

L'évolution hétérogène du principe de précaution.

Les différentes interprétations:

CIJ, OMC et CJCE

Marcelo Dias Varella

*Professeur au Centre Universitaire de Brasília, Brésil.
Chercheur du Conseil National de Recherche Scientifique et Technologique (CNPq).*

Le principe de précaution a généralement été présenté comme l'outil de conciliation entre le droit international de l'environnement et le droit international économique. Or sa mise en œuvre au plan juridictionnel montre à quel point la conciliation est matériellement épineuse. La question de l'acceptabilité du principe de précaution au sein de l'Organisation mondiale du commerce est un bon indicateur lorsque l'on veut comparer la cohérence entre les normes commerciales et environnementales, surtout si nous les confrontons avec l'interprétation qui en est donnée par la Cour internationale de justice ou la Cour de Justice des Communautés Européennes. L'objet d'étude – le principe de précaution – est un principe en construction, dont la reconnaissance est vue comme un geste précurseur, favorable à la protection de l'environnement. Les autres principes importants du droit de l'environnement comme le principe de prévention et le principe pollueur-payeur sont déjà consolidés dans la théorie juridique, aussi bien que dans les traités et dans la jurisprudence internationale.

L'Organisation mondiale du commerce, la Cour internationale de justice et la Cour de justice des Communautés européennes ont déjà eu l'opportunité de se prononcer sur l'applicabilité du principe de précaution. Par ailleurs, les objets

sont comparables. Ce qu'on entend analyser ici c'est la question de savoir si les trois organisations internationales ont ou non inclus le principe dans leur interprétation du droit international et, si oui, comment le principe a été compris. Nous examinerons donc tour à tour les arrêts rendus par l'Organisation mondiale (section I) du commerce, par la Cour internationale de justice (section II) et par la Cour de justice des Communautés européennes (section III).

Section (I). l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce

L'Organe d'appel a eu par trois fois l'occasion d'émettre des considérations sur l'applicabilité du principe de précaution. Il s'agit des affaires : *Australie – mesures affectant l'importation de saumon (saumon)*¹ ; *Communautés européennes – mesures concernant la viande et les produits de la viande (Hormones)*² ; et *Japon – mesures affectant les produits agricoles (produits agricoles)*³. Le principe de précaution a été invoqué, à chaque fois, au sein de l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS)⁴. Pour analyser ces décisions, nous allons distinguer deux problèmes, la reconnaissance du principe de précaution et son contenu.

a) La reconnaissance indirecte du principe de précaution

¹ WT/DS18/AB/R

² WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R

³ WT/DS76/AB/R

⁴ Voir aussi : RUIZ FABRI, H. «La prise en compte du principe de précaution par l'OMC.» Revue juridique de l'environnement, 2000 (No. Spécial – Le principe de précaution).

Les premières discussions ont porté sur la reconnaissance ou non du principe de précaution comme principe juridique puis comme principe figurant dans les textes de l'Organisation mondiale du commerce. Dans l'affaire *saumon*, le Brésil a soutenu aussi l'inexistence du principe⁵. Dans l'affaire des hormones, qui opposait la Communauté européenne aux Etats-Unis et au Canada, la première a soutenu que le principe de précaution faisait partie du droit international public, en tant que règle coutumière générale, ou du moins, qu'il était un principe général du droit. Les Etats-Unis, défendaient la théorie de l'inexistence du principe de précaution dans le droit coutumier⁶; ils étaient suivis par le Canada, qui, introduisait une avance en parlant de principe émergent. L'Organe d'appel s'est abstenu de prendre en compte le statut du principe de précaution, alléguant qu'il s'agissait d'un sujet encore controversé, objet de débat entre les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de lois et les juges⁷, mais il n'a pas hésité à considérer que le principe de précaution faisait partie de l'accord SPS, et devrait être observé, encore qu'il soit insuffisant pour justifier les mesures SPS, selon la prescription de l'Accord⁸. Le principe de précaution est, selon l'Organe d'appel, présent dans les articles 2.2, 3.3 et 5.7 :

« Article 2.2. Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, **qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5.** (...)

⁵ WT/DS18/AB/R, paragraphe 56

⁶ SANDS, P. Environmental protection in the twenty-first century : sustainable development and international law. In : Revesz, Sands and Stewart. Environmental law, the economy and sustainable development. Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p.385-386.

