont pas été identifiés. Ce principe s'est développé au cours des dernières décennies : la science et les savoirs techniques se complexifiant, les autorités sont confrontées à des menaces, dont on ne peut apporter la preuve qu'elles se concrétiseront. Il occupe désormais une place importante dans le droit de l'Union européenne et le droit international. Au niveau européen, la jurisprudence permet de mesurer son importance et de définir ses implications juridiques. Il est ainsi possible de déterminer que le principe de précaution concerne à la fois les risques environnementaux et sanitaires, que ces risques s'ils ne sont pas prouvés, doivent être documentés sur la base de données scientifiques disponibles. Lorsque l'évaluation scientifique montre ses limites, la gestion des risques doit être conduite par les autorités politiques, selon des objectifs qui doivent être clairement énoncés. Au niveau international, le principe de précaution est reconnu par certains textes, notamment la déclaration du 13 juin 1992, lors de la Conférence de Rio de Janeiro. Hormis les quelques accords internationaux en matière d'environnement qui obligent les parties à appliquer ce principe, tout porte à croire qu'il ne revêt pas encore les contours d'un principe général de droit international de nature contraignante. A ce titre, on le retrouve dans des conventions multilatérales relatives à la protection de l'environnement, comme les écosystèmes fluviaux, la pollution des mers, le changement climatique ou la biodiversité. De manière plus inattendue, il est apparu en 2009, dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui intègre le principe aux devoirs incombant à un Etat en ce qui concerne la protection de la vie privée à l'encontre des nuisances. En revanche, le droit du commerce international ne reconnaît pas le principe de précaution : les restrictions aux importations ne peuvent être justifiées que dans le cas de risques avérés. En définitive, le principe de précaution est plus présent dans le droit de l'Union européenne, notamment la jurisprudence, que dans le droit international.

LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE MONDE

Le principe de précaution en droit international
et en droit de l'Union européenne

Nicolas de SADELEER

Professeur à l'UC Louvain, Saint-Louis, professeur invité à l'université de Lund,
Chaire Jean-Monnet

INTRODUCTION

Historiquement, les mesures de police destinées à contrer les atteintes à l'environnement se sont déclinées selon trois modèles successifs. Le premier, à partir du XIX^e siècle, s'est concrétisé sous la forme d'une action curative qui se traduit par une intervention tardive des pouvoirs publics. Le dommage ayant déjà été causé, il ne leur reste plus à ce stade qu'à remettre en état les milieux détériorés.

À cette première approche s'est opposée une dimension préventive, situant l'intervention des pouvoirs publics avant la survenance d'un dommage qui devrait vraisemblablement avoir lieu dans la mesure où rien ne serait entrepris pour l'empêcher. Dans cette seconde perspective, les menaces sont tangibles, la situation peut rapidement devenir critique et il convient donc de prévenir à temps les conséquences préjudiciables qui pourraient en découler.

Enfin, la fin du XX^e siècle fut marquée par le passage d'une science imbue de certitude à une science cultivant le doute et l'incertitude et, par tant, sujette à controverses. En ce qui concerne la politique environnementale, la complexité des phénomènes et la compartimentation des savoirs

n'a fait que fragiliser la prise de décision, laquelle n'est plus en mesure de s'appuyer sur des vérités solidement étayées. Alors que dans les deux premiers cas de figure les autorités se prémunissent de menaces connues, elles sont désormais confrontées à des menaces à propos desquelles aucune preuve tangible ne permet d'affirmer qu'elles se concrétiseront.

Point d'orgue de cette évolution, le principe de précaution se trouve en bout de chaîne de la gamme de mesures publiques destinées à contrer les dommages écologiques. Non seulement le dommage n'a pas été causé, mais encore l'éventualité de son occurrence n'est pas démontrée de manière irréfutable. Tirant parti du fait que la science n'est plus porteuse de certitudes, le principe de précaution a non seulement fait couler beaucoup d'encre mais a aussi déchaîné des controverses passionnelles.

Pour faire bref, la précaution empêche que l'on retarde l'adoption de mesures de protection de l'environnement en prétextant de la nature encore incertaine des risques incriminés. Inversement, il condamne la précipitation en incitant à retarder l'exécution des projets dont les risques n'auraient pas été suffisamment identifiés¹. De fait, on assiste au terme de cette gradation à un véritable changement de paradigme.

Ce principe est rapidement parvenu à occuper une place incontestée dans le droit international et dans le droit communautaire, à tel point qu'il éclipse par la gloire qu'il a acquise bon nombre d'autres principes.

Or, malgré le succès qu'il rencontre dans les sphères juridiques internationales, ses contours ne se laissent pas plus facilement appréhender que ceux des autres principes du droit de l'environnement. Tant la diversité des définitions qui lui ont été données en droit international que les applications qu'il a reçues dans la jurisprudence soulignent l'hétérogénéité de ses facettes.

1. La bibliographie juridique consacrée au principe est désormais trop volumineuse pour faire l'objet d'une recension exhaustive. Voir notamment les ouvrages suivants : N. de Sadeleer, « Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution », Paris, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; *Environmental Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2002 ; *Implementing Precaution. Approaches from Nordic Countries, the EU and USA*, London, Earthscan, 2007 ; S. Marr, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea: Modern Decision Making in International Law*, Kluwer Law International, 2003 ; W.Th. Douma, *The Precautionary Principle: Its Application in International, European and Dutch Law*, Groningen, 2003 ; E. Fisher et al. (eds.), *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, 2006 ; A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, Kluwer Law International, 2002 ; et A. Trouwborst, *Precautionary Rights and Duties of States*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Ni la doctrine ni la jurisprudence ne sont parvenues à dissiper le mystère qui imprègne son statut juridique. Comment le classer ? Revêt-il les traits propres aux principes généraux du droit ? S'agit-il d'une règle de droit à part entière ? Est-il suffisamment précis pour que l'on puisse en déduire des effets juridiques ou nécessite-t-il l'adoption de règles plus précises ? Quant aux modalités de sa mise en œuvre, elles soulèvent autant de questions. Faut-il conjurer un risque grave, significatif, irréversible, collectif ? L'adoption d'une mesure de précaution requiert-elle un minimum d'indices quant à la consistance du risque soupçonné ou se trouve-t-elle affranchie de tout élément de preuve ? L'incertitude commandant l'action résulte-t-elle d'un manque de données, de l'impossibilité de faire la lumière sur le lien de causalité, de l'ignorance ? Sous quelle forme convient-il d'agir : moratoire, contrôle, surveillance, autorisation ? Et ce pour combien de temps ?

Une rétrospective de l'évolution récente du principe dans le droit de l'Union européenne tout comme dans la sphère internationale peut s'avérer utile.

Alors qu'il fut consacré en tant que principe général de politique internationale de l'environnement dès 1992 lors de la conférence onusienne de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement, il fallut attendre l'adoption du traité de Maastricht pour que le principe de précaution soit porté sur les fonds baptismaux de l'ordre juridique communautaire et rejoigne de la sorte les autres principes du droit de l'environnement énoncés au paragraphe 2 de l'article 174 du Traité sur la Communauté européenne (devenu par la suite l'article 192, du TFUE ²), disposition qui oblige les institutions à fonder leur politique environnementale sur des principes issus du droit international public.

Le TFUE ne définit pas le principe de précaution. Aussi la Cour de justice l'a-t-elle défini comme suit : « Lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. ³ »

2. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

3. CJCE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, *Rec.*, p. I-2211, point 63 ; CJCE, *Royaume Uni c. Commission*, C-180/96, *Rec.*, p. I-2265, point 99 ; CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, aff. C-236/01, *Rec.*, p. I-8105, point 111.

Après l'avoir qualifié de « principe autonome », le Tribunal de première instance a estimé qu'il s'agissait d'un principe général de droit ⁴. Le silence de la Cour de justice quant au statut dudit principe est éloquent ; manifestement, cette dernière ne semble pas prête à mettre le doigt dans l'engrenage. Cette consécration en tant que principe général de droit offre ainsi la possibilité d'appliquer le principe dans des affaires où le droit communautaire dérivé ne le consacrerait pas de manière expresse. Qui plus est, ce travail d'induction de la part du Tribunal d'une nouvelle norme générale à partir d'une série d'applications particulières dans les domaines de la santé et de l'environnement devrait aussi lui permettre, par la suite, de déduire, au départ du principe général induit, de nouvelles applications dans d'autres domaines en proie à l'incertitude. Cela dit, à la différence du Tribunal, la Cour s'est montrée plus prudente en ne qualifiant pas le principe de précaution de principe général de droit communautaire.

