

DOCUMENT DE REFLEXION DE L'UNICE SUR LE PRINCIPE DE PRECAUTION DANS LE COMMERCE

I. Introduction

L'Organisation mondiale du commerce (OMC) cherche à déterminer, dans le cadre de ses débats, si les obligations OMC sont de nature à compromettre la capacité d'un membre de l'organisation à prendre des décisions fondées sur le principe de précaution et si, de ce fait, les textes de l'OMC devraient ou non être modifiés pour inclure une mention expresse de ce principe. Par ailleurs, des décisions prises en vertu du principe de précaution ont été qualifiées de protectionnisme déguisé.

Le principe de précaution recouvre une manière de gérer les risques en cas d'incertitude scientifique, qui reflète la nécessité de faire preuve de prudence à l'égard de risques potentiellement graves sans avoir à attendre les résultats de recherches scientifiques plus poussées. Ce principe s'applique essentiellement à la législation relative à la protection de l'environnement ou de la santé. La référence la plus largement admise est celle reprise comme principe n° 15 dans la Déclaration de Rio (1992), à savoir:

“Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.”

Le présent document traite une seule question: le principe de précaution doit-il faire l'objet d'une mention expresse dans les textes légaux de l'OMC ? Il complète la **déclaration de l'UNICE sur le principe de précaution** (12 septembre 2000), en développant un des arguments de cette déclaration: *«une application arbitraire et incorrecte du principe de précaution entravera l'innovation, freinera la croissance économique et dressera des obstacles inutiles à la libre circulation des marchandises dans le marché intérieur et le commerce international.»*

II. Postulats

Dans le présent document de réflexion, l'UNICE fonde son analyse sur la communication de la Commission sur le recours au principe de précaution [COM(2000) 1 final du 2 février 2000]. Elle ne commentera pas la communication proprement dite, mais appliquera à un contexte OMC les tests et exigences avancés par la Commission.

L'UNICE prend note de l'objectif de la communication de la Commission, à savoir servir de guide général à l'intention du décideur confronté à des questions législatives complexes ayant des incidences sur l'environnement et/ou la santé humaine, animale ou végétale. Elle accueille favorablement l'intention de la Commission de *contribuer à la mise en place d'un processus décisionnel structuré, appuyé par des données scientifiques et autres informations objectives détaillées. Dans le contexte de l'OMC, ce type de processus facilitera l'analyse de la compatibilité d'une mesure nationale donnée avec les obligations liées à l'OMC.*

Analyse des textes OMC

Les termes "principe de précaution" ne figurent pas explicitement dans les textes de l'OMC. Le préambule cite, entre autres, le développement durable et la protection de l'environnement. Il est plusieurs domaines où l'on pourrait soutenir que l'OMC touche au droit autonome des États à recourir au principe de précaution: article XX du GATT, article XIV du GATS, article 2 de l'accord OTC et articles 2, 3 et 5 de l'accord SPS.

Bien que n'étant pas mentionné expressément, le principe de précaution n'est pas absent des textes légaux de l'OMC. Il trouve une quasi-reconnaissance à l'article 5.7 de l'accord SPS, qui autorise un membre à adopter provisoirement des mesures dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes. D'autres références implicites se retrouvent dans le préambule et à l'article 3.3 de l'accord SPS, ainsi que l'a confirmé l'Organe d'appel dans le cas des hormones. L'accord SPS, par exemple, reconnaît explicitement que les membres de l'OMC ont le droit d'établir un niveau de protection sanitaire plus élevé (c'est-à-dire plus prudent) que celui qu'impliquent les normes internationales existantes. Il exige cependant que ces mesures plus strictes soient scientifiquement justifiées.

Aux termes de l'article 2.2 de l'accord OTC, les règlements techniques ne doivent pas devenir des obstacles non nécessaires au commerce international. Un règlement technique ne doit pas être plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Cette disposition pourrait être interprétée comme "légitimant" une approche "prudente".

L'article XX du GATT est la clause d'exception générale qui autorise les pays à adopter des mesures, par ailleurs incompatibles avec le GATT, qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou des végétaux ou se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables. Le chapeau de cet article précise comment un pays peut ou ne peut pas appliquer ces mesures exceptionnelles: celles-ci ne peuvent constituer ni *"un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié"*, ni *"une restriction déguisée au commerce international"*.

Conclusions préliminaires

Cette première analyse du droit de l'OMC au regard du principe de précaution amène deux conclusions préliminaires.

