



HAL
open science

Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces

Yann Kerbrat, Sandrine Maljean-Dubois

► To cite this version:

Yann Kerbrat, Sandrine Maljean-Dubois. Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces. Denis Alland; Vincent Chetail; Olivier de Frouville; Jorge E. Vinuales. Unity and diversity of international law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy, Martinus Nijhoff, pp.929-948, 2014, 9789004262386. halshs-01225913

HAL Id: halshs-01225913

<https://shs.hal.science/halshs-01225913v1>

Submitted on 15 Jan 2018

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.

Paru aux Mélanges Pierre-Marie Dupuy (2014)

Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces

par

Yann KERBRAT, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*,

et

Sandrine MALJEAN-DUBOIS, Directrice de recherche au CNRS*.

Les principes énoncés dans la Déclaration de Stockholm de 1972, repris et développés dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, ont à l'évidence joué un rôle majeur dans le développement du droit international de l'environnement au cours des trente dernières années. Quoique leur caractère obligatoire n'ait été reconnu que de manière inégale et partielle, ils ont constitué des repères incontournables lors des négociations pour de nouvelles règles conventionnelles. Ils ont, en outre, essaimé dans la plupart des droits nationaux et influencé, bien que parfois seulement implicitement, les décisions de justice internationale. Le rôle structurant de ces principes a été d'autant plus important que l'évolution normative de la matière a été conduite à un rythme soutenu et de manière quasi-continue¹.

Parmi ces principes, l'un des plus essentiels et des plus emblématiques est certainement le principe de précaution. Etape importante dans l'avènement de ce que d'aucuns ont décrit comme une « *démocratie technique* », pensée comme pouvant permettre une meilleure appréhension des incertitudes générées par les progrès des sciences et des techniques², ce principe a constitué l'une des pièces maîtresses de la Déclaration de Rio. Il est formulé au principe 15 de la manière suivante : « *Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitudes 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* ». Cette proclamation dans la Déclaration de Rio a constitué le point de départ d'un développement large et rapide du principe et de l'approche qui le sous-tend dans nombre d'ordres juridiques

En droit de l'Union européenne, le principe de précaution occupe aujourd'hui une place de choix dans le contentieux des sciences et des techniques. Mentionné dans les traités constitutifs s'agissant de la protection de l'environnement, le principe a été étendu par la jurisprudence au domaine de la santé³. Il a ensuite été considéré dans la jurisprudence comme un principe « *autonome* » ayant valeur de « *principe général du droit communautaire* »⁴. Lorsque les conditions de sa réalisation sont réunies, il justifie en particulier que des restrictions soient apportées à la libre circulation des marchandises et/ou à la liberté du commerce et de l'industrie.

En droit français, le principe de précaution a été introduit par la loi « Barnier » en 1995⁵ puis, dix ans plus tard, élevé au rang de norme constitutionnelle par la Charte de l'environnement dont à l'article 5 stipule : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances*

* Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC), Aix-en-Provence, UMR7318 CNRS-Aix-Marseille Université.

¹ L. Boisson de Chazournes, S. Maljean-Dubois, « Les principes du droit international de l'environnement », fascicule du Juris-classeur *Environnement et développement durable*, n°146-15, et *Droit international*, n°146-15, sept. 2010.

² M. Callon, P. Lascoumes, Yannick Barthe, *Agir dans un monde incertain - Essai sur la démocratie technique*, Seuil, 2001, 358 p.

³ CJUE, 5 mai 1998, *Royaume Uni/Commission*, Aff. C-180/96, Rec. I-2265 et CJUE, 5 mai 1998, *National Farmer's Union*, C-157/96, Rec. I-2211.

⁴ Tribunal de première instance des Communautés européennes, 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals BV contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. T-392/02, Rec. II-04555, §121-122.

⁵ Art. L110-1 Code env.

scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage»⁶. L'exigence de précaution ainsi formulée conditionne directement et immédiatement l'action publique. Le principe commande aux autorités publiques d'agir et non pas – n'en déplaise à ses détracteurs – de s'abstenir. Il les oblige à prendre des mesures d'évaluation des risques, laquelle variera dans sa forme et son contenu en fonction des connaissances existantes ; il les contraint dans certains cas à l'adoption de mesures « *provisoires et proportionnées* » (embargo, retrait du marché, refus d'autorisation, moratoire, etc.) ; il les conduit à organiser et approfondir l'évaluation et la gestion des risques environnementaux et sanitaires, à mettre en place des systèmes d'autorisation de mise sur le marché qui tiennent compte de cette exigence, à établir des mécanismes d'alerte, ou à adapter les procédures de décision par la création d'agences d'évaluation et l'association toujours plus étroite de la société civile. Le principe de précaution est également mobilisé par le juge à l'occasion des contentieux qui lui sont soumis. Le juge s'en est saisi et l'a en particulier consacré comme norme juridique de référence pour l'appréciation de la légalité des actes administratifs.

Dans l'ordre juridique international, hors Union européenne, le principe de précaution s'est largement épanoui dans la sphère conventionnelle. Il est énoncé, notamment, dans la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (art. 3§3), la Convention sur la diversité biologique (préambule) et son Protocole de Cartagena sur la biosécurité (art. 9 et 10), certaines conventions sur l'environnement marin, le Protocole sur l'eau et la santé à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (art. 5), l'Accord international sur l'Escaut (art. 3), le Protocole d'application de la Convention alpine de 1991 dans le domaine des transports (art. 1er), la Convention pour la protection du Rhin (art. 4), ou encore le Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques. Mais malgré cette réitération du principe dans les traités, son statut et, en particulier, son autorité coutumière demeurent contestés. Il est vrai qu'en cette matière, comme le relevait Pierre-Marie Dupuy en 1997 en précisant que cette remarque était particulièrement pertinente pour le principe de précaution, les frontières entre le droit programmatoire et la *lex lata* sont fluctuantes ; « *il est inhérent au processus de formation coutumier de renseigner le plus souvent bien mal les États sur le moment à partir duquel on quitte, à propos de certains énoncés normatifs, le stade des propositions pour aborder celui des prescriptions* »⁷. Or face à ces incertitudes, le juge s'est traditionnellement montré prudent. Mais loin d'être encore stabilisée, la jurisprudence a évolué ces dernières années, d'une attitude d'ignorance, voire de défiance à une « *réceptivité hésitante* »⁸. Par petites touches impressionnistes, le juge international a apporté des éclairages sur la portée juridique du principe de précaution (I) mais aussi sur son contenu et ses implications (II).

