



HAL
open science

L'impact de l'application ou de l'absence d'application du principe de précaution quant aux préjudices

Patrice Reis

► **To cite this version:**

Patrice Reis. L'impact de l'application ou de l'absence d'application du principe de précaution quant aux préjudices. GDR Droit économique PARIS SORBONNE. le droit au défi de l'économie, PUB, pp.61-79, 2002. halshs-00730885

HAL Id: halshs-00730885

<https://shs.hal.science/halshs-00730885>

Submitted on 28 Nov 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Principe de précaution, barrières non tarifaires et commerce international.
Impact de l'application ou de la non application du principe de précaution
quant aux préjudices.

Patrice Reis.

Maître de conférences en droit privé
CREDECO UMR 6043 CNRS/INRA

Le principe de précaution est une réponse à l'impossibilité de trouver des solutions scientifiques certaines aux questions soulevées par le développement des sciences et des techniques en matière environnementale et en matière de santé¹. La prise en compte du principe de précaution par les décideurs publics et privés va conduire à modifier les conditions de la prise de décision². Effectivement, la notion de précaution invite à prendre en considération l'éventualité de risques dommageables graves et impose, donc, la prise de décisions préalables³. La gravité voire l'irréversibilité des dommages encourus justifie la nécessité de ces décisions préalables fondées sur des risques encore incertains⁴ d'un point de vue scientifique⁵. Ainsi un opérateur économique désirant introduire sur le marché un produit dont l'absence de risques pour la santé ou l'environnement n'est pas avérée doit dans une logique de précaution s'abstenir. En effet, dans une logique de précaution, le doute impose l'abstention plutôt que la permission. Mais il ne doit pas s'agir là d'une abstention stérile, cette période d'abstention doit

¹ L'introduction du principe de précaution dans le droit positif traduit "la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique" voir L. BOY, La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation, *PA n° 4, 1997, p. 4* ; L. BAGHESTANI-PERREY, Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, *D. 1999, chr. p. 457* ; G. J. MARTIN, apparition et définition du principe de précaution, *PA n° spécial relatif au principe de précaution 30/11/2000, p. 7* ; voir aussi A. LAUDON et C. NOUVILLE, Le principe de précaution, le droit de l'environnement et l'OMC, Rapport au Ministère de l'environnement, nov. 1998 ; P. KOURILSKY et G. VINEY, Le principe de précaution, Rapport au premier ministre, 2000.

² G. J. MARTIN, Précaution et évolution du droit, *D. 1995, chr. p. 299*.

³ Par ce caractère anticipatif, l'on constate que le principe de précaution est totalement tourné vers le futur, les mesures de préservation sont prises avant tout dommage et surtout avant toute certitude quant à la réalisation du dommage, voir en ce sens P. MARTIN-BIDOU, Le principe de précaution en droit international de l'environnement, *RGDIP 1999, p. 631 et spéc. p. 633*.

⁴ L'application du principe de précaution dépend du caractère incertain de la survenance du dommage, voir L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRING et C. JACQUET, Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé, *RMUE 1999/1, p. 79 et spéc. p. 90*.

⁵ L'évaluation puis la gestion du risque vont avoir ici une importance primordiale, cf. les études d'impact sur l'environnement dont l'objectif est à la fois d'apprécier l'éventualité de réalisation d'un dommage et d'agir immédiatement en proposant des mesures destinées à éviter voire, le plus souvent, à limiter les conséquences sur l'environnement du projet envisagé ; voir la résolution du conseil de l'UE du 7/12/2000 sur le recours au principe de précaution (G/SPS/GEN 225) et G. CORCELLE, La perspective communautaire du principe de précaution, *RMUE 2001, p. 451*.

conduire les autorités publiques et les acteurs économiques à une réaction. L'abstention doit, par exemple, être mise à profit pour approfondir la connaissance scientifique sur des risques potentiels⁶ et prendre les mesures de préservation adéquates⁷. Le principe de précaution répond ainsi à la définition donnée par le conseil d'Etat dans son rapport public pour 1998, où il est précisé que "*ce nouveau concept se définit par l'obligation pesant sur le décideur public ou privé de s'astreindre à une action ou de s'y refuser en fonction du risque possible*"⁸. La logique de précaution a ainsi pour objet de responsabiliser davantage ceux qui introduisent un risque ou qui sont en mesure d'influer sur cette introduction⁹, la précaution étant une responsabilité des décideurs¹⁰.

L'article premier de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement dite "loi Barnier" définit le principe de précaution comme étant celui selon lequel "*l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable*"¹¹. C'est l'incertitude quant aux conséquences d'un risque qui fait la spécificité du principe de précaution et permet de le distinguer nettement du principe de

⁶ A défaut les décideurs publics ou privés peuvent se voir reprocher cette inertie voir, par exemple, la décision relative aux produits agricoles mettant en cause des restrictions sanitaires japonaises à l'importation de certains produits alors que le Japon n'avait pas entrepris de recherches sur les risques potentiels depuis plus de vingt ans, voir les rapports du groupe spécial du 27/10/1998 (WT/DS76/R) et de l'organe d'appel du 22/2/1999 (WT/DS76/AB/R) dans le litige USA/ Japon relatif aux mesures visant les produits agricoles prises par ce dernier pays, ; C. NOIVILLE, Principe de précaution et OMC, le cas du commerce alimentaire, *JDI 2000*, p. 263 et spéc. p. 278.

⁷ Ces mesures très variées peuvent aller de la simple soumission des activités à un contrôle, à une autorisation préalable de mise sur le marché jusqu'à la suspension voire l'interdiction totale de l'activité. Ainsi, par exemple, pour une suspension de l'importation et de la commercialisation d'un produit la CJCE, dans deux arrêts du 5/5/1998 relatifs à l'ESB, a considéré qu'en raison, d'une part, de l'incertitude quant au caractère suffisant et à l'efficacité des mesures adoptées antérieurement par le Royaume-Uni et par la communauté et, d'autre part, aux risques considérés comme graves pour la santé publique "*la Commission n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation en s'efforçant de confiner la maladie au territoire du Royaume-Uni par l'interdiction des exportations de bovins, viande bovine et produits dérivés en provenance de ce territoire et à destination tant des autres États membres que des pays tiers*", aff. C-157/96 National Farmers Union, *Rec. 1998-5 I-2258 et s.* et C-180-96 Royaume Uni et Irlande c/ Commission des communautés européennes, *Rec. 1998-5, I-2297 et s.*

⁸ *Rapport public du Conseil d'Etat pour 1998*, Jurisprudence et avis de 1997, réflexions sur le droit de la santé, Etudes et documents n° 49, La Documentation française 1998.

⁹ L. BAGHESTANI-PERREY, Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, *D. 1999*, chr. p. 457.

¹⁰ Le principe de précaution étant un principe d'encadrement décisionnel, L. GONZALEZ VAQUE, L. EHRING et C. JACQUET, Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé, *RMUE 1999/1*, p. 79 et spéc. p. 88.

¹¹ *J.O. 3/2/1995*, p. 1840 ; la loi Barnier reprend ici la formulation utilisée dans de nombreux accords internationaux. Relatifs à la protection de l'environnement, voir P. MARTIN-BIDOU, Le principe de précaution en droit international de l'environnement, *RGDIP 1999*, p. 631.

prévention¹². La réalité de l'incertitude concerne aussi le lien de causalité entre l'activité projetée et ses conséquences sur l'environnement et la santé¹³.

L'application ou l'absence d'application du principe de précaution peut conduire à créer une cascade de préjudices. En effet, au-delà des consommateurs victimes d'un risque sanitaire non envisagé et des atteintes à l'environnement, les autorités publiques et les décideurs privés peuvent aussi subir des préjudices du fait de l'application ou de la non application du principe de précaution. Il s'agira, donc, ici pour nous d'analyser l'ensemble des préjudices potentiels du fait de l'application ou de la non application du principe de précaution dans le cadre du commerce international.