1. Pour adopter des mesures commerciales au titre de précaution, les membres de l'OMC doivent apporter des justifications. La mesure envisagée doit être "nécessaire" (ou se rapportant à) pour atteindre l'objectif non commercial poursuivi. Une telle nécessité peut être démontrée, par exemple, par une évaluation scientifique complète des risques. En fait, afin d'éviter un protectionnisme déguisé, l'OMC (et surtout l'accord SPS) impose à ses membres de ne pas adopter de mesures en l'absence de certaines indications scientifiques de l'existence d'un risque. Néanmoins, l'OMC ne précise pas le niveau de risque que ses membres seraient tenus d'accepter. Cette décision relève entièrement du domaine souverain du pays membre concerné.
2. En justifiant des mesures nationales prises au titre de précaution, les membres de l'OMC ont à respecter les obligations particulières inscrites dans les textes de l'OMC. Ainsi, si un article d'un accord donné impose d'entreprendre une évaluation des risques (par ex. article 5.1 de l'accord SPS), le non-respect de cette obligation ne peut

être justifié par le recours au principe de précaution. Le principe de précaution n'a nulle prépondérance sur le "droit matériel". Sans pour autant être doté d'un caractère contraignant, le principe de précaution peut néanmoins servir utilement à l'interprétation des principales règles et disciplines de l'OMC.

III. Comment justifier des restrictions commerciales appliquées au titre du principe de précaution dans le cadre d'obligations OMC particulières

Critères de l'OMC

Les diverses dispositions évoquées ci-dessus autorisent les membres de l'OMC à appliquer des restrictions aux échanges dans certaines conditions. Le GATT en établit la base: le traitement national. Un pays peut adopter une mesure de précaution et interdire l'importation de certains produits s'il interdit également la fabrication de ces produits au niveau national. Si un pays adopte une mesure commerciale par ailleurs incompatible avec le GATT, il peut justifier cette mesure en invoquant l'article XX du GATT.

L'accord OTC va plus loin: une mesure nationale couverte par cet accord peut dresser un obstacle non nécessaire au commerce même si elle est appliquée de manière non discriminatoire. L'accord OTC autorise les restrictions commerciales si elles ont un objectif légitime.

L'accord le plus sévère et spécifique est l'accord SPS. Les membres de l'OMC s'engagent à la fois à fonder leurs mesures SPS sur des principes scientifiques et à ne pas maintenir ces mesures en l'absence de preuves scientifiques suffisantes. L'accord SPS autorise des mesures provisoires en cas d'incertitude scientifique.

Un fil rouge relie tous les accords: l'OMC est favorable à la protection des objectifs politiques légitimes, comme la protection de la santé ou de l'environnement, mais craint le protectionnisme déguisé. En principe, les mesures commerciales seront jugées compatibles avec les divers accords si elles sont **nécessaires**, si elles sont les **moins restrictives aux échanges**, si elles sont appliquées de manière à ne constituer ni une **discrimination arbitraire ou injustifiée** ni une **restriction déguisée du commerce international**.

Jurisprudence du GATT

La jurisprudence du GATT (1947) relative à l'article XX donnait du terme "nécessaire" une lecture très restrictive. L'Organe d'appel de l'OMC a ouvert cette interprétation, en reconnaissant que l'article XX doit être replacé dans le contexte des normes du droit international et doit plus particulièrement être interprété selon les règles fixées par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Aux termes de cette convention (article 31.1), *"un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but"*. Dans l'affaire « Tortue/ Crevettes » (shrimp/turtle), l'Organe d'appel a indiqué que l'article XX du GATT doit être lu à la lumière du préambule de l'accord OMC et, plus particulièrement, de l'engagement à l'égard du développement durable, qui est un objectif du système d'échanges multilatéral. Il est donc probable qu'à l'avenir, les obligations liées à l'OMC soient interprétées à la lumière des normes et règles du droit international et de leur évolution (santé, sécurité, environnement). En outre, plusieurs accords internationaux mentionnant expressément le principe de précaution, il ne peut être exclu que la future jurisprudence de l'OMC fasse référence à ces accords dans les interprétations à donner des obligations liées à l'OMC.

Critères de la Commission

La Commission fixe six critères à appliquer aux mesures commerciales prises en vertu du principe de précaution: **proportionnalité, non-discrimination, cohérence, examen des avantages et des charges, examen à la lumière des nouvelles données scientifiques et attribution de la responsabilité de fournir les preuves scientifiques.**

La **proportionnalité** proposée par la Commission va au-delà du test de nécessité du GATT. Elle implique un équilibre entre des objectifs conflictuels, alors qu'un test de nécessité vise "uniquement" à établir si la mesure en cause est nécessaire, ou non, à la réalisation de l'objectif non commercial poursuivi. Néanmoins, en distinguant la "conception générale" d'une mesure de la "manière dont elle est appliquée", l'Organe d'appel pourrait avoir introduit certains éléments de proportionnalité dans sa jurisprudence.

La **non-discrimination** est l'un des piliers fondamentaux du GATT. Les mesures commerciales prises au titre de précaution doivent être appliquées de manière non discriminatoire, c'est-à-dire que des situations comparables ne doivent pas être traitées différemment et que des situations différentes ne doivent pas être traitées de manière identique, à moins qu'il n'existe des raisons objectives de le faire.