I. Éclairages jurisprudentiels sur le statut du principe de précaution

Bien que la Cour de justice de l'Union européenne a fait preuve d'une audace certaine en consacrant le principe de précaution comme principe général du droit communautaire en 1998⁹, elle reste dans l'ensemble hésitante à lui donner un plein effet, y faisant principalement référence

⁶ Charte de l'environnement de 2004, Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 (JO du 2 mars 2005).

⁷ P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement ? », *RGDIP* 1997, p. 889.

⁸ L. Boisson de Chazournes, « Le principe de précaution : nature, contenu et limites », in *Le principe de précaution, aspects de droit international et européen*, Ch. Leben et J. Verhoeven (dir.), ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 87.

⁹ Voir la jurisprudence citée *supra* CJCE, 5 mai 1998, *Royaume Uni/Commission*, Aff C-180/96, Rec. I-2265 et CJCE, 5 mai 1998, *National Farmer's Union*, C-157/96, Rec. I-2211.

en tant que principe interprétatif des règles de l'Union¹⁰. Cette prudence est plus manifeste encore dans la pratique des autres juridictions internationales qui ont davantage tardé à lui reconnaître l'autorité d'une règle de droit.

1. La prudence originelle des juges internationaux

La Cour internationale de Justice a été la première juridiction à vocation universelle à être confrontée au principe de précaution. Elle a, dans un premier temps, éludé la question. Le principe de précaution était invoqué par la Nouvelle-Zélande dans la seconde affaire des *Essais nucléaires* ; il avait alors fourni aux États en différend l'occasion de débattre de sa portée devant la juridiction. Alors que le demandeur y voyait une règle de droit positif, la France considérait, pour sa part, que le statut du principe en droit positif était « *tout à fait incertain* », et que « *le droit international ne connaît pas d'exception écologique en matière probatoire* »¹¹. La Cour n'avait pas alors jugé utile de trancher entre les thèses en présence¹².

Elle ne l'a pas davantage considéré comme nécessaire dans l'affaire du *Barrage sur le Danube*, alors que les Parties s'étaient également opposées à ce sujet dans les pièces de procédure écrite ainsi que lors de la phase orale. De façon relativement progressiste, la Cour a admis dans son arrêt de 1997 qu'un péril s'inscrivant dans le long terme, ce qui est souvent le cas des dommages à l'environnement, puisse justifier l'invocation d'un état de nécessité excluant la responsabilité. Mais de façon restrictive, la Cour constata qu'en l'occurrence la Hongrie ne faisait état que d'incertitudes. Or, elle jugea que « *quelque sérieuses qu'aient été ces incertitudes, elles ne sauraient, à elles seules, établir l'existence objective d'un 'péril' en tant qu'élément constitutif d'un état de nécessité* »¹³. L'état de nécessité n'aurait été opposable qu'à la condition que « *la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en [fût] pas moins certaine et inévitable* »¹⁴. En posant cette exigence de certitude, la CIJ refusait en pratique qu'un état de nécessité écologique puisse être efficacement opposé comme motif d'exclusion de la responsabilité. En effet, et parce que les dommages environnementaux s'inscrivent le plus souvent dans le long terme, ils sont inéluctablement entourés d'une marge d'incertitude¹⁵. Pour autant, ils sont très souvent irréversibles. Or, ce que redoutait la Hongrie était un dommage à long terme (huit à cinquante ans) et en partie tout au moins irréversible et donc irréparable¹⁶.

Pour juger que le péril n'était en l'occurrence pas « *suffisamment certain* », la Cour s'est basée sur un rapport de l'Académie des sciences de Hongrie qui expliquait combien il était difficile d'évaluer les incidences de la construction du barrage de Gabčíkovo sur l'environnement « *en raison de la complexité des processus écologiques ainsi que du manque de données chiffrées et de calculs pertinents* »¹⁷. Le raisonnement des juges était le suivant : les dommages étaient en l'occurrence difficiles à évaluer, donc [in]« *suffisamment certain[s]* » et ne pouvaient donc être pris en compte. La Cour aurait pu en tirer des conséquences toutes autres et prôner en particulier l'abstention. Mais à aucun moment dans son arrêt, elle n'évoque le principe de précaution. En un sens, il est

¹⁰ D. Gabdin, « Principe de précaution et pouvoir discrétionnaire », *Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Apogée, Rennes, 2006, p. 307. A. Alemanno, « Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires », *Recueil Dalloz*, 2007, vol. 22, p. 1527.

¹¹ Ph. Sands, « L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France) : contribution de l'instance au droit international de l'environnement », *RGDIP*, n°2/1997, p. 472, cet auteur citant les plaidoiries françaises devant la Cour.

¹² Deux juges, dans leurs opinions dissidentes, ont toutefois abordé la question. *Ibidem*.

¹³ CIJ, *Projet de barrage sur le Danube dit « Gabčíkovo-Nagyymaros »*, Hongrie/Slovaquie, 25 septembre 1997, *Recueil CIJ* 1997, p. 4, § 54. Cf. Mémoire de la Hongrie, vol. I, § 5.138, Contre-mémoire de la Hongrie, vol. I, § 1.44, plaidoiries de J. Crawford, CR 97/4 (trad.), p. 7 (« *Ce péril était "grave" et "imminent" puisqu'il se serait très probablement concrétisé si le système de barrages tel que prévu en 1989 avait été construit* »).

¹⁴ Arrêt *op. cit.*, § 54.

¹⁵ Cf. M. Rémond-Gouilloud, « À la recherche du futur. La prise en compte du long terme par le droit de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n°1/1992, not. pp. 6-11.

¹⁶ Plaidoirie de P.-M. Dupuy, CR 97/6, p. 69.

¹⁷ Arrêt, § 56. La Hongrie remettait en cause sa fiabilité, jugeant qu'elle avait été réalisée par des scientifiques hongrois dépendants du gouvernement. Cf. K. Gorove, CR 97/3 (trad.) p. 64.

compréhensible que ce principe vraisemblablement à l'époque *in statu nascendi*, aux contours et implications encore mal définis, ait pesé peu de poids face à l'impératif de stabilité des relations juridiques. Par crainte d'abus, la Cour entendait affirmer de strictes conditions de l'état de nécessité, tout comme l'a fait la Commission du droit international dans son projet d'articles sur la responsabilité des États. Mais son raisonnement reposait, ce faisant, sur une conception dépassée du risque qui laissait peu de place à l'incertitude¹⁸. Comme l'a écrit Pierre-Marie Dupuy, la Cour « *est restée fidèle à une vision semble-t-il très restrictive du principe de précaution* »¹⁹.