A défaut de réaction immédiate, la réalisation du risque, incertain à l'origine, peut conduire à la recherche de responsables afin de réparer un préjudice grave ou irréversible du fait de la non-application du principe de précaution¹⁴ (I). Néanmoins, si la précaution, dans cette première hypothèse, pouvait apparaître comme un rempart contre le déclenchement possible du régime juridique de la responsabilité, l'application du principe de précaution par les autorités publiques risque aussi de créer des préjudices et de permettre la recherche de responsabilités notamment dans les hypothèses où les mesures de précaution seraient considérées comme une forme de protectionnisme déguisé¹⁵, dans le cadre du système commercial multilatéral issu des accords de l'Uruguay round (II).

I) Le préjudice du fait de l'absence d'application du principe de précaution dans le cadre du commerce international.

¹² Le principe de prévention concerne les risques connus dont on peut mesurer les effets éventuels alors que le principe de précaution concerne les risques mal connus et aux conséquences incertaines.

¹³ P. MARTIN-BIDOU, Le principe de précaution en droit international de l'environnement, *RGDIP* 1999, p. 631 et spéc. p. 646.

¹⁴ Dans l'hypothèse où le déclenchement de la précaution aurait été nécessaire, il convient de remarquer que le dommage à craindre est nécessairement "grave et irréversible" selon l'article 1 de la loi du 2/2/1995 d'où le problème de la réparation d'un tel dommage. Le principe 15 de la Déclaration sur l'environnement et le développement de Rio du 13/6/1992 insiste aussi sur cet aspect en précisant toutefois qu'il n'est pas nécessaire que le dommage soit grave et irréversible mais au contraire grave ou irréversible ; ces conditions n'étant pas, ici, cumulatives. En ce sens, voir L. BAGHESTANI-PERREY, Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, *D. 1999, chr. p. 457 et spéc. p. 459*.

¹⁵ Sur ce risque, voir J. M. SIROEN, Sécurité alimentaire ou relent mercantiliste ? *Sociétal* n° 26, septembre 1999, p. 15 et spéc. p. 19 et 20 ; C. NOIVILLE, Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce, le cas du commerce alimentaire, *JDI* 2000, p. 263 ; pour éviter un tel risque certains préconisent l'inscription du principe de précaution dans les accords de l'OMC ; A. LAUDON et C. NOIVILLE, Le principe de précaution, le droit de l'environnement et l'OMC, Rapport au Ministère de l'environnement, nov. 1998 ; P. KOURILSKY et G. VINEY, Le principe de précaution, Rapport au premier ministre, 2000 ; voir aussi B. MARRE, Rapport d'information à l'assemblée nationale du 15/6/2000 sur la réforme de l'organisation mondiale du commerce et son lien avec l'architecture des Nations Unies, spéc. p. 153.

L'absence d'application du principe de précaution en présence de risques potentiels en matière sanitaire ou environnementale est susceptible de causer un préjudice direct aux consommateurs ou à la nature(A). En revanche, il existe aussi un préjudice indirect qui sera celui des décideurs publics et privés. Ces derniers vont, en effet, subir un préjudice du fait de la mise en cause de leurs responsabilités dans les hypothèses où leurs carences fautives dans la mise en place de mesures de précaution seront démontrées (B).

A) Le préjudice direct.

Le préjudice direct recouvre un préjudice individualisé du fait de l'existence d'un sujet de droit victime (1) et un préjudice écologique pur (2).

1) Le préjudice pour le consommateur.

Le préjudice pour le consommateur concerne la réalisation d'un risque sanitaire non envisagé du fait de l'absence d'application du principe de précaution.

Dans une telle situation, il convient, tout d'abord, de procéder à l'évaluation du préjudice subi. Cette évaluation ne devrait pas poser de grandes difficultés dans la mesure où les juges pourront se référer aux solutions dégagées par la jurisprudence en matière de santé. La mise en place éventuelle de barèmes du fait de la multiplication du même type de contentieux devant les tribunaux ne devrait pas, semble-t-il, être totalement exclue.

Une fois, le préjudice évalué se pose alors le problème, bien plus important, de la réparation de ce dernier : qui va, ici, être responsable ? Est-ce le producteur ou importateur ou les seules autorités publiques qui n'ont pas pris de mesures préalables fondées sur le principe de précaution ?

Le principe de précaution vise l'ensemble des acteurs de la vie sociale et non pas les seuls Etats¹⁶. Dès lors, il est possible d'engager soit la responsabilité des décideurs publics soit celle des décideurs privés¹⁷. De plus, il semble que ces deux acteurs pourraient être aussi responsables simultanément en s'appuyant sur la notion de coresponsabilité. Dans un souci de protection de ses intérêts, la victime peut poursuivre l'un des deux responsables de son choix pour la totalité du préjudice, en règle générale le plus solvable, à charge pour le condamné de se retourner contre l'autre partie responsable.

¹⁶ Voir G. J. MARTIN, apparition et définition du principe de précaution, *PA n° spécial relatif au principe de précaution 30/11/2000*, p. 7 et spéc. p. 10 en sens inverse voir F. EWALD, *Le Monde 11/3/2000*.

¹⁷ Ainsi, en matière de sécurité alimentaire il semble bien que "*l'industrie et l'agriculture ont une responsabilité essentielle de même que les autorités publiques*" E. BONINO, *L'union européenne et la sécurité alimentaire*", *RMUE n° 4/1998*, p. 5 et spéc. p. 7.

Néanmoins, pour pouvoir mettre en cause ces décideurs publics ou privés, il convient de s'interroger sur les sources éventuelles d'une telle responsabilité.

Dans des domaines tels que ceux de la santé et de l'environnement, il est possible d'envisager la rétention d'informations ou le défaut de recherches sur des risques potentiels notamment par les opérateurs économiques pour éviter l'application de mesures de précaution comme source de responsabilité.

En droit interne, les devoirs d'informations ainsi que le devoir général de prudence et de diligence sanctionnés par les articles 1382 et 1383 du code civil pourraient être alourdis du fait de l'application du principe de précaution¹⁸. Ainsi, il conviendrait d'envisager comme pesant désormais sur toute entreprise désirant commercialiser un produit pouvant présenter des risques pour l'environnement et la santé "*un devoir de recherche sur les risques mal connus, mais soupçonnés, un devoir de veille et d'alerte, un devoir de suivi des produits mis sur le marché, etc....*"¹⁹. Cette dernière obligation de suivi peut se traduire pour l'opérateur économique en cas de risque de défaillance du produit par des mesures de rappel des produits ou de retrait pur et simple de ces derniers du marché²⁰. En effet, la seule probabilité d'un risque doit conduire l'opérateur économique à davantage de vigilance sous peine de sanctions.

L'introduction du principe de précaution dans le droit de la responsabilité renforce la place de la faute en étendant son champ d'application²¹. En effet, la faute va pouvoir exister même dans l'incertitude dans la mesure où l'irruption du principe de précaution en droit de la responsabilité fait prévaloir le fondement de cette faute sur la notion de risque. L'émergence du principe de

¹⁸ En ce sens voir P. JOURDAIN, principe de précaution et responsabilité civile, *PA* 30/11/2000, p. 51 et spéc. p. 52 et 53 ; G. VINEY, Le point de vue d'un juriste, *PA* 30/11/2000, p. 66 et spéc. p. 68.

¹⁹ G. VINEY, Le point de vue d'un juriste, *PA* 30/11/2000, p. 66 et spéc. p. 70 et 71 ; voir P. JOURDAIN, principe de précaution et responsabilité civile, *PA* 30/11/2000, p. 51 et spéc. p. 52 et 53.

