

## PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET OMC

Christine NOIVILLE

Directeur de recherche au CNRS

Qu'il concerne l'environnement ou la santé, le risque écologique et sanitaire n'a jamais autant divisé les Etats. Alors même qu'il les unit dans une même « communauté de destin » et les conduit, parfois, à façonner un droit qui leur soit commun, il apparaît comme une source de crispations croissantes des relations internationales en général, commerciales en particulier. Jugeons plutôt : en huit ans, le droit du commerce international a vu se succéder six différends tirant leur origine du même souci d'un Etat – ou d'un groupe d'Etats – de restreindre le commerce d'un produit pour prévenir le risque sanitaire ou écologique qui lui est lié. Les contentieux relatifs aux interdictions communautaires d'importation de bœuf nord américain aux hormones ou de produits à base d'amiante n'ont été que les premiers d'une longue série annoncée. Parce qu'aux yeux de certains Etats, leur sécurité pour le consommateur et pour l'environnement n'est pas avérée, les organismes génétiquement modifiés font ainsi l'objet de mesures restrictives du commerce désormais tranchées, elles aussi, par l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces produits étant des marchandises destinées à circuler sur le marché international, c'est en effet là qu'a vocation à être portée la plupart des contentieux commerciaux qu'ils suscitent. C'est donc là, du même coup, que doit se jouer l'affrontement entre deux modes de « gouvernance du risque », voire entre deux « philosophies du risque ».

Car ce sont bien deux logiques distinctes de prise en charge du risque que paraît mettre en jeu chacun de ces différends.

D'un côté, une logique inscrite au cœur du droit communautaire et fondée sur le principe de précaution. Si les contours exacts de ce principe ont toujours été le sujet de multiples débats, au moins son dessein général est-il sans ambiguïtés : en cas de risque potentiel pour l'environnement ou la santé, la précaution postule d'agir, sans attendre que l'existence de ce risque soit confirmée par la preuve scientifique. Puisque l'expérience a montré que s'agissant des domaines scientifiques et techniques, les bilans du long terme sont parfois contredits par les progrès du court terme, il s'agit de se donner les moyens d'anticiper l'apparition d'éventuels dommages avant même d'être certain qu'ils puissent se produire. Aussi bien le principe autorise-t-il, voire contraint-il, à ne pas attendre qu'un risque se confirme pour retirer du marché ou interdire la commercialisation d'un produit dont la sécurité est douteuse.

De l'autre, les règles de l'OMC : fondant le régime de circulation des marchandises sur les grandes libertés économiques – liberté d'entreprise, libre échange, etc. - et intégrant de façon modeste bien que croissante les valeurs non économiques – environnement, santé -, elles illustrent une tout autre culture du risque, reposant sur le risque avéré. Une telle réalité transparait clairement de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) auquel on s'intéressera ici puisque c'est sur le fondement de cet accord qu'a vocation à être tranchée la plupart des litiges mettant en jeu le principe de précaution. De ce texte, il ressort que l'incertitude scientifique, loin d'autoriser la restriction au commerce, justifie au contraire le maintien de la libre circulation des produits. La lettre de l'accord SPS ne fait en effet aucun doute : les Etats ont le droit d'adopter des mesures protectrices de la santé ou de l'environnement, mais à la condition qu'ils puissent les justifier par la preuve d'un risque. L'accord SPS est ainsi tout entier construit autour du concept de preuve scientifique, critère jugé le plus universel et le plus fiable pour faire le départ entre les mesures sanitaires nécessaires et légitimes, d'un côté, celles qui perturbent de manière illégitime le commerce,

de l'autre. Du coup, l'opposition entre libre échange et précaution n'en apparaît que plus indépassable.

S'en tenir à ce constat est d'autant plus tentant que toutes les mesures de précaution jusqu'ici soumises à l'OMC ont été jugées illégales. *Hormones, Saumons, Produits agricoles, OGM* : dans chacune de ces affaires, la mesure restrictive avait été adoptée à l'encontre de produits soupçonnés de pouvoir provoquer des intoxications, des épidémies, des dommages à l'environnement. Le bœuf aux hormones et les OGM interdits ou suspendus par les Communautés européennes pour les risques qu'elles leur imputaient ; le saumon canadien soumis par l'Australie à une exigence de traitement sévère afin de prévenir tout risque de pathogénéicité pour les salmonidés australiens ; les fruits américains refoulés aux frontières japonaises, sauf aux exportateurs américains d'établir, variété par variété, l'absence d'insectes ravageurs. Or à l'exception de l'amiante – cas de figure peu exemplaire puisque le danger de ce produit est avéré - aucune de ces affaires n'admet que le risque à chaque fois invoqué justifie la restriction au commerce.