Quelques semaines plus tard, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui fut confrontée au principe de précaution à l'occasion de l'affaire *Balmer-Schafroth*²⁰. Elle adopta à son tour une attitude très réservée. Alors qu'étaient en cause des risques graves liés à l'utilisation de l'énergie nucléaire, la Cour exigea des requérants qu'ils rapportent, pour établir une violation de la Convention de Rome, la preuve du caractère précis et imminent d'une menace ; ce qui conduisait à alourdir considérablement le fardeau de la preuve²¹. Quoiqu'assouplie depuis l'arrêt *Tatar* (v. *infra*), la jurisprudence est restée constante sur ce point ; un lien ténu ou des répercussions lointaines sont toujours jugés insuffisants pour que soit démontrée une violation d'un droit protégé. En pratique, la responsabilité n'est engagée que si le danger n'est pas seulement potentiel mais avéré, voire que le préjudice est déjà matérialisé. Or, comme l'avait relevé le Juge Pettiti dans son opinion dissidente sous cet arrêt, une telle prudence est contestable en matière environnementale et peut s'avérer dangereuse : « *Faudrait-il attendre que la population subisse les premières irradiations pour pouvoir prétendre à l'exercice d'un recours ?* ».

C'est ensuite le juge de l'OMC qui fut appelé à se prononcer sur le principe de précaution à l'occasion de l'affaire des hormones. Il refusa alors de lui reconnaître l'autorité d'une règle générale qui aurait été de nature à lui donner effet en droit de l'OMC²². Là où les Communautés européennes y voyaient « *une règle coutumière générale du droit international* » ou du moins « *un principe général de droit* » à la lumière duquel les règles du GATT devaient être interprétées, les États-Unis considéraient que le « *principe de précaution* » était tout au plus une « *approche* » ; le Canada considérait de son côté que le principe de précaution ne faisait « *pas encore partie intégrante du droit international public* » mais que le « *concept* » ou l'« *approche de précaution* » était « *un principe de droit naissant* » qui pourrait devenir un jour l'un des « *principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées au sens de l'article 38 1) c) du Statut de la Cour internationale de justice* »²³. Face à des positions si contrastées, l'Organe d'appel adopta une attitude de retrait. Il releva que « *Le statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges. Certains considèrent que le principe de précaution est devenu un principe général du droit international coutumier de l'environnement. La question de savoir s'il est largement admis par les Membres comme principe de droit international coutumier ou général est moins claire. Nous estimons, toutefois, qu'il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position dans le présent appel au sujet de cette question importante, mais abstraite. Nous relevons que le Groupe spécial lui-même n'a pas établi de constatation définitive concernant le statut du principe de précaution dans le droit international et que le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité* ». La position de l'Organe d'appel est ambiguë. Il considère qu'il est « *superflu, et probablement imprudent* » qu'il prenne position sur la question de son autorité en droit international mais prend néanmoins partie en affirmant que le principe « *du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité* » ce qui ne fut pas

¹⁸ G. Martin, « Le concept de risque et la protection de l'environnement : évolution parallèle ou fertilisation croisée », in *Les Hommes et l'environnement*, En hommage à A. Kiss, M. Prieur, ed., Frison Roche, Paris, 1998, p. 458.

¹⁹ P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 890.

²⁰ Arrêt du 26 août 1997, *Balmer-Schafroth et autres c. Suisse*, req. n°22110/93.

²¹ Ph. Frumer, « Protection de l'environnement et droits procéduraires de l'homme : des relations tumultueuses ? », RTDH, 1998, p. 819.

²² *Communautés européennes - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) - Ab-1997-4*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 18 janvier 1998, spéc. §123.

²³ *Ibid.*

sans conséquences dans la mesure où l'objet de l'affaire des hormones était sanitaire et non pas environnemental. Pour étayer son affirmation, l'Organe d'appel s'est en outre référé, dans une note de bas de page, à l'arrêt rendu par la Cour internationale dans l'affaire du barrage sur le Danube. Il releva que quoique de nouvelles normes puissent être nées en droit international de l'environnement de leur réitération dans un nombre élevé d'instrument, la CIJ n'avait pas mentionné le principe de précaution parmi celles-ci ; « [e]lle n'a pas non plus déclaré que ce principe pouvait l'emporter sur les obligations du traité entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie du 16 septembre 1997 relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagyymaros ». Ainsi, le manque d'audace de la Cour dans le champ même de l'environnement confortait la position prudente de l'Organe d'appel dans le champ sanitaire.

Chronologiquement, c'est ensuite devant le Tribunal international du droit de la mer que le principe de précaution a été invoqué, toujours par la partie demanderesse. Les juges se montrèrent plus ouverts. En 1999, tout d'abord, dans les affaires du thon à nageoire bleue, le Tribunal énonça dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires que « *les parties devraient [...] agir avec prudence et précaution et veiller à ce que des mesures de conservation efficaces soient prises dans le but d'empêcher que le stock du thon à nageoire bleue ne subisse des dommages graves* »²⁴. La formule est reprise et développée trois ans plus tard dans l'ordonnance sur les mesures conservatoires dans l'affaire de l'usine Mox ; le TIDM indique cette fois, que « *la prudence et la précaution exigent que l'Irlande et le Royaume-Uni coopèrent (...)* »²⁵. La référence à la précaution fait écho à la première, mais est source désormais d'obligation, ce dont témoigne le passage de « *devraient* » à « *exige* ». Pourtant, dans le même temps, le TIDM rejette la demande irlandaise d'application du principe de précaution et refuse d'ordonner les mesures conservatoires qu'elle demande. L'absence de référence explicite à un *principe* et l'assimilation de la « *prudence* » à la « *précaution* » pouvait, en outre, être interprété comme une manière de refus du Tribunal de consacrer un tel principe. Le TIDM inscrit malgré tout assez clairement ses deux ordonnances dans une *démarche* de précaution²⁶. Il est à noter de ce point de vue que les affaires du thon à nageoire bleue étaient bien davantage marquées par un contexte d'incertitude. Le contexte de l'affaire *Mox* est complètement différent, appelant davantage une approche de prévention que de précaution proprement dite²⁷. Ultérieurement, dans son ordonnance en l'affaire des *Travaux de poldérisation*, le TIDM abandonna la référence à la précaution pour viser la « *circonspection et la prudence* »²⁸.

