

LE STATUT JURIDIQUE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT COMMUNAUTAIRE : DU SLOGAN À LA RÈGLE (*)

PAR

Nicolas de SADELEER

*Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis
Directeur du Centre d'étude du droit de l'environnement
Professeur invité à l'Institut d'Etudes européennes
(Université catholique de Louvain)*

INTRODUCTION

Depuis l'avènement des temps modernes, le droit positif se conjugue avec la certitude scientifique : pour pouvoir déroger au principe de libre circulation des marchandises, les mesures nationales doivent établir avec certitude la présence d'un risque; pour obtenir réparation, la victime est tenue de démontrer l'existence d'un lien de causalité entre le dommage subi et l'événement sans que le doute n'affecte ce lien; une autorisation de mise sur le marché d'un produit ou d'une technologie nouvelle ne peut être refusée que si le risque encouru est établi. Ceci suppose non seulement un recours continu à l'expertise scientifique mais également à ce que les experts soient en mesure d'offrir tant aux décideurs qu'aux juridictions des réponses sans failles. Cette servilité du droit positif envers une science réputée infaillible fut pourtant dénoncée en raison de la montée en puissance de l'incertitude. De simples conjectures scientifiques qu'elles étaient jusqu'alors, les questions du réchauffement climatique, de la réduction de la couche d'ozone, de la dissémination des agents chimiques dans l'environnement, de sécurité alimentaire sont devenues en l'espace de quelques années des sujets de préoccupation mondiale. La peur dont nos

(*) Pour une analyse approfondie de la genèse et de la portée juridique de ce principe, nous renvoyons le lecteur à notre ouvrage sur *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, collection Universités francophones, Bruxelles, Bruylant, Paris, Agence universitaire francophone, 1999, 437 p.

contemporains avaient cru pouvoir s'affranchir en adoptant une démarche préventive combinée avec des mécanismes assurantiels, est de retour sous une forme nouvelle : la menace n'est plus locale mais globale; elle n'est plus individuelle, mais collective. A la confiance de voir poindre l'aube d'un avenir radieux où les risques auraient été définitivement maîtrisés, succède la hantise d'un lendemain précaire; au rêve positiviste de voir la société gouvernée par le vrai et le faux s'oppose désormais le règne du doute. Voilà donc nos sociétés entrées de plain-pied dans l'âge du risque.

L'on en appelle dorénavant à faire preuve de plus de prudence. Aussi l'incertitude ne doit-elle plus retarder l'adoption de mesures visant à prévenir l'apparition de dommages graves ou irréversibles. Il convient désormais d'agir même si ce n'est pas en parfaite connaissance de cause afin d'éviter l'irréparable. Connu jusqu'il y a peu des seuls experts de la pollution marine, le principe de précaution constitue la figure emblématique de cette nouvelle étape dans la lutte contre les risques. Tel un trouble-fête, il pourrait sérieusement déstabiliser les rapports de dépendance savamment tissés entre le droit positif et la certitude scientifique. Alors que la notion de risque certain suffisait pour décrire la prévention, le nouveau paradigme s'en distingue par l'intrusion de l'incertitude. En effet, le principe de précaution ne suppose plus une connaissance parfaite du risque : il suffit qu'on le suspecte, qu'on le soupçonne ou qu'on le pressente. Ainsi, n'est-il plus seulement question de prévenir des risques évaluables, calculables, assurables mais bien d'anticiper ceux qui relèvent de l'éventualité, de la plausibilité, de la probabilité. Avec la précaution, l'incertitude se trouve désormais placée au cœur du processus décisionnel (1).

Malgré le succès foudroyant que le principe de précaution rencontre dans les sphères juridiques internationales et nationales, ses contours ne se laissent pas plus facilement appréhender que d'autres principes du même genre. Tant la diversité des définitions qui lui ont été données dans les différents ordres juridiques que les applications qu'il a reçues soulignent l'hétérogénéité de ses facettes. 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, d'un standard juridique, d'une norme au contenu ouvert? Est-il suffisamment précis pour que l'on puisse en déduire des effets juridi-

(1) Sur les assises épistémologiques du principe de précaution, voy. Fr. EWALD, « Philosophie de la précaution », in *L'année sociologique*, vol. 46, 1996/2, Paris, PUF, pp. 383-412 ainsi que notre ouvrage *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, *op. cit.*, pp. 33-49.

ques? Réclame-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? Sous quelle forme convient-il d'agir : moratoire, contrôle, surveillance, autorisation? Et, ce, pour combien de temps?

Quoi qu'il en soit, la montée en puissance du principe de précaution tient notamment à sa consécration explicite dans le traité C.E. de même qu'au rôle catalyseur joué par les juridictions communautaires. Pour avoir été invoqué dans plusieurs contentieux relatifs à la sécurité alimentaire, le principe a rapidement bénéficié de l'onction juridictionnelle. A la différence de la Cour internationale de justice (2) et des organes de règlement des conflits de l'OMC (3), la Cour et le tribunal de première instance s'en servent à l'instar d'une règle de droit d'application directe. Invoqué pour confirmer la validité de mesures de sécurité alimentaire (4) ou de protection des ressources halieutiques (5), le principe de précaution — lorsqu'il n'est pas expressément repris dans le dispositif du jugement (6) — apparaît en filigrane de ces arrêts (7). Ces décisions revêtent en tout cas une double importance : d'une part, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures tenant en échec le principe de la libre circulation des marchandises (8) de même que le principe de la liberté de commerce et d'industrie (9);

(2) C.I.J., arrêt du 25 septembre 1997, *Hongrie c. Slovaquie*, § 53.

(3) *Communautés européennes — Mesures concernant les viandes et produits carnés (Hormones)*, rapport du Groupe spécial, 18 août 1997 et rapport de l'Organe d'appel, 16 janvier 1998.

(4) C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, *Rec.*, p. I-4023, point 9; 12 juillet 1996, *Grande-Bretagne c. Commission*, aff. C-180/96 R, *Rec.*, p. I-3903, point 93; Tribunal de Première Instance, 13 juillet 1996, aff. T-76/96 R, *Rec.*, p. II-815, point 88.

(5) C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Armand Mondiet*, aff. C-405/92, *Rec.*, p. I-6176, points 31 à 36.

(6) Tribunal de Première Instance, aff. T-79/99R, *Alpharma*, 30 juin 1999.

(7) C.J.C.E., 19 janvier 1994, *Association pour la protection des animaux sauvages et préfet de Maine-et-Loire et préfet de La Loire-Atlantique*, aff. C-435/93, *Rec.*, p. I-67, point 21; 2 août 1993, *Commission c. Espagne*, aff. C-355/90, *Rec.*, p. I-6159, point 28.

(8) C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, *Rec.*, p. I-4023, point 9; 12 juillet 1996, *Grande-Bretagne c. Commission*, aff. C-180/96 R, *Rec.*, p. I-3903, point 93.

(9) C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Armand Mondiet*, aff. C-405/92, *Rec.*, p. I-6176, points 31 à 36; Tribunal de Première Instance, 13 juillet 1996, aff. T-76/96 R, *Rec.*, p. II-815, point 88.

d'autre part, en validant des mesures de protection de la santé, il n'est plus cantonné à la politique de l'environnement (10).

Point d'orgue de cette évolution, il fut invoqué à la fin de l'année 1999 par les autorités françaises pour s'opposer à l'importation du bœuf britannique en raison des risques de contamination par l'encéphalopathie spongiforme bovine; la Cour de justice est maintenant appelée à vérifier la compatibilité de cette mesure restrictive aux échanges à l'aune du principe de libre circulation des marchandises (11). De manière inverse, la France a intenté au nom de la violation du même principe un recours contre la Commission devant la Cour de justice (12).

Il n'en demeure pas moins qu'en raison de son origine, de sa formulation, de son support ou de sa place dans la hiérarchie des normes de droit communautaire, le principe de précaution continue à présenter un véritable défi théorique à tout effort de classification. Tout d'abord, sa normativité est susceptible de varier en fonction de la nature des actes qui le consacrent; ensuite, l'hétérogénéité des fonctions qu'il assume tant sur le plan normatif que juridictionnel ne fait qu'accroître la confusion. A partir de récents travaux que nous avons consacrés à ce principe (13), nous allons systématiser les différentes

(10) C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, *Rec.*, p. I-4023, point 9.

(11) Aff. C-1/00, *Commission c. France*.

(12) Aff. C-435/93, *France c. Commission*.

(13) En sus de notre ouvrage *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, *op. cit.*, voy. nos contributions consacrées spécifiquement au principe de précaution : « Het voorzorgsbeginsel : een stille revolutie », *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1999/2, pp. 82-99; « Réflexions sur le statut juridique du principe de précaution », in E. ZACCAI et J.M. MISSA (ed.), *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Bruxelles, Presses de l'ULB, 2000, pp. 117-137; « The Enforcement of the Precautionary Principle by German, French and Belgian Courts », *Review of European and Community International Law*, 9 (2) 2000, p. 147; « Precautionary Principle », *Practical Implications of Environmental Law Principles*, Londres, Cameron & May, 2001, à paraître; « Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución », *Revista de derecho medioambiental*, 2001, à paraître; « L'émergence du principe de précaution », *Journal des Tribunaux*, mai 2001.

Voy. aussi les contributions consacrées au principe de précaution en droit communautaire : I. BARCENA et P. SCHÜTTE, « El Principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídico-políticos », *Revista de derecho ambiental*, 1997, n° 19, pp. 13 à 42; L. HANCHER, « EC environmental policy — a precautionary tale? », in D. FREESTONE et and E. HEY (eds.), *The Precautionary Principle and International Law*, Londres, Kluwer Law Int'l, 1995, p. 202; N. DHONDT, « Environmental Law Principles and the Case Law of the Court of Justice », in *Practical Implications of Environmental Law Principles*, Londres, Cameron & May, 2001; W. DOUMA, « The EU and the Precautionary Principle », *Review of European and Community International Law*, 9 (2) 2000, p. 152.

facettes qu'il revêt en droit communautaire en vue de mieux saisir sa portée juridique.

**SECTION I^{re}. — LA PLACE OCCUPÉE
PAR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION
DANS L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE**

Après avoir pris ses racines au milieu des années quatre-vingt dans le *Vorsorgeprinzip* du droit allemand (14), le principe de précaution a été abondamment invoqué dans le courant des années quatre-vingt-dix dans la plupart des cénacles internationaux. Inséré dans le traité C.E. lors de sa modification par le traité de Maastricht, il occupe une place grandissante dans les débats sur les risques alimentaires et écologiques qui secouent régulièrement le Landerneau communautaire. Comme le doute appelle une attitude prudente de la part du juge, ce principe trouve également un terrain de prédilection dans la jurisprudence communautaire. L'on brossera rapidement dans cette première section les traits que revêt le principe dans les actes programmatoires et contraignants.

§ 1^{er}. — TRAITÉ C.E.

Dans la mesure où le législateur énonce volontiers les principes qui accompagnent ses réformes, c'est précisément à l'occasion des processus de codification que l'on voit éclore de nouveaux principes. En inscrivant sur le frontispice du code de nouveaux principes que l'administration devra mettre en œuvre, il offre à une discipline juridique en pleine émergence ses lettres de noblesse et peut se flatter de l'élever au rang des autres branches du droit qui, de par leur ancienneté, se structurent déjà autour de leurs propres principes. L'insertion par l'Acte unique européen d'un titre exclusivement consacré à la politique communautaire de l'environnement fut l'occasion rêvée pour les auteurs du traité de proclamer une kyrielle de principes mobilisateurs dont

(14) En République fédérale d'Allemagne, des législations telles que la loi du 14 mai 1990 relative à la protection contre les effets nocifs sur l'environnement produits par les pollutions de l'air, des pluies, des vibrations et des phénomènes similaires (*Bundesimmissionsschutzgesetz*), la loi du 15 juillet 1985 sur l'énergie nucléaire (*Atomgesetz*), la loi du 16 décembre 1993 sur les biotechnologies (*Gentechnikgesetz*) prévoient que différentes installations ne peuvent être exploitées que s'il est procédé à des précautions contre leurs influences nocives. Avec l'appui de la doctrine, les juridictions constitutionnelle et administratives ont déduit de ces différentes dispositions un principe de précaution. Cf. notre ouvrage *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, op. cit., pp. 152-158.

l'absence avait été souvent dénoncée comme une des faiblesses majeures d'une politique demeurée jusqu'alors l'apanage des ingénieurs et des techniciens (15).

Il fallut pourtant attendre l'adoption du traité de Maastricht pour que le principe de précaution soit porté sur les fonts baptismaux de l'ordre juridique communautaire et rejoigne les autres principes du droit de l'environnement. Dans cette veine, le nouvel article 174, § 2 prévoit que « *la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement (...) est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive (...)* ». Hormis la politique de l'environnement, de tels principes ne sont énoncés dans aucune autre politique poursuivie par la Communauté européenne.

L'on ne saurait pourtant oublier que le principe de précaution ne s'implante pas sur un terrain vierge. Que du contraire, car nous avons affaire pour la politique de l'environnement à un florilège de principes. En sus de côtoyer les principes du pollueur-payeur, de prévention et de réduction de la pollution à la source avec lesquels il entretient des rapports tout à la fois complémentaires et antagonistes, le principe de précaution doit être mis en rapport avec d'autres dispositions du traité qui revêtent également les traits de « principes juridiques » (16). En prévoyant que « *les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté (...), en particulier afin de promouvoir le développement durable* », l'article 6 du traité — connu sous le nom de « principe d'intégration » — élargit considérablement le champ d'application de la précaution (17). D'emblée le domaine de la protection de la santé est apparu comme un point d'ancrage du principe de précaution : d'une part, les objectifs de la politique de l'environnement englobent la protection de la santé alors que, d'autre

(15) Pour une analyse systématique de la genèse et de la portée du titre XIX du traité, voy. notre étude, « Les fondements de l'action communautaire en matière d'environnement », in *L'Europe et ses citoyens*, Peter Lang, 2000, pp. 99-150.