Les applications du principe sont nombreuses, puisque cette norme peut être invoquée tant pour les additifs alimentaires que pour les produits chimiques. Ainsi, la Cour a-t-elle déjà reconnu, dans un arrêt du 11 juillet 2000, *Toolex* ⁵, que l'incertitude scientifique, qui est à la base du principe de précaution, peut justifier une approche prudente des États membres par rapport à l'existence de dangers potentiels, consistant notamment à interdire la mise sur le marché d'une substance chimique.

PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET DROIT DE LA SANTÉ

Extension d'un principe environnemental à la santé publique

À la différence du droit international public (cf. *infra*), le principe de précaution n'est pas cantonné en droit de l'Union au seul domaine de la protection de l'environnement ⁶. C'est incontestablement dans les arrêts relatifs à la protection de la santé publique que ce principe de précaution

4. TPICE, *Artegodan*, aff. T-74/00, *Rec.*, p. II-4945, point 184; TPICE, 21 octobre 2003, *Solvay*, aff. T-392/02, *Rec.*, p. II-4555, points 121 et 122.

5. CJCE, C-473/98, *Rec.* p. I-5681.

6. N. de Sadeleer, « Le statut juridique du principe de précaution en droit communautaire : du slogan à la règle », *Cahiers de droit européen*, 2001, n° 1, p. 79 à 120 ; *ibid.*, "The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law", *European Law Journal*, Volume 12, March 2006, pp. 139-172; *ibid.*, "The Precautionary Principle applied to Food Safety-Lessons from the EC Courts", *European Journal of Consumer Law*, 2009/1, pp. 147-170.

s'est imposé avec le plus de vigueur ⁷. Son extension à un autre domaine que celui de l'environnement aurait à première vue de quoi surprendre. Alors qu'il est expressément consacré à l'article 191, § 2 TFUE qui relève du titre consacré à la politique de l'environnement, il ne l'est pas dans le domaine de la protection de la santé des personnes. Ceci ne l'empêche pas d'avoir des prolongements dans cette politique communautaire dans la mesure où l'article 168 TFUE requiert « un niveau élevé de protection de la santé humaine », ce qui a pour effet d'accroître le poids de la protection de la santé à la fois « dans les définitions et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté »⁸.

Nature du risque appréhendé par le principe de précaution

Si le principe de précaution dicte au décideur une attitude encourageant à contrer les risques, doit-il pour autant le forcer à adopter une mesure préventive dès qu'un risque est suspecté ? Il est incontestable, au regard du libellé des définitions de droit international, que le principe couvre tantôt des risques graves, tantôt des risques significatifs, tantôt des risques de dommages irréversibles. Mais s'applique-t-il aux risques spéculatifs ? Conformément à la jurisprudence de la Cour, le Tribunal a répondu à cette interrogation qu'« une mesure préventive ne saurait valablement être motivée par une approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées »⁹. Une connaissance scientifique minimale est dès lors nécessaire. De la sorte, le Tribunal a exclu du champ d'application du principe les risques qualifiés de résiduels, c'est-à-dire des risques spéculatifs fondés sur des considérations purement spéculatives, sans fondement scientifique ¹⁰. Il en résulte, selon le Tribunal, qu'« une mesure préventive ne saurait être prise que si le risque, sans que son existence et sa portée aient été démontrées “pleinement” par des données scientifiques concluantes, apparaît néanmoins suffisamment documenté sur la base

7. CJCE, 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, Rec., p. I-4023, point 9; CJCE, 12 juillet 1996, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-180/96 R, Rec., p. I-3903, point 93; CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, aff. C-236/01, Rec., p. I-8105 ; CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, aff. C-192/01, Rec., p. I-9693 ; - TPICE, 13 juillet 1996, aff. T-76/96 R, Rec., p. II-815, point 88; TPICE, 16 juillet 1998, *Bergaderm*, aff. T-199/96, Rec., p. II-2805 ; TPICE, 30 juin 1999, *Alpharma Inc.*, aff. T-70/99R, Rec., p. II-3495; TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health*, aff. T-13/99, Rec., p. II-3305 ; TPICE, 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals c. Conseil*, Rec., p. II-4555; TPICE, 28 septembre 2007, *France c. Commission*, aff. T-257/07R, Rec., p. II-4153.

8. TPICE, *Artegodan*, aff. T-74/00, Rec., p. II-4945, point 183.

9. TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health*, aff. T-13/99, précité, point 143.

10. N. de Sadeleer, « Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution », précité, p. 176.

des données scientifiques disponibles au moment de la prise de cette mesure »¹¹. Le Tribunal conclut donc que « le principe de précaution ne peut donc être appliqué que dans des situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondé sur des simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré »¹². Aussi, un médicament ne peut-il être interdit au titre du principe de précaution que si l'autorité décisionnelle est en présence « de données nouvelles suscitant des doutes sérieux quant à la sécurité du médicament considéré ou à son efficacité »¹³.

Principe de précaution et analyse des risques

Il ressort des arrêts rendus en matière de santé par les juridictions communautaires que le principe de précaution s'inscrit dans une démarche plus globale connue sous le nom d'analyse des risques, laquelle se décline en trois étapes :

- l'évaluation du risque,
- sa gestion,
- et sa communication.

Les deux premières étapes sont essentielles parce qu'elles visent, d'une part, à assurer un fondement scientifique aussi rigoureux que possible à la gestion des risques (évaluation des risques) et, d'autre part, à reconnaître une marge d'autonomie à l'autorité chargée *in fine* d'adopter une décision sur le risque (gestion des risques). La distinction entre la phase d'évaluation et de gestion répond de la sorte à une double exigence : d'une part, celle de fonder la décision politique sur des données scientifiques et, d'autre part, celle de conserver l'autonomie du politique par rapport aux résultats de l'évaluation scientifique¹⁴.

Principe de précaution et évaluation des risques

Prendre un risque au sérieux requiert en tout cas de la méthode. Dans ses arrêts *Pfizer* et *Alpharma*, le Tribunal a estimé que la vérification du caractère sérieux de l'hypothèse doit être réalisée au moyen d'une tech-

11. TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health*, aff. T-13/99, précité, point 144.

12. TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health*, aff. T-13/99, précité, point 146.

13. TPICE, aff. T-74/00, précité, point 192.

14. Conclusions de l'avocat général M. Jean MISCHO, présentées le 12 décembre 2002, dans l'affaire C-192/01, Commission c. Danemark, Rec. I-9693, point 92.

nique spécifique, connue sous le nom d'évaluation des risques, laquelle « a pour objet l'évaluation du degré de la probabilité des effets adverses d'un certain produit ou procédé pour la santé humaine et de la gravité de ces effets potentiels »¹⁵.

Dans son arrêt *Monsanto Agricoltura Italia*, la Cour a, quant à elle, tenu un raisonnement similaire. À son estime, les mesures de précaution prises par les autorités italiennes (application d'une clause de sauvegarde) « supposent en particulier que l'évaluation des risques dont disposent les autorités nationales révèle des indices spécifiques qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de conclure, sur la base des données scientifiques disponibles les plus fiables et des résultats les plus récents de la recherche internationale, que la mise en œuvre de ces mesures s'impose afin d'éviter que de nouveaux aliments présentant des risques potentiels pour la santé humaine ne soient offerts sur le marché »¹⁶. Il en résulte que « ces mesures ne sauraient être prises que si l'État membre a procédé au préalable à une évaluation des risques aussi complète que possible compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce »¹⁷. L'évaluation en question doit montrer que l'adoption de mesures de précaution s'impose « afin d'assurer (...) que les nouveaux aliments ne présentent pas de danger pour le consommateur »¹⁸. En l'espèce, la Cour dépasse une interprétation littérale de la clause de sauvegarde du règlement sur les aliments nouveaux qui était en cause. Cette clause de sauvegarde n'obligeait en aucun cas l'État membre à mener à bien « une évaluation des risques aussi complète que possible compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce ». Le juge communautaire se transforme de la sorte en administrateur en exigeant de la part des autorités nationales la production d'éléments scientifiques nettement plus substantiels que ce que l'on pouvait envisager à la lecture du règlement.