Les deux affaires *Mox* et *Thon à nageoire bleue* venaient poser la question de la pertinence et de la portée du principe de précaution au stade de l'indication des mesures conservatoires. De ce point de vue, Maurice Kamto a critiqué l'ordonnance rendue dans les affaires du *Thon*, considérant que le TIDM appliquait l'approche de précaution sans trop de précisions, ce « *parti pris le conduisa[n]t inévitablement à s'attaquer, fût-ce indirectement, aux questions de fond* » et à rendre une « *décision provisoire sur le fond* »²⁹. Sur ce point, l'ordonnance de 1999, dont la formule sera reprise en 2001, manquait en effet de clarté et a suscité des lectures contradictoires, y compris au sein du TIDM, les divergences entre les juges expliquant vraisemblablement la formule de compromis. Pour certains, comme le Juge Treves, l'ordonnance de 2001 attestait non pas du rejet du principe de précaution au stade des mesures conservatoires, mais de l'insuffisance des éléments fournis

²⁴ Ordonnance du 27 août 2012, *Affaires du thon à nageoire bleue* (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon), mesures conservatoires, § 77.

²⁵ Ordonnance du 3 décembre 2001, *Affaire de l'usine MOX* (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, § 84.

²⁶ Cf. le §80, « *bien qu'il ne saurait évaluer de manière concluante les éléments de preuve scientifiques qui lui ont été soumis, le Tribunal estime que des mesures conservatoires devraient être prises d'urgence afin de préserver les droits des parties et d'éviter une détérioration plus grande de l'état du stock du thon à nageoire bleue* », ainsi que l'op. ind. du Juge Laing et la décl. coll. des Juges Wolfrum, Caminos, Marotta Rangel, Yankov, Anderson et Eiriksson.

²⁷ M. Kamto, « Regard sur la jurisprudence du Tribunal international de droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004) », *RGDIP*, 2005, p. 823.

²⁸ TIDM, ordonnance du 8 octobre 2003, *Affaire relative aux travaux de poldérisation par Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor* (Malaisie c. Singapour), mesures conservatoires, §99.

²⁹ M. Kamto, « Regard sur la jurisprudence du Tribunal international de droit de la mer depuis son entrée en fonctionnement (1997-2004) », *op. cit.*, p. 801.

par les parties au sujet des risques pour le milieu marin³⁰. Pour d'autres, elle marquait au contraire le rejet implicite du principe de précaution, qui ne pouvait être examiné qu'avec le fond de l'affaire. Selon le Juge Wolfrum, la compétence du Tribunal est, en effet, limitée au stade des mesures conservatoires ; l'organe ne peut procéder à une évaluation des preuves documentaires présentées par les deux parties. En outre, de telles mesures présentent par définition un caractère exceptionnel, alors que l'approche irlandaise les aurait rendues presque automatiques³¹. S'il est incontestable que, dans le cadre de la procédure incidente très particulière des mesures conservatoires, le principe de précaution ne peut jouer qu'à titre très exceptionnel, il nous semble qu'on ne peut pas exclure complètement son application à ce stade, dès lors tout au moins qu'on reconnaît qu'il est inscrit dans le droit positif.

Le principe de précaution fut à nouveau invoqué devant le juge de l'OMC à l'occasion de l'affaire des produits biotechnologiques. Le rapport du Groupe spécial, rendu en septembre 2006, rappelle les conclusions auxquelles avait abouti l'Organe d'appel dans l'affaire des hormones quelques années auparavant³². Le Groupe spécial admit sans difficulté que, s'il s'agissait d'une règle coutumière ou d'un principe général du droit international, le principe de précaution *pourrait* être considéré comme une « *règle de droit international* » au sens de l'article 31§3, c de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et donc *devrait* être pris en compte à ce titre³³. Il remarqua toutefois qu'il n'existait toujours « *aucune décision faisant autorité prise par une cour ou un tribunal international qui reconnaisse le principe de précaution en tant que principe de droit international général ou coutumier* ». Le Groupe spécial cita en note les opinions individuelles des juges Treves et Laing dans les affaires du thon à nageoire bleue devant le TIDM, mais il releva que « *[d]'autres cours et tribunaux, qui se sont récemment trouvés devant cette question, ont évité de se prononcer* » et que « *les précédents judiciaires venant du droit interne sont incertains ou en train d'évoluer* ».

Le principe de précaution a fait ainsi pendant plusieurs années effet de « patate chaude » entre juridictions internationales, qu'elles se sont passées de l'une à l'autre, chacune refusant de statuer sur son autorité au prétexte que les autres ne l'avaient pas davantage fait³⁴.

2. La prise en compte progressive du principe de précaution

En 2009, un premier changement d'ampleur s'est produit avec l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Tatar c. Roumanie. S'appuyant sur la Déclaration de Rio, la Cour énonce d'abord que « *le principe de précaution recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique* »³⁵. Se référant au droit communautaire, elle rappelle ensuite « *l'importance du principe de précaution (consacré pour la première fois par la Déclaration de Rio), qui a vocation à s'appliquer en vue d'assurer un niveau de protection élevée de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement, dans l'ensemble des activités de la Communauté* »³⁶. Elle souligne que son introduction dans le Traité de Rome par le Traité de Maastricht (art. 130 R devenu 191 du TFUE) « *marque, au niveau européen, l'évolution du principe d'une conception philosophique vers une norme juridique* » tandis que « *La Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE ») considère ce principe, à la lumière de l'article 17 § 2, 1^{er} alinéa, CE, comme l'un des fondements de la politique de protection d'un niveau élevé poursuivie par la Communauté dans le domaine de l'environnement* ». La CEDH cite aussi la

³⁰ Op. ind. Juge Treves.

³¹ Op. ind. Juge Wolfrum.

³² OMC, CE - *Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, DS291 et DS 292, États-Unis, Canada, Argentine c. Communautés européennes, rapport du Groupe spécial du 29 septembre 2006, p. 384.

³³ La démarche de l'Organe d'appel reprend la motivation développée dans la décision *Crevettes* pour l'identification des « principes généraux du droit international » et leur prise en compte au titre de l'article 31§3 c). Cf. *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, p. 67.

³⁴ Cf. S. Maljean-Dubois, « Le spectre de l'isolation clinique: quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux? », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2008/2.

³⁵ Affaire *Tatar c. Roumanie*, Requête no 67021/01, arrêt du 27 janvier 2009, §109.