²⁰ Cet aspect de l'obligation de suivi étant déjà consacré en droit positif par la loi du 19/5/1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, en ce sens voir P. JOURDAIN, principe de précaution et responsabilité civile, *PA* 30/11/2000, p. 51 et spéc. p. 53 ; L. n° 98-389, 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *JO* 21 mai 1998, il s'agit là de la loi de transposition très tardive de la directive européenne du 25 juillet 1985 CEE n° 85/374, *JOCE* 7 août 1985, n° L 210 ; directive modifiée par la directive 99/34/CE du 10/5/1998 qui inclut désormais dans le champ de la première directive les produits agricoles, *JOCE* n° L 141 du 4/6/1999 ; X. TESTU et J. B. MOITRY, La responsabilité du fait des produits défectueux, commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998, *D. Aff. supplément* n° 125, 6/7/1998, p 1-18 ; G. RAYMOND, Premières vues sur la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *C.C.C. juin 1998, Chron.* p. 7.

²¹ G. J. MARTIN, Précaution et évolution du droit, *D.* 1995, chr. p. 299 ; L. BAGHESTANI-PERREY, Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, *D.* 1999, chr. p. 457 et spéc. p. 461 ; G. J. MARTIN, principe de précaution et responsabilités, in *les transformations de la régulation juridique, sous la direction de J. CLAM et G. J. MARTIN, LGDJ* 1999, p. 415 et spéc. p. 416 ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, éd. Dalloz 1998, spéc. n° 21.

précaution en matière environnementale et sanitaire contribue ainsi à réaffirmer la fonction préventive de la responsabilité²².

Néanmoins, cette extension de la faute et de la responsabilité ne sauraient être illimitées. En accord avec la définition du principe de précaution, la faute ne devrait pouvoir être retenue "*si l'état des connaissances au moment de la décision ou de son absence ne permettait pas de concevoir une hypothèse sérieuse sur les dangers éventuels*"²³. A contrario, face à un risque suspecté mais encore mal identifié, ne pas agir devient une faute²⁴.

La violation de ces diverses obligations devrait, dès lors, permettre au consommateur d'engager la responsabilité de l'opérateur économique.

Afin de renforcer l'efficacité d'une telle approche, une action collective devrait pouvoir être ouverte au bénéfice d'une association de défense de consommateurs lorsqu'un groupe de consommateurs est victime d'un même préjudice mettant en cause la responsabilité d'un même opérateur économique. Cet aspect pose le problème de l'acceptation par le droit français du système américain des *class action*. La loi du 18 janvier 1992²⁵ a certes prévu un mécanisme "d'action en représentation conjointe" réservé aux seules associations de consommateurs agréées et représentatives sur le plan national mais celui-ci exige des mandats écrits des consommateurs victimes, mandat dont le formalisme est minutieusement réglementé²⁶. Dans la pratique, ce mécanisme rigide est fort peu utilisé, les associations considérant le mécanisme du mandat trop lourd²⁷. Seule une réforme supprimant ce formalisme excessif et paralysant serait à même de permettre par la même occasion une bonne administration de la justice en évitant la répétition des mêmes contentieux mettant en cause un même opérateur économique.

Le préjudice direct individualisé par l'existence d'un sujet de droit victime peut, en fonction du risque, se cumuler à un préjudice collectif : le dommage écologique pur.

2) Le préjudice écologique pur.

²² Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, éd. Dalloz 1998, spéc. n° 21.

²³ J. S. CAYLA, Le principe de précaution, fondement de la sécurité sanitaire, *RD sanit. Soc. Juillet/ septembre 1998*, p. 491 et spéc. p.492.

²⁴ L. BAGHESTANI-PERREY, Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, *D. 1999*, chr. p. 457 et spéc. p. 462.

²⁵ Article L 422-1 à L 422-3 du code de la consommation, cette action en représentation conjointe est susceptible d'être portée devant le juge civil mais aussi devant le juge répressif (art. L 422-2 et 422-3).

²⁶ Les associations de consommateurs doivent recevoir un mandat écrit d'au moins deux consommateurs, ces mandats ne pouvant être sollicités par voie d'appel public télévisé, radiophonique, ni par voie d'affichage ou de tract ni même par voie de lettre personnalisée : article L 421-2, al. 2 du code de la consommation.

²⁷ R. MARTIN, L'action en représentation conjointe, *JCP 1994*, I, 3756 ; L. BORE, l'action en représentation conjointe : *class action* française ou action mort-née ? *D. 1995*, chr. p. 267 ; E. PUTMAN, *Le contentieux économique*, Thémis 1999, spéc. p. 306-307.

Dans l'hypothèse d'un préjudice écologique pur, ce n'est plus l'individu ou un groupe d'individus qui vont être victimes d'un préjudice du fait de l'absence d'application du principe de précaution mais la nature. Il s'agit là de la première difficulté car il y a, ici, absence de sujet de droit victime. La proposition d'un auteur d'analyser ce préjudice en dommage collectif atteignant le "patrimoine commun de la nation" pourrait à terme en droit positif permettre à des associations de défense de l'environnement de demander la réparation de ces préjudices²⁸.

L'évaluation de ce dommage écologique pur soulève aussi des difficultés dans la mesure où il est difficile de saisir et de quantifier un tel préjudice, l'incertitude pouvant parfois peser sur l'étendue du dommage subi du fait des connaissances scientifiques insuffisantes sur les réactions du milieu naturel²⁹. Il convient de souligner l'importance du problème de la réparation de ce préjudice certes grave et, surtout, assez souvent irréversible. La remise en l'état antérieur de l'environnement peut alors se révéler quasiment impossible. Néanmoins si une remise en l'état intégrale est impossible, il convient de ne pas écarter une remise en l'état partielle. Les investissements nécessaires au rétablissement de certains équilibres vont alors pouvoir être pris en compte dans la réparation de ce dommage³⁰.

Ceci explique notamment que la réparation du dommage écologique pur n'est pas explicitement reconnue par notre droit national. Néanmoins, le fait que les dommages puissent dépasser le cadre strict des frontières nationales renforce la nécessité d'une coordination internationale. Ainsi, le principe de la réparation de ce type de dommage est explicitement reconnu en droit international par les articles 2-8 et 2-11 de la Convention de Lugano du 21 avril 1993 relative à la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement³¹. La responsabilité des opérateurs économiques à l'origine d'un dommage écologique pur du fait de la non application du principe de précaution pourrait ainsi être engagée sur ce fondement. Il s'agirait d'une application du principe pollueur-payeur³².

²⁸ G. VINEY, Le préjudice écologique, rapport au Colloque de l'Université de Paris XII sur le préjudice : questions choisies, 12/12/1997, *Resp. Civ. et assur.* 1998, n° spécial 5 bis, p 6 ; P. JOURDAIN, principe de précaution et responsabilité civile, *PA 30/11/2000*, p. 51 et spéc. p. 55.

²⁹ P. JOURDAIN, principe de précaution et responsabilité civile, *PA 30/11/2000*, p. 51 et spéc. p. 55 ; G. VINEY, Le préjudice écologique, rapport au Colloque de l'Université de Paris XII sur le préjudice : questions choisies, 12/12/1997, *Resp. Civ. et assur.* 1998, n° spécial 5 bis, p 6.

³⁰ G. MARTIN et alii, *Le dommage écologique*, rapport P.I.R.E.N.-C.N.R.S., 1989, p. 29.

³¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, Lugano 8 mars 1993, ouverte à la signature le 21 juin 1993, STE n° 150, .

³² Ce principe constitue un des aspects de la politique communautaire dans le domaine de l'environnement telle qu'elle est fixée par l'article 174 du traité d'Amsterdam qui reprend les dispositions déjà introduites par le Traité de Maastricht du 7/2/1992 dans son article 130 R.