⁷ WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, paragraphe 123

⁸ WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, paragraphe 124

Article 3.3. Les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires 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**, conformément aux dispositions pertinentes des paragraphes 1 à 8 de l'article 5. Nonobstant ce qui précède, aucune mesure qui entraîne un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire différent de celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales ne sera incompatible avec une autre disposition du présent accord. (...)

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, 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. »

Les mêmes considérations sont présentes dans les affaires *saumon* et *produits agricoles*, ce qui dénote la formation d'une ligne jurisprudentielle au sein de l'OMC. C'est surtout dans la dernière affaire analysée - *produits agricoles* – que l'Organe de règlement des différends détaille le plus son interprétation de mise en application du principe. Ce que fait l'Organe d'appel, au sujet de la reconnaissance du principe de précaution dans les accords, c'est internaliser la discussion sur le principe et lui donner un contenu. Une fois identifiée l'existence de ce principe et une fois précisés les dispositifs légaux sur le sujet, il devient plus facile de remplir son contenu.

« 124. Il nous paraît important, néanmoins, de noter certains aspects de la relation entre le principe de précaution et l'*Accord SPS*. **Premièrement, le principe n'a pas été incorporé dans l'*Accord SPS* comme motif justifiant des mesures SPS** qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations des Membres énoncées dans des dispositions particulières dudit

accord. **Deuxièmement, le principe de précaution est effectivement pris en compte à l'article 5 :7 de l'Accord SPS.** En même temps, nous partageons l'avis des Communautés européennes selon lequel il n'est pas nécessaire de poser en principe que l'article 5 :7 est exhaustif en ce qui concerne la pertinence du principe de précaution. **Ce principe est également pris en compte dans le sixième alinéa du préambule et à l'article 3 :3. »**

Le principe de précaution est reconnu parce qu'il est permis à un pays-membre d'adopter des restrictions sanitaires et phytosanitaires plus élevées, bien que sans preuves concrètes sur la nécessité de la mesure. Donc, chaque pays peut fixer son «niveau zéro» d'acceptabilité⁹. Toutefois, la marge de manœuvre des pays membres est limitée par les conditions de mise en œuvre de la mesure, prévues par les articles 2, 3 et 5 de l'Accord SPS. Ce sujet a été l'objet de discussions par l'ORD, qui confirme la possibilité de l'adoption d'un risque nul, mais exige la démonstration concrète du risque :

« 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 risque qui doit être évalué aux termes de l'article 5 :1. Cela ne signifie pas, cependant, qu'un Membre ne peut déterminer que son niveau de protection approprié correspond à un "risque nul". »¹⁰

b) Le contenu du principe de précaution, selon l'Organe d'appel

L'article 2.2 prévoit qu'un pays - membre ne peut pas prendre de mesure de protection, sans avoir de « preuves scientifiques suffisantes ». La première difficulté réside dans la nécessité d'identifier le contenu de l'expression « suffisante » présente dans l'article. Selon l'Organe d'appel, dans l'affaire *produits agricoles*, suffisante est un mot relationnel. Il doit être lu en fonction du

⁹ WT/DS18/AB/R, paragraphe 125. Selon l'annexe A de l'Accord SPS, paragraphe 5 : le « *niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire* » est le « niveau de protection considéré comme approprié par le Membre établissant une mesure sanitaire ou phytosanitaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux sur son territoire. »

¹⁰ WT/DS18/AB/R, paragraphe 125. Voir aussi WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 186

rapport existant entre le niveau de restriction imposé par la mesure prise par le pays et l'évidence scientifique. Ainsi, le degré de consolidation du lien causal entre la mesure et les preuves scientifiques devient l'aspect le plus important du débat. En conséquence, c'est une expression qui doit être vérifiée au cas par cas. Elle se rapporte aussi à la dernière phrase de l'article, donc, le mot *suffisante* inclut les articles 3.3 et 5.7.¹¹

Pour la concrétisation du principe de précaution, l'Organe d'appel, basé sur l'article 5.7, pose des conditions. La mesure doit être :