(16) Sur la notion de « principe juridique » en droit de l'environnement, voy. notre ouvrage *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, op. cit.*, pp. 231-272.

(17) La Cour de justice n'a pas hésité à contrôler la directive 90/220/CEE sur la dissémination des OGM dans l'environnement au regard du principe de précaution alors même que cette directive n'était pas fondée sur la politique de l'environnement au sens strict. Voy. Conclusions de l'avocat général Mischo : « nul n'a en effet osé suggérer que ce principe ne trouverait à s'appliquer que lorsque le législateur communautaire adopte des règles en matière environnementale en ayant recours à l'article 130S du traité et pourrait être ignoré lorsque c'est à l'article 100A qu'il est recouru comme base juridique » (point 70 des conclusions du 25 novembre 1999).

part, un niveau élevé de protection de la santé humaine doit être assuré au titre de l'article 152 du traité dans toutes les politiques et actions entreprises par la Communauté. Ensuite, la précaution doit se conjuguer avec l'obligation d'atteindre un haut niveau de protection de l'environnement, laquelle se trouve consacrée dans plusieurs dispositions du traité (18). Si ce niveau de protection ne doit pas être nécessairement le plus élevé possible (19), il ne peut s'avérer inexistant, faible, voire intermédiaire (20).

Nous reviendrons par la suite sur l'importance que revêtent les liens qui se tissent subrepticement entre ces différents principes.

§ 2. — DROIT DÉRIVÉ

Jusqu'à présent, le principe de précaution a rarement été consacré de manière expresse dans le droit communautaire dérivé. Cela dit, son insertion dans le chapitre du traité C.E. consacré à l'environnement ne doit pas faire oublier que ce dernier est déjà parvenu à conforter, implicitement, des mesures de police sanitaire (21). L'incertitude étant présente à tous les niveaux de l'évaluation des risques, les toxicologues chargés d'appréhender les risques présentés par un produit ont tendance à multiplier les facteurs de sécurité lorsqu'ils doivent extrapoler aux êtres humains les résultats des recherches qu'ils ont menées sur les animaux de laboratoire. Par ailleurs, l'insuffisance de données disponibles peut inciter les évaluateurs à retenir l'hypothèse la plus pessi-

(18) Le principe d'un haut niveau de protection découle de plusieurs dispositions du traité de la Communauté européenne. Voy. les articles 145, § 1^{er} (consommateurs); 152, § 1^{er} (santé publique); 174, § 2 (environnement). Cette obligation est intégrée de manière transversale pour toutes les propositions de réglementations prises sur la base de l'article 95 « en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection du consommateur ». Si ce niveau de protection ne doit pas être nécessairement le plus élevé possible, il ne peut s'avérer inexistant, faible, voire intermédiaire. l'article 95, § 3 qui stipule pour la politique du marché intérieur que « la Commission, dans ses propositions ... prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toutes nouvelles évolutions basées sur des faits scientifiques ».

(19) C.J.C.E., 14 juillet 1998, *Safety High-Tech*, aff. C-341/95, *Rec.*, I-4328, point 47.

(20) Conclusions de l'avocat général G. COSMAS du 30 septembre 1999, aff. C-318/98, *Procédure pénale c. Giancarlo Fornasar*, point 32.

(21) S. SCHLACKE, « Foodstuffs Law and the Precautionary Principle : Normative Bases, Secondary Law and Institutional Tendencies », in C. JOERGES, K.-H. LADEUR and E. VOS (eds.), *Integrating Expertise into Regulatory Decision-Making*, Nomos, Baden-Baden, 1997, p. 169; R. STREINZ, « The precautionary principle in food law », *E.F.L.R.*, vol. 8, n° 4, 1998, p. 413; L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRLING and C. JACQUET, « Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé », *R.M.U.E.*, 1/1999, pp. 79-128.

miste (*Worst-Case Analysis*) (22). A titre d'exemple, la concentration maximale admissible de pesticides dans l'eau destinée à la consommation humaine a été fixée, dans un souci de précaution, par la directive 98/83/CE relative à la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, à 0,1 ug/l, seuil relativement proche du risque zéro alors que des méthodes d'évaluation des risques plus traditionnelles auraient dû conduire les autorités communautaires à retenir un seuil de contamination vingt fois plus élevé (23).

Mais le succès que rencontre le principe de précaution dans le domaine sanitaire ne doit pas faire illusion. Contrairement au discours officiel selon lequel il serait déjà largement ancré dans le droit dérivé, il faut reconnaître que les espoirs placés dans ce nouveau principe sont loin d'être concrétisés. Malgré le fait que les institutions s'y réfèrent de manière quasi-incantatoire dans une pléthore d'actes programmatiques (24), le droit alimentaire requiert encore des adaptations pour permettre sa prise en compte effective (25).

En ce qui concerne la sécurité des travailleurs contre l'exposition aux substances chimiques, le principe de précaution se conjugue, finalement, avec celui de la substitution selon lequel il convient de remplacer les substances les plus nocives pour l'environnement ou la santé humaine par des substances présentant moins d'inconvénients (26). Les directives 89/391/CEE du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, et 90/394/CEE du 28 juin 1990,

(22) H. BELVEZE, « Lignes directrices pour l'application du principe de précaution », in E. ZACCAÏ et J.M. MISSA (eds.), *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Presses de l'ULB, Bruxelles, 2000, p. 45; voy. tout spécialement le § 55 de l'annexe VI de la directive 98/8/CE concernant les biocides qui prévoit l'obligation pour les évaluateurs d'adopter « le scénario réaliste le plus défavorable ».

(23) D.N. PUGH, « Deciding on the regulatory limits which have ensured that exposures of people to chemicals were without unacceptable risks », in D.M. PUGH and J.V. TARAZONA (eds.), *Regulation for Chemical Safety in Europe : Analysis, Comment and Criticism*, Kluwer, Dordrecht, Boston, Londres, 1998, pp. 15-16.

(24) Cf. le « Livre vert sur les principes généraux de la législation alimentaire dans l'Union » (Com (97) 176 final), Communication de la Commission sur la santé du consommateur et la sûreté alimentaire (Com (97) 183 final) et le « Livre blanc sur la sécurité alimentaire » (Com (1999), 719 final).

(25) L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRING and C. JACQUET, *op. cit.*, p. 102.

(26) Voy. aussi l'article 10.5 de la directive 98/8/CE concernant la mise sur le marché des produits biocides qui prévoit que l'inscription d'une substance active inscrite à l'annexe I peut être refusée ou retirée « s'il existe une autre substance active à l'annexe I pour le même type de produit qui, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques ou techniques, présente significativement moins de risque pour la santé ou pour l'environnement ».

concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à l'exposition à des agents cancérigènes au travail (27) imposent aux Etats membres de veiller à ce que les employeurs éliminent ou diminuent les risques en remplaçant une substance à risque par d'autres, moins dangereuses.

Le principe semble rencontrer de sérieuses difficultés à s'implanter dans le domaine de la politique de l'environnement. A l'exception des moratoires concernant les gaz destructeurs de la couche d'ozone (28) et l'utilisation des filets dérivants (29) qui prennent leurs racines dans l'idée de précaution, les actes de droit dérivé réglementant l'évaluation des risques reposent, dans leur grande majorité, sur des exigences relativement strictes en termes de connaissance scientifique qui écartent dans une large mesure le recours au principe de précaution. De plus, les impacts d'exposition ne sont étudiés que de manière isolée sans prendre en compte les effets additionnels (accumulation de plusieurs substances dans les tissus) ou synergétiques (effets conjugués de plusieurs substances toxiques sur un organisme) (30). De telles limites deviennent d'autant plus embarrassantes en raison de la montée en force des nouveaux défis environnementaux, à l'instar des substances cancérogènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction (subs-

(27) Sixième directive particulière au sens de l'article 16 § 1^{er} de la directive 89/391.

(28) C'est dans un souci de précaution que la Communauté a devancé de plusieurs années la date d'élimination totale des émissions de chlorofluocarbones prévue par le protocole de Montréal concernant certaines substances appauvrissant la couche d'ozone. Cf. A. AUBIN, *Le droit de la Communauté européenne et la pollution atmosphérique*, Rennes, Apogée, 1994.

(29) Dans l'arrêt *Armand Mondiet*, la Cour de justice a jugé que le Conseil ne saurait être tenu, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, de suivre les avis scientifiques déterminés qui auraient démontré l'incidence positive que pouvait avoir la décision d'interdire certains filets dérivants pour la conservation des mammifères marins. L'absence d'avis corroborant cette thèse n'entachait en rien la légalité du règlement communautaire; (C.J.C.E., 24 novembre 1993, *Armand Mondiet*, aff. C-405/92, *Rec.*, I-6176, points 31 à 36). En l'espèce, un armateur contestait que le règlement communautaire n° 345/92 interdisant les filets maillants dérivants de plus de 2,5 kilomètres ne fasse état d'aucune donnée scientifique justifiant cette mesure et qu'il n'allait pas dans le sens des seuls avis disponibles alors que, conformément à une de ses dispositions, les mesures de conservation nécessaires devaient être « élaborées à la lumière des avis scientifiques disponibles ». Dans ses conclusions, l'avocat général M. Gulmann s'était rallié à l'argumentation selon laquelle « on doit, dans certains contextes, tenir pour nécessaire l'adoption de mesures sur la base du principe de précaution ». Sur l'incidence du principe de précaution dans la conduite des affaires marines, cf. C. NOVILLE, *Ressources génétiques et droit*, Paris, Pedone, 1997, pp. 302 à 320.

(30) D. SANTILLO, R. STRINGER, P. JOHNSTON, J. TICKNER, « The Precautionary Principle : protecting against failures of scientific method and risk assessment », *Marine Pollution Bulletin*, 36/12 (1998), pp. 939-950.

tances CMR, p.ex. les agents perturbateurs endocriniens) et des polluants organiques persistants (POP). La démonstration des effets délétères de ces substances peut prendre des années, voire des décennies, en raison du caractère imparfait des mesures expérimentales et de la complexité des écosystèmes.

La réglementation communautaire des substances chimiques est révélatrice du fossé qui sépare la pseudo maîtrise scientifique des risques induits par ces substances et la réalité écologique. Malgré les efforts déployés par la Communauté dès 1967 pour harmoniser les procédures d'évaluation des risques, il faut bien reconnaître, trois décennies plus tard, que les connaissances des effets nocifs de la grande majorité des substances chimiques sont des plus élémentaires. Les informations répondant aux exigences de la directive du Conseil 67/548/CEE relative à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses n'ont pu être réunies que pour 14 % des 2.500 substances chimiques faisant l'objet d'une production de plus de 1000 tonnes par an (31). Seules 19 des 42 substances mises sur le marché avant 1982 qui devaient en vertu du règlement n° 793/93/CE concernant l'évaluation des risques des substances existantes faire l'objet, de manière prioritaire, d'une évaluation spécifique, ont été évaluées à ce jour (32). Pour chacune des substances « existantes », l'évaluation des risques menée par les rapporteurs nationaux a pris entre 2 à 5 années. Sur les 14 mesures de réduction proposées par les rapporteurs nationaux au titre de la directive 76/769/CEE concernant la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses, aucune décision n'a été prise par le législateur communautaire. A ce rythme, l'évaluation scientifique des 4000 substances chimiques les plus nocives pour la santé humaine et l'environnement ne sera pas menée à bien avant le troisième millénaire (33).

Et c'est précisément parce que les exigences procédurales en vigueur ne permettent pas de lever le voile de l'incertitude qui couvre les risques potentiels des substances dangereuses que le Conseil des ministres a exigé au nom du principe de précaution une réforme com-

(31) Directive 93/67/CEE de la Commission du 20 juillet 1993 établissant les principes d'évaluation des risques pour l'homme et pour l'environnement des substances notifiées conformément à la directive 67/548/CEE du Conseil.

(32) Règlement n° 1488/94 établissant les principes d'évaluation des risques pour l'homme et pour l'environnement présentés par les substances dangereuses.

(33) Pour une critique du fonctionnement des différents régimes d'évaluation des risques, voy. les contributions reprises dans l'ouvrage de G. WINTER (éd.), *Risk Assessment and Risk Management of Toxic Chemicals in the EC*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 261 p.

plète de ce régime. Un livre blanc de la Commission relatif à une stratégie pour la future politique dans le domaine des substances que :

« conformément à ce qui est énoncé dans le traité, la politique menée dans le domaine des substances chimiques doit assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine et de l'environnement, à la fois pour la génération présente et pour celles à venir, tout en garantissant le bon fonctionnement du marché intérieur et la compétitivité de l'industrie chimique. Pour atteindre ces objectifs, le principe de précaution est fondamental. Dès lors que l'on dispose d'éléments scientifiques fiables prouvant qu'une substance chimique peut avoir des effets néfastes sur la santé humaine ou sur l'environnement, mais qu'il subsiste encore des incertitudes scientifiques quant à la nature précise ou à l'ampleur du dommage potentiel, la prise de décision doit être guidée par la précaution afin d'éviter les dommages à la santé humaine et à l'environnement. Le remplacement des substances dangereuses par de moins dangereuses, lorsqu'il existe des substituts appropriés, est un autre objectif important vers lequel il faut tendre » (34).

En sus de prévoir le remplacement de l'évaluation complète des risques par une évaluation plus ciblée (35), le livre blanc encourage le remplacement des substances dangereuses par des produits moins dangereux lorsqu'il existe des possibilités de substitution.

Avatar ultime du mythe de Prométhée, la biotechnologie aurait également pu constituer un terrain d'élection pour le principe de précaution (36). Ses incroyables potentialités, son développement foudroyant, l'absence apparente de limites à ses applications ont en effet conduit le législateur communautaire à conjurer dès le début des années 1990 les risques potentiels de cette nouvelle technologie. Les utilisateurs des OGM furent ainsi tenus d'évaluer les risques que leurs activités faisaient peser sur la santé humaine et l'environnement alors que ceux-ci étaient méconnus (37). A l'époque, de telles obligations constituaient un véritable changement de paradigme tant du point de

(34) COM (2001)88.