Enfin, dans son arrêt *Commission c. Danemark*, la Cour a de nouveau insisté sur la nécessité de mener à bien une « évaluation approfondie des risques »¹⁹. Ainsi, selon la Cour, « une application correcte

15. TPICE, aff. T-74/00, précité, point 148.

16. CICE, *Monsanto Agricoltura Italia*, point 113

17. CICE, *Monsanto Agricoltura Italia*, point 114

18. CICE, *Monsanto Agricoltura Italia*, point 114

19. CJCE, *Commission c. Danemark*, C-192/01, Rec. I-9693, point 47.

du principe de précaution présuppose, en premier lieu, l'identification des conséquences potentiellement négatives pour la santé de l'adjonction proposée de substances nutritives, et, en second lieu, une évaluation compréhensive du risque pour la santé fondée sur des données scientifiques disponibles les plus fiables et des résultats les plus récents de la recherche internationale » (point 51).

Les limites de l'évaluation des risques

Or, les scientifiques n'ont pas nécessairement réponse à tout ; leurs investigations n'aboutissent pas toujours à identifier les risques de manière probante. Dans les recherches où prévaut l'incertitude, ils doivent parfois faire état des limites de leur savoir, voire de leur ignorance. C'est précisément à ce stade que vient s'immiscer le principe de précaution. Sauf à vider ce principe de tout effet utile, tant la Cour de justice que le Tribunal ont admis que l'impossibilité de réaliser une évaluation scientifique complète des risques ne saurait empêcher l'autorité publique compétente de prendre des mesures préventives, si nécessaire à très brève échéance, lorsque de telles mesures apparaissent indispensables eu égard au niveau de risque pour la santé humaine déterminé par cette autorité comme étant inacceptable pour la société ²⁰. Le principe doit dès lors être mis en œuvre par les autorités dans le cadre de la phase de gestion des risques.

Les limites de l'analyse scientifique étant ainsi soulignées, on en arrive à la phase politique de l'analyse des risques, à savoir la **gestion des risques**, laquelle consiste à fixer le niveau de risque acceptable. Toutefois, cette phase décisionnelle n'est pas autonome de la phase scientifique qui est censée la précéder. Dans son arrêt *Pfizer*, le Tribunal de première instance a jugé qu'il appartenait « aux institutions communautaires de fixer le niveau de protection qu'elles estiment approprié pour la société. En conséquence de celui-ci, elles doivent alors, dans le cadre de ce premier volet de l'évaluation des risques, déterminer le niveau de risque, c'est-à-dire le seuil critique de probabilité des effets adverses pour la santé humaine et de la gravité de ces effets potentiels qui ne leur semble plus acceptable pour cette société et qui, une fois dépassé, nécessite, dans l'intérêt de la protection de la santé humaine, le recours à des mesures préventives malgré l'incertitude scientifique subsistante. La détermina-

20. TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, précité, point 160 ; CJ, 23 septembre 20003, Commission c. Danemark, aff. C-192/01, précité, point 52.

tion du niveau de risque jugé inacceptable comporte donc pour les institutions communautaires la définition des objectifs politiques poursuivis dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par le traité »²¹.

Dans son arrêt *Commission c. Danemark*, la Cour de justice a tenu un raisonnement similaire en jugeant que « le pouvoir d'appréciation relatif à la protection de la santé publique est particulièrement important lorsqu'il est démontré que des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique quant à certaines substances, telles les vitamines qui ne sont en règle générale pas nocives par elles-mêmes, mais qui peuvent produire des effets nuisibles particuliers dans le seul cas de leur consommation excessive avec l'ensemble de la nourriture dont la composition n'est pas susceptible de prévision ni de contrôle »(point 47).

Le principe de précaution n'implique ni moins d'évaluation scientifique ni un relâchement de la responsabilité politique. Les juridictions communautaires renforcent et relativisent tout à la fois le rôle joué par les scientifiques dans la prise de décision. Elles renforcent leur importance dans la mesure où elles avalisent les développements législatifs récents en imposant le recours systématique à une évaluation préalable des risques. Inversement, elles relâchent ce lien de deux façons : d'une part, en reconnaissant les limites de l'expertise scientifique, et, d'autre part, en obligeant les institutions communautaires ou les autorités nationales à définir clairement, « dans le cadre du premier volet de l'évaluation des risques », leurs objectifs politiques en la matière. La précaution témoigne ainsi d'un nouveau rapport à la science, que l'on interroge moins pour le savoir qu'elle propose que pour les soupçons et les doutes qu'elle est en mesure de susciter.

PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

Même si le principe trouve davantage à s'appliquer dans le domaine de la protection de la santé publique, et plus particulièrement celui de la sécurité alimentaire, les juridictions communautaires n'hésitent plus à y recourir pour trancher des contentieux se rapportant à l'environne-

21. TPI, T-13/99, précité, point 151. Voir également l'arrêt de la Cour du 11 juillet 2000, *Toolex*, C-473/98, Rec. p. I-5681, point 45.

ment ²². Nous donnons ici différentes illustrations de la place qu'occupe ce principe dans la jurisprudence.

1. « Aucun doute scientifique raisonnable » ne peut subsister quant aux « effets préjudiciables pour l'intégrité d'un site » Natura 2000 d'un projet d'activité qui, dans la perspective de son autorisation par l'autorité nationale, est soumis à une évaluation de ses incidences sur l'intégrité du site ²³. Il s'agit d'une application stricte du principe de précaution dans la mesure où la charge de la preuve de l'absence de risque du projet repose sur le promoteur ou sur l'autorité. On ne saurait y voir une violation du principe de proportionnalité ²⁴.

2. Pour le Tribunal pénal international (TPI), l'obligation de n'inscrire à l'annexe I de la directive 91/414/CEE concernant la mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques que les substances actives qui n'ont pas d'effet nocif sur la santé doit être interprétée en liaison avec le principe de précaution. Cette interprétation implique que « s'agissant de la santé humaine, l'existence d'indices sérieux qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité d'une substance, s'oppose, en principe, à la délivrance de l'autorisation » ²⁵.

3. Le système de protection mis en œuvre par la directive sur la mise sur le marché des OGM ne saurait obliger un État membre à « donner son consentement par écrit s'il dispose entre-temps de nouveaux éléments d'information qui l'amènent à considérer que le produit qui a fait l'objet de la notification peut présenter un risque pour la santé humaine et l'environnement », au motif notamment du respect du principe de précaution sous-jacent à ladite directive ²⁶. La clause de sauvegarde constitue donc « une expression particulière du principe de précaution », le processus de sa mise en œuvre pouvant prendre en compte l'incertitude ²⁷.

22. N. de Sadeleer, *The Precautionary Principle as a Device for Greater Environmental Protection: Lessons from EC Courts*, RECIEL, 2008, vol.18, n°1, pp. 3-10.

23. CJCE, 7 septembre 2004, *Waddenzee*, aff. C-127/02, points 58-59.

24. Conclusions de l'avocat général J. Kokott, sous CJCE, 7 septembre 2004, *Waddenzee*, aff. C-127/02, point 107.

25. TPICE, 11 juillet 2007, *Suède c. Commission*, aff. T-229/04, point 161.

26. CJCE, *Association Greenpeace France*, aff. C-6/99, Rec., p. I-1676.

27. CJCE, 21 mars 2000, précité, point 44 ; CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia*, aff. C-236/01, Rec., p. I-8105, point 110.

4. Le fait que les conclusions d'un rapport scientifique de l'Autorité européenne de sécurité des aliments faisant état de l'incertitude quant à la transmissibilité de l'encéphalopathie spongiforme bovine n'aient pas été sérieusement prises en considération par la Commission lors de l'assouplissement de mesures prévenant, contrôlant et éradiquant ces risques, est à l'opposé de l'application du principe de précaution. Partant, le grief tiré de la violation de ce principe du fait d'une erreur de la Commission dans la gestion des risques n'est pas dépourvu de pertinence ²⁸.