Plus fondamentalement, alors même que l'OMC dit vouloir ne pas interpréter ses règles « en isolation clinique » par rapport au reste du droit international, elle a jusqu'ici toujours examiné les mesures de précaution litigieuses sur le seul fondement des règles du commerce international et refusé de prendre en considération le principe de précaution en tant que tel. Dans l'affaire *Hormones* et de façon attendue, elle a en effet estimé que le principe était encore dénué de formulation faisant autorité et s'est alors abstenue de le considérer comme un principe de droit coutumier international. Huit ans plus tard, dans l'affaire *OGM*, le contexte juridique paraissait avoir sensiblement évolué : non seulement la doctrine ne ferraille plus guère sur la valeur normative du principe, mais dans le domaine précis des OGM, le commerce international a été expressément placé sous les auspices du principe de précaution par un nouveau texte de droit international, le Protocole de Carthagène. L'OMC reste pourtant sourde à cette double donnée, le Protocole n'ayant pas été ratifié par toutes les parties au litige et le statut du principe de précaution en droit international n'étant encore pas suffisamment clair à ses yeux.

De là, l'idée, encore dominante, selon laquelle l'OMC considérerait toute démarche de précaution comme une nouvelle forme déguisée de protectionnisme, ce qu'elle peut être, de fait. Elle répugnerait à lui faire produire le moindre effet juridique, confisquerait du même coup aux Etats la faculté de choisir le niveau de risque qu'ils jugent acceptable et empêcherait le droit international de devenir ce « facteur d'organisation sociale » que Ch. Rousseau appelait de ses vœux.

C'est de façon plus subtile, pourtant, que doit être formulée la question des liens entre le principe de précaution et le droit de l'OMC car à l'épreuve du temps, une réelle articulation se forge entre ces deux figures de prime abord opposées (I). Dans ces conditions, il ne s'agit plus de déplorer une opposition philosophique entre les principes de précaution et de libre échange, mais bien plutôt de concentrer son attention sur les modalités techniques concrètes de leur combinaison, d'apprendre à en maîtriser voire à en modeler le maniement, car c'est d'elles que dépend désormais la portée de l'articulation opérée (II).

## **I. L'absence d'opposition philosophique**

Une telle articulation est le fruit d'un double cheminement. Les institutions communautaires, au premier rang desquelles la Cour de justice des Communautés européennes, se sont attachées à opérer une clarification normative du principe de

précaution et à soumettre sa mise en oeuvre à une série de balises partiellement inspirées de l'accord SPS (A), tandis que parallèlement, la jurisprudence du système de règlement des différends de l'OMC rend progressivement compte de la possibilité, au moins théorique, d'une conciliation entre précaution et libre échange (B).

- A. *Science, décision, action : les trois balises de la « précaution à l'européenne »*
- B. *Choix politique, doute scientifique : les deux infléchissements consacrés par l'OMC*

## **II. L'enjeu des ajustements techniques**

Certains ajustements s'imposent de manière évidente, les décisions de l'OMC permettant de comprendre plus précisément les raisons pour lesquelles les mesures de précaution ont jusqu'ici été refoulées et d'entrevoir de façon plus nette les conditions auxquelles devront désormais se plier les Etats.

La matière n'en reste pas moins marquée par une double insécurité juridique.

La première tient à la méthode : c'est par la jurisprudence que la précaution trouve à s'exprimer dans les règles de l'OMC ; or si l'Organe d'appel apporte incontestablement une stabilité à la jurisprudence de l'OMC, le mécanisme de règlement des différends n'est pas compétent pour adopter des interprétations faisant autorité.

Une seconde raison tient au fond ; c'est elle qui nous retiendra ici : la portée de la précaution est subordonnée à une série de points encore obscurs, qui s'apparentent de prime abord à des détails techniques mais s'avèrent en réalité décisifs. Disons-le très concrètement : dès lors qu'à des conditions binaires de dérogation au commerce - preuve - absence de preuve, certain - incertain -, sont substitués des critères plus subtils mais aussi plus mouvants - plausible, logique, raisonnable, etc. -, la pérennité du système mais aussi sa portée tiennent, plus que jamais, aux modalités précises de contrôle des mesures de précaution par l'OMC.

Deux enjeux paraissent décisifs à cet égard. Le contrôle de l'expertise scientifique, d'abord, dont l'utilisation et l'interprétation dans le cadre des contentieux commerciaux reste un point clé : une chose est en effet de se contenter d'un « lien logique » entre l'évaluation du risque et la mesure litigieuse, une autre de savoir ce que recouvre cette notion. Le contrôle de l'opportunité politique des mesures, ensuite, appréciation qui relève en principe du seul jugement de l'Etat mais que l'OMC, en situation d'incertitude scientifique, paraît avoir la tentation de contrôler de façon intrusive. Expertise scientifique (A), opportunité politique (B) : c'est donc autour de ces deux pôles que la vigilance doit s'exercer, car c'est là que réside, *de facto*, de quoi limiter la portée d'une réelle démarche de précaution dans le cadre du commerce international.

- A. *L'expertise scientifique en question*
- B. *Le choix politique « sous contrôle » ?*