La responsabilité des Etats, voire d'organisations internationales telles que l'OMC et son organe de règlement des différends ayant rendu impossible la prise de mesures adéquates pourrait aussi être recherchée.

Une carence fautive pourrait être reprochée par les associations de défense de l'environnement à l'Etat ou aux Etats ayant, par exemple retiré des mesures de précaution du fait de leur condamnation à l'OMC. De même, il semble que les autorités publiques pourront difficilement justifier l'absence de mesure de précaution du fait de leur crainte d'une éventuelle condamnation par l'organe de règlement des différends.

De plus, si une éventuelle condamnation venait à être prononcée, la nécessité d'ouvrir l'accès au marché de produits présentant des risques devrait permettre aussi la mise en cause de l'Etat ou du groupe d'Etat à l'origine de la plainte ayant eu raison de la mesure de précaution. L'Etat condamné à retirer sa mesure de précaution à l'OMC ne serait ainsi plus le seul responsable des conséquences de la suspension de la mesure de précaution.

Cette mise en cause de la responsabilité des autorités étatiques et des opérateurs privés est, par contrecoup, susceptible de causer un préjudice à ces derniers. L'absence d'application du principe de précaution est ainsi susceptible de causer un préjudice indirect.

B) Le préjudice indirect.

Le préjudice indirect du fait de la non application du principe de précaution concerne les autorités publiques (1) et les décideurs privés ou opérateurs économiques (2).

1) Le préjudice pour les autorités publiques.

La responsabilité de l'Etat³³ (a) voire celle personnelle des décideurs publics du fait de l'absence de prise de mesures de précaution adéquates (b) risque de causer à ces acteurs un préjudice, les finances publiques ou le patrimoine des décideurs pouvant alors lourdement atteint du fait de l'importance des dommages et intérêts susceptibles d'être octroyés par les juridictions compétentes.

a) Un préjudice du fait de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat.

L'Etat peut être poursuivi par les victimes directes de l'absence d'application du principe de précaution y compris dans les hypothèses où les mesures de précaution initialement prises

³³ L'actualité nous fournit l'exemple des conséquences sur la santé humaine de l'ESB dite maladie de la vache folle avec les plaintes déposées par les familles des victimes de la maladie de Creutzfeldt Jakob contre X voire contre les Etats en l'occurrence la France et le Royaume-Uni, voir *Le Monde* du 14/11/2000, du 18/11/2000 et du 20/11/2000 ; il s'agissait d'une plainte pour empoisonnement, crime qui relève de la cour d'assise requalifiée par le parquet en plainte pour mise en danger d'autrui et blessure et homicide involontaire qui relève, elle, du tribunal correctionnel et permet donc aux éventuels responsables d'encourir des peines beaucoup moins lourdes, *Le Monde*, 24/12/2000 ; voir aussi N. DE GROOVE-VALDEYRON, Libre circulation et protection de la santé publique : la crise de "la vache folle", *RMC décembre 1996*, p. 759 ; E. BONINO, L'union européenne et la sécurité alimentaire, *RMUE n° 4/1998*, p. 5.

auraient dû être retirées du fait d'une condamnation de ces dernières par l'organe de règlement des différends à l'OMC.

La responsabilité de l'Etat est loin d'être simplement hypothétique comme le démontre l'exemple de l'affaire dite du sang contaminé. A cette occasion le conseil d'Etat dans son arrêt du 9 avril 1993³⁴ avait souligné "qu'il appartenait à l'autorité administrative, informée à la date du 22 novembre 1984, de façon non équivoque³⁵, de l'existence **d'un risque sérieux** de contamination des transfusés et de la possibilité d'y parer par l'utilisation des produits chauffés qui étaient alors disponibles sur le marché international, d'interdire, **sans attendre d'avoir la certitude** que tous les lots de produits dérivés du sang étaient contaminés, la délivrance des produits dangereux, comme elle pouvait le faire par arrêté ministériel ... qu'une telle mesure n'a été prise que par une circulaire dont il n'est pas établi qu'elle ait été diffusée avant le 20 octobre 1985, que cette **carence fautive** de l'administration est **de nature à engager la responsabilité de l'Etat** à raison des contaminations provoquées par des transfusions de produits sanguins pratiquées entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985".

Il semble donc qu'une carence dans l'exercice des prérogatives que confèrent les textes aux autorités publiques pour assurer la protection de la santé ou de l'environnement et notamment l'insuffisance de la réglementation d'une activité susceptible de présenter des risques puisse entraîner leurs responsabilités³⁶.

Face à l'importance des dommages susceptibles d'être occasionnés du fait de la réalisation de risques incertains à l'origine, la mise en cause de la responsabilité de l'Etat pourrait s'avérer particulièrement lourde pour les finances publiques. Un bilan économique du type coûts/avantages serait susceptible d'encourager les autorités publiques à prendre par précaution pour leurs finances publiques les mesures adéquates face à des risques potentiels dont la réalisation permettrait aux victimes d'engager leurs responsabilités.

Néanmoins au-delà de la seule responsabilité de l'Etat, il est possible d'envisager la responsabilité des décideurs publics, cette dernière pouvant se cumuler avec la responsabilité étatique.

b) Le préjudice du fait de la mise en cause de la responsabilité des décideurs publics.

L'inertie éventuelle des décideurs publics pourrait être mise en cause aboutissant ainsi pour ces derniers à voir leur responsabilité engagée. Les décideurs publics pourraient, alors, subir

³⁴ CE ass. 9/4/1993, *Rec. CE*, p. 110, conclusions H. LEGAL ; *D. 1993, Jur. p. 312*, conclusions H. LEGAL ; *D. 1994, somm. p. 63*, obs. P. TERNEYRE et P. BON.

³⁵ Souligné par nous.

³⁶ G. VINEY, *Le point de vue d'un juriste, PA 30/11/2000, p. 66 et spéc. p. 71.*

un préjudice du fait de leur condamnation au paiement de dommages et intérêts aux victimes directes de la non application du principe de précaution.

Ainsi, dans la même affaire dite du sang contaminé, la cour de justice de la République avait considéré dans son arrêt du 17 juillet 1998 que "**le défaut de précaution** par impéritie et **le retard d'intervention** apparus dans le traitement du dossier du dépistage" constituaient "**des fautes d'inattention et de négligence**"³⁷. Au-delà de la mise en cause de la responsabilité des décideurs publics et de l'Etat, la recherche de la responsabilité des opérateurs économiques par les victimes peut aussi causer un préjudice à ces derniers.

2) Le préjudice pour les opérateurs économiques.

En raison du refus de mesures de précaution, les opérateurs économiques peuvent voir aussi mises en cause leurs responsabilités. Le préjudice résultera ici des risques contentieux face à un préjudice direct individualisé ou collectif tel que le dommage écologique pur. L'actualité nous fournit, là encore, un exemple avec les poursuites intentées contre l'opérateur britannique Vodafone aux Etats-Unis par des victimes de tumeurs au cerveau qui rendent les téléphones mobiles responsables de leur maladie alors qu'il n'y a pas de certitude quant à l'origine exacte du préjudice³⁸. Le préjudice pécunier pour l'opérateur économique peut se révéler astronomique et mettre en cause les investissements dans un secteur économique voire la survie de l'entité économique poursuivie. Face à ces coûts importants les opérateurs économiques à l'origine de l'introduction d'un risque peuvent aussi vouloir socialiser les pertes³⁹.