(35) Ce type d'évaluation des risques était la principale cause des retards qui caractérisaient l'application du règlement (CEE) n° 793/93 car elle impliquait que tous les effets dangereux, toutes les populations exposées et tous les segments de l'environnement soient passés en revue.

(36) Ph. RENAUDIÈRE et N. de SADELEER, « La protection de l'environnement contre le risque des biotechnologies. Les directives européennes et leur intégration en droit belge », *Amén.-Env.*, 1991/2, p. 75; M.-A. HERMITTE et C. NOVILLE, « La dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement. Une première application du principe de prudence », *Rev.jur.envt.*, 1993, p. 391.

(37) Article 1^{er}, considérants 4, 6 et surtout 7 de la directive 90/219/CEE : « Considérant que la nature exacte et l'échelle des risques liés aux micro-organismes génétiquement modifiés ne sont pas encore entièrement connues et que les risques en cause doivent nécessairement être évalués au cas par cas ».

vue scientifique que juridique (38). En prévoyant des mesures de confinement appropriées pour la classe supérieure d'installations utilisant des micro-organismes génétiquement modifiés « *jusqu'à ce que des mesures moins strictes soient justifiées par des données appropriées* » (39), la directive 90/219/CEE a consacré, avant la lettre, une attitude de précaution. Dans le même ordre d'idées, la directive 90/220/CEE relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement oblige les autorités nationales à évaluer les risques pour la santé publique et l'environnement que peut présenter la dissémination d'OGM dans le milieu, « *une attention particulière* » devant être accordée « *à l'évaluation des risques pour l'environnement et aux précautions recommandées pour une utilisation sûre du produit* » (40). Si l'évaluation *a priori* des OGM, l'introduction par étape, le contrôle des disséminations mis en place par la directive 90/220/CEE ont pu apparaître comme autant de manifestations du principe de précaution, c'est au niveau des procédures de délivrance des autorisations que le bât a blessé. La directive reposait en effet sur l'idée que les Etats membres s'accorderaient aisément sur chaque demande de mise sur le marché de nouveaux OGM. Or, la mise en œuvre du régime d'autorisation a montré qu'il était difficile d'aboutir à un tel accord, les procédures apparaissant du même coup inadaptees. L'épisode du maïs transgénique Bt fut particulièrement révélateur de ces dysfonctionnements, la Commission européenne étant encline à autoriser la commercialisation de ces OGM alors que, pour des motifs tenant à la précaution, la majorité des membres du Conseil des Ministres s'y opposaient (41). Les procédures de délivrance des autori-

(38) E. NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant-VUB-Press, 1999, p. 586.

(39) 3^e considérant de la directive modificative 98/81/CE.

(40) Cfr. article 12.1 de la directive 90/220/CEE.

(41) La procédure d'autorisation implique une collaboration entre les autorités nationales et les institutions communautaires. Les premières sont tenues d'avaliser la demande au regard d'une évaluation des risques. Ensuite le dossier est transmis à la Commission qui le communique aux autres autorités nationales, lesquelles peuvent soulever des objections. Un comité de réglementation est tenu de prendre, sur la proposition de la Commission, une décision commune à la majorité qualifiée quant à l'autorisation éventuelle de l'OGM. La décision nationale positive n'entraîne pas automatiquement une décision communautaire positive, mais la rend possible dans la mesure où l'avis favorable de l'Etat membre ne préjuge en rien du sort qui sera finalement réservé à la demande d'autorisation de dissémination d'un OGM. Si le comité ne parvient pas à prendre position, comme ce fut le cas pour le maïs Bt, le Conseil des ministres est à son tour saisi. La procédure prévoyait à l'époque que le Conseil devait rejeter la proposition de la Commission à l'unanimité. A défaut de décision de sa part, la compétence de prendre la décision revient à nouveau à la Commission. L'unanimité fut finalement remplacée par la majorité qualifiée en vertu de la décision 1999/468/CE. Lorsqu'une décision est intervenue

sations ayant ainsi rencontré leurs limites, c'est toujours au nom du principe de précaution qu'un moratoire fut décrété en 1999 pour l'octroi des autorisations concernant la mise sur le marché de nouveaux OGM jusqu'à ce que la directive soit modifiée.

A la suite de nombreuses empoignades entre les tenants de l'innovation technologique et les partisans de la prudence, la directive 90/220/CEE fut remplacée au mois de février 2001 (42). En sus de proclamer expressément le principe de précaution (43), cette directive devrait renforcer la rigueur des mécanismes de contrôle, tant *a priori* qu'*a posteriori*, dans le sens d'une plus grande précaution : la durée des autorisations est limitée à dix ans, les évaluateurs sont tenus de prendre en compte les impacts indirects et sur le long terme.

§ 3. — DROIT MOU

A défaut d'agir, les institutions communautaires se régalaient de plus en plus de formes douces d'intervention portant le nom de droit « mou », de « droit assourdi » ou de « droit vert » (44). Alors que la plupart des principes inscrits à l'article 174, § 2 du traité CE se trouvaient déjà présents dans les premiers programmes d'actions environnementales, le principe de précaution fut énoncé bien plus tardivement dans ce type d'instruments. Pour le domaine de la sécurité alimentaire, les livres « vert » et « blanc » ont ouvert la porte en précisant que la Commission sera guidée par le principe de précaution. Même si elle n'a pas pour effet de contraindre les institutions communautaires à

au niveau des institutions communautaires, les Etats membres sont tenus de l'appliquer. A propos de la mise sur le marché du maïs transgénique Bt, cf. Ch. NOVILLE et P.-H. GOUYON, « Principe de précaution et OGM. Le cas du maïs transgénique », in Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Paris, éd. Od. Jacob/La Documentation française, 2000, p. 309.

(42) Directive relative la dissémination des OGM dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE.

(43) L'article 1^{er} prévoit que « conformément au principe de précaution, la présente directive vise à rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres et à protéger la santé humaine et l'environnement : — lorsque l'on procède à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement à toute autre fin que la mise sur le marché à l'intérieur de la Communauté ; — lorsque l'on place sur le marché à l'intérieur de la Communauté des organismes génétiquement modifiés en tant que produits ou éléments de produits ». L'article 4 oblige les Etats membres à prendre, conformément au principe de précaution toutes les mesures appropriées pour éviter les risques sanitaires et écologiques.

(44) X. THUNIS, « Le droit européen de l'environnement : le discours et la règle », in *L'Europe et ses citoyens*, Peter Lang, 2000, pp. 156-157.

agir dans un sens bien déterminé (45), une communication de la Commission européenne du mois de février 2000 tente, tant bien que mal, d'expliciter la portée d'un principe que les auteurs du traité ne se sont pas encombres à définir (46). Au mois de décembre 2000, le Conseil des Ministres a avalisé à Nice dans ses grandes lignes les options retenues par la Commission (47).

Prudentes, les institutions communautaires adoptent une ligne médiane selon laquelle il conviendrait, d'une part, d'exclure toute application abusive du principe qui masquerait « un protectionnisme déguisé » et, d'autre part, d'écarter toute version minimaliste qui en réduirait son utilité. Aussi le principe devrait-il engendrer un surcroît d'expertise, le moratoire n'étant qu'une modalité de l'action. La thèse du risque zéro qui ferait peser une épée de Damoclès sur l'innovation technologique se trouve ainsi rejetée du revers de la main (48). Au centre des débats au sein du Codex alimentarius, la communication de la Commission a fait l'objet de virulentes critiques, notamment de la part des Etats-Unis qui craignent que le principe de précaution ne masque une résurgence de mesures néo-protectionnistes du côté européen.

Sur le fond, tant la communication de la Commission que la résolution du Conseil des Ministres sont relativement ambiguës : côté cour, les autorités communautaires reconnaissent l'autonomie du politique par rapport au monde scientifique alors qu'elles réclament, côté jardin, que la mesure de précaution soit systématiquement précédée d'une évaluation des risques. A l'instar de ce qui est prévu pour l'évaluation des substances chimiques, cette procédure devrait, aux dires de la Commission, comporter quatre étapes, c'est-à-dire l'identification du danger, sa caractérisation, l'évaluation de l'exposition et la caractérisation du risque. Or, les procédures qui suivent ce schéma en quatre étapes sont actuellement remises en cause, précisément en raison des

(45) Dans cet ordre d'idées, la Cour de justice a déjà jugé que le cinquième programme d'action fournissait « un cadre pour la définition et la mise en œuvre de la politique de la Communauté » mais qu'il ne comportait pas de normes juridiques à caractère obligatoire (C.J.C.E., *Rovigo*, aff. C-142/95P, *Rec.*, 1996, p. I-6669, point 32). Cela dit, ce genre d'instrument doit être pris en considération par le juge national lorsqu'il permet d'éclairer la portée d'actes de droit communautaire (C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi*, aff. C-322/88, *Rec.* I-6669, § 32).

(46) COM (2000) 1.

(47) Résolution du Conseil des ministres de Nice du 9 décembre 2000 sur le principe de précaution. Voy. également l'avis du Comité économique et social sur le « Recours au principe de précaution » (*J.O.*, n° C-268, 19 septembre 2000, p. 6).

(48) Selon la Commission européenne, il est nécessaire de dissiper une confusion qui existe entre l'utilisation du principe de précaution et la recherche d'un niveau zéro de risque, lequel n'existe que rarement dans la réalité (point 2 de la recommandation).

incertitudes inhérentes à l'évaluation des effets des substances chimiques. Faut-il rappeler que, dans le cadre de ces évaluations, les scientifiques ne peuvent qu'avouer leurs lacunes car, de manière symptomatique, la science contemporaine reste en défaut de produire des certitudes et fournit, en fin de compte, plus de questions qu'elle n'en résout. En quelque sorte, plus elle sait et plus elle connaît les limites de son savoir. Qui plus est, la division prônée par la Commission entre l'évaluation des risques, *risk assessment* dans le jargon international, et la décision politique qui s'ensuit, *risk management*, s'estompent en raison du va-et-vient constant entre les faits et les valeurs, la nature et la culture, la science et la politique (49).

Tout en admettant que les limites des connaissances scientifiques peuvent affecter chacune des étapes de l'évaluation des risques « *en se répercutant sur le niveau total d'incertitude et en influant finalement les bases d'une action de prévention* », la Commission maintient néanmoins qu'il convient de mener à bien chacune des quatre étapes avant d'intervenir au titre de la précaution (50). Autant nous paraît-il judicieux, d'un point de vue cartésien, de faire précéder toute mesure de précaution par une évaluation des risques redoutés, autant nous semble-t-il incongru de s'enfermer dans des méthodes d'évaluation qui, en raison de leur lourdeur, ont largement rencontré leurs limites tant aux Etats-Unis qu'en Europe (51).

Mais, en fin de compte, n'est-ce pas la volonté de tout vouloir couvrir par une méthode unique d'évaluation scientifique qui relève d'une

(49) D'éminents experts des sciences sociales ont mis en exergue que l'évaluation des risques était fortement biaisée par un discours politique. U. BECK, *Risk Society. Towards a New Modernity*, Londres, Sage, 1992; B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, La Découverte, Paris, 1991; R. SMITH & B. WYNNE, *Expert Evidence. Interpreting Science and the Law*, Londres, Routledge, 1989; S. LASH, B. SZERSZYNSKI & B. WYNNE (ed.), *Risk, Environment & Modernity*, Londres, Sage, 1996. Voy. également S. JASANOFF, « The Songlines of Risk », *Environmental Values* 8 (1999), p. 135; J. DRATWA, « Prendre des risques avec le principe de précaution ou comment l'incertain se communique », in E. ZACCAI et J.M. MISSA (ed.), *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, Bruxelles, Presses de l'ULB, 2000, p. 54.

(50) Point 5.1.2 de la communication.; point 8 de la résolution du Conseil des ministres.

(51) La doctrine américaine a dénoncé les dérives qu'ont pu provoquer les exigences liées à l'évaluation préalable des risques. Cf. S. BREYER, *Breaking the Vicious Circle : Toward Effective Risk Regulation* (Harvard UP, 1993); S. BREYER et V. HEYVAERT, « Institutions for Regulating Risks », in R.L. REVESZ, Ph. SANDS et R. STEWART (eds.), *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development*, Cambridge UP, Cambridge, 2000, p. 283; M. SHAPIRO, « The Frontiers of Science Doctrine : American Experiences with the Judicial Control of Science-Based Decision-Making », in C. JOERGES, K.-H. LADEUR and E. VOS (eds.), *Integrating Expertise into Regulatory Decision-Making*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 325.

gageure? Alors que la mise en œuvre du principe de précaution commande pour la lutte contre la pollution des eaux la réduction immédiate et significative du rejet de différentes substances toxiques, bioaccumulables et persistantes (52), son utilisation dans des matières comme la sécurité des produits ou la sécurité alimentaire — où les données techniques sont mieux étayées — appelle une appréciation beaucoup plus nuancée. En d'autres mots, il y aurait autant de modalités d'application du principe de précaution qu'il y aurait de politiques publiques confrontées à l'incertitude, ce qui ruinerait en définitive l'effort de méthode d'évaluation globale proposée par la Commission et avalisée par le Conseil des Ministres.

Néanmoins, la Commission reconnaît de manière quelque peu sibylline que lorsqu'ils sont confrontés à un risque inacceptable, à une incertitude scientifique ou au souci du public d'obtenir une protection maximale, les décideurs doivent demeurer conscients « *du degré d'incertitude lié aux résultats de l'évaluation et des informations scientifiques disponibles* ». Partant, le niveau « acceptable » du risque pour une société relève d'une responsabilité éminemment politique (53). En justifiant la possibilité d'adopter une mesure de précaution dans le but d'apaiser les craintes du public, la Commission admet implicitement que le risque comprend, en sus de ses éléments objectifs et rationnels, un fort contenu psychologique étant donné qu'il se réfère à des données subjectives loin d'être quantifiables.