³⁶ *Ibid.*, §120.

jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans son analyse du droit applicable. Elle se réfère plus particulièrement au passage de l'arrêt de la Cour internationale en l'affaire du barrage sur le Danube dans lequel celle-ci « reconnaît (...) la nécessité de se soucier sérieusement de l'environnement et de prendre les mesures de précaution qui s'imposent (...) ». On notera d'ailleurs que la CEDH a pris quelques libertés avec les précédents en employant une citation tronquée. La CIJ reconnaissait que « les Parties s'accordent sur la nécessité de se soucier sérieusement de l'environnement et de prendre les mesures de précaution qui s'imposent »³⁷, ce qui constitue une précision importante lorsqu'on cherche à savoir si elle a reconnu au principe une autorité coutumière.

L'année suivante, en 2010, dans l'affaire des usines de pâte à papier, la Cour internationale de Justice évoque à nouveau la précaution considérant qu'une « approche de précaution » « peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du statut » du fleuve Uruguay³⁸. La décision de la Cour n'informe toutefois pas sur le caractère coutumier du principe. Les deux parties étaient là encore d'accord pour considérer que la Cour devait interpréter le statut selon une approche de précaution, même si elles différaient sur les conséquences que les juges devaient en tirer.

Le 1^{er} février 2011, une seconde étape, plus décisive encore, a été franchie avec l'avis très audacieux de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins³⁹. Appelée notamment à se prononcer sur la question de savoir si les États sont tenus de respecter une approche de précaution lorsqu'ils patronnent une entreprise qui procède à des activités d'exploration ou d'exploitation dans la Zone, y compris hors du champ des deux règlements relatifs à la prospection et l'exploration des nodules polymétalliques et des sulfures polymétalliques qui la mentionnent expressément, la Chambre constate qu'« il est approprié de souligner que l'approche de précaution fait aussi partie intégrante des obligations de diligence requise incombant aux États qui patronnent, laquelle est applicable même en dehors du champ d'application des Règlements relatifs aux nodules et sulfures »⁴⁰. La due diligence étant une obligation coutumière consacrée notamment par la CIJ dans son arrêt usines de pâtes à papier et l'approche de précaution faisant partie de la due diligence, on en déduit que la précaution est obligatoire en tant qu'elle découle d'une règle coutumière. CQFD... La conséquence est évidente : « [l']obligation de diligence requise exige des États qui patronnent de prendre toutes les mesures appropriées afin de prévenir les dommages qui pourraient résulter des activités des contractants qu'ils patronnent », y compris dans les « situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de risques potentiels »⁴¹.

Pour parvenir à cette conclusion, la Chambre s'appuie sur divers éléments qui pris isolément ou même comme un tout ne suffisent pas à prouver le bien-fondé de cette solution mais constituent un faisceau d'indices.

Elle mentionne d'abord l'ordonnance rendue par le TIDM le 27 août 1999 dans les affaires du Thon à nageoire bleue dans laquelle le Tribunal a, comme il a été rappelé plus haut, retenu une approche de précaution sans pourtant s'être référé à un principe qui la sous-tendrait⁴². Cette décision a cependant été prise dans le cadre particulier d'une ordonnance en réponse à une demande d'indication de mesures conservatoires. Or, à ce stade de la procédure la précaution s'impose davantage encore qu'à celui du fond⁴³. En outre, le tribunal s'est par la suite montré très

³⁷ Arrêt précité, §164.

³⁸ Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, §164.

³⁹ TIDM, Avis consultatif du 1er février 2011 Affaire N°17, Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins).

⁴⁰ Ibid., §131.

⁴¹ Ibid.

⁴² TIDM Recueil 1999, p. 274, §77, §79, §80.

⁴³ Voir en ce sens l'opinion individuelle du Juge Treves dans l'affaire du Thon à nageoire bleue : « l'approche de précaution me semble être inhérente à la notion même de mesures conservatoires ».

prudent vis-à-vis du principe de précaution même s'il est vrai que, par-delà les mots, il a invité chaque fois les parties à observer une approche de précaution.

La Chambre se fonde, ensuite, sur le fait qu'il existe une clause type pour les contrats d'exploitation dans le règlement sulfures de 2010 précité selon laquelle « *Le Contractant prend les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin et les autres dangers découlant pour ce milieu de ses activités dans la Zone en appliquant le principe de précaution ainsi que les meilleures pratiques écologiques* » et partant du constat selon lequel « *l'approche de précaution (appelée « principe » dans le texte français de la clause contractuelle type) constitue une des obligations contractuelles des contractants patronnés dont l'Etat qui patronne doit veiller à l'observation* »⁴⁴. Mais là aussi, comme le remarque la Chambre « *Il n'est fait aucune référence à l'approche de précaution dans la disposition parallèle des clauses types correspondantes applicables aux contrats d'exploration dans l'article 5, paragraphe 1, de l'annexe 4 au Règlement relatif aux nodules* », lequel est un texte plus ancien, datant de 2000 et non de 2010. On ne pouvait donc guère *a priori* en extrapoler une obligation plus générale. Pourtant, la Chambre ajoute « *Toutefois, aux termes de l'obligation générale décrite au paragraphe 131, l'Etat qui patronne doit prendre des mesures dans le cadre de son propre système juridique, afin d'obliger les contractants patronnés à adopter une telle approche* ». Là encore, elle est peu convaincante. Son raisonnement est circulaire : elle justifie l'inclusion de l'obligation de précaution dans la *due diligence* par le fait... qu'elle est incluse dans l'obligation de *due diligence*...

En troisième et dernier lieu, la Chambre avance le fait que le principe de précaution est une norme coutumière émergente. Elle « *note que l'approche de précaution a été incorporée dans un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux, dont beaucoup reflètent la formulation du Principe 15 de la Déclaration de Rio. De l'avis de la Chambre, ceci a créé un mouvement qui tend à incorporer cette approche dans le droit international coutumier. Cette tendance est manifestement renforcée par l'inclusion de l'approche de précaution dans les Règlements relatifs aux nodules et aux sulfures et dans la 'clause type' de l'article 5, paragraphe 1, de l'annexe 4 au Règlement relatif aux sulfures. Elle l'est aussi par la déclaration ci-après énoncée au paragraphe 164 de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, où il est précisé qu' 'une approche de précaution ... peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du Statut' (c'est-à-dire le traité bilatéral relatif à la protection de l'environnement dont l'interprétation était le principal sujet de litige entre les parties). Cet énoncé peut être examiné dans le contexte de l'article 31, paragraphe 3, lettre c), de la Convention de Vienne, aux termes duquel l'interprétation d'un traité doit prendre en compte non seulement le contexte, mais aussi 'toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties' »⁴⁵. La référence à l'arrêt de la CIJ était une forme de détournement puisque, comme souligné auparavant, les deux parties étaient d'accord dans cette affaire pour considérer que la Cour devait interpréter le statut selon une approche de précaution. L'accord des parties dispensait la Cour de devoir s'interroger sur le caractère coutumier ou non du principe de précaution. En outre, si la Cour a reconnu qu'une approche de précaution pouvait « *se révéler pertinente* » pour interpréter et appliquer le traité au centre de l'affaire, elle n'en a tiré concrètement aucune conséquence. Enfin, force est de constater qu'une norme coutumière émergente ... n'est pas (encore) une norme coutumière !*