La **cohérence** par rapport aux mesures déjà prises dans des situations similaires est une exigence explicite de l'article 5.4 de l'accord SPS, et un élément intrinsèque des tests requis par le GATT et l'accord OTC. Si des mesures restrictives au commerce ne sont pas cohérentes par rapport aux mesures déjà prises dans des situations similaires ou adoptant des méthodes similaires, elles peuvent être réputées dresser un obstacle non nécessaire au commerce international au sens de l'accord OTC, ou constituer une discrimination injustifiée au sens de l'article XX du GATT. Rappelons toutefois que cohérence ne signifie pas uniformité. Un pays peut faire la distinction entre situation et méthode s'il n'y voit pas de similarité.

Les accords SPS (article 5.7) et OTC (article 2.3) imposent la prise en compte des **progrès scientifiques**. De nouvelles preuves scientifiques peuvent donner lieu à l'invalidation d'une mesure restrictive du commerce, ou au contraire la rendre définitive.

L'OMC n'exige pas d'examen des avantages et des charges liés à l'action et à l'absence d'action. Elle est silencieuse également sur la responsabilité de la production des preuves scientifiques.

Conclusion

Si un pays adopte une approche prudente et applique strictement les critères avancés par la Commission dans sa communication, il n'aura aucun problème avec l'OMC, pour autant que la mesure restrictive au commerce qu'il adopte soit provisoire. Cette mesure passera l'examen de conformité à l'OMC.

IV. Dangers du principe de précaution pour le système d'échanges international

L'analyse montre que les membres de l'OMC disposent d'un pouvoir discrétionnaire relativement large quant à l'adoption d'une approche plus stricte ou moins stricte. Il s'inscrit dans leurs prérogatives souveraines d'attacher une priorité faible ou élevée à des questions particulières de santé ou d'environnement. Il n'y a pas d'ingérence du système d'échanges international dans les choix d'une société. Il y a ingérence seulement si les preuves

scientifiques font totalement défaut ou que la mesure commerciale est appliquée d'une manière discriminatoire, en termes généraux.

En termes juridiques, l'application du principe de précaution n'engendre pas de problèmes avec l'OMC. En termes économiques, le droit souverain à établir un niveau très élevé de précaution est source de problèmes, en raison de l'interdépendance économique croissante entre les membres de l'OMC. Ainsi, si la Communauté européenne adopte de la gestion des risques une approche différente de celle des États-Unis, il pourrait ne pas y avoir infraction aux règles de l'OMC, mais le commerce transatlantique pourrait en être gravement restreint. Il est intéressant de noter que les deux accords OTC et SPS abordent cette question avec prudence, en demandant expressément le respect des réglementations et normes internationales (harmonisées) et en présument la compatibilité de ces normes avec l'accord concerné. En outre, les deux accords contiennent des dispositions d'équivalence, qui autorisent les membres à reconnaître comme équivalentes à leurs normes et réglementations nationales celles d'autres nations. A tout le moins entre les membres de l'OMC dont les normes de santé, de sécurité et de protection de l'environnement sont similaires, de profondes différences dans les méthodes de gestion des risques devraient être évitées. Par conséquent, les milieux d'affaires européens appellent les membres de l'OCDE à recourir à toutes les possibilités (à l'OMC, bilatérales ou pluri-latérales) de dégager des stratégies communes de gestion des risques, par la reconnaissance mutuelle, la convergence législative et réglementaire, voire l'harmonisation.

Une interprétation rigide du principe de précaution ne manquera pas de créer un a priori défavorable à la mise au point de nouvelles technologies. Si la plus mince indication scientifique suffit pour décider d'interdire un produit d'emblée, l'industrie ne pourra développer aucune technologie récemment développée. S'il appartient à la société d'accepter les nouvelles technologies, le décideur peut grandement contribuer à établir un mode de décision fondé sur les faits et données scientifiques. Il est intéressant de noter qu'en ce qui concerne les risques inhérents, la société éprouve moins de difficultés à accepter ceux des "anciennes" technologies que ceux des nouvelles.

V. Faut-il une mention expresse du principe de précaution à l'OMC ?

L'OMC fait déjà implicitement référence au principe de précaution. Une utilisation de ce principe en conformité avec les règles de l'OMC n'entraînera pas de jugement négatif de l'OMC. Ces deux points, de fait, ne sont pas nécessairement conflictuels.

Malgré l'appui politique apparemment étendu qu'il rencontre, le principe de précaution déclenche des discussions sans fin chaque fois qu'il est appliqué. Le principal écueil est celui de la multitude d'interprétations qui l'accompagnent. La Commission s'abstient, à juste titre, de tenter une définition globalement applicable du sens et du champ d'application du principe de précaution: l'application de ce principe est par trop diversifiée. La communication doit servir à guider le décideur, en l'aidant à prendre la "bonne" décision. Un instrument de ce type ne peut cependant pas se transformer en une définition générale applicable.

Les milieux d'affaires européens considèrent que l'OMC ne devrait pas chercher à définir ce principe. Toutefois, il est sensé de rechercher les moyens d'appliquer le principe d'une manière adéquate. En fournissant des orientations pour un bon usage du principe de précaution, dans un cadre politiquement transparent, l'OMC pourrait expliquer, par exemple dans un mémorandum explicatif, les possibilités et les limites du principe. Elle contribuerait ainsi à réduire le caractère contentieux de son application.