Enfin, les autorités communautaires enserrent l'usage du principe de précaution dans un carcan de critères généraux qualifiés à tort, selon nous, de « *principes généraux* » (54). Si le principe de proportionnalité est d'application générale en droit CE et que l'examen des « *avantages et des charges* » et de « *l'évolution scientifique* » est d'ores et déjà requis en vertu des articles 95, § 3 et 174, 3 du traité CE, le « *principe de cohérence* » n'a jamais été consacré comme tel dans l'ordre juridique communautaire.

§ 4. — LES ÉCUEILS DU DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

La fin du XX^e siècle aura été marquée par deux évolutions parallèles sans précédent dans l'histoire de l'humanité : des crises écologiques d'une ampleur inégalée (changement climatique, érosion de la

(52) Cf. les déclarations ministérielles de Brême, La Haye, de Londres et de Ejsberg sur la protection de la mer du Nord.

(53) Point 5 du résumé de la communication.

(54) Point 6.3 de la communication.; points 17-21 de la résolution du Conseil des ministres.

biodiversité, raréfaction de l'ozone stratosphérique,..) ont émergé concomitamment à une libéralisation progressive du commerce mondial, laquelle a trouvé son aboutissement en 1994 lors de la conclusion de l'Uruguay Round. Sous-tendant ces développements parallèles, des règles juridiques s'affrontent aujourd'hui sur de nombreux pans, de manière nettement plus accentuée que dans le passé. Aussi l'ouverture des marchés s'oppose-t-elle à la volonté de certains Etats d'améliorer la protection accordée à la santé et à la sécurité de leurs travailleurs et de leurs consommateurs ou au milieu physique. Interdite par la C.E. 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. En outre, la succession de scandales qui, au fil des crises alimentaires, a égrené le domaine de la santé publique a assurément sapé la confiance des consommateurs européens et, partant, de leurs représentants publics, à l'égard de différentes techniques de production alimentaire (OGM, hormones, ...). A cela, 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). 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 l'impérieuse nécessité reconnue par la Communauté européenne et ses Etats membres d'adopter un haut niveau de protection de l'environnement, des consommateurs et de la santé publique (55). En adoptant un niveau de sécurité plus élevé, la Communauté et ses Etats membres sont donc susceptibles de restreindre les échanges commerciaux avec des Etats qui ne partagent pas les mêmes aspirations ; aux yeux de leurs concurrents, de telles mesures de précaution masqueraient des velléités protectionnistes de la part des Européens.

Le droit du commerce international mettra-t-il en échec une mise en œuvre audacieuse de la précaution par les instances communautaires ? Assurément, l'enjeu est de taille. Alors que la Communauté européenne avait défendu avec force dans l'affaire du bœuf aux hormones qui l'opposait aux Etats-Unis et au Canada que son régime d'interdiction était couvert par le principe de précaution revêtant le statut de règle coutumière internationale, l'organe d'appel de l'OMC a évité de se prononcer sur cette question (56).

(55) Cf. les articles 95, § 3, 152, § 1^{er}, 153, § 1^{er} et 175, § 2 du traité CE.

(56) Rapport de l'organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *Mesures communautaires concernant la viande et les produits de viande (hormones)*, WT/DS26/AB/R (1998). Cf. Th. DOUMA, « The Beef Hormones Dispute and the Use of National Standards under WTO Law », *E.E.L.R.*, May 1999, p. 137; B. EGGERS, « Die Ent-

« Le statut du principe de précaution en droit international continue à être le sujet d'un débat entre les académiques, les praticiens, les réglementateurs et les juridictions. Le principe de précaution est perçu par certains comme s'étant métamorphosé dans un principe de droit général de nature coutumière du droit international de l'environnement. Il n'est pas clair qu'il s'agit là d'un principe de droit général ou d'un principe de droit coutumier. Nous considérons, cependant, qu'il n'est pas nécessaire, et probablement imprudent, pour l'organe d'appel de prendre position dans le cas d'espèce sur cette question importante bien qu'abstraite. Nous avons pris note que le panel lui-même n'avait pas tranché la question du statut juridique du principe de précaution dans le droit international et que ce principe, au moins en dehors du domaine du droit international de l'environnement, attend toujours une formulation plus autorisée ».

De ce constat, l'organe d'appel en a conclu qu'il fallait trancher les litiges suscités par la volonté de certains Etats de s'opposer, pour des raisons de santé, à l'importation de produits en provenance d'autres Etats, en appliquant strictement les accords conclus sous l'égide de l'OMC. La référence implicite qui est faite au principe de précaution dans les articles 5.7 et 3.3 de l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS) ne peut conduire à affirmer que cette norme prévaudrait sur l'obligation imposée par l'article 5.1 et 2 de l'accord d'apporter une preuve scientifique d'un risque.

En rabattant le principe de précaution soit sur le régime d'évaluation des risques (article 3.3), soit sur une clause de sauvegarde (article 5.7) prévue par l'accord SPS, l'organe d'appel l'admet sous une forme extrêmement édulcorée. Certes, les Etats se voient reconnaître en vertu de cet accord commercial 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* » (57); mais celles-ci doivent être

scheidung des WTO Appellate Body im Hormonfall. Doch ein Recht auf Vorsorge? », *EuZW*, 1998/5-6, p. 147; D. HURST, « Hormones : European Communities — Measures Affecting Meat and Meat Products », *Eur. J. Int'l L.*, 1988, 9, p. 182; K. VAN DER BORGHT, « Risico-evaluatie, Groeihormonen en de WTO », *T.M.R.*, 1998/4, p. 239; L. HUGHES, « Limiting the Jurisdiction of Dispute Settlement Panels : the WTO Appellate Body Beef Hormone Decision », *Int'l Env't. L. Rev.*, Spring 1998, p. 915; G. GOH et A. ZIEGLER, « A Real World where People Live and Work and Die. Australian SPS Measures after the WTO Appellate Body's Decision in the Hormones Case », 32 (5), *JWT* 1998, p. 271; J. PAUWELYN, « The WTO Agreement on SPS Measures as applied in the First Three SPS Disputes », *J.Int'l. E. L.*, 1999, p. 641; R.D. THOMAS, « Where's the Beef? Mad Cows and the Blight of the SPS Agreement », *Vand.J. Transnat'l L.*, March 1999, 32, p. 487; C. NORVILLE, « Principe de précaution et Organisation Mondiale du Commerce. Le cas du commerce alimentaire », *Journal du Droit International*, 2000, n° 2, p. 263. (57) Art. 3.3.

« *fondées sur des principes scientifiques* » et ne doivent pas être « *maintenues sans preuves scientifiques suffisantes* » (58). En d'autres termes, la justification scientifique s'impose ici comme un véritable paradigme.

Cela dit, l'organe d'appel est parvenu à assouplir les conditions susvisées. Ainsi l'étude des risques peut comporter des données « qualitatives » en sus des informations « quantitatives » (59), et se fonder sur des opinions scientifiques minoritaires (60). De même, l'évaluation scientifique doit correspondre à la réalité et non pas uniquement à des pratiques de laboratoire (61). Toutefois, la prise en compte d'un risque théorique demeure exclue (62).

Du point de vue de la prise de décision, l'organe d'appel a également intégré certains éléments du principe de précaution en reconnaissant la faculté pour un Etat d'atteindre l'objectif d'un risque zéro (63) et, en ne réclamant qu'un lien logique — et non pas de cause à effet — entre les résultats de l'évaluation scientifique des risques et la mesure adoptée (64). Cela dit, même si une mesure de protection sanitaire ne doit pas se conformer aux résultats de l'évaluation, la justification scientifique demeure la cheville ouvrière de l'accord SPS (65).

Confrontée à une situation d'urgence lorsque les « *preuves scientifiques pertinentes (sont) insuffisantes* », la Communauté pourra toujours adopter « *provisoirement* » en vertu de l'article 5.7 de l'accord SPS des mesures sanitaires « *sur la base des renseignements pertinents disponibles* »; mais dans ce cas, le maintien de la mesure de protection sanitaire plus sévère que celle prévue par le Codex alimentarius ne vaudra qu'à titre provisoire et, qui plus est, sera appelée à s'effacer sous l'effet d'un surcroît de recherches que les autorités publiques concernées sont tenues de mettre en œuvre (66). Aussi, la réflexion entamée au sein Codex alimentarius sur la définition à donner au principe de précaution sera cruciale pour l'avenir de cette norme dans le domaine de la sécurité alimentaire.

(58) Art. 2.2 et 3.3.

(59) Aff. des *Hormones*, Organe d'appel, §§ 184-186; *Australie — Mesures visant les importations de saumons*, rapport de l'Organe d'appel, 20 octobre 1998, § 124.

(60) Aff. des *Hormones*, Organe d'appel, § 194.

(61) Aff. des *Hormones*, Organe d'appel, § 187.

(62) Aff. des *Hormones*, Organe d'appel, § 186; Aff. *Australie — Mesures visant les importations de saumons*, § 129.

(63) Aff. *Australie — Mesures visant les importations de saumons*, Organe d'appel, § 125.

(64) Aff. des *Hormones*, Organe d'appel, § 195.

(65) C. NOIVILLE, « Principe de précaution et OMC », *op. cit.*, pp. 270-273.

(66) La période transitoire doit être établie au cas par cas en fonction des circonstances spécifiques. Cf. *Japon — Mesures visant les produits agricoles*, rapport de l'Organe d'appel, 22 février 1999, § 92.

L'affaire des hormones ne constitue en fait que la première salve d'une longue série de conflits qui opposeront la Communauté européenne à ses concurrents commerciaux quant au niveau de sécurité acceptable dans un contexte d'incertitude. En se fondant sur une vision étriquée de la prise en compte de l'incertitude scientifique, l'accord SPS entrera fatalement en conflit avec le protocole de Carthagène sur la prévention des risques engendrés par les biotechnologies auquel la Communauté européenne, à la différence des Etats-Unis, sera partie. L'évaluation des risques à l'aune du principe de précaution préconisée au titre de ce Protocole va-t-elle l'emporter sur les méthodes requises par l'accord SPS ou l'inverse (67)? La solution qui sera retenue sera déterminante quant au niveau de protection recherché par la Communauté quant à la dissémination des organismes génétiquement modifiés.

De manière plus fondamentale, la conception de l'évaluation des risques qui oppose, dans les cénacles internationaux, les négociateurs américains aux Européens paraît dominée par un paradoxe dont les termes n'ont pas encore fini de se préciser. Alors que la jurisprudence des cours fédérales américaines avait accordé une importante marge d'appréciation aux agences fédérales pour établir des normes de protection de la santé humaine et de l'environnement dans un contexte d'incertitude scientifique, la Cour suprême des Etats-Unis a marqué au début des années quatre-vingt un coup d'arrêt à cette latitude en imposant le recours systématique à une évaluation formalisée des risques suspectés (68). Ainsi, sous l'influence de juges conservateurs, la Cour suprême est-elle parvenue à refaçonner la réglementation des risques conduisant cette dernière dans une impasse (69). De l'autre côté de l'Atlantique, tant la Cour de justice des Communautés européennes

(67) Le protocole de Carthagène consacre le principe de précaution en vue d'assurer un degré adéquat de protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des organismes vivants ou modifiés résultant de la biotechnologie. Les articles 10.6 et 11.8 prévoient que l'absence de certitude scientifique n'empêche pas les parties de limiter l'importation d'organismes vivants ou modifiés pour limiter ou réduire au minimum les effets défavorables potentiels. Pour un premier commentaire des conflits potentiels entre le Protocole et l'accord SPS, cf. St. CHARNOVITZ, « The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules », vol. 13 (2000), *Tulane Env't. L.J.*, p. 271; B. EGGERS et R. MACKENZIE, « The Cartagena Protocol on Biosafety », *J.I.E.L.* 3/2000.

(68) *Industrial Union Dep't. AFL-CIO v. American Petroleum Inst.*, 448 U.S. 607, 656 (1980). Voy. également la décision rendue par la Cour fédérale de Columbia condamnant la réglementation sur l'ozone établie par l'Agence américaine de l'environnement (*American Trucking Associations Inc. v. EPA*, 175 F.3d 1027, 48 ERC 1417 (D.C. Cir., 1999) 94).

(69) N.A. ASHFORD, « A conceptual Framework for the Use of the Precautionary Principle in Law », in C. RAFFENSPERGER & J. TICKNER, *Protecting Public*

que les juridictions nationales ont refusé de s'engager sur le terrain d'un contrôle de légalité interne, se limitant au contrôle de légalité externe (70). Cette retenue de la part des juridictions a permis aux administrations nationales travaillant de concert avec les institutions communautaires de continuer à disposer de la marge d'appréciation indispensable lorsque les incertitudes sont incompressibles.

C'est précisément cette perception radicalement différente de la gestion des risques qui constitue le nœud des futurs conflits commerciaux. Car, à la méfiance américaine à l'égard du politique, laquelle a pour corollaire une confiance démesurée dans les vertus de l'évaluation scientifique, s'oppose, du côté européen, une sensibilité accrue à l'égard des préoccupations sociales, culturelles, voire économiques (71).

SECTION II. — LA PORTÉE NORMATIVE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

§ 1^{er}. — UN LIBELLÉ NORMATIF

Lorsqu'elles mènent leurs actions dans le domaine de l'environnement ou dans des politiques et des actions qui prennent en considération les aspects environnementaux, les institutions communautaires sont obligées d'appliquer le principe de précaution. Le recours à l'indicatif et non au conditionnel au paragraphe 2 de l'article 174 du traité confirme qu'il s'agit bien là d'une obligation. Qui plus est, le caractère contraignant du principe de précaution ne fait pas de doute lorsque l'on compare le libellé du second paragraphe aux deux autres paragraphes de l'article 174. Alors que la politique de l'environnement « est fondée » sur le principe de précaution, elle « contribue à la poursuite de certains objectifs » (§ 1^{er} de l'article 174) et « tient compte » d'un certain nombre de critères (§ 3 de l'article 174). Le verbe « se fonder » revêt un caractère plus impérieux que le verbe « contribuer » et moins laxiste que le verbe « tenir compte ». Dès lors, la Commission, le Conseil des ministres, le Parlement européen mais aussi le comité économique et social ainsi que le comité des régions, sont tenus de

Health & the Environment. Implementing the Precautionary Principle, Washington, Island Press, 1999, p. 200.