1. imposée dans une situation où les informations scientifiques pertinentes sont insuffisantes ;
2. basée sur l'information scientifique disponible ;
3. suivie par un effort pour obtenir des informations additionnelles nécessaires à une évaluation plus objective du risque ; et
4. conditionnée au ré-examen dans un délai raisonnable »

Nous décelons une cinquième condition, alors que l'Organe d'appel en mentionne seulement quatre, étant donné qu'il exige aussi que la mesure soit provisoire, et ne considère pas son caractère provisoire comme une condition d'analyse, ce avec quoi nous sommes en désaccord. S'il exige que la mesure soit considérée comme provisoire, cette condition est, dans la pratique, une condition de l'acceptabilité de la mesure.

Ces conditions sont cumulatives et également importantes pour déterminer la consistance de la disposition. Comme l'indique l'Organe d'appel,

¹¹ L'article 3.3 est aussi cité pour son rapport étroit avec l'article 5.7, bien qu'il ne soit pas cité dans l'article 2.2. WT/DS76/AB/R, paragraphe 73 et 74

dans l'affaire *produits agricoles*, s'il manque une de ces conditions, la mesure de protection sera considérée comme contraire au droit de l'OMC¹².

La détermination de l'insuffisance de preuves scientifiques disponibles est faite par chaque pays. Certes, il ne faut pas d'unanimité scientifique en faveur de la mesure, mais il faut au moins l'existence d'un doute, voire d'une controverse scientifique. S'il n'y a pas de controverse, il n'y a pas non plus de base permettant que soit prise une mesure SPS.¹³ La périodicité de la révision de l'examen est précisée au cas par cas, selon la nature de la mesure, celle des produits en question et les avancées scientifiques. Par l'analyse réalisée, on s'aperçoit donc que l'OMC reconnaît le principe de précaution, et lui donne un contenu concret, encore que cette analyse limite la marge de manœuvre des Etats. Il reste à évaluer la position de la Cour internationale de justice.

Section II. La Cour internationale de justice

La Cour internationale de justice a également eu l'occasion d'évaluer l'application du principe de précaution, dans *l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, opposant la Slovaquie et la Hongrie et dont le verdict a été rendu le 25 septembre 1997¹⁴. Il s'agit donc d'une décision récente,

¹² WT/DS76/AB/R, paragraphe 89

¹³ Voir Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.157 et 8.158 ; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.160 et 8.161, cités aussi par WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R, paragraphe 120

¹⁴ En ce qui concerne la considération des questions environnementales par la Cour internationale de Justice, voir aussi : SANDS, P. «Cour internationale de justice». *Bulletin de droit nucléaire*, 1996, 58 (décembre), p.56-72. et SANDS, P. Enforcing environmental security. In : Sands, P. *Greening international law*. London, Earthscan, 1993, p. 61-62.

postérieure à un grand nombre de normes internationales établies sur l'existence du principe de précaution. Elle est seulement antérieure de deux mois à la décision émise dans l'affaire *hormones* à l'OMC. Certes le rapport entre les deux sujets est presque inexistant, sauf précisément en ce qui concerne la prise en compte du principe de précaution. Nous allons donc étudier l'allégation du principe de précaution devant la CIJ et l'interprétation de celle-ci sur l'application du principe.

a) L'allégation du principe de précaution

La Hongrie a évoqué le principe de précaution et la défense de l'environnement pour rompre un accord international, à savoir l'accord bilatéral pour la construction du système de barrages Gabčíkovo-Nagymaros. Selon la Cour, les normes du droit international imposées après la conclusion de l'accord rendaient impossible l'exécution du traité :

« 97. La Hongrie a enfin soutenu que les normes du droit international qui se sont imposées par la suite en matière de protection de l'environnement rendaient impossible l'exécution du traité. L'obligation qui existait préalablement de ne pas causer de dommage substantiel au territoire d'un autre Etat était devenue avec le temps, aux dires de la Hongrie, une *obligation erga omnes de prévention des dommages conformément au «principe de précaution»*. Sur cette base, la Hongrie a fait valoir qu'elle avait été contrainte à mettre fin au traité «en raison du refus de l'autre partie de suspendre les travaux relatifs à la variante C».