5. Etant donné que la directive 2002/95/CE relative à la limitation de l'utilisation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques vise, d'une part, à interdire des substances dangereuses et, d'autre part, à n'accorder des exemptions qu'à des conditions définies avec précision, l'objectif du législateur communautaire, conforme à un niveau élevé de protection de la santé humaine (art. 152 CE) et aux principes de précaution et de prévention (art. 174, § 2 CE ; art. 191, § 2 TFUE), « justifie cette interprétation stricte des conditions d'exemption » ²⁹.

6. Un État membre ne peut rejeter l'inscription d'une espèce de mammifère sauvage sur une liste positive que sur la base d'une évaluation approfondie du risque que représente la détention des spécimens de l'espèce ; toutefois, lorsqu'il s'avère « impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque envisagé en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées », le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives en vue de contrer « l'occurrence d'un dommage réel pour la santé ou pour l'environnement » ³⁰.

7. En ce qui concerne la chasse printanière d'espèces protégées, la Cour de justice a fait droit à une requête en référé de la Commission estimant que « la législation communautaire sur la conservation des oiseaux sauvages doit être interprétée à la lumière du principe de précaution » ; l'autorisation de la chasse en probable violation de la directive pourrait causer des préjudices irréparables à l'avifaune ³¹.

28. TPICE, 28 septembre 2007, France c. Commission, aff. T-257/07 R, point 116.

29. CJCE, 1er avril 2008, Parlement et Danemark c. Commission, aff. jtes C-14/06 et C-295/06, points 74 et 75.

30. CJCE, 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenwegers en Liefhebbers VZW*, aff. C-219/07, points 37 et 38.

31. CJCE, 24 avril 2008, Commission c. Malte, aff. C-76/08 R, point 37.

Il arrive aussi que le principe de précaution sous-tende le raisonnement de la Cour de justice, sans pour autant être invoqué.

1. Dans un contexte d'incertitude scientifique, le Conseil, en adoptant des mesures de conservation de ressources halieutiques – l'interdiction d'utiliser des filets dérivants –, ne saurait être tenu de suivre des avis scientifiques déterminés ³².

2. Il n'est pas nécessaire de disposer d'un modèle écologique parfait pour démontrer le lien de causalité entre des apports de nutriments en nitrates et le développement accéléré de la pollution des eaux ; l'adoption de mesures de réduction de l'épandage de nitrates est requise dès qu'il existe un degré de probabilité suffisant ³³.

3. En raison « des difficultés de détermination, en l'état actuel de cette recherche, du seuil critique à partir duquel l'exposition au trichloréthylène constituerait un risque sérieux pour la santé humaine », l'interdiction de la commercialisation de ladite substance ne viole pas le principe de proportionnalité ³⁴.

PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

Après avoir pris ses racines, au milieu des années 1980, dans le « *Vorsorgeprinzip* » du droit allemand, le principe de précaution a été abondamment invoqué, dans le courant des années 1990, dans la plupart des cénacles internationaux. On ne compte plus aujourd'hui les conventions internationales qui le consacrent ³⁵. Mais, malgré cette progression spectaculaire dans le droit conventionnel, nombreuses sont les juridictions internationales qui rechignent à lui réserver un accueil favorable.

32. CJCE, 24 novembre 1993, Armand Mondiet, aff. C-405/92, Rec., p. I-6176, points 31 à 36.

33. CJCE, 23 septembre 2004, Commission c. France, aff. C-280/02, Rec., p. I-8573.

34. CJCE, 11 juillet 2000, *Kemikalinspektionen et Toolex Alpha*, aff. C-473/98, Rec., p. I-5681, point 45.

35. Pour une recension exhaustive, voir A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, o.c.

Instruments de droit mou

Le principe de précaution est consacré dans un très grand nombre d'actes au contenu juridique un peu flou, comme des résolutions, des recommandations et des déclarations d'intention. Les spécialistes du droit de l'environnement savent, par ailleurs, que ce principe connut une consécration universelle lors de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, qui s'est tenue à Rio de Janeiro, laquelle vit aboutir une déclaration et deux conventions-cadres, l'une sur le changement climatique, l'autre sur la biodiversité. Instrument juridique non contraignant, la déclaration du 13 juin 1992 sur l'environnement et le développement ³⁶ proclame comme quinzième principe que « pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leur capacité. 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 ».

Malgré ces intentions louables, le principe ne revêt pas, loin s'en faut, les traits attachés à la reconnaissance d'une règle juridique car son support n'est pas contraignant.

Cela dit, son énonciation répétitive dans des instruments de droit mou ouvrira, à terme, la voie à une obligation d'interpréter les engagements étatiques à la lumière de la précaution. C'est d'ailleurs cette voie qu'a empruntée la Cour internationale de justice dans l'affaire *Gabcikovo-Nagyramos* en appliquant le principe de développement durable à un traité bilatéral ³⁷.

Principe de précaution et cours d'eau transfrontaliers

Le principe de précaution a également été consacré par un nombre d'accords relatifs à la protection des écosystèmes fluviaux, parmi lesquels :

- la convention d'Helsinki de 1992 sur la protection et l'utilisation de cours d'eau transfrontaliers et de lacs internationaux [art. 2 (5)]
- l'accord de Charleville-Mézières de 1994 sur la protection des

36. Le principe est également reconnu dans un autre document non contraignant, *L'Agenda 21*, 16 juin 1992, UN Doc. A/ Conf. 151/26, vol. III [1992].

37. CIJ, 25 septembre 1997, aff. Hongrie c. Slovaquie.

- rivières de la Scheldt et de la Meuse [art. 2a et 3(2a)] ;
- la convention de Sofia de 1994 sur la coopération pour la protection et l'usage durable du Danube [art. 2(4)] ;
- la convention de Rotterdam de 1998 sur la protection du Rhin [art. 4].

Mais, là aussi, le principe a été formulé de manière différente dans les différents accords. Ainsi, alors que la convention d'Helsinki de 1992 comme la convention de Rotterdam de 1998 sur la protection du Rhin affirment que « les parties doivent être guidées par (...) le principe de précaution », la convention de 1994 sur la coopération pour la protection et l'usage durable du Danube prévoit que « le principe de précaution constitue une base pour toutes les mesures visant à la protection du Danube ».

Un arrêt rendu par la Cour internationale de justice retient l'attention. Tout en reconnaissant le caractère sérieux des préoccupations environnementales avancées par la Hongrie pour justifier son refus d'observer le traité relatif à la construction d'ouvrages hydrauliques sur le Danube qu'elle avait conclu avec l'ancienne Tchécoslovaquie, la Cour internationale de justice n'a pas admis, dans un arrêt du 25 septembre 1997, qu'il y avait là un péril grave et imminent en raison du caractère incertain des dommages invoqués par les autorités hongroises ³⁸.

« Le péril allégué par la Hongrie s'inscrivait dans le long terme et - élément plus important - demeurait incertain. Comme le reconnaît elle-même la Hongrie, les dommages qu'elle appréhendait devaient résulter avant tout de processus naturels relativement lents, dont les effets ne pouvaient être aisément évalués. (...) Si grave qu'il pût être, le péril allégué pouvait difficilement, au vu de ce qui précède, être tenu pour suffisamment certain et, dès lors, imminent en 1989. »

La Cour n'admet l'éventualité de périls qu'à la condition qu'au moment considéré il soit établi que « la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable » ³⁹.

Les réticences de la Cour internationale de justice (CIJ) restent donc marquées. On en veut aussi pour preuve l'affaire qui opposa l'Argentine à l'Uruguay à propos de l'exploitation de deux usines de pâte à papier

38. CIJ, 25 septembre 1997, Hongrie c. Slovaquie, §56.

39. Ibidem, §54.

sur le fleuve Uruguay. Dans une ordonnance du 13 juillet 2008, la CIJ a estimé que la requérante était dans l'impossibilité de démontrer que l'autorisation de la construction des usines créerait un risque imminent de préjudice irréparable pour le milieu aquatique ou pour les intérêts économiques et sociaux des populations riveraines établies du côté argentin du fleuve. Ces circonstances n'étaient pas de nature à lui permettre d'imposer les mesures conservatoires ⁴⁰.