(70) V. HEYVAERT, « The changing role of science in environmental regulatory decision-making in the European Union », *L.&E.A.*, 1999/3 & 4, p. 427.

(71) Ainsi, la Cour de justice admet-elle l'aptitude de la Commission à fonder ses décisions sur des éléments qui ne soient pas exclusivement scientifiques (*Fedesa*, aff. C-331/88, *Rec.*, I, p. 4023).

prendre en compte le principe de précaution dans le cadre du processus normatif.

§ 2. — UNE MARGE D'APPRÉCIATION
DISCRÉTIONNAIRE

Le caractère normatif de l'obligation de fonder une politique sur le principe de précaution n'empêche pourtant pas les institutions communautaires de disposer d'un certain pouvoir d'appréciation lorsqu'elles légifèrent car, à la différence des règles au contenu déterminé, le principe de précaution comporte toujours la possibilité de recevoir des aménagements, sauf lorsqu'il constitue un noyau irréductible (72). En d'autres mots, des circonstances particulières peuvent toujours conduire les institutions communautaires à assembler le principe de précaution. Deux arguments corroborent cette thèse. Tout d'abord, en vertu de l'article 174, § 2 du traité, lorsque la mise en œuvre du principe de précaution est envisagée, il convient de « *tenir compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté* ». Ensuite, le législateur communautaire va devoir faire le tri entre au moins cinq principes : le pollueur-payeur, la prévention, la correction à la source, la précaution, un niveau élevé de protection environnementale, qui peuvent parfois conduire à des solutions antagonistes (73). Aussi, une pondération des principes concurrents s'impose-t-elle dans certains cas (74).

Cette thèse est d'ailleurs suivie par la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans l'affaire *Peralta*, a jugé que l'ancien article 130R se contentait de définir les « *objectifs généraux de la Communauté dans le domaine de l'environnement* » et que le soin de décider de l'action à entreprendre dans ce domaine est confié aux institutions compétentes (75).

(72) Conclusions de l'avocat général G. COSMAS, du 30 septembre 1999, aff. C-318/98, *Procédure pénale c. Giancarlo Fornasar*, point 55. Sur la notion de noyau irréductible, voy. notre ouvrage *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, op. cit., pp. 244-246.

(73) Pour des exemples de conflits entre les différents principes, voy. notre ouvrage, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, ibidem, pp. 212-218.

(74) Dans les conclusions qu'il a rendues dans l'affaire *Safety Hi-Tech* à propos du statut juridique de l'article 174, l'avocat général P. Léger fait remarquer que le respect du principe de prévention « *suppose nécessairement que le législateur communautaire procède à l'évaluation de situations complexes consistant à estimer les mérites et les inconvénients respectifs d'une action donnée* » (Conclusions rendues le 3 février 1998 dans les affaires C-284/95 et C-341/95, *Safety Hi-Tech*, Rec., I-4319, points 69 et 72).

(75) C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, Rec., p. I-3453, point 58.

D'éminents auteurs en déduisent que « *puisque par nature, tous les principes permettent des exemptions ou des dérogations, il n'est pas possible de les considérer comme ayant une portée juridique contraignante. En d'autres mots, il n'est pas possible de jauger une directive ou un règlement voire une disposition d'un de ces actes au regard des exigences d'un principe du droit de l'environnement* » (76).

Cette objection n'emporte cependant pas l'adhésion dans la mesure où le droit positif contient depuis longtemps des normes au contenu indéterminé qui font implicitement l'objet de dérogations. Que l'on songe ici aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination — dispositions fondamentales de tout Etat de droit — lesquels offrent une flexibilité certaine comme le montre la jurisprudence des cours constitutionnelles. Il ressort ensuite de la jurisprudence communautaire qui accorde, comme on le sait, une place de choix aux principes généraux (77) que la méconnaissance des principes inscrits à l'article 174, § 2 du traité peut faire l'objet d'un contrôle de légalité.

§ 3. — LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

Lorsqu'elles légifèrent, les institutions communautaires sont tenues de respecter impérativement les actes se situant aux échelons supérieurs de la pyramide normative (78). Consacré à l'article 174, § 2 du traité C.E., le principe de précaution s'impose aux institutions communautaires et, partant, les oblige à motiver leurs actes conformément à l'article 253 du traité (79). Par conséquent, les actes de droit dérivé

(76) L. KRAMER, « General Principles of Community Environmental Law and their Translation into Secondary Law », *Revue des Affaires européennes/Law and European Affairs*, 1999/3&4, p. 357.

(77) P. REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 263; B. SPITZER, « Les principes généraux de droit communautaire dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes », *Gaz. Pal.*, 1986, p. 732; D. SIMON, « Y-a-t-il des principes généraux du droit communautaire? », *Droits*, 1991, p. 73; R. PAPADOLOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

(78) J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1994, p. 260.

(79) L'obligation de motivation s'impose à tous les actes communautaires obligatoires, que leur portée soit générale ou individuelle. La Cour de justice a développé une conception fonctionnelle de la motivation. Au-delà d'une série d'exigences minimales (nature de la base juridique, indication des circonstances de fait et de droit justifiant l'adoption de l'acte), la Cour apprécie *in concreto* si la motivation remplit ses fonctions au regard de la nature de l'acte, de son objet et de son contexte. Voy. E. GRABITZ, « Kommentar vom Artikel 190 », in *Eberhard Grabitz : Kommentar zum Vertrag*, Verlag C.H. Beck, 2 Auflage, 1990; C. HEN, « La motivation des actes des institutions communautaires », *C.D.E.*, 1977, p. 49; G. LE TAL-

qui s'écarteraient du principe de précaution sans être dûment motivés sont susceptibles d'être contestés en vertu de l'article 230 du traité C.E. qui prévoit un recours en annulation devant la Cour de justice pour violation de toute règle comprise dans le traité ou par le biais d'une question préjudicielle.

Le contrôle de légalité des actes de droit communautaire dérivé à l'aune du principe de précaution émerge timidement de la jurisprudence de la Cour de justice. Au demeurant, des actes de droit dérivé font d'ores et déjà l'objet d'un contrôle de légalité au regard d'autres principes inscrits à l'article 174, § 2 du traité. Dans l'arrêt *Standley*, la Cour a contrôlé la validité de la directive 91/676/CEE concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles au regard du principe du pollueur-payeur inscrit lui aussi à l'article 174, § 2 du traité C.E. (80).

Faut-il rappeler que la Cour a également vérifié la conformité d'un règlement concernant la protection de la couche d'ozone au regard du principe d'un haut niveau de protection de l'environnement? Même si elle a jugé que cette obligation avait été respectée dans la mesure où l'acte de droit communautaire était plus restrictif que les obligations internationales applicables aux substances litigieuses, la Cour a clairement rejeté l'argumentation du Conseil selon laquelle le principe ne saurait faire l'objet d'un contrôle de légalité (81). A cet égard l'on notera qu'« *en raison de la nécessité de la mise en balance de certains des objectifs et principes visés à l'article 130R (nouvel article 174), ainsi que de la complexité de la mise en œuvre des critères* », la Cour de justice ne sanctionne que les erreurs d'appréciation manifestes quant aux conditions d'application des principes environnementaux énoncés à

LEC et C.-D. EHLERMANN, « La motivation des actes des Communautés européennes », *R.M.C.*, 1966, p. 179; A. PLIAKOS, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 388, sp. 396 à 403; F. SCHOCKWEILER, « La motivation des décisions individuelles en droit communautaire et en droit national », *Cah. dr. eur.*, 1989, p. 3; M. WAELBROECK, J.-V. LOUIS et G. VANDERSANDEN, « Commentaire de l'article 190, la Cour de justice — Les actes des institutions », in *Commentaire Mégret*, vol. 10, Bruxelles, ULB, 1983, sp. p. 501.

(80) La Cour de justice a conclu à l'absence de violation du principe du pollueur-payeur, dans la mesure où la directive litigieuse « *n'implique pas que les exploitants agricoles doivent assumer des charges inhérentes à l'élimination d'une pollution à laquelle ils n'ont pas contribué* »; « *il incombe aux États membres de prendre en considération, dans la mise en œuvre de la directive, les autres sources de pollution et, compte tenu des circonstances, de ne pas faire supporter aux exploitants agricoles des charges d'élimination de la pollution qui ne sont pas nécessaires* » (C.J.C.E., 29 avril 1999, *Standley*, aff. C-293/97, *Rec.*, I-2603, §§ 51-52).

(81) C.J.C.E., 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech*, aff. C-284/95, *Rec.*, I-4301, point 48; 14 juillet 1998, *Bettati*, aff. C-341/95, *Rec.*, I-4358, point 46.

l'article 174 du traité (82). Cette limitation du contrôle juridictionnel revient *de facto* à accorder aux autorités communautaires une importante marge d'appréciation quant à la mise en œuvre du principe de précaution. Pour pouvoir être censurés par les juridictions communautaires, les actes des institutions devraient donc être adoptés « *d'une manière inappropriée et déraisonnable* » du point de vue du principe de précaution.

Il ressort néanmoins de cette jurisprudence que le législateur communautaire doit correctement apprécier la portée du principe de précaution et les conditions de son application pour chaque action qu'il compte mener dans le domaine de la protection de l'environnement ou dans d'autres domaines en rapport avec cette problématique (83). Sans doute, le contrôle de légalité trouvera-t-il à s'exercer avec plus de vigueur dans les domaines externes à la politique de l'environnement (par exemple, la politique des transports, les fonds structurels, la PAC), politiques pour lesquelles les institutions communautaires doivent fréquemment mettre en balance le principe de précaution avec des objectifs politiques antagonistes. En effet, les risques de commettre une erreur d'appréciation sont plus importants dans un contexte conflictuel que dans l'application de règles environnementales ne mettant pas en péril d'autres intérêts (84).

Si l'on suit le fil de cette jurisprudence, il faudra bien conclure qu'un contrôle de légalité des règles du droit dérivé au regard du principe de précaution est sur le point d'émerger, même si ce contrôle sera exercé avec la prudence voulue par un juge dont la fonction pacificatrice lui ordonne de ne pas s'aventurer trop loin dans les controverses scientifiques.

(82) Aff. C-284/95, point 37 et aff. C-341/95, point 35.

(83) M. DOHETRY, « The status of the principles of EC environmental law », *Journal of Env't. L.*, 1999, n° 2, p. 383.

(84) Toutefois, les requérants risquent de se heurter à une difficulté de taille, à savoir la possibilité d'agir devant les juridictions communautaires. Ainsi les juridictions communautaires ont jugé que la qualité de résident local, de pêcheur, d'agriculteur ou de toute personne concernée par les conséquences d'une dégradation de l'environnement ne peut constituer des circonstances permettant d'individualiser les requérants par rapport à toute autre personne et leur conférer de la sorte la qualité pour agir au titre de l'article 230 du traité CE (T.P.I., 9 août 1995, *M.-T. Danielson, P. Largentreau et E. Haao c. Commission et République française*, aff. T-219/95, *Rec.*, II-3051; C.J.C.E., 2 avril 1998, *Greenpeace c. Commission*, aff. C-321/95, *Rec.*, I-1651).

§ 4. — LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION AU SERVICE
D'UNE INTERPRÉTATION TÉLÉOLOGIQUE

Le recours au principe de précaution se situe indéniablement au cœur d'une évolution qui marque le passage du modèle d'une justice légaliste, formelle et logique à une justice téléologique dont l'ambition serait de trouver la solution la plus adéquate par rapport à l'objectif recherché par le législateur. Prise isolément, la règle de droit présente en effet des obscurités; des doutes surgissent rapidement quant à sa portée exacte. En la rattachant à des principes, il est pourtant possible de dégager avec plus ou moins de netteté les lignes fondamentales dont elle n'est qu'une des manifestations fragmentaires. La présence du principe de précaution devrait donc inciter les juridictions communautaires et nationales à rechercher la solution du côté des sources mêmes d'inspiration du législateur, c'est-à-dire dans les valeurs qui l'inspirent lors de l'élaboration du droit dérivé et non plus uniquement de la formule légale.

L'arsenal des méthodes d'interprétation du juge communautaire s'était déjà enrichi au contact d'autres principes du droit de l'environnement que celui de la précaution. A plusieurs reprises, la Cour de justice a fait appel au principe d'intégration pour confirmer l'interprétation selon laquelle les dispositions du traité qui sont spécifiques à la protection de l'environnement laissent entières les compétences que la Communauté détient en vertu d'autres dispositions du traité pour adopter des mesures qui poursuivent accessoirement un objectif de protection de l'environnement (85). De même, dans son arrêt *Déchets wallons*, la Cour n'a pas hésité à se saisir du principe de la correction de la pollution à la source pour apprécier le caractère discriminatoire d'une entrave à la libre circulation des déchets, admettant de la sorte que la mesure restreignant les échanges commerciaux relevait, malgré son caractère distinctement applicable, d'une exigence impérative d'intérêt général (86).

Le contentieux sur la commercialisation des OGM semble à nouveau constituer un terrain de prédilection pour le principe de précaution en tant que norme interprétative. Alors qu'elle était invitée par les requérants s'opposant à la commercialisation du maïs transgénique

(85) C.J.C.E., 29 mars 1990, *Grèce c. Conseil*, aff. C-62/88, *Rec.*, p. I-1527, point 22; 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, aff. C-300/89, *Rec.*, p. I-2867, point 22; 24 novembre 1993, *Armand Mondiet*, aff. C-405/92, *Rec.*, p. I-6133, point 27.

(86) C.J.C.E., 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique*, aff. C-2/90, *Rec.*, p. I-1, points 34 à 36. Pour un commentaire critique de cette jurisprudence, voy. nos observations sous cet arrêt publiées dans cette revue, 1993-5/6, p. 672-696.