Il convient, aussi, de souligner le risque de préjudice résultant de l'atteinte à l'image de la société ou du groupe sur un marché concurrentiel. En effet, le nom de la société ou de ses marques peut être assimilé, par exemple, à un risque alimentaire et conduire les consommateurs à se détourner des produits proposés par cette firme voire même jeter l'opprobre sur tout un secteur d'activité⁴⁰. L'entreprise ou le groupe mis en cause à l'origine par de simples consommateurs pourra, alors, être confronté à des demandes de réparation de préjudice par des concurrents qui s'estimeraient injustement lésés. Au-delà des concurrents, il convient de ne pas négliger les effets sur l'ensemble d'une filière, les fournisseurs ou les clients de l'opérateur économique pouvant aussi

³⁷ L. BAGHESTANI-PERREY, Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, *D. 1999, chr. p. 457 et spéc. p. 462.*

³⁸ The Times 28/12/2000, Vodafone risque de perdre des milliards de dollars en 2001 du fait de ces procès, la conséquence de cette annonce a été pour cette société une chute prononcée de son cours boursier.

³⁹ Voir, par exemple, les demandes de subventions présentées par la filière agroalimentaire en Europe pour supporter les coûts des tests de l'ESB.

⁴⁰ En ce sens voir le risque sur la filière bovine de l'importation de viandes aux hormones, J.C. BUREAU, E. GOZLAN, S. MARETTE, G. DE FONTGUYON, F. PORIN, le différend entre l'Union Européenne, les Etats-Unis et le Canada sur la viande bovine hormonée, *RCC mai-juin 1999, p. 28 et spéc. p. 30.*

mettre en avant des préjudices tels que la perte de l'accès à un marché du fait du comportement générateur de risques de l'opérateur.

Les risques contentieux avec des concurrents et des fournisseurs sont d'autant plus élevés que les mots d'ordres de boycott des produits de l'opérateur économique voire du secteur par les associations de défense des consommateurs ou de l'environnement ne sont pas à exclure. Il s'agit, ici, de signaux du marché susceptibles d'encourager les firmes par précaution à prendre des décisions préalables fondées sur le principe de précaution face à des risques potentiels graves et irréversibles. Les risques contentieux avec leurs conséquences pécuniaires pour l'opérateur économique peuvent ainsi s'avérer bien plus importants que les bénéfices hypothétiques de l'introduction sur le marché d'un produit susceptible de présenter, à plus ou moins long terme, des risques pour la santé ou l'environnement⁴¹. Certaines firmes n'hésitent pas à investir dans la traçabilité de leurs produits afin de s'assurer que leurs marques, capital précieux, ne seront pas mêlées à un problème qui puisse les déprécier⁴². La responsabilité civile pourrait être dans ces hypothèses préventive car fondée sur le principe de précaution.

La non application du principe de précaution dans le cadre du commerce international peut, donc, créer des préjudices directs ou indirects à un certain nombre d'acteurs de la vie sociale. Ceci ne signifie pas, néanmoins, que l'application du principe de précaution dans le cadre du commerce international ne va pas sans créer de nouveaux préjudices.

II) Le préjudice du fait de l'application du principe de précaution dans le cadre du commerce international.

Ce préjudice va concerner à la fois les opérateurs économiques privés ou publics (A) et les autorités étatiques (B).

A) Le préjudice pour les opérateurs économiques.

Il convient de distinguer deux types d'opérateurs économiques susceptibles d'encourir un préjudice du fait de l'application du principe de précaution : il y a, tout d'abord, ceux qui sont à l'origine du risque (1) et ensuite ceux qui subissent les rétorsions commerciales éventuelles en vertu d'une condamnation des mesures de précaution dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce (2).

⁴¹ L'on retrouve, là encore, un bilan économique du type coûts/avantages.

⁴² Voir, par exemple, la politique du groupe Unilever avec les glaces Miko, Bilan économique et social du Monde, édition 2001, spéc. p. 186.

1) Les opérateurs économiques à l'origine du risque.

Pour les opérateurs économiques à l'origine du risque le premier préjudice identifiable peut, tout d'abord, être celui de l'absence de retour sur investissement d'un produit dont la commercialisation est interdite ou suspendue du fait de l'application du principe de précaution. Ce retour sur investissement peut être particulièrement important et nécessaire pour certains opérateurs en raison des coûts élevés de recherche et de développement du produit, c'est notamment le cas en matière de biotechnologies et d'organismes génétiquement modifiés⁴³. Cette absence de retour sur investissement peut avoir des conséquences néfastes pour une société cotée. L'absence de commercialisation d'un produit ayant créé une expectative de profit important chez les actionnaires peut conduire à une dévalorisation très forte du titre de la société à la cotation, une telle dévalorisation pouvant aller jusqu'à mettre en cause la pérennité de l'activité au sein de la société voire sa propre survie.

De plus, un préjudice commercial peut aussi être subi par l'entreprise du fait de la non-commercialisation d'un produit dont le risque ne s'est pas finalement avéré. Il y a un risque de perte de parts de marché face à la concurrence en raison de la défiance causée au sein de l'opinion publique envers le produit du fait de l'application de mesures de précaution. Ce risque de pertes de parts de marché est particulièrement évident du fait de la libéralisation des échanges dans la mesure où les concurrents peuvent opérer essentiellement sur des marchés d'Etats qui n'ont pas pris les mesures de précaution affectant le marché domestique principal de l'opérateur économique.

Comment dès lors réparer un tel préjudice ? Dans cette hypothèse, la responsabilité des autorités publiques sera-t-elle engagée en cas d'absence avérée de risque pour la santé ou l'environnement du fait d'études complémentaires ? *A priori* l'application du principe de précaution doit justement permettre aux entreprises et aux autorités publiques de réaliser des études plus poussées pendant la période où le produit ne peut être mis sur le marché afin de vérifier l'existence d'un risque. De plus, le déclenchement d'une telle mesure de précaution est soumis à la nécessité d'un doute légitime⁴⁴ quant à l'innocuité du produit. Si les conditions de déclenchement du principe de précaution ont été respectées, aucune mise en cause des autorités publiques ne semble possible⁴⁵. L'application du principe de précaution dans le cadre du commerce international cause, certes, un préjudice à l'opérateur économique à l'origine du risque, mais il est aussi susceptible de causer un

⁴³* C'est notamment le cas du maïs transgénique Starlink mis au point par la firme Aventis, interdit pour la consommation humaine aux Etats-Unis ce qui explique la volonté de cette firme de ne pas voir la commercialisation de ce produit interdite par d'autres Etats notamment lorsque ce produit n'est pas destiné à la consommation humaine.

⁴⁴* Sur la notion de doute légitime, voir G. J. MARTIN, Ecole "éthique économique et sociale" INRA, La Londe-les-Maures, 1999.

⁴⁵* Sur les conditions d'utilisation du principe de précaution, voir la communication de la commission européenne sur le recours au principe de précaution du 2/2/2000, Com 2000, 1.

préjudice à des opérateurs économiques qui subiraient les rétorsions commerciales du fait de la condamnation de la mesure de précaution par les instances de l'organisation mondiale du commerce.

2) Les opérateurs économiques subissant les rétorsions commerciales en vertu du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

Les rétorsions commerciales appliquées en vertu des décisions de l'organe de règlement des différends peuvent causer des "préjudices" à des entreprises ou à des secteurs non parties aux différends. Parfois, les rétorsions commerciales peuvent même s'appliquer à des secteurs issus d'accords de l'OMC autres que celui qui avait été, du fait de sa violation, à l'origine de la condamnation de l'Etat. C'est là le cas, par exemple, des sanctions appliquées dans l'affaire des bananes pour laquelle la décision arbitrale de l'OMC du 24 mars 2000 Communautés européennes contre l'Equateur⁴⁶ affirme que "nous sommes conscients de ce que la suspension de certaines obligations dans le cadre de l'Accord ADPIC⁴⁷ qui est demandée porte au bout du compte atteinte à des droits privés détenus par des personnes physiques ou morales. Il est fort peu probable que ces personnes aient quelque chose à voir avec le fait que les Communautés européennes ne respectent toujours pas intégralement les décisions de l'ORD dans la procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord opposant l'Équateur et les Communautés européennes dans l'affaire *Bananes III*⁴⁸. Il en va de même pour la suspension de concessions ou d'autres obligations dans le cadre du GATT (ou d'autres accords repris dans l'Annexe 1A) ainsi que de l'AGCS". Ceci démontre que les mesures de rétorsions commerciales ne visent qu'à réparer le préjudice subi par l'Etat et à rétablir l'équilibre entre les parties aux accords issus de l'Uruguay Round. En effet, ce sont les Etats qui sont censés être directement sanctionnés par l'application des sanctions commerciales dans la mesure où ce sont ces derniers qui ont consentis les concessions commerciales issues des accords OMC alors que dans la pratique ce sont des opérateurs économiques de l'Etat sanctionné qui subissent les conséquences de ces sanctions. Dans l'affaire de la viande aux hormones⁴⁹, les sanctions appliquées concernent, certes, des produits agricoles mais des produits qui n'ont à aucun moment été en cause au cours du litige comme, par exemple, le roquefort.