Principe de précaution et droit de la mer

Le principe a émergé dans les années 1990 en réponse à des préoccupations environnementales transfrontalières, notamment la pollution de la mer Noire ; des références explicites étaient faites au principe de précaution à l'occasion de chaque conférence ministérielle pour la mer Noire (déclarations de Brême en 1984, Londres en 1987, La Haye en 1990, et Esbjerg en 1993). Depuis, le principe de précaution a toujours été au cœur des préoccupations sur la pollution marine, domaine dans lequel l'abondance des informations n'a eu pour résultat qu'une maigre compréhension des problèmes, allant de pair avec une grande inquiétude à leur égard. Depuis le début des années 1990, le principe a donc été inscrit dans nombre d'accords, notamment :

- la Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (préambule) ;
- la Convention de 1992 pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (OSPAR) [art. 2 (2a)] ;
- la Convention d'Helsinki de 1992 sur la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique [art. 3 (2)] ;
- la Convention de Barcelone de 1976 pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, dans sa version amendée de 1995 [art. 4 (3a)],
- le Protocole d'Athènes de 1980 relatif à la protection de la mer Méditerranée contre la pollution provenant de sources et activités situées à terre (dans sa 5e version amendée à Syracuse le 7 mars 1996, entrée en vigueur le 11 mai 2008) ; (A CONFIRMER ??)
- la Convention-cadre de 2003 pour la protection du milieu marin de la mer Caspienne [art. 5].

40. CIJ, ordonnance du 13 juillet 2006, affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, Argentine c. Uruguay, § 73.

La façon dont le principe est libellé dans plusieurs conventions internationales semble lui ôter toute applicabilité immédiate et autonome. Il est en effet moins question d'obliger les parties contractantes à se conformer à une attitude de précaution que de « fonder », d'« inspirer », de « s'efforcer » de l'appliquer. En revanche, on retrouve, en tout cas en Europe, de nombreuses autres dispositions conventionnelles qui consacrent le principe de manière plus affirmée. Ainsi, la Convention sur la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est et la Convention de Barcelone sur la mer Méditerranée prévoient que les « parties appliquent » le principe de précaution et conformément à la convention-cadre sur les changements climatiques, « il incombe aux parties de prendre des mesures de précaution ».

Devant le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), le principe de précaution a été invoqué à plusieurs reprises par des parties requérantes. La jurisprudence de cette juridiction souligne bien le malaise que peuvent éprouver certains juges internationaux à l'égard de ce principe.

Dans les affaires du *Thon à nageoire bleue*, le Tribunal a estimé que « les parties devraient [...] 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 »⁴¹. À cet égard, le Tribunal a requis « les parties devraient (...) 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 » (§ 77). L'accolement du terme « prudence » à celui de « précaution » pose des difficultés d'interprétation, les notions n'ayant pas la même portée.

Par la suite, dans l'affaire de l'usine MOX (au Royaume-Uni), portant sur les risques de pollution de la mer par des substances radioactives⁴², s'est posée la question de la pertinence et de la portée du principe de

41. Affaires du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon), aff. n° 3 et 4, ordonnance du 27 août 1999, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances du Tribunal international du droit de la mer 280.

42. Affaire de l'usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), aff. n° 10, ordonnance du 3 décembre 2001, [2001] Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances du Tribunal international du droit de la mer 95. Cf. S. Maljean-Dubois et J.-C. Martin, « L'affaire de l'usine MOX devant les tribunaux internationaux », *Journal du Droit International*, vol. 134, n°2/2007, p. 437 à 472.

précaution au stade des mesures conservatoires. Dans son ordonnance, le TIDM a énoncé de nouveau que « la prudence et la précaution exigent que l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent (...) » ; il ne se référerait donc pas explicitement au principe.

Cette même affaire fut ensuite portée devant une juridiction arbitrale. L'Irlande arguait notamment en faveur d'un renversement, voire d'un allègement de la charge de la preuve, qui découlerait du principe de précaution. Dans leur sentence arbitrale de 2003, deux des arbitres n'ont pas suivi le raisonnement des autorités irlandaises ⁴³. Aussi revenait-il au requérant, la République d'Irlande, d'apporter la preuve du risque engendré par l'exploitation du MOX.

Enfin, à propos du différend portant sur les travaux de poldérisation entrepris par Singapour dans le détroit de Johor, susceptibles de porter atteinte aux droits de la Malaisie, le TIDM a rendu une ordonnance le 5 septembre 2003. Il a « enjoint à Singapour de ne pas mener ses travaux de poldérisation d'une manière qui pourrait porter un préjudice irréparable aux droits de la Malaisie » ⁴⁴. Plus particulièrement, le Tribunal soulignait que « la circonspection et la prudence » commandait aux parties de mettre en place des mécanismes en vue d'échanger les informations sur les travaux de poldérisation et de l'évaluation des effets qu'ils pourraient entraîner (§ 99) ⁴⁵. En ne visant que la « circonspection et la prudence », le TIDM paraît abandonner toute référence à la précaution. N'a-t-il pas voulu prendre position ? S'agit-il là d'un rejet implicite du principe de précaution, étant donné que l'affaire portait sur des mesures conservatoires ? La violation du principe devrait alors être examinée lorsque l'affaire sera jugée sur le fond ⁴⁶.

43. On notera qu'un des arbitres, Griffith, s'était montré favorable à un renversement de la charge de la preuve.

44. Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour), aff. n° 12, ordonnance du 8 octobre 2003, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances du Tribunal international du droit de la mer 10 [Détroit de Johor].

45. Détroit de Johor, précité, § 106.2.

46. S. Maljean-Dubois, « Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques, place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles », rapport de recherche Droit et Justice, 2008, p. 30.

Principe de précaution et changement climatique

L'article 3, § 3 de la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques signée à New-York peu de temps avant la conférence, le 9 mai 1992, impose aux parties « de prendre les mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques ou en limiter les effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitudes scientifiques absolues ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et 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 ».

Principe de précaution et droit de la biodiversité

Toute tentative de préservation de la biodiversité doit composer avec un large spectre d'incertitudes et d'ignorance. Ces problèmes sont exacerbés par le manque de données suffisantes et la difficulté à modéliser le fonctionnement des écosystèmes, et à comprendre les relations complexes entre les activités humaines et l'état de conservation de l'écosystème et des espèces : il reste de nombreuses zones d'ombre dans notre compréhension des interactions entre écosystèmes et espèces, et de la façon dont ceux-ci réagissent à de nouvelles menaces. Dans certains cas, ces incertitudes ne peuvent être réduites par la collecte de données plus exactes ; autrement dit, elles sont irréductibles. En conséquence, le principe de précaution est devenu la pierre d'angle de plusieurs accords internationaux dont le but est de protéger la nature ou de contrecarrer les risques susceptibles d'appauvrir la biodiversité (espèces envahissantes, OGM). À titre d'exemple, en 1994, le principe a été explicitement adopté à la Neuvième conférence des parties au traité CITES ⁴⁷, de même que dans plusieurs accords sur la conservation des espèces migratrices ⁴⁸. Par ailleurs, il faut noter que le préambule de la Convention de 1992 sur la diversité biologique prévoit également que « lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de

47. *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* [Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction].

48. Accord sur la conservation des oiseaux d'eau migrateurs d'Afrique-Eurasie [*Agreement on the Conservation of the African-Eurasian Migratory Waterbirds*] ; Accord sur la conservation des cétacés de la mer Noire, de la mer Méditerranée et des zones atlantiques contiguës [*Agreement on the Conservation of Cetaceans of the Black Sea, Mediterranean Sea and Contiguous Atlantic Areas*] ; Accord de Canberra de 2001 sur la conservation des albatros et des pétrels. [*The 2001 Canberra Agreement on the Conservation of Albatrosses and Petrels*].

certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets ». Bien que cette déclaration ne soit pas contraignante, dans la mesure où elle figure dans le préambule de l'accord et non dans ses dispositions opératoires, elle n'est toutefois pas dépourvue de tout effet légal (fonction interprétative).