Toujours est-il que l'avis de la Chambre du TIDM marque de ce point de vue une nouvelle étape ; les juridictions internationales appelées à statuer sur le principe de précaution pourront faire fond sur cette reconnaissance et poursuivre le dialogue des juges qui ne fait que débiter en la matière. Les décisions évoquées témoignent de la « *bénévolence* » des juges dans le champ de l'environnement, qui s'inspirent mutuellement les uns des autres⁴⁶. Le pas franchi par la Chambre du TIDM pourrait marquer la fin d'un tabou pour les juridictions internationales. Ce changement pourrait au demeurant être facilité par le fait que la Chambre tient comme synonymes approche et principe de précaution : « *l'approche de précaution (appelée « principe » dans le*

⁴⁴ Avis précité, §133.

⁴⁵ *Ibid.*, p. §135.

⁴⁶ Guy Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : Eloge de la 'bénévolence' des juges », *RJC* 2005, p. 799.

texte français de la clause contractuelle type que l'on vient de citer) constitue une des obligations contractuelles des contractants patronnés dont l'Etat qui patronne doit veiller à l'observation »⁴⁷. La Chambre emploie elle-même indistinctement les deux⁴⁸. La distinction méritait, il est vrai, d'être relativisée. On notera à cet égard que certains instruments, nationaux ou internationaux, se réfèrent au « principe de précaution », d'autres à l'« approche de précaution », la « méthode de précaution » ou encore aux « mesures de précaution ». Certains ont déploré ces flottements sémantiques⁴⁹. En réalité, ces expressions sont généralement choisies à dessein⁵⁰. Ceux qui refusent un caractère coutumier et général au *principe* de précaution peuvent accepter que dans certains cas il soit obligatoire de suivre une *approche* de précaution ou d'adopter des *mesures* de précaution... En pratique, toutefois, la distinction s'avère essentiellement symbolique.

II. Éclairages jurisprudentiels sur le contenu et les implications du principe de précaution

Le caractère très général du principe de précaution n'est pas en soi incompatible avec son application par un juge international, qui grâce à son pouvoir d'interprétation peut en préciser le contenu et les conditions de réalisation. Dans un tel contexte, l'interprétation revêt, il est vrai, les traits d'un acte de volonté dépassant le simple acte de connaissance⁵¹ ; le pouvoir créateur du juge est d'autant plus large que la norme est imprécise. Mais là n'est pas un empêchement à statuer comme le montre par exemple la jurisprudence de la CIJ relative aux principes équitables dans les délimitations maritimes. L'obstacle est tout autre ; il tient au caractère controversé de la formulation même du principe et de ses implications. Pierre-Marie Dupuy relevait en 1997 que « [c]e qui entrave sans doute la consécration définitive du principe de précaution comme norme de droit international général tient à (...) l'absence de définition univoque de son contenu » et donc à « la difficulté qu'il y a à cerner ses implications concrètes et ses répercussions économiques, à définir à vrai dire, dans chaque cas considéré »⁵². Les quinze années qui nous séparent de cette constatation ont vu les juridictions internationales contribuer à éclairer le contenu et les implications du principe de précaution. En quoi leur jurisprudence favorise-t-elle, pour reprendre l'expression de Pierre-Marie Dupuy, la « consécration définitive » du principe de précaution comme norme coutumière ?

1. Quelles obligations pour les États ?

La Cour internationale de Justice n'a pas énoncé de conséquences concrètes du principe de précaution dans l'affaire des usines de pâte à papier, bien qu'elle a reconnu qu'il pouvait être utile pour interpréter et appliquer le traité de 1975⁵³. Le principe de précaution ne serait-il ainsi, pour reprendre l'expression de Vaughan Lowe, qu'une « norme interstitielle » un méta principe participant à la mise en cohérence des autres normes, soit un principe qui n'a pas pour destinataires les sujets de droit, mais peut être mobilisé par le juge dans son interprétation des règles primaires⁵⁴ ? Ce serait réduire le principe « à un outil purement herméneutique à la disposition de l'interprète et conférant à ce dernier une large marge de manœuvre dans l'administration de sa tâche, mais dépourvu

⁴⁷ Avis TIDM précité, §133.

⁴⁸ *Ibid.*, p. §136.

⁴⁹ Conseil national de l'alimentation (France), *Rapport et avis sur le principe de précaution et la responsabilité dans le domaine alimentaire*, 20 septembre 2001, avis n°30, p. 2.

⁵⁰ S. Maljean-Dubois, « Relations entre normes techniques et normes juridiques : illustrations à partir de l'exemple du commerce international des produits biotechnologiques », in *Les enjeux de la normalisation internationale. Entre environnement, santé et commerce international*, E. Brosset et Eve Truilhé-Marengo (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, pp. 199-231.

⁵¹ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *Economica*, 1996, sp. pp. 121 et s.

⁵² P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 889.

⁵³ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, §164.

⁵⁴ V. Lowe, « Sustainable Development and Unstable Agreements » in *International Law and Sustainable Development. Past, Achievements and Future Challenges*, A. Boyle and D. Freestone (dir.), OUP, Oxford, 1999, p. 31.

d'indépendance normative et ne pouvant dès lors venir encadrer, en tant que tel, le comportement des sujets de droit »⁵⁵. Or le principe de précaution a également une vocation prescriptive mais dont (en raison de sa généralité et de son abstraction) le seuil de normativité ne peut être atteint que par une concrétisation ultérieure, et notamment par un processus juridictionnel ou par la définition de règles d'application. C'est ce que la Cour européenne des droits de l'homme semble signifier lorsqu'elle indique que le principe « recommande aux États de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique »⁵⁶. La Cour de justice de l'Union européenne en infère également des conséquences très concrètes lorsqu'elle affirme, par exemple, que le principe « impose » « aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques »⁵⁷. Le principe s'accompagne ainsi d'obligations positives pour les États membres et les institutions de l'Union⁵⁸.