La Slovaquie, pour sa part, a soutenu que les nouveaux développements du droit international de l'environnement ne constituaient pas des normes contraignantes au point de faire obligation à la Hongrie de ne pas remplir ses

engagements contractuels. On identifie donc deux façons de comprendre la question :

- 1) Selon une première interprétation, les normes postérieures du droit international de l'environnement instituant le principe de précaution comme la Convention sur la diversité biologique, par exemple, seraient contraignantes au point que le traité en cause pourrait être révoqué et que les obligations de la Hongrie seraient annulées. Il y a donc une annulation des obligations, tenant à la construction du barrage en raison des effets potentiellement défavorables sur l'environnement ;
- 2) Selon une seconde, la protection de l'environnement, encore que basée sur l'incertitude scientifique (principe de précaution), était une raison suffisante pour justifier le non-accomplissement par la Hongrie de ses obligations internationales. Il y a donc une raison pour le non-accomplissement de l'accord.

b) L'interprétation par la Cour internationale de justice

La Cour internationale de justice a préféré juger l'affaire en l'inscrivant dans la théorie de la responsabilité civile, et plus spécifiquement, de la prise en considération de l'état de nécessité comme cause du non-accomplissement des obligations de la Hongrie dans l'exécution d'un traité international. Il y aurait, selon la Hongrie, un état de nécessité environnemental, basé sur le principe de précaution. L'objet du traité étant la réalisation d'un investissement économique compatible avec la protection de l'environnement et exploité conjointement par les deux parties contractantes. Puisque la compatibilité avec la protection de

l'environnement n'existait plus, la réalisation de l'objet du traité était impossible selon les articles 61 et 62 de la Convention de Vienne.¹⁵

La Cour¹⁶ n'a pas considéré que les avancées en matière d'environnement étaient un élément imprévu, s'inscrivant dans le cadre de la théorie de l'imprévisibilité¹⁷. Elle a même reconnu que les impacts environnementaux des projets ont été considérables¹⁸. L'évolution scientifique aussi bien que le développement durable sont cités comme des éléments importants de la discussion¹⁹. Toutefois, à partir du moment où la Cour internationale de justice juge la matière dans l'optique du droit de la responsabilité, elle exige que le péril soit «grave et imminent » et ajoute que les doutes évoqués par la Hongrie n'étaient pas suffisants pour caractériser ce

¹⁵ «Article 61 - Survenance d'une situation rendant l'exécution impossible

1. Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de **la disparition ou destruction définitive d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité**. Si l'impossibilité est temporaire, elle peut être invoquée seulement comme motif pour suspendre l'application du traité (...)

Article 62 - Changement fondamental de circonstances

1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que :

a) l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties liées par le traité ; et que

b) ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

¹⁶ Paragraphe 104

¹⁷ Voir si les avancées législatives de cet ordre peuvent être comprises dans la théorie de l'imprévisibilité.

¹⁸ Voir paragraphe 140

¹⁹ « 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. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées, non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement. » *in* paragraphe 140

dernier. De plus, il n'y avait pas de preuves du caractère « grave et imminent » du danger. Le texte de l'arrêt est clair :

« La Cour considère cependant que, quelque sérieuses qu'aient été ces incertitudes, **elles ne sauraient, à elles seules, établir l'existence objective d'un « péril »** en tant **qu'élément constitutif d'un Etat de nécessité**. Le mot 'péril' évoque certes l'idée de 'risque' ; c'est précisément en cela que le 'péril' se distingue du dommage matérialisé. Mais il ne saurait y avoir d'état de nécessité sans un 'péril' dûment avéré au moment pertinent ; **la seule appréhension d'un 'péril' possible ne saurait à cet égard suffire**. Il pourrait d'ailleurs difficilement en aller autrement dès lors que le «péril» constitutif de l'état de nécessité doit être à la fois «grave» et «imminent».

'**L'imminence**' est synonyme '**d'immédiateté**' ou de '**proximité**' et **dépasse de loin le concept d'éventualité**'. Comme l'a souligné la Commission du droit international dans son commentaire, le péril 'extrêmement grave et imminent' doit s'être 'trouvé peser au moment même sur l'intérêt menacé'

En un mot, la Cour internationale de justice n'a pas considéré, dans l'affaire Gabcíkovo-Nagymaros, que le principe de précaution était suffisant pour permettre la reconnaissance des éléments démontrant l'état de nécessité dans une situation concrète. Elle a donc perdu une occasion importante de faire progresser le droit international, à travers l'incorporation du principe de précaution à la doctrine de l'état de nécessité²⁰.