Au regard de la conservation de la biodiversité, des risques dus à l'introduction sur les marchés et à l'expansion dans l'environnement des OGM, une impulsion est lancée à l'échelle internationale. La mesure dans laquelle les OGM posent des problèmes d'effets adverses sur l'environnement comme sur la santé humaine reste à ce jour controversée. Qui plus est, ces controverses ont été jusqu'ici exacerbées par la relative nouveauté des technologies génétiques, combinée au manque de données disponibles quant aux impacts potentiels sur la santé et l'environnement. En conséquence, le principe a été au cœur du Protocole de Carthagène sur la biosécurité (CPB), adopté sous les auspices de la Convention sur la biodiversité (CBD). Le protocole a réaffirmé, dans plusieurs de ses dispositions opératoires (article 1) l'approche par la précaution contenue dans le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. En plus de se référer au principe de précaution, la CBP autorise expressément les parties à refuser l'importation d'organismes vivants modifiés (OVM) sur la base du principe de précaution [articles 10(6) et 11(8)]. Toutefois, le principe de précaution n'est pas formulé comme une obligation par la CPB, mais simplement comme un droit à prendre une mesure de précaution. De plus, ce droit est limité par l'obligation de la partie importatrice de reconsidérer une décision à la lumière de toute nouvelle preuve scientifique, sur demande de tout pays exportateur. Toutefois, l'insertion de dispositions préventives dans la CPB est significative au regard de potentiels conflits commerciaux relatifs aux OGM.

Principe de précaution et droits de l'homme

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), qui s'est montrée pendant longtemps fort réservée à l'égard du principe de précaution, mérite aussi le détour. En excluant *a priori* la possibilité que le risque d'une violation future puisse conférer au requérant individuel la qualité de « victime », la Cour a refusé d'adhérer à une logique

de précaution. Elle exige, en effet, que le requérant produise des indices raisonnables et convaincants « de la probabilité de réalisation d'une violation en ce qui le concerne personnellement ; de simples suspicions ou conjectures sont insuffisantes à cet égard »⁴⁹. De même, le seuil de gravité n'est pas franchi lorsque les atteintes demeurent largement spéculatives, indépendamment du fait que la requérante est particulièrement sensible aux émissions électromagnétiques⁵⁰.

Pourtant, un arrêt récent *Tatar c. Roumanie* paraît nettement plus prometteur⁵¹, même si la Cour paraît au premier abord réticente à admettre une logique de précaution. Selon elle, les requérants n'étaient pas parvenus à prouver l'existence d'un lien de causalité suffisamment établi entre l'exposition à certaines doses de cyanure de sodium résultant de l'exploitation d'une mine d'or et l'aggravation de l'asthme, étant donné que « l'incertitude scientifique n'(était) pas accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants » (§ 106).

Cela dit, malgré « l'absence d'une probabilité causale », il n'en demeure pas moins que l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants « faisait peser sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables de protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé » (§ 107).

Confrontée à des analyses scientifiques contradictoires quant à l'impact sur la santé du cyanure de sodium, la Cour EDH s'est finalement référée au principe de précaution pour condamner la pauvreté du travail d'investigation quant aux risques encourus par la population riveraine, qui avait précédé la délivrance de l'autorisation d'exploiter la mine d'or.

« Pour ce qui est des suites de l'accident de janvier 2000 (Baia Mare), la Cour observe (...) que l'activité industrielle en question n'a pas été

49. CEDH (déc.), 29 juin 1999, *Asselbourg* ainsi que *Greenpeace Luxembourg c. Luxembourg*, § 1 ; 29 juin 1999, *Bernard et crts.*, ainsi que *Greenpeace Luxembourg c. Luxembourg*, § 1.

50. En raison de l'incertitude quant à la nocivité d'antennes de téléphonie mobile pour la santé, le risque reste largement spéculatif. Selon la Cour, on ne saurait, pour l'instant, imposer à l'État l'obligation d'adopter des normes plus sévères en faveur de personnes tombant dans la catégorie de personnes particulièrement vulnérables [CEDH (déc.), 17 janvier 2006, *Luginbühl c. Suisse.*, La marge d'appréciation accordée à l'État va ici à l'encontre du principe de précaution.

51. CEDH, 27 janvier 2009, *Tatar c. Roumanie*, spéc. § 109-120.

arrêtée par les autorités, qui ont continué à utiliser la même technologie. En ce sens, la Cour rappelle l'importance du principe de précaution (consacré pour la première fois par la Déclaration de Rio), qui « a vocation à s'appliquer en vue d'assurer un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des activités de la Communauté (§ 120) ».

Il en résulte que la population riveraine, y compris les requérants, « a dû vivre dans un état d'angoisse et d'incertitude accentué par la passivité des autorités nationales, qui avaient le devoir de fournir des informations suffisantes et détaillées quant aux conséquences passées, présentes et futures de l'accident écologique sur leur santé et l'environnement, ainsi qu'aux mesures de prévention et recommandations pour la prise en charge de populations qui seraient soumises à des événements comparables à l'avenir (§ 121) ».

Principe de précaution et droit du commerce international

Il arrive que les niveaux de protection dans le domaine de la santé, de l'environnement et de la protection des consommateurs varient sensiblement d'un pays à l'autre. Interdite par l'Union européenne en raison des craintes émises par les consommateurs européens, la viande aux hormones, par exemple, est en vente libre de l'autre côté de l'Atlantique. La succession de scandales qui, au fil des crises alimentaires, ont atteint le domaine de la santé publique a assurément sapé la confiance des consommateurs européens et de leurs représentants publics à l'égard de différentes techniques de production (OGM, hormone, etc.). Les consommateurs des pays développés ont également pris conscience des risques collectifs auxquels ils contribuent en raison de leurs modes de consommation (émission de gaz à effet de serre, achat de produits ne faisant pas l'objet d'une exploitation durable). Les États qui adoptent un niveau de sécurité plus élevé sont donc susceptibles de restreindre l'importation de certains produits. Aux yeux de leurs concurrents, cette aspiration à contrer des risques mal établis masquerait des velléités protectionnistes.

Le principe de précaution est en tout cas parvenu à creuser la ligne de fracture entre les postulats sous-tendant la libéralisation du commerce mondial et la nécessité reconnue par la Communauté européenne et plusieurs de ses États membres d'adopter un haut niveau de protection

de l'environnement, des consommateurs et de la santé publique. Plus encline que ses partenaires commerciaux à invoquer ce principe dans les cénacles internationaux, l'Union européenne est-elle en droit de l'appliquer au-delà de ce que prévoient les différents accords de l'OMC ? En d'autres termes, la mise en œuvre répétée du principe de précaution par les États fait-elle de celui-ci un principe général de droit international d'origine coutumière ? Cette question, qui a fait l'objet d'importantes controverses en droit international, n'a pas encore été définitivement tranchée par les juridictions internationales.

L'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC s'est jusqu'à présent montré plus que réservé quant à une application autonome de ce principe. Ainsi, dans l'affaire du bœuf aux hormones qui opposait les États-Unis et le Canada à la Communauté européenne, l'Organe d'appel (OA) de l'ORD n'a pas pris position sur la question de savoir s'il s'agissait plus d'une approche que d'un principe de droit coutumier. Selon l'ORD, « La question de savoir s'il est largement admis par les membres comme principe de droit coutumier ou général n'est pas claire »⁵². Aussi, l'absence de consensus sur cette question tant en droit international qu'au sein des membres de l'OMC ne permet-elle pas à l'ORD d'affirmer un tel principe. Plus récemment, dans l'affaire CE – Produits biotechnologiques, le Groupe spécial a considéré qu'il n'était pas tenu de prendre en considération d'autres traités internationaux, lesquels auraient pu consacrer le principe de précaution, dans l'interprétation du droit de l'OMC tant que les accords internationaux en question n'avaient pas été ratifiés par toutes les parties⁵³. Ce raisonnement tend ainsi à isoler l'ordre juridique de l'OMC des autres pans du droit international public.

De ce constat, l'ORD a conclu qu'il fallait trancher les litiges suscités par la volonté de certains États de s'opposer, pour des raisons sanitaires, à l'importation de produits en provenance d'autres pays, en appliquant strictement l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS) conclu sous l'égide de l'OMC.