⁴⁶ WT/DS27/ARB/ECU du 24 mars 2000 relatif au régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, recours des communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22-6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, voir cette décision sur le site web de l'OMC .

⁴⁷ Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

⁴⁸ Souligné par nous.

⁴⁹ Rapport du groupe spécial du 18/8/1997 et rapport de l'organe d'appel du 16/1/1998 Communautés européennes - mesures concernant les viandes et produits carnés (Hormones), voir le site de l'OMC . voir aussi les obs. de H. RUIZ

Cet état de fait tient au mécanisme de règlement des différends au sein de l'OMC, les sanctions sont autorisées par l'organe de règlement des différends et prises par l'Etat ou les Etats qui s'estimaient lésés par une mesure contraire à un des accords de l'OMC. Ces sanctions prennent la forme d'une suspension des concessions ou d'autres obligations accordées dans le cadre des accords OMC à hauteur du préjudice subi par la partie lésé. Dans le cas où des concessions tarifaires devraient être suspendues, seuls les produits figurant sur une liste de produits jointe à la demande de suspension peuvent faire l'objet de la suspension. Le membre plaignant doit préciser l'accord et le ou les secteurs qui seraient concernés par la suspension des concessions ou d'autres obligations.

L'Etat membre à l'égard duquel les concessions seraient suspendues peut contester le niveau de la suspension proposé et en particulier son équivalence par rapport au niveau du préjudice subi par l'Etat lésé mais il ne peut contester la nature des concessions qu'au titre des articles 22-3 et 22-5 du mémorandum d'accord relatif aux règles et procédures régissant le règlement des différends⁵⁰. Ceci signifie que l'Etat sanctionné ne peut contester le contenu de la liste de sanctions proposés et donc la nature des produits objets des rétorsions commerciales que si l'Etat plaignant ne respecte pas dans ses choix de produits les articles 22-5 et 22-3 du mémorandum d'accord.

Or, dans l'affaire de la viande aux hormones, l'article 22-5 du mémorandum qui précise que l'organe de règlement des différends ne peut autoriser de suspension de concessions ou d'autres obligations si un accord visé interdit une telle suspension, n'était pas applicable. Tout comme ne l'était pas non plus l'article 22-3 du mémorandum qui établit une hiérarchie dans le contenu des demandes de suspensions présentées par le membre lésé. En effet, en vertu de l'article 22-3, l'Etat plaignant doit demander, d'abord, la suspension de concession dans le même secteur ou les mêmes secteurs au sein du même accord⁵¹. Il n'est autorisé à présenter des demandes dans d'autres secteurs du même accord que si les premières demandes ne sont pas possibles ou se révéleraient inefficaces⁵². De plus, une demande de suspension présentée pour un autre accord n'est acceptable selon l'article 22-3 que si les demandes de suspension dans les autres secteurs du

FABRI, *JDI* 1999, p. 454 et spéc. p. 481 ; T. FLORY, chronique du règlement des litiges de l'OMC, *RMC juin* 1999, p. 401 et spéc. p. 405 ; C. NOIVILLE, Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce, le cas du commerce alimentaire, *JDI* 2000, p. 263 ; J. M. SIROEN, Sécurité alimentaire ou relent mercantiliste ? *Sociétal* n° 26, septembre 1999, p. 15 et spéc. p. 17 et s. ; H. RUIZ FABRI, L'appel dans le règlement des différends de l'OMC : trois ans après, quinze rapports plus tard, *Revue générale de droit international public* 1999, p. 47 et spéc. p. 51 ; J.C. BUREAU, E. GOZLAN, S. MARETTE, G. DE FONTGUYON, F. PORIN, le différend entre l'Union Européenne, les Etats-Unis et le Canada sur la viande bovine hormonée, *RCC* mai-juin 1999, p. 28.

⁵⁰ Confirmé dans la décision des arbitres dans l'affaire de la viande aux hormones, WT/DS26/ARB du 16/7/1999 recours des communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22-6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, mesures concernant les viandes et produits carnés (Hormones), voir sur le site de l'OMC : .

⁵¹ Article 22-3 a) du mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

⁵² Article 22-3 b) du mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

même accord ne sont pas là encore possibles ou se révéleraient inefficaces et que si les circonstances sont suffisamment graves⁵³. Dans l'affaire viande aux hormones, le contenu de la sanction ne pouvait être contesté par l'Union européenne dans la mesure où les sanctions demandées par les Etats-Unis concernaient le même secteur au sein du même accord.

Néanmoins, les opérateurs économiques non concernés par la mesure de précaution condamnée par le mécanisme de règlement des différends vont subir les conséquences de cette condamnation. Le préjudice pour ces derniers se traduira par une plus grande difficulté d'accès à un marché extérieur du fait d'un renchérissement des prix sur ce marché⁵⁴. Les conséquences concrètes pour ces opérateurs économiques peuvent être une perte sensible des parts de marché voire une exclusion pure et simple de l'accès à ce marché. Cette exclusion sera d'autant plus probable que le prix du produit en cause aura une importance significative pour les consommateurs potentiels.

Les obstacles rencontrés pour substituer ces pertes de parts de marché peuvent conduire les entreprises les plus fragiles à des difficultés économiques et sociales importantes.

Les entreprises victimes d'un préjudice vont donc, probablement vouloir chercher à engager la responsabilité de l'Etat à l'origine des mesures de précaution condamnées par l'OMC. Une condamnation éventuelle de l'Etat à réparer le préjudice de ces entreprises créerait, donc, en retour un préjudice pour les finances publiques de ce dernier, il s'agira, alors, d'un préjudice indirect pour l'Etat du fait de l'application d'une mesure de précaution⁵⁵.

B) Le préjudice pour les Etats.

Le préjudice peut, ici, concerner les Etats qui s'estiment lésés du fait de l'application du principe de précaution par un autre Etat membre de l'OMC (1). Il peut aussi concerner l'Etat qui met en œuvre des mesures de précaution (2).

1) Le préjudice pour les Etats victimes de l'application du principe de précaution par un membre ou un groupe d'Etats partis aux accords issus de l'Uruguay Round.

Le préjudice commercial résulte, ici, pour l'Etat lésé d'une éventuelle déstabilisation de sa balance du commerce extérieur du fait de la difficulté d'accès à un marché pour ses entreprises⁵⁶. Ce préjudice sera fonction de l'importance dans la balance du commerce extérieur du produit ou

⁵³ Article 22-3 c) du mémorandum d'accord sur le règlement des différends., cela a été le cas dans l'affaire des bananes pour l'Equateur, voir WT/DS27/ARB/ECU du 24 mars 2000 relatif au régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, recours des communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22-6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, voir cette décision sur le site de l'OMC, .

⁵⁴ La suspension des concessions se traduisant souvent par une augmentation importante des droits de douanes perçus par le pays importateur.

⁵⁵ Voir INFRA.