Section III. La Cour de Justice des Communautés européennes

Le principe de précaution a été invoqué dans plusieurs affaires portées devant la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE). Les positions de la Cour européenne, à ce sujet, n'ont pas été aussi vagues que la position de la Cour Internationale de Justice, ni aussi rigides que la position de

²⁰ Voir à ce propos SANDS, P. . Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute. Paris, Pedone, 2000, p.211 et ss.

l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC²¹. Cette troisième posture face au principe de précaution contribue à l'élaboration d'une conclusion formée à partir des différentes interprétations données à propos de la mise en œuvre de ce principe. Parmi les affaires les plus pertinentes, on notera Safety Hi-Tech Srl contre S&T Srl., Gianni Bettati contre Safety Hi-Tech Srl²², et l'affaire vache folle, qui a opposé la France à la Commission européenne²³ sur la levée de l'embargo pesant sur la viande anglaise ; elles sont intéressantes au regard des principes de précaution et de proportionnalité, mais c'est celle de Mondiet (C-405/92) qui se montre la plus illustrative de la position de la Cour.

a) Allégation du principe de précaution par le Conseil de Ministres

En 1983, le Conseil de l'Europe a publié un règlement sur le contrôle de la pêche, le règlement 170/83, qui a été modifié plusieurs fois et, en ce qui nous intéresse le règlement (CEE) 3094/86, et le règlement (CEE) 345/92, tous deux

²¹ LA CJCE commence tôt à avoir une préoccupation pour la protection de l'environnement. Certains auteurs, comme P. Sands remarquent cette tendance dès la fin des années quatre-vingt. Voir SANDS, P. «European Community environmental law : legislation, the European Court of Justice and common-interest groups.» *Modern Law Review*, 2000, **53**(5), p. 685-698.

²² Affaires C-284/95 et C-341/95. La discussion du principe de la précaution est présente dans la mesure où on discute la nécessité de la mesure restrictive de CFC, dont la Cour accepte l'adoption du principe. La discussion du principe de la proportionnalité est aussi importante, puisque le Conseil de l'Europe avait pris des mesures restrictives pour certaines substances et non pour d'autres, plus dangereuses, comme les halons. L'argumentation du conseil a soutenu qu'il n'y avait pas de substances susceptibles de remplacer l'utilisation des halons, et que l'utilisation des halons était pratiquée à petite échelle, et que donc d'une façon globale ces substances étaient moins nocives à l'environnement. L'argumentation a été acceptée par la Cour. Voir aussi NOIVILLE, C. «Principe de précaution et gestion des risques en droit de l'environnement et en droit de la santé.» *Petites affiches*, 2000, **239**(30 novembre), p.46.

²³ Affaires C-157/96, C-180/96 et surtout l'affaire C-1/00. Dans cette dernière affaire, la France a refusé d'accepter la commercialisation des viandes bovines originaires du Royaume-Uni, malgré la position scientifique favorable à la commercialisation, du Comité Scientifique Directeur de la Communauté européenne. La France a été condamnée à accepter la position de l'organe scientifique communautaire, au détriment de la position scientifique des autorités françaises. Cette affaire est intéressante au regard de l'imposition communautaire de ces standards de sécurité alimentaire aux Etats membres.

prévoyant certaines mesures techniques de conservation des ressources de pêche. Le règlement de 1992 interdisait la pêche aux filets maillants dérivants, dont la longueur individuelle ou cumulée est supérieure à 2,5 kilomètres. Seuls les pêcheurs qui utilisaient des filets plus grands dans les deux années antérieures à l'établissement de la norme pourraient continuer à utiliser des filets supérieurs à 2,5 kilomètres pendant encore deux ans, à condition que ces filets ne dépassent pas 5 kilomètres.