Bt en France à faire une application autonome du principe de précaution, la Cour de justice a jugé, dans l'affaire *Greenpeace France*, que le principe trouvait son expression dans plusieurs dispositions de la directive 90/220/CEE. A cet égard, la Cour mit en avant quatre considérations, à savoir l'évaluation préalable des risques par l'autorité nationale, les objections pouvant être émises par les autres Etats, l'obligation du notifiant d'informer immédiatement l'autorité compétente de nouveaux éléments d'information au sujet des risques que présente le produit pour la santé humaine ou l'environnement de même que dans l'obligation de l'autorité compétente d'en informer immédiatement la Commission et les autres États membres et, finalement, les limitations ou les interdictions, à titre provisoire, de l'utilisation et de la vente d'un produit qui a fait l'objet d'un consentement.

A la lecture de cet arrêt, l'on pourrait reprocher à la Cour de rabattre, à l'instar de l'organe d'appel de l'OMC dans l'affaire des hormones, le principe de précaution sur des dispositions préexistantes qui n'en livrent qu'une version édulcorée. Tributaires du libellé d'une clause de sauvegarde, les mesures d'interdiction ou de limitation ne sont autorisées que pour le temps nécessaire à ce qu'une nouvelle décision soit prise par les instances communautaires. Cela dit, le principe de précaution prend dans cet arrêt la forme d'un principe d'interprétation du droit qui sert à corriger la portée d'une disposition dont le sens pouvait pourtant être établi d'emblée. En effet, si le mode, le temps du verbe, la construction de la phrase de la disposition litigieuse invitaient à priori le juge communautaire à reconnaître une compétence liée dans le chef de l'Etat français, la Cour est pourtant parvenue à adopter une solution beaucoup plus nuancée. Elle reconnaît en effet le droit de l'Etat membre à s'opposer à la commercialisation de l'OGM en raison de la survenance de nouveaux risques (87); autrement dit, le principe de précaution serait sans doute à même d'infléchir le sens d'un texte presque clair (88). En présence de renseignements qui auraient été ignorés jusque-là, l'Etat membre peut donc s'opposer à la dissémination. Dotée d'un tel pouvoir, l'autorité nationale devrait, avant d'accorder son consentement, s'assurer de l'ab-

(87) C.J.C.E., 21 mars 2000, *Greenpeace France*, aff. C-6/99, non encore publié au *Rec.*, points 41 à 44. Voy. les notes d'observations de H. LEGAL et de R. ROMI publiées sous l'arrêt précité dans *A.J.D.A.*, 20 mai 2000, pp. 452 et s.; L. GONZALEZ VAQUÉ, « El principio de precaución en la jurisprudencia del TJCE : la sentencia 'Greenpeace France' », *Comunidad Europea Aranzadi*, 2001/2, pp. 33-43.

(88) Points 28-30. Cf. M. PÂQUES, « La Cour de justice des Communautés européennes et le principe de précaution, l'ESB et l'OGM », *Amén.-Envt.*, 2001/1, p. 7.

sence d'éléments nouveaux quant aux risques suspectés, faute de quoi elle engagerait sa responsabilité (89).

Le domaine de la gestion des déchets semble à nouveau constituer un terrain de prédilection pour la mise en œuvre du principe de précaution combiné avec celui de la prévention. L'on connaît les difficultés qu'il y a à s'accorder sur la définition à donner au concept de déchet, surtout lorsque des résidus sont susceptibles de faire l'objet d'une réutilisation économique (90). Consciente des controverses éminemment techniques qui sous-tendent cette opération de qualification juridique, la Cour de justice invite les juridictions nationales à interpréter extensivement la notion de déchet au motif que l'article 4 de la directive 75/442/CEE sur les déchets repose sur les principes de prévention et de précaution (91). De surcroît, dans le premier arrêt où elle a été appelée à statuer sur une demande d'astreinte, la Cour de justice a jugé que l'absence de respect de l'obligation résultant de l'article 4 de la directive 75/442/CEE risque, par la nature même de cette obligation, de mettre directement en danger la santé de l'homme et de porter préjudice à l'environnement et doit, au regard des autres obligations, être considérée comme « particulièrement grave » et, partant, l'infraction consistant à maintenir des activités illégales de gestion de déchets en violation d'un premier arrêt de condamnation doit être sanctionnée sévèrement (92).

Dans les conclusions qu'il a déposées le 30 septembre 1999 dans l'affaire *Fornasar*, l'avocat général Cosmas avait estimé de manière plus audacieuse que les principes de prévention et de précaution consacrés à l'article 174, § 2 formaient un noyau intangible s'opposant à l'impossibilité pour les Etats membres d'interdire l'importation de tout type de déchets dangereux (93). Sans pour autant s'engager sur ce terrain, la Cour de justice a rappelé dans son arrêt du 22 juin 2000 qu'il incombe à la Communauté, au regard des principes de prévention et de précaution, de prévenir et de réduire les sources de la pollution par l'adoption de mesures de nature à éradiquer les risques

(89) En ce sens, les observations de H. LEGAL sous l'arrêt précité, p. 451. Quant à l'incidence du principe de précaution sur l'incidence de la faute, voy. nos développements dans *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, op. cit., pp. 212-218.

(90) Pour une synthèse de cette controverse, voy. notre ouvrage *Le droit communautaire et les déchets*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 233-271.

(91) C.J.C.E., 15 juin 2000, *ARCO Chemie Nederland*, aff. C-419/97, non encore publié au *Rec.*, point 39.

(92) C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Commission c. Grèce*, aff. C-387/97, non encore publié au *Rec.*, point 94.

(93) Conclusions de l'avocat général G. COSMAS du 30 septembre 1999, aff. C-318/98, *Procédure pénale c. Giancarlo Fornasar*, points 55 à 59.

connus. Il en résulte, selon la Cour, que le droit communautaire dérivé permet aux Etats membres de qualifier de dangereux des déchets qui ne sont pas expressément visés dans la liste communautaire à condition que ceux-ci revêtent des caractéristiques spécifiques (94). Aussi, les principes de prévention et de précaution autorisent-ils l'adoption de régimes nationaux s'écartant de l'approche harmonisée retenue au niveau communautaire et, ce, malgré l'impact éventuel que la divergence des approches nationales pourrait avoir sur le principe de libre circulation des marchandises.

Il ressort de ces différents arrêts que le recours à une méthode d'interprétation téléologique devrait aider les règles environnementales, soit à faire l'objet d'une interprétation extensive, soit à gagner plus de poids lorsqu'elles entrent en conflit avec d'autres règles de droit.

Ainsi la présence du principe de précaution peut-elle fortement influencer le poids à accorder à l'interprétation favorable à une application rigoureuse du droit communautaire dérivé au détriment d'une interprétation concurrente.

§ 5. — LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION
AU SERVICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE
DES AUTORITÉS COMMUNAUTAIRES

Les juridictions communautaires n'hésitent pas à se servir du principe de précaution pour conforter la validité de mesures sanitaires adoptées dans un contexte controversé alors même que ces dernières portent atteinte au principe de libre circulation des marchandises. A ce titre, la Cour de justice a rejeté dans son arrêt *Fedesa* le grief tiré de l'existence des preuves scientifiques démontrant l'innocuité de cinq hormones au motif que le Conseil était resté dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en choisissant de retenir la solution consistant à interdire les hormones en question et en répondant de la sorte au souci exprimé par le Parlement européen et le comité économique et social ainsi que par plusieurs organisations des consommateurs (95). Au point 9 des motifs de cet arrêt, la Cour constate en consacrant implicitement le principe de précaution que :

« la directive litigieuse n'a pas violé non plus la confiance légitime des opérateurs économiques affectés par l'interdiction de l'utilisation des hormones en cause. Certes, la directive (...) fait état d'études approfondies sur l'innocuité ou la nocivité des substances en cause et oblige la Commission à tenir compte de l'évolution scientifique. Toutefois, cette directive ne pré-

(94) C.J.C.E., 22 juin 2000, *Fornasar*, aff. C-318/98, non encore publié au *Rec.*, points 37 et 48.

(95) C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, *Rec.*, I-4023, point 9.

juge pas les conséquences à en tirer pour le Conseil dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Compte tenu, par ailleurs, des divergences d'appréciation qui s'étaient manifestées, les opérateurs économiques n'étaient pas en droit d'attendre qu'une interdiction d'administration des substances en cause à des animaux ne puisse être fondée que sur des données scientifiques ».

Dans l'affaire de la maladie de la vache folle, la Cour de justice a fait expressément référence au principe de précaution inscrit à l'article 174, § 2 du traité pour corroborer la décision d'interdiction de la Commission, au motif que cette dernière pouvait prendre des mesures de protection de la santé publique sans devoir attendre que la réalité et la gravité des risques de propagation de la maladie de Creutzfeld-Jakob soient pleinement démontrées (96).

« Or, il doit être admis que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la gravité de ce risque soit pleinement démontrée. Cette approche est corroborée par l'article 130R, § 1^{er} (nouvel article 174) du traité C.E., selon lequel la protection et la santé des personnes relèvent des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement. Le § 2 du même article prévoit que cette politique vise un niveau de protection et se fonde notamment sur les principes de précaution et d'action préventive et que les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté » (97).

Le tribunal de première instance a également appliqué le principe de précaution dans le domaine des produits cosmétiques (98). Enfin, dans une ordonnance du 30 juin 1999, le Président du tribunal de première instance a rappelé la jurisprudence susmentionnée en soulignant que « la seule existence du risque identifié suffit pour qu'il puisse être tenu compte, dans la balance des intérêts, de la protection de la santé humaine » et que « les exigences liées à la protection et à la santé publique doivent incontestablement se voir reconnaître un caractère prépondérant par rapport aux considérations économiques » (99).

(96) C.J.C.E., 5 mai 1998, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-180/96, *Rec.*, p. I-2269, points 99 et 100; T.P.I., 13 juillet 1996, T-76/96 R, *Rec.*, p. II-815, point 88.

(97) Aff. C-180/96 précitée, points 99 et 100.

(98) TPI, 16 juillet 1998, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm S.A.*, aff. T 199/96, *Rec.*, II-2805, points 66 et 67. La Cour de justice a toutefois souligné que l'ajout du principe de précaution dans les attendus de l'arrêt rendu par le tribunal de première instance n'était pas déterminant quant à la légalité de la décision litigieuse (C.J.C.E., 4 juillet 2000, *Bergaderm*, aff. C-352/98/P, non encore publié au *Rec.*, point 53).

(99) TPI, ord. du 30 juin 1990, *Alpharma*, aff. T-70/99 R, point 166.

Ainsi, en s'aidant du principe, voire de l'idée de précaution, les juridictions communautaires rejettent-elles le moyen portant sur l'erreur manifeste d'appréciation qui aurait conduit l'exécutif communautaire à adopter une décision excessive en matière de protection de l'environnement ou de la santé publique alors que celle-ci n'était pas pleinement justifiée au regard des connaissances scientifiques du moment. En agissant de la sorte, le juge communautaire renforce la discrétion dont disposent d'ores et déjà les administrations dans la mise en œuvre de leurs prérogatives. Cet espace de liberté lui apparaît sans doute indispensable lorsque les preuves scientifiques réunies par l'exécutif communautaire ne dictent pas une solution toute faite. De plus, lorsqu'une exposition à des risques significatifs est pressentie, la décision publique doit être prise dans des délais extrêmement brefs. Consciente des difficultés qu'il y a à régler dans l'urgence, la juridiction communautaire se montre moins encline à sanctionner les éventuelles erreurs qu'auraient pu commettre les institutions dans leur précipitation à vouloir sauvegarder l'intérêt général (100).

A la différence du contrôle du respect des procédures (légalité externe), le recours au principe de précaution écarte donc la possibilité de sanctionner la mesure pour cause de violation de la légalité interne (par exemple, pour des motifs tenant à l'absence de proportionnalité, à l'erreur manifeste d'appréciation). L'usage qui est ainsi fait du principe de précaution rejoint donc l'aversion des juridictions pour les débats scientifiques : en raison de la haute technicité des controverses, celles-ci ne s'immiscent sur le terrain scientifique qu'avec beaucoup d'humilité.

Mal armées pour se prononcer sur le fond, les juridictions communautaires pourraient, en revanche, exercer un contrôle plus étendu sur la légalité externe des actes. En effet, dans des domaines où les risques suspectés pourraient conduire à des dommages graves et irréversibles, les irrégularités doivent constituer, aussi légères qu'elles soient, un motif sérieux d'annulation. En effet, lorsque des procédures d'évaluation des risques sont prévues pour éviter leur apparition, il paraît normal que les juridictions se montrent rigoureuses, voire pointilleuses dans la vérification du respect de ces procédures et que, partant, elles n'hésitent pas à prononcer la nullité des décisions prises au mépris de

(100) Dans les conclusions qu'il a rendues dans les affaires *Bettati et Safety Hi-Tech*, l'avocat général P. Léger a fait remarquer, à propos du contrôle de légalité du respect du principe d'un niveau élevé de protection environnementale que l'examen de la Cour ne consistait pas à trancher un problème scientifique ou technique, sa mission consistant uniquement à vérifier, compte tenu des pièces de procédure fournies, que le législateur communautaire ne s'était « *pas trompé de façon grossière et évidente* » (point 90).

l'une d'elles. Aussi, le contrôle de légalité externe des décisions devrait-il se renforcer au contact du principe de précaution (101).

§ 6. — L'INCIDENCE DE LA PRÉCAUTION
SUR LA PORTÉE DU PRINCIPE DE LA LIBRE CIRCULATION
DES MARCHANDISES

A défaut d'être obligés d'appliquer le principe de précaution en-dehors d'un cadre juridique communautaire, rien n'empêche les Etats membres d'invoquer ce principe pour justifier les exceptions relatives à la santé et à la vie des personnes inscrites à l'article 30 du traité ou se rapportant à des exigences impératives d'intérêt général concernant la protection de l'environnement. En d'autres mots, si les institutions communautaires sont tenues de prendre en compte le principe dans la gestion des risques, les Etats membres disposent de la faculté de prendre des mesures de précaution dans les domaines relevant de leur compétence (102).