⁵⁶ Le préjudice pour les entreprises est examiné par ailleurs, voir SUPRA.

des produits affectés par la mesure de précaution prise par un autre Etat. Afin d'obtenir la réparation de ce préjudice, l'Etat peut attaquer la mesure de précaution devant l'organe de règlement des différends en contestant sa validité au regard des obligations pesant sur les parties aux accords de l'OMC. L'Etat lésé devra présenter une demande d'autorisation de suspension des concessions indiquant le montant estimé de la réduction des avantages subi par ce dernier en raison des pratiques commerciales de l'Etat ne respectant pas les obligations des accords de l'OMC. Ce préjudice commercial peut, alors, *a priori* être réparé du fait de la condamnation par l'organe de règlement des différends. Cette condamnation sera possible si la mesure de précaution ne peut être justifiée en vertu de l'article 5-7 accord SPS⁵⁷. Ce sera, notamment, le cas si la mesure ne répond pas à une des quatre prescriptions cumulatives auxquelles il convient de satisfaire pour pouvoir adopter et maintenir une mesure SPS provisoire⁵⁸. Dans cette hypothèse, la mesure de précaution sera considérée comme étant une barrière non tarifaire entravant l'accès au marché.

L'organe de règlement des différends dans l'évaluation du préjudice vérifie systématiquement les évaluations qui lui sont proposées par les Etats plaignants et les minore le plus souvent⁵⁹. Pour cela, les groupes spéciaux et l'organe d'appel procèdent eux-mêmes à une appréciation des préjudices subis.

Cette évaluation du préjudice peut, par exemple, prendre en compte l'impact sur le commerce des avions régionaux dans les 5 années à venir⁶⁰ de la livraison d'avions de fabrication brésilienne

⁵⁷ Cet accord autorise l'utilisation du principe de précaution même si le terme n'est pas utilisé dans le corps du texte de cet article 5-7. Ce dernier stipule que "*dans un cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de renseignements pertinents disponibles...*".

⁵⁸ Voir le rapport de l'organe d'appel du 22/2/1999 (WT/DS76/AB/R) de l'OMC de 1998 dans le litige USA/ Japon relatif aux mesures visant les produits agricoles prises par ce dernier pays sur le site . Le paragraphe 89 du rapport de l'organe d'appel énonce les 4 prescriptions cumulatives auxquelles il convient de satisfaire pour pouvoir adopter et maintenir une mesure SPS provisoire relevant de l'article 5-7 de cet accord : la mesure doit être, tout d'abord, imposée relativement à une situation dans laquelle "les informations scientifiques pertinentes sont insuffisantes" et d'autre part adoptée sur la base "des renseignements pertinents disponibles" ensuite "la mesure ne peut être maintenue que si l'Etat s'efforce d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation objective du risque et" enfin "examiner en conséquence la mesure dans un délai raisonnable".

⁵⁹ Dans l'affaire des bananes, la contestation des communautés européennes du niveau de suspension demandée par les USA, 520 millions de dollars US, devant l'OMC a permis de ramener le niveau de la suspension d'avantages à 191,4 millions de dollars, voir les rapports du groupe spécial du 22/5/1997(WT/DS27/R/GTM et WT/DS27/R/HND), de l'organe d'appel du 9/9/1997 (WT/DS27) et de la décision arbitrale du 24 mars 2000 relatif au régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (WT/DS27/ARB/ECU), .

⁶⁰ Il s'agit des 5 années de livraisons à venir des commandes passées à Embraer, fabricant brésilien, pendant que ce dernier bénéficiait du système d'aides à l'exportation et où il a pu ainsi décrocher des commandes plus importantes que celles de Bombardier, fabricant canadien, voir la décision des arbitres du 28/8/2000 sur les sanctions prises par le Canada dans le litige opposant le Canada et le Brésil au sujet du programme brésilien de financement des exportations pour les avions, WT/DS46/ARB, spéc. p. 21 et s., .

ayant bénéficié pour décrocher des commandes de subventions à l'exportation contrairement aux règles issues des accords de l'OMC.

Néanmoins, les sanctions commerciales autorisées dans le cadre du mécanisme de règlement des différends mis en place à l'OMC peuvent ne pas aboutir à une résorption du préjudice commercial pour l'Etat lésé dans la mesure où ces sanctions peuvent porter sur des secteurs économiques différents et ne pas réussir à faire plier l'Etat ou le groupe d'Etats condamnés notamment lorsque ceux-ci ne sont que très modérément affectés par ces sanctions⁶¹ ou que ces dernières ne peuvent être que très difficilement appliquées par les Etats plaignants.

La difficulté pour les Etats les plus fragiles économiquement d'appliquer ces sanctions commerciales a été illustrée récemment dans l'affaire du régime de la communauté européenne applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes. L'Equateur, une des parties plaignantes, n'a pu appliquer de telles sanctions du fait de la fragilité de son économie⁶². Cette possibilité d'absence de sanctions par ce pays avait été reconnue explicitement par l'OMC dans la décision arbitrale CEE/ Equateur du 24 mars 2000⁶³. Cette dernière souligne qu'il se "*pourrait que l'Équateur se trouve dans une situation où il ne serait pas réaliste ou possible pour lui de mettre en œuvre la suspension autorisée par l'organe de règlement des différends pour le montant total correspondant au niveau de l'annulation et de la réduction d'avantages estimée par nous dans tous les secteurs et/ou au titre de tous les accords susmentionnés pris ensemble. Le texte actuel du Mémoire d'accord n'offre pas de solution pour une telle éventualité*".

Dès lors, dans cette hypothèse, la réparation du préjudice subi par l'Etat du fait de l'application d'une mesure de précaution par un autre Etat ne peut être effectuée par le biais des rétorsions commerciales préalablement autorisées en raison de son ineffectivité⁶⁴.

⁶¹ Voir dans le cadre de l'affaire des bananes, l'absence d'ouverture constatée du marché des bananes dans l'Union européenne malgré les sanctions prises par les Etats lésés dans la mesure où le commerce avec ces Etats d'Amérique centrale et du Sud est relativement peu important pour la Communauté européenne alors que pour ces derniers le marché européen est fondamental, sanctions confirmées par la décision arbitrale du 24 mars 2000 relatif au régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, recours des communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22-6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, WT/DS27/ARB/ECU, voir cette décision sur le site de l'OMC, .

⁶² Ce pays traverse une situation de crise économique et politique des plus aigues, pour tenter de la surmonter, il vient même d'engager la dollarisation de son économie en supprimant le 9/9/2000 sa devise nationale : le Sucre, *Le Monde* 4/10/2000 ; B. MARRE, Rapport d'information à l'assemblée nationale du 15/6/2000 sur la réforme de l'organisation mondiale du commerce et son lien avec l'architecture des Nations Unies, spéc. p. 98.

⁶³ WT/DS27/ARB/ECU du 24 mars 2000 relatif au régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, recours des communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22-6 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends, voir cette décision sur le site de l'OMC* _Hlt502458293, * _Hlt502458293.

⁶⁴ Ceci semble démontrer que ce mécanisme d'autorisation des sanctions n'a pas été prévu pour les pays en voie de développement et spécialement les pays les moins avancés, les litiges à l'OMC opposent essentiellement des pays développés, Union européenne et USA en tête, des nouveaux pays industrialisés et des poids lourds du Tiers-monde comme par exemple l'Inde ou le Brésil, ceci explique les critiques systématiques des pays en voie de développement au mécanisme de règlement des différends alors que cette mise en cause par les pays développés n'a

2) Le préjudice pour un Etat ou un groupe d'Etats en raison d'une condamnation à l'OMC de leurs mesures de précaution.

Ce préjudice est à la fois un préjudice commercial pour l'Etat (a) mais aussi potentiellement un préjudice du fait de son éventuelle mise en cause par les entreprises victimes des rétorsions commerciales (b).

a) Un préjudice commercial.