Juste avant l'établissement de la norme, un groupe de pêcheurs français avait acheté des filets maillants de 7 kilomètres à une entreprise productrice de ces filets, mais, en raison de la norme nouvelle, ils voulaient annuler la commande, en s'appuyant sur le fait du prince et sur un cas de force majeure, ce qui a été à l'origine du procès. Le juge français demande alors l'analyse de la légalité de la mesure prise par le Conseil, à la Cour de Justice des Communautés européennes.

Un des arguments avancés auprès de la Cour était le pouvoir accordé au Conseil des Ministres d'établir une norme juridique, sans base scientifique concrète et en allant même à l'encontre de certains avis scientifiques favorables à la continuation de la pêche. L'argument des pêcheurs était que, si le Conseil avait dépassé son pouvoir discrétionnaire, avec détournement de pouvoir et, voulait vraiment utiliser le principe de précaution, il devrait fixer des quotas de pêche, de façon à rendre possible l'activité productive, bien que de façon limitée, tout en préservant l'environnement.

L'avocat général défendait la position du Conseil, en affirmant que ces articles scientifiques n'étaient pas directement liés à la protection de toutes les espèces affectées et qu'il n'existait pas d'études scientifiques spécifiques pour les autres espèces, tel le dauphin, par exemple. Le manque de certitude scientifique et le doute qui subsistait à propos de l'effet que pouvait avoir l'utilisation des grands filets maillants sur les autres espèces avaient aussi servi de base à cette utilisation du principe de précaution et donc, fondaient le pouvoir discrétionnaire du Conseil de légiférer comme il l'avait fait.

La deuxième question qui intéresse l'analyse portait sur la nécessité d'une révision périodique de cette décision du Conseil, au cas où des études plus concrètes seraient achevées et concluraient à la non-nécessité de la mesure de protection. Ce point est particulièrement important, pour l'effet comparatif, si on le met en parallèle avec la position de l'Organe de règlement des différends de l'OMC qui exige une révision périodique, condition *sine qua non* de la mise en œuvre du principe de précaution.

Dans ce cas précis, le Conseil avait argué pour sa défense qu'il avait accordé un délai de deux ans à certains pêcheurs pour la mise en pratique de la résolution . Bien que cette mesure fût déjà restrictive, puisqu'elle limitait à 5 kilomètres la longueur des filets maillants, au lieu des 7 kilomètres utilisés jusque-là par les pêcheurs, elle rendait possible l'utilisation des filets d'un périmètre supérieur à 2,5 kilomètres, dans les deux ans suivants. Si, au bout de ce délai, des études scientifiques se montraient favorables à l'annulation de la mesure, le Conseil pourrait établir une autre norme juridique, modifier la

restriction et suivre la position scientifique concrète. On voit donc, qu'une mesure restrictive était en place dès la publication de la norme, à savoir la réduction maximale à 5 kilomètres des filets maillants et à 2, 5 pour tous les pêcheurs qui n'avaient pas utilisé cet instrument au cours des deux ans antérieurs à la norme. Il ne s'agissait pas, en vérité, d'un délai établi pour permettre une investigation scientifique, mais pour mettre en œuvre graduellement la norme juridique.

b) La position de la Cour

La Cour a analysé l'affaire à la lumière du principe de précaution. Elle a compris qu'il n'y avait vraiment pas d'études scientifiques précises sur les conséquences que pouvait avoir l'utilisation de filets maillants sur toutes les espèces menacées et que donc, le Conseil avait agi dans la sphère de son pouvoir discrétionnaire, sans avoir fait preuve de l'excès invoqué, et en s'appuyant sur le principe de précaution. Elle considérait donc qu'il n'y avait pas eu détournement de pouvoir, comme le prétendaient les pêcheurs²⁴

« 31 Il résulte du libellé même de cette disposition que les mesures de conservation des ressources de pêche ne doivent pas être pleinement conformes aux avis scientifiques et **que l'absence ou le caractère non concluant d'un tel avis ne doit pas empêcher le Conseil d'adopter les mesures qu'il juge indispensables** pour réaliser les objectifs de la politique commune de la pêche.