Adoptés au nom de la précaution, le moratoire, la décision de retirer un produit du marché ou toute autre mesure de style constituent des entraves techniques portant atteinte au principe de libre circulation des marchandises. Puisqu'il ne sert à rien d'écraser des mouches avec un marteau-pilon, la mesure nationale ne peut se révéler disproportionnée par rapport au risque suspecté. Conçu pour sanctionner l'excès, le principe de proportionnalité devrait alors garantir la liberté de faire circuler librement les marchandises au sein de la Communauté au détriment d'une application stricte du principe de précaution par les Etats membres (103). En encadrant de la sorte la mise en œuvre du droit de l'environnement ou du droit de la santé publique dans des limites établies par la nécessité de sauvegarder les libertés économiques, le principe de proportionnalité pourrait agir comme un standard de régulation, lequel viendrait diminuer le degré de protection poursuivi au niveau national en dehors d'un cadre d'harmonisation communautaire.

(101) Sur la question du contrôle de la légalité interne et externe, cf. P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Paris, Od. Jacob/La Documentation française 2000, pp. 157-159.

(102) L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRING et C. JACQUET, *op. cit.*, p. 106.

(103) Pour une analyse critique des rapports entre le principe de proportionnalité et les autres principes inscrits à l'article 174 du traité, voy. notre ouvrage sur les principes, *op. cit.*, pp. 352-389 ainsi que notre étude « Le principe de proportionnalité : cheval de Troie du marché intérieur? », in *Vingt cinq ans de politique communautaire de l'environnement : bilan et perspectives, n° spécial de la Revue des Affaires européennes/Law and European Affairs*, 1993/3-4, décembre 1999, pp. 379-389.

La fonction du principe du contrôle de proportionnalité a beau se concevoir facilement, il en va autrement de ses modalités d'application. Appliquées de manière souple et évolutive, trois étapes peuvent néanmoins être dégagées de la jurisprudence de la Cour de justice. Quant au principe de précaution, il pourrait fort bien s'immiscer à chacun de ces stades et aiguillonner le contrôle juridictionnel dans un sens plus favorable aux valeurs fondamentales que sont la santé humaine et la protection de l'environnement.

Le premier test inhérent au principe de proportionnalité revient à exiger que la mesure nationale soit apte à atteindre l'objectif assigné par son auteur. Or, il arrive que des mesures destinées à protéger l'environnement soient considérées par leurs destinataires comme inadéquates par rapport aux objectifs qu'elles sont censées poursuivre. La Cour de justice a déjà reconnu que les Etats pouvaient décider, en dehors d'un cadre d'harmonisation complet, du niveau de protection qu'ils entendaient assurer pour garantir la protection de la santé et de la vie des personnes (104). Dans cet ordre d'idées, elle a admis que l'incertitude relative aux doses critiques de substances dont la nocivité était connue n'empêchait pas l'Etat membre de recourir à l'article 30 du traité (105). Le principe de précaution devrait à notre avis conforter cette jurisprudence en projetant un éclairage nouveau sur le fondement de l'intervention des pouvoirs publics lorsque le lien de causalité entre le produit ou l'activité suspectée de produire un risque et le dommage éventuel n'est pas clairement établi (106).

Formant l'antichambre du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, la seconde étape du contrôle — mieux connue sous le nom de test de nécessité — implique que l'on compare la mesure litigieuse avec des mesures qui pourraient atteindre le résultat envisagé et que l'on retienne celle qui présente le moins d'inconvénients. Si ce second test occupe une place prépondérante dans le contrôle de proportionnalité, son utilisation est pourtant critiquable dans la mesure où la Cour compare le plus souvent des mesures qui ne présentent pas

(104) C.J.C.E., 30 novembre 1983, *van Bennekom*, C-227/82, *Rec.*, p. 3883, points 36 et 37; 4 juin 1992, *Dubus*, aff. jtes C-13/91 et C-113/91, *Rec.*, p. I-3617, point 13.

(105) Aff. C-227/82, points 36 et 37. En revanche, la référence aux seuls risques potentiels résultant de l'absorption d'additifs en général ne répond pas au principe de proportionnalité lorsque ces mêmes additifs sont autorisés pour la fabrication d'autres produits alimentaires. Cf. C.J.C.E., 12 mars 1987, *Commission c. Allemagne*, aff. 178/84, *Rec.*, p. 1227.

(106) K.-H. LADEUR, « Environmental Constitutional Law », in *European Environmental Law, a Comparative Prospective*, G. WINTER (ed.), Dartmouth, 1996, p. 30.

nécessairement le même degré d'efficacité (107). La mise en balance des inconvénients de la mesure contestée par rapport aux autres mesures concevables présente ainsi le danger de faire prévaloir la mesure la plus raisonnable sur la plus rigoureuse et, ce, au détriment de l'objectif poursuivi. Or, la présence du principe de précaution pourrait précisément indiquer que, malgré le doute qui subsiste, la mesure nationale portant atteinte au principe de libre circulation des marchandises s'avère nécessaire pour atteindre un haut niveau de protection de l'environnement. Dès lors, le principe de précaution pourrait faire prévaloir la mesure nationale litigieuse sur des mesures qui ne présenteraient pas un degré d'efficacité similaire. L'on notera que la Cour de justice a déjà, au niveau de cette seconde étape, examiné le besoin technologique auquel des additifs alimentaires souscrivaient (108). Si le produit qui fait l'objet d'une entrave nationale ne répond à aucun besoin technologique particulier, la Cour de justice rencontrera plus de difficultés à démontrer qu'une mesure alternative s'impose.

Dans l'arrêt *Toolex*, la Cour de justice a estimé qu'une réglementation suédoise interdisant un produit chimique était justifiée en raison du risque pour la santé humaine qui, bien qu'incertain, demeurait sérieux :

« compte tenu des derniers travaux et de la recherche médicale en la matière, mais aussi 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, aucun élément du dossier ne permet à la Cour de constater qu'une réglementation nationale telle que celle en cause au principal va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé ».

Un régime de dérogations individuelles à l'interdiction d'utiliser une substance chimique, s'il est conditionné par le principe de substitution, peut dès lors conforter la nécessité d'adopter la mesure litigieuse (109).

(107) Voy. les critiques que nous avons formulées dans notre ouvrage *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, *op. cit.*, pp. 382-384.

(108) Aff. 178/84 précitée, point 44. Dans ce sens L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRING et C. JACQUET, *op. cit.*, p. 111.

(109) La Cour de justice a ainsi jugé qu'un système de dérogations individuelles et conditionnées à une interdiction générale d'utiliser un produit chimique apparaissait adéquat et proportionné dans la mesure où il permettait d'améliorer la protection des travailleurs tout en tenant compte des exigences de continuité des entreprises. Ce système l'est d'autant plus lorsque l'octroi d'une dérogation est subordonné à la condition de l'absence d'un produit de substitution moins dangereux et à l'obligation pour le requérant de rechercher à l'avenir une solution de rechange moins nocive pour la santé publique et l'environnement (C.J.C.E., 11 juillet 2000,

Connue sous le nom de test de proportionnalité *stricto sensu*, la troisième étape du contrôle va permettre au juge communautaire de confronter la décision litigieuse à ses effets objectifs, c'est-à-dire à ses conséquences effectives sur un référentiel subjectif consistant dans l'intérêt privé à faire circuler ses marchandises. Le principe de proportionnalité ne requiert plus à ce stade la mise en balance des avantages et des inconvénients de la mesure projetée par rapport à d'autres branches de l'alternative mais exige que l'on soupèse le poids respectif de l'objectif poursuivi par la mesure contestée et des intérêts menacés par celle-ci. La pondération n'intervient donc plus au sein de la poursuite de l'objectif mais entre ce dernier et les intérêts qu'il met en cause. Par un mécanisme d'affinement des conflits d'intérêts, le principe de proportionnalité débouche de la sorte sur un conflit de valeurs transformant le juge en un véritable arbitre.

Or, pour procéder correctement à cette mise en balance des intérêts, le juge communautaire devrait prendre connaissance des différents éléments à l'appui et à l'encontre de la mesure nationale litigieuse. Sans en être correctement informé, il ne saurait se faire une idée exacte de l'empiétement excessif de l'intérêt promu par l'Etat membre sur les échanges commerciaux. Cette exigence suppose bien entendu l'existence de règles procédurales au niveau de l'élaboration de l'acte dont l'objectif est précisément de permettre un contrôle ultérieur de proportionnalité. Par ailleurs, le principe de précaution contribue à renforcer un noyau dur qui ne devrait pas céder sous les coups des intérêts antagonistes. Dans certaines circonstances, des valeurs fondamentales sont appelées à revêtir plus de poids que les intérêts économiques. Parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 du traité, la santé et la vie des personnes occupent le premier rang (110). Dans le même ordre d'idées, le futur lointain pour lequel plaide le principe de précaution devrait avoir autant de poids, dans la balance des intérêts, que le présent immédiat. Enfin, lorsqu'il menace de produire l'irréparable, de

Kemikalieinspektionen et Toolex AB, aff. C-473/98, *Rec.*, p. I-5681, points 46 et 47).

(110) C.J.C.E., 10 novembre 1994, *Ortscheit*, C-320/93, *Rec.*, p. I-5243, point 16. C'est donc à juste titre que les organes juridictionnels de la Communauté ont estimé que s'il devait être mis en balance, le maintien de la mesure d'interdiction des exportations de viandes bovines en raison du risque d'infection due à l'encéphalopathie spongiforme bovine devait inévitablement l'emporter sur les intérêts économiques de la Grande-Bretagne qui ne pouvait plus exporter ses marchandises (C.J.C.E., *Grande-Bretagne c. Commission (E.B.S.)*, aff. C-180/96, précité, point 90; T.P.I., *N.F.U.*, T-76/96 R, précité, points 103 et 104.). Le même raisonnement a été tenu par le président du tribunal de première instance dans l'affaire *Alpharma*.

compromettre les facultés naturelles essentielles, le risque devient inacceptable et doit être conjuré.

Le droit dérivé n'est pas non plus à l'abri des divergences de vue en ce qui concerne le niveau de protection contre les risques technologiques. Si la souveraineté des Etats en ce qui concerne ce domaine s'est réduite comme une peau de chagrin au fur et à mesure que l'harmonisation communautaire a progressé, l'harmonisation maximale qui est poursuivie dans le but d'éliminer les entraves aux échanges commerciaux n'est pas sans failles. Au demeurant, le traité d'Amsterdam a élargi les possibilités pour les Etats membres d'adopter ou de maintenir des mesures plus strictes que celles adoptées au niveau communautaire. D'ores et déjà, le principe de précaution semble s'immiscer dans ces nouveaux régimes de dérogation en éclairant d'un jour nouveau la condition liée à l'apport de « *preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail* », laquelle doit être remplie conformément à l'article 95, § 5 du traité par l'Etat membre qui souhaite adopter une mesure plus stricte que celle découlant de la règle d'harmonisation communautaire (111). Dans quatre décisions rendues le 26 octobre 1999 à propos de l'interdiction de l'emploi de la créosote, la Commission européenne a confirmé les mesures nationales proposées à l'aune du principe de précaution (112). En l'espèce, elle a considéré que les mesures visant à réduire la probabilité d'une exposition cutanée prolongée à la créosote étaient justifiées au regard de ce principe. Par contre, les mesures danoises concernant l'emploi des sulfites, nitrites et nitrates dans les denrées alimentaires n'ont pas été admises au regard du principe de proportionnalité

(111) H.G. SEVENSTER, « The Environmental Guarantee after Amsterdam : Does the Emperor Have New Clothes? », *Y.E.E.L.*, 2000, p. 291.

(112) Décision 1999/835/CE du 26 octobre 1999 relative aux dispositions nationales notifiées par le Royaume-Uni concernant la limitation de la mise sur le marché de la créosote, [1999] *JO*, L 329/82, § 110; Décision 1999/833/CE du 26 octobre 1999 relative aux dispositions nationales notifiées par la RFA concernant la limitation de la mise sur le marché de la créosote, [1999] *JO*, L 329/43, § 99; Décision 1999/834/CE du 26 octobre 1999 relative aux dispositions nationales notifiées par la Suède concernant la limitation de la mise sur le marché de la créosote, [1999] *JO*, L 329/63, § 108; Décision 1999/832/CE du 26 octobre 1999 relatives aux dispositions nationales notifiées par les Pays-Bas concernant la limitation de la mise sur le marché de la créosote, [1999], *JO*, L 329/25, § 104. Voy. R. VERHEYEN, « The Environmental Guarantee in European Law and the New Article 95 EC Treaty in Practice — a Critique », *RECIEL*, 1/2000, pp. 180-187.

en ce qu'elles excéderaient ce qui s'avère nécessaire pour atteindre l'objectif de protection de la santé (113).

SECTION III. — L'INCIDENCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX

Du fait qu'il s'adresse aux institutions communautaires, le principe de précaution tel qu'il est inscrit à l'article 174, § 2 du traité ne trouve pas à s'appliquer, de manière autonome, à l'égard des autorités nationales (114), sauf si ces dernières sont tenues de mettre en œuvre une réglementation communautaire qui consacre comme tel le principe. En d'autres mots, les politiques nationales ne sauraient faire l'objet d'un contrôle de légalité au regard du principe de précaution lorsque ce dernier n'est pas expressément consacré dans l'ordre juridique national. Néanmoins, le principe de précaution peut refaire surface dans les ordres juridiques nationaux en raison de l'obligation qui est faite aux organes administratifs et judiciaires nationaux d'interpréter les textes de droit national conformément aux règles communautaires et aux principes qui en découlent.