À l'échelle universelle, la voie de la concrétisation du principe de précaution a été également récemment ouverte par la Chambre du Tribunal international du droit de la mer pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins qui, dans son avis de 2011, s'est attachée à en préciser plusieurs conséquences pratiques. La Chambre considère d'abord que l'Autorité sera amenée à reprendre ou développer les dispositions relatives à cette approche dans sa réglementation des activités d'exploitation ou des activités concernant des minéraux de types différents, pour compléter la référence à l'approche de précaution mentionnée dans les deux Règlements s'y référant, qui concerne plus particulièrement les activités prévues par ceux-ci, à savoir la prospection et l'exploration des nodules polymétalliques et des sulfures polymétalliques⁵⁹. La Chambre indique ensuite que, pour les États, le respect d'une approche de précaution s'accompagne de plusieurs obligations positives. L'approche de précaution, en tant qu'elle fait partie de l'obligation de diligence requise, oblige, en premier lieu, chaque Etat à procéder à une évaluation de l'impact potentiel sur l'environnement des activités conduite sous sa juridiction⁶⁰, ce qui suppose qu'il mette en place des procédures et mécanisme d'évaluation adéquats. En second lieu, l'approche de précaution a pour conséquence que les Etats sont tenus d'anticiper les risques même incertains en établissant un cadre législatif et réglementaire qui contraigne non seulement les autorités publiques mais également les personnes privées placées sous leur juridiction à se conformer elles-mêmes à cette approche. Ainsi, s'agissant de l'exploration et de l'exploitation des fonds marins « l'Etat qui patronne doit prendre des mesures dans le cadre de son propre système juridique, afin d'obliger les contractants patronnés à adopter une telle approche »⁶¹. Il y a là une obligation à double détente : l'obligation internationale (de l'État) se répercute par ricochet sur les personnes privées par l'intermédiaire de la réglementation nationale de chaque Etat ; à l'origine verticale, l'obligation se mue ainsi en obligation horizontale applicable y compris dans les relations entre sujets internes.

La Chambre, dans son exégèse du principe de précaution, s'inspire très directement du Principe 15 de la Déclaration de Rio. En effet, l'article 31, paragraphe 2, du Règlement relatif aux nodules et l'article 33, paragraphe 2, du Règlement relatif aux sulfures requièrent tous les deux que l'Autorité et l'Etat qui patronne « appliquent des mesures de précaution, conformément au principe 15 de la Déclaration de Rio » en vue de « protéger efficacement le milieu marin contre les effets nocifs qui pourraient

⁵⁵ A propos du principe de développement durable, V. Barral, *Le développement durable en droit international : essai sur les incidences juridiques d'un concept évolutif*, Thèse European University Institute, mai 2007, p. 234.

⁵⁶ Affaire *Tatar c. Roumanie*, Requête no 67021/01, arrêt du 27 janvier 2009, §109.

⁵⁷ Arrêt Tribunal de première instance des Communautés européennes, *Solvay Pharmaceuticals BV contre Conseil de l'Union européenne*, 21 octobre 2003, précité.

⁵⁸ Résolution NICE conseil européen

⁵⁹ TIDM, Avis précité, §130.

⁶⁰ §142 et 145.

⁶¹ §134.

résulter des activités menées dans la Zone ». Il est de ce point de vue intéressant de voir la force normative⁶² que peut produire la Déclaration de Rio, bien que non obligatoire. C'est ici un instrument obligatoire qui y renvoie et par ce renvoi explicite la proposition normative que contient son principe 15 acquiert un caractère obligatoire.

S'agissant du champ de l'approche de précaution, la Chambre, se référant à plusieurs reprises au principe 15 de la Déclaration Rio, en limite classiquement la portée aux « *risques de dommages graves ou irréversibles* ». Elle précise en outre que les mesures de précaution doivent être appliquées par les Etats « *selon leurs capacités* ». Pour la Chambre, « *la première phrase du principe 15 implique des variations possibles dans l'application de l'approche de précaution au vu des capacités respectives de chaque Etat* »⁶³. Ce critère de la capacité des États a été identifié de longue date comme venant déterminer *a posteriori* dans quelle mesure elle sera applicable, à la différence des autres critères de la précaution (le risque, le dommage et l'incertitude scientifique) qui eux justifient *a priori* l'application de la précaution⁶⁴. Il fait entrer un facteur subjectif dans l'appréciation du principe de précaution, tenant au niveau des connaissances scientifiques et aux capacités techniques de chaque État. Il introduit, ainsi « *une dose de rationalité et de raisonnable* »⁶⁵ inhérente à l'idée même de précaution et nécessaire à sa réalisation. Mais il n'en demeure pas moins que tout État est obligé d'agir quoiqu'à sa mesure. L'obligation s'impose à tous les États mais son contenu est variable en fonction du niveau de développement de chacun. Ainsi résumé, le principe de précaution flirte avec le principe, pourtant bien différent, de prévention, pour son origine commune dans la due diligence, mais également avec le principe des responsabilités communes mais différenciées, dont il se distingue par son caractère contraignant.

2. Quelles implications processuelles ?

D'une manière générale, dans le contentieux international, le « *risque de la preuve* » est réparti. Il repose sur le demandeur ou, pour les exceptions, sur celui qui entend s'en prévaloir selon la règle bien établie *actori incumbit probatio*⁶⁶. Le principe de précaution autorise-t-il une exception ? Impose-t-il un assouplissement – voire un renversement – de la charge de la preuve ? Pierre-Marie Dupuy émettait les plus grands doutes à cet égard en 1997 : « *les incertitudes qui pèsent ainsi sur le contenu même de la notion interdisent en tout état de cause qu'on puisse en inférer le renforcement de la charge de la preuve, au détriment de celui qui, désormais, soutiendrait qu'une activité déterminée serait non substantiellement dommageable à l'environnement* »⁶⁷. Cette affirmation demeure vraie aujourd'hui, quoique le contenu de l'obligation soit devenu moins nébuleux.