A défaut de justification d'une mesure de précaution, des sanctions commerciales sont possibles par les Etats ayant contesté la mesure de précaution si elles sont autorisées par l'organe de règlement des différends. Pour l'Etat sanctionné, il s'agit là d'un préjudice du fait de l'application d'une norme.

La mise en œuvre de ces rétorsions peut déboucher sur des conflits commerciaux de grande ampleur⁶⁵. Le préjudice commercial de l'Etat ou du groupe d'Etat contre lequel ont été autorisées des mesures de rétorsions commerciales peut se traduire, là aussi, par un impact significatif sur le commerce extérieur voire sur la balance des paiements. D'autres conséquences macro-économiques ne sont pas non plus à négliger telle qu'une correction boursière importante en raison d'un fort déficit commercial, un impact sur la monnaie du pays, sur les finances publiques, la consommation, la croissance. De telles conséquences sont d'autant plus plausibles que l'économie nationale du pays en cause est fragile. Dans cette dernière hypothèse, la mise en œuvre ou la menace de mise en œuvre des sanctions commerciales par l'Etat lésé peut suffire à régler le litige commercial au bénéfice du ou des Etats les plus puissants. La procédure de règlement des litiges au sein de l'OMC peut, dès lors, servir de moyen de pressions destiné à amener les Etats à négocier. Le préjudice encouru du fait de sanctions commerciales peut, en effet, s'avérer bien plus important pour un Etat en voie de développement qu'un renoncement à l'application du principe de précaution⁶⁶.

Comment réparer alors ce préjudice ? Pour qu'il cesse, il suffit *a priori* que l'Etat victime suspende la mesure ou la pratique contestée, les mesures de rétorsions commerciales étant

lieu que quand ces derniers sont condamnés en ce sens voir B. MARRE, Rapport d'information à l'assemblée nationale du 15/6/2000 sur la réforme de l'organisation mondiale du commerce et son lien avec l'architecture des Nations Unies, spéc. p. 87 et 91.

⁶⁵ Comme l'illustre les conséquences du conflit transatlantique relatif aux bœuf aux hormones.

⁶⁶ Sur l'application du principe de précaution par les pays en voie de développement voir par exemple la demande du Cameroun formulée dans le cadre des instances de l'OMC qui précise que "*ces pays, en raison de l'absence ou l'insuffisance de structures d'analyse des risques, devraient avoir la possibilité de prendre des mesures conservatoires en appliquant le principe de précaution quant à l'importation de denrées alimentaires dont la présomption de risques pour la santé humaine, animale et végétale a été prononcée quelque part dans le monde sans avoir obligatoirement à effectuer une analyse préalable des risques*", voir l'intervention du 21/6/2000 au sein du comité des mesures sanitaires et phytosanitaires, G/SPS/GEN/192, .

conçues dans le cadre des accords OMC comme une garantie finale d'exécution des obligations des parties. Néanmoins, il ne s'agit pas là d'une réparation à proprement parler.

L'Etat victime peut-il se retourner contre l'opérateur économique à l'origine du risque et de l'application de mesures de précaution par les autorités publiques ? En cas de réalisation du risque, l'Etat victime peut-il poursuivre l'Etat qui l'a forcé à suspendre ses mesures de précaution par le biais de la pression commerciale issue de l'autorisation de suspension des concessions ? Quel type de réparations peut-il demander : une réparation équivalente à celle des droits de douanes perçues par l'autre partie ou une réparation des conséquences de l'absence d'application du principe de précaution sur la santé et l'environnement ? Il semble que la seconde solution soit bien plus adéquate dans le cadre d'une logique de précaution destinée à responsabiliser les décideurs.

b) Un préjudice du fait de l'application des rétorsions commerciales à des entreprises non concernées par le litige examiné devant les instances de l'OMC.

Ces entreprises peuvent-elles, dès lors, engager la responsabilité de l'Etat ou du groupe d'Etat⁶⁷ ayant pris la mesure de précaution à l'origine des sanctions commerciales ? Il s'agirait là d'une responsabilité du fait de l'application d'une norme juridique. L'application du principe de précaution aurait ainsi directement pour conséquence pour l'Etat une mise en cause au niveau international et indirectement une mise en cause au niveau national. Ainsi les Etats pourraient se faire condamner simultanément au plan interne pour n'avoir pas été assez prudents et au plan international pour l'avoir trop été. En effet, les obligations éventuelles au regard du droit interne ne peuvent justifier le non-respect d'obligations internationales dans la mesure où l'article 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur l'interprétation des traités internationaux dispose qu'une "*partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité*"⁶⁸.

Les autorités publiques mises en cause au niveau national par ces opérateurs économiques pourraient se défendre en tentant d'invoquer l'idée de discriminations dans les sanctions en fonction des produits voire des Etats sanctionnés. Dans l'affaire des hormones, les sanctions prises par les Etats-Unis semblent étonnamment viser certains produits et par-là certains Etats alors que l'autorisation des rétorsions commerciales vise l'ensemble des membres des communautés européennes.

⁶⁷ Il convient de rappeler que la cour de justice des communautés européennes est compétente pour les actions en réparation des dommages éventuellement causés par les communautés ou ses agents.

⁶⁸ Voir en ce sens C. NOIVILLE, Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce, le cas du commerce alimentaire, *JDI 2000*, p. 263 et spéc. p. 297.

Dans ce conflit transatlantique, ces discriminations pourraient être renforcées du fait d'une éventuelle application de la loi américaine du 4 mai 2000 dite "loi Carrousel" qui prévoit un mécanisme de rétorsions commerciales tournantes permettant de frapper l'un après l'autre différents secteurs économiques du ou des pays ayant été condamnés par un panel⁶⁹.

Si la preuve de la discrimination dans les sanctions est apportée, peut-on engager la responsabilité de l'Etat qui prend ces mesures de rétorsions commerciales ? Peut-on faire modifier ces sanctions ? Devant quelle juridiction peut-on contester ? Devant l'OMC, une telle contestation de la part d'opérateurs économiques lésés est impossible en raison de principe de souveraineté des Etats. En effet, le mécanisme de règlement des différends ne permet pas le recours d'un particulier ou d'un groupe de particuliers, seuls les Etats partis aux accords disposent de cette possibilité⁷⁰. Dans la mesure où seule une contestation de la part de l'Etat est possible, l'opérateur économique principale victime des rétorsions commerciales n'a guère intérêt à rechercher la mise en cause de la responsabilité étatique du fait de mesures de précaution ayant conduit à cette condamnation.

Une contestation éventuelle des rétorsions commerciales, une fois le risque à l'origine des mesures de précaution réalisé, est aussi possible et risque plus facilement de permettre la levée de ces sanctions commerciales qu'une preuve de discriminations difficile à rapporter. Néanmoins, cela ne contribuera pas à réparer les préjudices que peuvent subir les consommateurs, entreprises et autorités publiques du fait de la non application d'une mesure de précaution en raison de sa condamnation à l'OMC. Dès lors, le maintien des mesures de précaution en dépit d'une condamnation à l'OMC peut sur la base d'une analyse de type coût/avantages être bien plus intéressante qu'une levée d'une barrière non tarifaire perçue comme un outil protectionniste.

⁶⁹ B. MARRE, Rapport d'information à l'assemblée nationale du 15/6/2000 sur la réforme de l'organisation mondiale du commerce et son lien avec l'architecture des Nations Unies, spéc. p. 99.

⁷⁰ Un tel mécanisme inter étatique semble avoir pour principal intérêt de favoriser des solutions diplomatiques entre Etats B. MARRE, Rapport d'information à l'assemblée nationale du 15/6/2000 sur la réforme de l'organisation mondiale du commerce et son lien avec l'architecture des Nations Unies, spéc. p. 91.