52. OA, Rapport EC-Hormones, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998 § 123.

53. GS, Communautés européennes - Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques [WT/DS291, WT/DS292 et WT/DS293], 29 septembre 2006 (ci-après GS, Rapport Produits biotech.).

Les dispositions de l'accord SPS étant d'application sans que l'on puisse prendre en compte la précaution, l'adoption d'une mesure nationale prise dans un contexte d'incertitude se trouve enserrée dans un carcan bien verrouillé. Ceci complique considérablement la tâche des États souhaitant atteindre un niveau de protection plus élevé que celui qui est garanti par les normes internationales.

Dès lors, si les États se voient ainsi reconnaître, en vertu de l'accord SPS, la liberté de choisir le niveau de protection sanitaire qu'ils jugent approprié et peuvent, par conséquent, « introduire ou maintenir des mesures sanitaires qui entraînent un niveau de protection plus élevé », il n'en demeure pas moins que leurs mesures doivent être « fondées sur des principes scientifiques » et ne doivent pas être « maintenues sans preuves scientifiques suffisantes » (art. 2.2 et 5.1). En d'autres termes, la justification scientifique s'est imposée ici comme un véritable paradigme. L'analyse scientifique apparaît donc comme un préalable indispensable à l'adoption de toute mesure préventive.

Cela dit, tant dans l'affaire des hormones que dans d'autres affaires,⁵⁴ l'ORD est parvenu à assouplir certaines exigences quant à la preuve scientifique à apporter : l'analyse des risques peut comporter des données qualitatives (aspects psychologiques ou sociologiques de la gestion des risques) et non pas uniquement quantitatives (par exemple au moyen de tests toxicologiques). De même, l'évaluation scientifique doit correspondre à la réalité (comportement des consommateurs) et non pas uniquement à des pratiques de laboratoire. Enfin, rien n'empêche un membre de fonder une mesure SPS, au sens de l'article 5.1., sur une opinion scientifique divergente, à condition qu'elle provienne « de source qualifiée et respectée »⁵⁵.

Toutefois, la prise en compte d'un risque théorique demeure exclue, ce qui a entraîné la condamnation de la Communauté dans l'affaire des hormones : « Le risque évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable ; l'incertitude théorique n'est pas le genre de

54. OA, Rapport CE-Hormones, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, 16 janvier 1998 ; OA, Australie – Mesures visant les importations de saumons [ci-après Rapport Australie - Saumons], WT/DS18/AB/R ; GS, Japon - Mesures visant les produits agricoles [ci-après Rapport Japon - Pommes]..

55. OA, Rapport Communautés européennes – OGM, § 7.3060.

risque qui doit être évalué aux termes de l'article 5.1. »⁵⁶. L'incertitude théorique a été définie par l'OA comme étant inhérente aux méthodes scientifiques et résultant des limites intrinsèques des expériences, des méthodologies et des instruments employés par les scientifiques en vue d'expliquer un phénomène particulier⁵⁷. Dans la conception que l'OMC se fait de la science, le doute et l'incertitude ne trouvent donc pas leur place. Aussi l'incertitude scientifique n'oblitére-t-elle pas l'obligation de procéder à une évaluation des risques la plus complète possible. Il revient donc aux autorités nationales de déterminer la probabilité du risque.

À cet égard, l'OA a jugé à propos de la probabilité⁵⁸ que « l'accord SPS n'exige pas qu'elle soit exprimée quantitativement. La probabilité peut être exprimée soit quantitativement, soit qualitativement »⁵⁹. Le risque ne doit donc pas nécessairement être quantifié ; il suffit que des données suffisamment convaincantes établissent sa probabilité. Aussi le rapport d'experts sur lequel va devoir s'appuyer l'autorité nationale adoptant une mesure restrictive doit-il évaluer de façon appropriée la probabilité du risque. Cette faculté laisse les interprètes perplexes. En effet, comment peut-on définir une probabilité qualitative ? Sans doute l'OA a-t-il voulu signifier par « probabilité qualitative » que celle-ci ne devrait pas s'exprimer de manière chiffrée (5 % de risque de cancérogénicité), mais au moyen de différents standards (« probabilité très faible, faible, moyenne, élevée »).

Du point de vue de la prise de décision, l'OA a également reconnu la faculté pour un État d'atteindre l'objectif d'un risque zéro, et n'a réclamé qu'un « lien logique » – et non pas de cause à effet – entre les résultats de l'évaluation scientifique des risques et la mesure adoptée⁶⁰.

Pour pouvoir maintenir certaines mesures sanitaires, certains États ont invoqué l'article 5.7. de l'accord SPS, lequel prévoit que « dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phy-

56. OA, Rapport Australie - Saumons, précité, § 125.

57. OA Rapport Japon - Pommes, précité, § 241.

58. Cette notion intervient à plusieurs niveaux dans l'évaluation scientifique : probabilité de l'entrée de l'agent pathogène et probabilité de l'entrée de ce dernier en fonction des mesures envisagées.

59. OA, Rapport Australie - Saumons, précité, § 124.

60. OA, Rapport Australie - Saumons, précité, § 125.

tosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles (...) ». On pouvait espérer qu'une logique de précaution vienne se glisser dans cette clause dérogatoire, qui permet d'éviter la réalisation d'une évaluation des risques. Il n'en est rien, car le recours à cette clause de sauvegarde n'est permis que lorsque les preuves scientifiques sont « insuffisantes »⁶¹. Une interprétation littérale prévaut. Dans l'hypothèse où les preuves scientifiques seraient suffisantes, l'obligation de réaliser une évaluation des risques s'impose, conformément aux articles 2.2 et 5.1. de l'accord SPS. Encore ne faut-il pas confondre insuffisance des preuves scientifiques et incertitudes scientifiques. Des opinions scientifiques divergentes peuvent être un facteur d'incertitude scientifique ; mais cette incertitude n'équivaut pas pour autant à la notion d'insuffisance de preuves scientifiques telles qu'exigées par l'article 5.7. de l'accord SPS⁶². Ainsi, l'existence d'éléments incertains n'empêcherait-elle pas la réalisation d'une évaluation scientifique telle qu'exigée au titre des articles 2.2. et 5.1. Ceci réduit considérablement le champ d'application de la clause de sauvegarde.

Force est de rappeler la décision récente adoptée par un Groupe spécial quant à la validité de mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques⁶³. Le litige portait sur un moratoire *de facto* sur la commercialisation des OGM pris par l'UE, lequel avait entraîné le refus d'AMM (autorisation de mise sur le marché) de 27 produits biotechnologiques ainsi que des mesures de sauvegarde adoptées par plusieurs États membres. Le Groupe spécial a condamné ces pratiques, au motif que de telles mesures n'avaient pas été adoptées sur la base d'une évaluation des risques au sens de l'accord SPS. Le raisonnement juridique sous-tendant cette décision a été fortement critiqué.

En bref, rappelons que dans cette affaire, le Groupe spécial a condamné les mesures européennes pour défaut de lien logique. Il a admis que lorsque l'autorité prend ses distances à l'égard d'une évaluation, dans le dessein de retirer du marché un produit pourtant évalué sans risques, elle doit justifier scientifiquement sa décision en fournissant sa propre

61. GS, Rapport Produits biotech., précité, § 7.2939.

62. OA, Rapport États-Unis – Maintien de la suspension d'obligation dans le différend CE - Hormones, rapport du Groupe spécial, 31 mars 2008, WT/DS320, § 7.629.

63. GS, Rapport Produits biotech., précité.

évaluation des risques, « dans la mesure où (un État) ne souscrit pas à (tout ou partie) des conclusions contenues dans (...) l'évaluation, il serait (...) nécessaire qu'(il) explique, par référence à l'évaluation existante, comment et pourquoi il évalue les risques différemment, et fournisse son évaluation des risques révisée ou supplémentaire »⁶⁴.