32 Il y a lieu d'ajouter que la Cour a déjà jugé (voir arrêt du 13 novembre 1990, Fedesa, C-331/88, Rec. p. I-4023, point 8), **à propos de la prise en considération par le Conseil de données scientifiques, que le contrôle juridictionnel doit se limiter, compte tenu du pouvoir discrétionnaire reconnu au Conseil dans la mise en oeuvre de la politique agricole commune, à vérifier si la mesure en cause n'est pas entachée d'erreur manifeste ou de détournement de pouvoir** ou si

²⁴ La considération sur la position restrictive de la CIJ est noté par DUPUY, P.-M. «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?» Revue Générale de Droit International Public, 1997, 101(4), p.890, note 54.

l'autorité en question n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation.

33 S'agissant de la réglementation en cause, il importe de **constater d'abord que les avis scientifiques disponibles se sont bornés à examiner l'état des stocks de thon blanc** ainsi que l'interaction des différents matériels de pêche, **sans cependant se préoccuper du problème de l'exploitation équilibrée de l'ensemble des ressources biologiques de la mer sur des bases durables** et dans des conditions économiques et sociales appropriées, qui constitue un des objectifs de la politique commune de la pêche, mentionné à l'article 1er du règlement n 170/83, précité. »

En ce qui concerne le deuxième point, la Cour a aussi accepté la position du Conseil, position dans laquelle il soutenait qu'il pourrait changer la norme juridique au cas où il aurait en sa possession de nouvelles études contraires à la restriction adoptée. Ce qui rend la position de la CJCE complètement distincte de l'arrêt posé par l'Organe de règlement des différends de l'OMC parce qu'aucune obligation n'a été faite au Conseil, de réaliser des études scientifiques pour justifier la mesure restrictive ni de pratiquer de nouvelles analyses périodiques concernant la mesure. La position de la Cour maintient le Conseil dans une position confortable et fortifie son pouvoir discrétionnaire d'utiliser le principe de précaution, sans obligations concrètes futures quant au maintien d'une norme restrictive.

L'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce accepte une forme de principe de précaution, ce qui est positif. Mais sa compréhension de ce qu'est le principe de précaution n'est pas assez large pour qu'on soit amené à l'interpréter dans d'autres conventions internationales

importantes, comme la Convention sur la diversité biologique, la Déclaration de la Conférence de la Mer du Nord de 1987²⁵, entre autres. Le principe de précaution est accepté au sein de l'OMC sur une base générique similaire aux dispositions de la Convention sur la diversité biologique, à savoir que «l'incertitude scientifique ne peut pas servir de base à l'omission », mais l'OMC ajoute cinq conditions spécifiques et restrictives, étudiées ci-dessus, qui le limitent assez pour lui enlever beaucoup de son importance dans un jugement concret.

La Cour internationale de justice, quant à elle n'est pas un objet de critiques constantes émanant des organisations environnementales. Son appartenance au système onusien, qui est plus susceptible de participation populaire que l'OMC, son ancienneté lui garantissent, face aux organisations environnementales, une légitimité supérieure à celle de l'OMC. Toutefois, en ce qui concerne l'environnement, et surtout le principe de précaution, on constate un paradoxe : la Cour internationale de justice s'est montrée plus fermée que l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Dans la seule affaire où furent discutés l'environnement et le principe de précaution, la Cour internationale de justice n'a pas reconnu son efficacité et l'absence de preuves scientifiques concrètes a été une des causes du refus de considérer comme licites des actes de protection de l'environnement effectués par un pays membre. Autrement dit, malgré la reconnaissance *a priori* du principe de précaution dans le texte de l'affaire, son application a été tenue pour inopportune.

²⁵ Déclaration ministérielle de la 2ème conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord, Londres, 1987

La Cour de Justice des Communautés européennes, pour sa part, accepte le principe de précaution dans les cas d'incertitude scientifique et lorsqu'il s'agit de la préservation de l'environnement. Ce sont là les deux conditions identifiées pour la mise en œuvre du principe par les autorités publiques européennes. Elle est importante dans la mesure où l'Europe représente le groupe de pays le plus ouvert à l'adoption du principe de précaution, même si la décision discutée portait sur une norme communautaire, donc déjà uniformisée. Toutefois, au contraire de l'Organe de règlement des différends, elle n'impose pas à l'autorité publique le devoir de réaliser des études scientifiques constantes, pour donner des réponses plus objectives concernant l'évaluation du risque, ni même de conditionner la restriction de l'activité au ré-examen dans un délai raisonnable.