§ 1^{er}. — L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION LORSQU'IL EST REPRIS EXPLICITEMENT DANS UN TEXTE DE DROIT DÉRIVÉ

Lorsqu'il est repris dans un texte de droit communautaire dérivé, le principe de précaution devrait pouvoir s'appliquer directement aux Etats membres. A la différence du principe du pollueur-payeur qui se trouve consacré dans bon nombre d'actes ayant trait à la gestion des déchets, le principe de précaution n'a été jusqu'à présent que trop rarement proclamé dans le droit communautaire dérivé, même si cette norme découle de manière implicite de certains régimes juridiques. Sous la pression d'une opinion soucieuse de la montée en puissance des risques technologiques, le législateur communautaire se trouvera sans doute incité à proclamer le principe dans les actes de droit dérivé.

(113) Décision 1999/830/CE du 26 octobre 1999 relative aux dispositions nationales notifiées par le Danemark concernant l'emploi des sulfites, nitrites et nitrates dans les denrées alimentaires, [1999] *JO*, L 329/1. Voy. l'aff. C-3/00, *Danemark c. Commission* qui devra être tranchée par la Cour en ce qui concerne la décision par laquelle la Commission a refusé d'approuver les dispositions concernant les additifs alimentaires autres que les colorants et les édulcorants.

(114) Conclusions de l'avocat général M.C.O. LENZ dans l'aff. C-372/92, *Peralta, Rec.*, I-3453, points 33.

A ce titre, la nouvelle directive relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement est le premier acte énonçant de manière explicite le principe.

§ 2. — L'APPLICATION DU PRINCIPE
DE PRÉCAUTION LORSQU'IL DÉCOULE IMPLICITEMENT
D'UN TEXTE DE DROIT DÉRIVÉ

Inscrit à l'article 174, § 2, le principe de précaution devrait projeter un éclairage nouveau sur l'article 10 du traité et, partant, imposer aux autorités nationales lorsqu'elles mettent en œuvre le droit dérivé de se montrer attentives à l'incertitude scientifique (115).

En d'autres mots, même si une directive ou un règlement ne proclame pas expressément le principe de précaution inscrit à l'article 174, les autorités nationales lorsqu'elles transposent et mettent en œuvre les obligations de droit communautaire dérivé doivent prendre en compte ce principe étant donné qu'il conditionne la portée du droit communautaire dérivé (116). De la sorte, le principe de précaution trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national par le biais de l'article 10 du traité, en vertu duquel les exigences de la coopération résultant de l'article 10 s'opposent à ce que les Etats utilisent leurs compétences pour mettre en péril les objectifs prévus par le traité (117).

Ainsi, la Cour de justice a-t-elle reconnu que l'article 4 de la directive 75/442/CEE relative aux déchets qui oblige la Communauté et les Etats membres à prévenir, à réduire et à supprimer, dès l'origine, les sources de pollutions par les déchets met en œuvre, pour le domaine de la gestion des déchets, les principes de précaution et d'action préventive que l'on retrouve à l'article 174 du traité (118). Malgré son caractère général et l'absence d'effet direct qui en découle, la Commission peut invoquer le non-respect d'une telle obligation devant la Cour de justice à l'encontre d'un Etat qui n'aurait pas assuré correctement la gestion des déchets se trouvant sur son territoire (119).

(115) A. DOYLE & T. CARNEY, « Precaution and Prevention : Giving effect to Article 130r Without Direct Effect », *European Environment Law Review*, 1999, n° 8, p. 44.

(116) C.J.C.E., 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, aff. C-14/83, *Rec.*, p. 1891, point 26; 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135, point 8.

(117) Voy. par exemple C.J.C.E., 5 mai 1981, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 804/79, *Rec.*, 1981, 1075, points 28 et 37.

(118) C.J.C.E., 5 octobre 1999, *Paolo Lirussi et Francesca Bizzaro*, aff. jtes C-175/98 et C-177/98, *Rec.*, p. I-6.881, point 51.

(119) C.J.C.E., 9 novembre 1999, *Commission c. Italie*, aff. C-365/97, points 60 et 61.

Cette thèse semble d'ores et déjà corroborée par certaines juridictions qui recourent au principe de précaution en vertu de leur obligation d'interprétation conforme. Dans un arrêt du 28 avril 1997, le président du tribunal de Leeuwarden aux Pays-Bas a invoqué le principe de précaution — déduit en l'occurrence de la directive communautaire sur les habitats qui met en œuvre l'article 174 du traité — pour suspendre l'autorisation de forer de nouveaux puits de gaz dans la mer du Nord au motif que l'auteur de l'étude d'impacts n'était pas parvenu à exclure de manière certaine le risque de dégradation qui en résulterait pour la zone de protection spéciale destinée à protéger les oiseaux sauvages (120).

§ 3. — CONTRÔLE DES PROCÉDURES NATIONALES
PRÉCÉDANT UNE PRISE DE DÉCISION COMMUNAUTAIRE
À L'AUNE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

Il ressort de la jurisprudence *Greenpeace France* que le contrôle par le juge national du respect de la procédure nationale préalable à une prise de décision communautaire devrait permettre à ce dernier de vérifier que les exigences du principe de précaution n'ont pas été méconnues et, partant, n'ont pas altéré l'essence même de la décision communautaire. Au demeurant, le fait que l'ordre juridique national considère que la phase d'instruction préparatoire d'une autorisation communautaire ne soit pas susceptible de faire l'objet d'un recours n'empêche pas les justiciables de s'adresser à leurs juridictions nationales en vue de faire contrôler la régularité de la procédure (121). Lorsqu'est mise en cause la validité d'une décision communautaire autorisant la dissémination des OGM dans le milieu naturel, la protection juridictionnelle garantie par le droit communautaire comporte en effet le droit pour les justiciables de contester, de façon incidente, devant leur juridiction nationale la légalité de cette décision.

Toutefois, le jugement sur le fond sera tributaire de la question préjudicielle en appréciation de la validité de la décision communautaire qui sera posée par la juridiction nationale à la Cour de justice. En effet, dans un tel cas, la Cour est seule compétente pour constater la validité d'un acte communautaire (122).

(120) Pres. Rechtbank Leeuwarden, 28 avril 1997, *M. & R.*, 1997, n° 10, p. 214, obs. BACKES. Cf. notre étude, « L'étendue de la marge de manœuvre dans la transposition des règles communautaires : de nouveaux défis pour le droit public (à propos de la conservation des espaces naturels) », *Revue française de droit administratif*, 16 (3) mai-juin 2000, pp. 611-635.

(121) Conclusions de l'avocat général J. MISCHO, point 103.

(122) C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199, point 20; aff. C-6/99, précitée, point 54.

Alors qu'une irrégularité de nature purement formelle devrait rester sans conséquence au regard de l'obligation de délivrer le consentement de pouvoir disséminer un OGM, une irrégularité qui aurait occulté le risque réel présenté par l'OGM en cause, devrait être sanctionnée « *puisque'elle est alors en relation avec l'application du principe de précaution* » (123). Ceci est particulièrement le cas lorsque le risque occulté au niveau de la procédure nationale n'a pas davantage été examiné au cours de la procédure communautaire ultérieure.

§ 4. — EFFET DIRECT DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION

A défaut de règles de droit communautaire dérivé énonçant expressément ou implicitement le principe de précaution, les juridictions ne peuvent invoquer les principes inscrits à l'article 174, § 2 du traité C.E., dans la mesure où ceux-ci s'adressent uniquement aux seules institutions communautaires. Plusieurs juridictions nationales se sont prononcées dans ce sens. Ainsi, un juge britannique a-t-il jugé que le principe de précaution inscrit dans le traité C.E. ne pouvait s'appliquer tel quel sans être expressément consacré dans son ordre juridique national (124). Le Commissaire du gouvernement, M^{me} M. Denis-Linton a adopté une position similaire dans les conclusions qu'elle avait rendues dans une affaire traitant d'un recours contre un décret autorisant le redémarrage d'un réacteur nucléaire, connu sous le nom de Superphenix. Selon elle, « *les prescriptions qui découlent de ce principe empreint d'un grand bon sens, créent des obligations aux organes de la Communauté dans l'élaboration de la politique commune dans le domaine de l'environnement, mais non aux Etats membres eux-mêmes* » (125).

CONCLUSIONS

En l'espace de quelques années, le principe de précaution est parvenu à occuper une position centrale dans différents pans du droit communautaire. Ainsi s'est-il trouvé tout à la fois consacré par de nouvelles directives, invoqué dans les contentieux commerciaux qui opposent la Communauté aux Etats-unis et appliqué par les juges

(123) Conclusions de l'avocat général J. MISCHO, point 109.

(124) Queen's Bench Division, 3 octobre 1994, *R v. Secretary of State for Trade & Industry, ex parte Duddridge & others*, *J. Env.L.*, vol. 7, n° 2, 1995, p. 237, obs. D. HUGUES.

(125) Conclusions sur C.E. fr., 28 février 1997, WWF-Genève et autres, *Rev. fr. dr. adm.*, 13 (6), nov.-déc. 1997, p. 281.

communautaires dans des litiges allant de la conservation des ressources naturelles à la sécurité alimentaire. Pour nos sociétés qui sont devenues, à bien des égards, des « sociétés du risque », ce principe est appelé à jouer un rôle emblématique. S'il ne convient pas de céder au fantasme sécuritaire en poursuivant le rêve utopique du « risque zéro », il serait irresponsable, en revanche, d'adopter l'attitude du parieur ou, pire encore, celle du cynique. Entre ces deux extrêmes, nos systèmes juridiques se doivent de retrouver le chemin de la prudence. L'on ne saurait voir dans ce nouveau principe un phénomène passager avec lequel il faudrait simplement composer.

D'aucuns voient dans la montée en puissance de ce nouveau principe les symptômes de la dégénérescence de la règle de droit qui *a priori* n'a que faire du verbiage dont la place revient à l'exposé des motifs. La flaccidité n'est en effet pas le propre de la règle juridique qui est là pour commander et non pour conseiller. S'il faut admettre que le principe de précaution bouscule l'orthodoxie juridique, car il y a assurément là du « droit qui parle », ce principe est, comme on l'a vu, loin d'être dépourvu d'effets normatifs. Le fait que les modalités de sa mise en œuvre fassent l'objet de vives controverses entre les tenants d'une certitude scientifique à tous crins et les alarmistes de tout bord, ne l'empêche pas d'ores et déjà d'agir de façon parfois significative sur le cours du droit communautaire en conditionnant le travail du législateur, de l'administrateur comme celui du juge. Bien que doté d'un degré d'abstraction fort accentué et d'un caractère obligatoire moins intense que celui des normes au contenu précis que l'on est susceptible de trouver dans le droit dérivé, le principe de précaution n'est pourtant pas dépourvu de portée normative, même si son incidence sur le contentieux est plus différée (balance des intérêts, atténuation de la charge de la preuve, renforcement des exigences de la motivation des actes administratifs,...). Parce qu'il est inscrit dans des dispositions ayant une portée normative en droit C.E., ce principe revêt les traits propres aux règles au contenu indéterminé. S'il y a assurément du slogan, du manifeste politique dans ce principe, on ne saurait pourtant le réduire à l'arme d'un combat politicien ; il s'agit bel et bien là d'une véritable norme juridique dont l'influence reste toutefois plus différée qu'immédiate. Compris sous cet angle, ce nouveau principe va pouvoir s'affirmer progressivement comme une règle d'application directe et autonome, mais de type spécial, dans des contentieux se rapportant à des décisions publiques prises dans un contexte d'incertitude scientifique.

Propre à un contexte néo ou post-moderne du droit, l'affirmation par touches successives du principe de précaution revêt également en droit communautaire une fonction programmatique. Dans la mesure

où il engage les autorités communautaires sur la voie d'une meilleure intégration de l'incertitude dans leurs processus décisionnels, cette norme devrait s'avérer à terme plus réformatrice que stabilisatrice. En l'énonçant dans le titre XIX, les auteurs du traité ont assurément voulu annoncer aux côtés des normes d'aujourd'hui celles de demain. Porteur de réformes, le principe de précaution devra inciter le législateur communautaire à reconsidérer les procédures d'évaluation des risques en réaction contre les limites démontrées du modèle préventif. Métamorphosée en un *facteur de révélation des incertitudes*, l'évaluation scientifique doit être prise pour ce qu'elle est, c'est-à-dire un outil, un simple outil, à la décision. Aussi le principe de précaution devrait-il servir de fil directeur pour la gestion des risques, sorte de voie royale autour de laquelle les procédures d'évaluation, actuellement dispersées dans une noria de réglementations, pourraient être rassemblées et structurées dans un corps normatif entièrement rénové et placé à la hauteur des défis. Et le besoin de réforme dans ce domaine est réel. Bien qu'ils soient généralement imbriqués les uns dans les autres, les risques écologiques et sanitaires sont généralement appréhendés par des réglementations sectorielles aux accents sensiblement différents, adoptées de manière désordonnée en vue de répondre à des crises ponctuelles ou aux défis de la construction du marché intérieur. Devenu l'apanage des experts, le droit qui en résulte contredit l'idéal démocratique de participation et de transparence de ceux qui entendent protéger l'environnement et la santé humaine.

L'inscription expresse du principe de précaution dans le droit primaire et bientôt dans le droit dérivé devrait dès lors conduire à une application plus souple des exigences généralement posées en termes d'évaluation en vue d'accélérer l'adoption des mesures idoines qui s'imposent pour protéger la santé humaine et l'environnement. Ceci n'ira en tout cas pas sans heurts dans la mesure où les « risques » et, partant, le niveau de protection à atteindre sont perçus fort différemment de part et d'autre de l'Atlantique.

Vilipendé ou célébré, le principe de précaution semble donc être promu à un bel avenir. Mais que l'on y prenne garde de ne pas le galvauder à force d'asséner que des pans entiers du droit communautaire reposent d'ores et déjà sur une approche de précaution. Car, même si des progrès réels ont pu être enregistrés, ce n'est assurément pas le cas. A ce titre, la réforme projetée de la politique des substances chimiques sera le test de la volonté politique d'appréhender sur un autre mode l'incertitude scientifique inhérente aux effets de ces substances.