Dans l'affaire des produits biotechnologiques, le Groupe spécial s'est montré intransigeant sur la nécessité d'établir la probabilité du risque suspecté. On en veut pour preuve les développements suivants. En ce qui concerne les études fournies par l'Autriche pour justifier ses mesures de sauvegarde litigieuses, le Groupe spécial souligne qu'aucune des analyses avancées « ne parlait de probabilité relative concernant les risques en jeu, mais faisait plutôt référence à des possibilités de risques ou simplement à l'impossibilité de déterminer des probabilités »⁶⁵. Il en résulte qu'en raison de l'absence d'évaluation de la probabilité, la mesure litigieuse est illégale⁶⁶. À propos des études consacrées à la résistance des insectes au maïs Bt176, lesquelles décrivaient une technique permettant d'évaluer la probabilité qu'une population particulière d'insectes se nourrissant de coton Bt (transgénique) développe une résistance à la toxine Bt (*Bacillus thuringiensis*), le Groupe spécial note également que « même si les résultats de ces études pouvaient être pertinents aux fins de l'évaluation des risques de développement d'une résistance au maïs Bt, aucune n'évaluait la probabilité de ces risques précis »⁶⁷.

Quant à l'application de l'article 8 de l'accord SPS, combiné à l'annexe C1, lequel prévoit que les procédures de contrôle, d'inspection et d'homologation doivent être engagées et achevées sans retard injustifié, ces dispositions n'empêcheraient pas, selon le Groupe spécial, « l'application d'une approche de prudence et de précaution »⁶⁸. De même, la découverte de nouvelles preuves scientifiques, qui seraient en contradiction avec les informations disponibles, pourrait justifier « la suspension des approbations finales en attendant une évaluation appropriée des nouvelles preuves »⁶⁹. Le Groupe spécial a toutefois jugé qu'il n'était

64. GS, Rapport Produits biotech., § 7.3060 et 7.3062.

65. GS, Rapport Produits biotech., § 7.3079.

66. GS, Rapport Produits biotech., § 7.3044 et 7.3046.

67. GS, Rapport Produits biotech., § 7.3078.

68. GS, Rapport Produits biotech., § 7.1522.

69. Ibidem, § 7.1532.

possible de légitimer un retard dans la mise en œuvre des mesures SPS qu'au regard de l'apparition de nouvelles preuves scientifiques, lesquelles devraient être en contradiction avec les informations scientifiques disponibles ⁷⁰. De ce fait, la complexité et l'incertitude scientifique ne justifiaient pas un tel retard dans l'instruction des demandes de mise sur le marché ⁷¹. Il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre des « nouvelles preuves scientifiques contradictoires » et une opinion scientifique divergente.

CONCLUSION

Les différences frappantes entre la jurisprudence récente des juridictions internationales et de la juridiction communautaire s'expliquent sans doute par le fait que le principe de précaution a été érigé en tant que principe directeur dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et qu'il est parvenu à s'immiscer dans d'autres politiques. Aussi ce principe sert-il, d'une part, de moyen de contrôle de la légalité (surtout dans le droit de la sécurité alimentaire) et, d'autre part, de norme interprétative, principalement dans le droit environnemental. En revanche, le principe peine à être reconnu par les juridictions nationales, alors qu'il est consacré dans un nombre impressionnant de conventions. Soit les juridictions l'esquivent, soit elles en font une application édulcorée en invoquant des obligations de prudence et de précaution. Ces réserves s'expliquent sans doute par le fait que l'ordre juridique international est nettement moins achevé que l'ordre juridique de l'Union européenne.

70. Ibidem, § 7.1532.

71. Ibidem, § 7.1526.

SOUTENEZ L'ACTION DE LA FONDATION JEAN-JAURÈS

À la différence des associations, les fondations ne peuvent pas avoir d'adhérents, elles ne reçoivent donc pas de cotisations. En revanche, il est possible de soutenir l'action de la Fondation Jean-Jaurès par des dons ou d'autres formes de donations.

Faire un don

Conformément à la loi sur les financements de fondations politiques et à ses statuts, la Fondation Jean-Jaurès est financée par des subventions publiques et des dons privés. La Fondation étant reconnue d'utilité publique depuis le 21 février 1992, les dons qu'elle reçoit sont soumis à un régime spécifique d'avantages fiscaux.

Vous êtes un particulier

Les dons des particuliers bénéficient d'une réduction d'impôts sur le revenu égale à 66 % de leur montant, dans la limite de 20 % du revenu imposable, ou de 75 % de vos dons versés au titre de l'ISF dans la limite de 50 000 € (les dépassements de ces seuils sont reportables sur 5 ans).

Par exemple, un don de 100 € revient à 34 € pour un particulier imposable.

Vous êtes une entreprise

Les dons des personnes morales de droit privé assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés bénéficient d'une réduction d'impôt de 60 % pris dans la limite de 0,5 % du chiffre d'affaires (les dépassements de ces seuils sont reportables sur 5 ans).

Vous pouvez nous adresser vos dons :

Par paiement en ligne sécurisé sur www.jean-jaures.org ou par chèque libellé à l'ordre de la Fondation Jean-Jaurès à l'adresse suivante :

12, cité Malesherbes - 75009 Paris

Contact : Laurent Cohen +33 (0) 1 40 23 24 19 cohen@jean-jaures.org

SOUTENEZ LA FONDATION POUR L'INNOVATION POLITIQUE

Pour renforcer son indépendance et conduire sa mission d'utilité publique, la Fondation pour l'innovation politique, institution de la société civile, a besoin du soutien des entreprises et des particuliers. Ils sont invités à participer chaque année à la convention générale qui définit ses orientations. La Fondapol les convie régulièrement à rencontrer ses équipes et ses conseillers, à discuter en avant première de ses travaux, à participer à ses manifestations.

Reconnue d'utilité publique par décret en date du 14 avril 2004, la Fondapol peut recevoir des dons et des legs des particuliers et des entreprises.

Vous êtes une entreprise, un organisme, une association

Avantage fiscal : votre entreprise bénéficie d'une réduction d'impôt de 60 % à imputer directement sur l'IS (ou le cas échéant sur l'IR), dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires HT (report possible durant 5 ans).

Dans le cas d'un don de 20 000 €, vous pourrez déduire 12 000 € d'impôt, votre contribution aura réellement coûté 8 000 € à votre entreprise.

Vous êtes un particulier

Avantages fiscaux : au titre de l'IR, vous bénéficiez d'une réduction d'impôt de 66 % de vos versements, dans la limite de 20 % du revenu imposable (report possible durant 5 ans); au titre de l'ISF, vous bénéficiez d'une réduction d'impôt, dans la limite de 50 000 €, de 75 % de vos dons versés.

Dans le cas d'un don de 1 000 €, vous pourrez déduire 660 € de votre IR ou 750 € de votre ISF. Pour un don de 5 000 €, vous pourrez déduire 3 300 € de votre IR ou 3 750 € de votre ISF.

Contact : Anne Flambert +33 (0)1 47 53 67 09 anne.flambert@fondapol.org

Les publications de la Fondation pour l'innovation politique
sont disponibles sur www.fondapol.org

Les publications de la Fondation Jean-Jaurès
sont disponibles sur www.jean-jaures.org

Apparu en droit international et européen au cours des années 1990, le principe de précaution consiste à prendre des mesures pour prévenir des risques potentiels sans qu'une expertise technique ou scientifique fonde leur existence. Ce principe s'est progressivement affirmé dans notre système juridique, jusqu'à être intégré au préambule de la Constitution française en 2005. Six ans plus tard, sa portée est mal connue : s'agit-il d'une exception française ? Comment est-il appliqué en Europe et dans le monde ? Quel est enfin l'avenir du principe de précaution ?

Afin d'apporter des réponses à ces interrogations qui dépassent les clivages traditionnels, la Fondation Jean-Jaurès et la Fondation pour l'innovation politique publient conjointement la présente note.

Spécialiste du principe de précaution en droit, Nicolas de Sadeleer est Docteur en droit, professeur à l'Université Catholique de Louvain et professeur invité à l'université de Lund, Chaire Jean-Monnet

fondapol

11, rue de Grenelle
75007 Paris – France
Tél. : 33 (0)1 47 53 67 00
contact@fondapol.org

Fondation Jean-Jaurès

12, cité Malesherbes
75009 Paris – France
Tél. : +33 (0)1 40 23 24 00
Fax : +33 (0)1 40 23 24 01



ISBN : 978-2-917613-97-9

3 €