La question de l'effet du principe de précaution sur la preuve s'étant posée en pratique, quelques juges internationaux ont à titre individuel, exprimé l'opinion selon laquelle le principe devrait avoir pour effet un renversement de la charge de la preuve au profit du demandeur. Le juge Wolfrum a, par exemple, affirmé dans son opinion individuelle sur l'ordonnance du TIDM du 3 décembre 2001 relative à l'affaire de l'*Usine Mox* qu'« *[i]l n'y a pas d'accord général quant aux conséquences de l'application de ce principe, si ce n'est que la charge de la preuve concernant l'impact possible d'une activité donnée est renversée. Il appartient à l'Etat qui désire entreprendre ou poursuivre une activité particulière de prouver que celle-ci ne causera aucun dommage, et non à l'autre partie de prouver qu'elle en causera* »⁶⁸. Dans le même sens, le juge Zupančič, dans une opinion concordante sous l'arrêt *Băcilă c. Roumanie* de la Cour européenne des droits de l'homme, a souligné que « *le principe de précaution n'a d'autre finalité*

⁶² C. Thibierge, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.

⁶³ TIDM, Avis précité, § 128.

⁶⁴ L. Boisson de Chazournes, « Le principe de précaution : nature, contenu et limites », in *Le principe de précaution, aspects de droit international et européen*, Ch. Leben et J. Verhoeven (dir.), Paris, ed. Panthéon-Assas, 2002, p. 82.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 499.

⁶⁷ P.-M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 890.

⁶⁸ Voir aussi l'opinion du juge Laing sous l'ordonnance rendue le 27 août 1999 par le TIDM dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)* précitée.

qu'un simple renversement de la charge de la preuve. Si la théorie du principe de précaution peut sembler compliquée à beaucoup, elle n'est intrinsèquement rien d'autre du point de vue juridique qu'une présomption réfragable (*presumptio juris*) »⁶⁹.

A ce jour, toutefois, aucune juridiction internationale n'a jamais inféré de telles conséquences du principe ou de l'approche de précaution sur les règles d'administration de la preuve. Au contraire, dans l'affaire de l'Usine Mox, en 2001, le TIDM, bien qu'ayant reconnu la pertinence de l'approche de précaution, n'a pas accepté d'ordonner à titre conservatoire le gel de la construction par le Royaume-Uni d'une usine MOX à Sellafield, au motif que l'Irlande n'avait pas apporté des éléments de preuve suffisants au soutien de sa prétention⁷⁰. Partant, il n'a pas semblé considérer que le principe de précaution pouvait jouer, comme le revendiquait le demandeur, comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve. C'est bien l'Irlande qui a supporté le « *risque du doute* »⁷¹. Parmi les juges, le Juge Szekeli a d'ailleurs exprimé le regret que le Tribunal accorde le « *bénéfice du doute* » au Royaume-Uni⁷². En cohérence avec la pratique de la CIJ et du TIDM, le Tribunal arbitral du droit de la mer saisi sur le fond de cette même affaire, a, de son côté, explicitement considéré que la charge de la preuve reposait sur l'Irlande⁷³. Le Tribunal arbitral constitué sur le fondement de la Convention OSPAR pour connaître d'aspects connexes à cette affaire a adopté une position identique quelques jours plus tard ; elle fut critiquée par l'arbitre Griffith dans une opinion dissidente jointe à la sentence⁷⁴. De son côté, la Cour internationale de Justice a également réfuté la thèse de l'Argentine tendant au renversement du fardeau de la preuve dans l'affaire des usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay⁷⁵. Le juge de l'Union européenne qui tient le principe de précaution pour principe général du droit de l'Union européenne ne l'admet pas davantage⁷⁶, non plus que la Cour européenne des droits de l'homme, qui est pourtant une des rares juridictions internationales à avoir déduit du principe de précaution des obligations positives à la charge des États⁷⁷.

Une évolution est-elle encore envisageable ou même souhaitable ? D'un point de vue rationnel, tout d'abord, il faut dire, avec Philippe Weckel, que « [*p*]résumé (...) comme un mécanisme de renversement de la charge de la preuve jouant automatiquement, le principe de précaution ne serait pas admissible »⁷⁸. La preuve de l'absence de risque étant, en cas d'incertitude scientifique, plus difficile à rapporter que celle de son existence, l'imposer de manière aussi systématique pourrait conduire, *probatio diabolica*, « à l'attentisme et au blocage du progrès technologique, tout en cristallisant les oppositions à la mise en œuvre du régime de précaution »⁷⁹. Un tel résultat ne ferait que jeter un peu plus la suspicion sur un principe déjà controversé. Il pourrait même se retourner contre l'objectif du développement durable, qui suppose, à l'inverse, de concilier approche de prudence et développement économique⁸⁰. Pourtant, si le principe de précaution ne peut conduire à un renversement systématique de la charge de la preuve, ne pourrait-il voire devrait-il justifier, en revanche, une

⁶⁹ Arrêt du 30 mars 2010, req. n° 19234/04, §. 4 de l'opinion.

⁷⁰ Ordonnance du 3 décembre 2001, affaire de l'Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni), précitée, §§. 53-55.

⁷¹ C. Santulli, *Droit du contentieux international*, op. cit., p. 502.

⁷² Voir son opinion individuelle.

⁷³ Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and Article 1 of Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the Dispute Concerning the MOX Plant, International Movements of Radioactive Materials, and the Protection of the Marine Environment of the Irish Sea, The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom), Order n°3, Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits, and Request for Further Provisional Measures, 24 June 2003, consulté disponible sur <http://www.pca-cpa.org/>, §41.

⁷⁴ Sentence arbitrale du 2 juillet 2003, Voir § 72 ss., p. 86.

⁷⁵ Arrêt précité, § 160-164.

⁷⁶ Cf. TPICE, 11 sept. 2002, *Pfizer Animal Health SA*, aff. T-13/99, Rec. p. II, p. 3305, §§ 136-148 et 164-173.

⁷⁷ Cf. *Tătar c. Roumanie*, 27 janvier 2009, n° 67021/01, §. 105.

⁷⁸ « Les premières applications de l'article 290 de la convention sur le droit de la mer relatif à la prescription de mesures conservatoires », *RGDIP*, 2005, n°4, p. 829.

⁷⁹ J. Cazala, *Le principe de précaution en droit international*, op. cit., p. 417.

⁸⁰ Cf. à cet égard, la plaidoirie de Stephen McCaffrey, doc. CR/2009/22, p. 33 et s.

meilleure répartition du fardeau entre les États parties à une instance internationale⁸¹ ? Rien n'empêche par ailleurs certaines conventions d'organiser dans leur champ d'application un renversement de la charge de la preuve⁸². D'un point de vue pratique, ensuite, le besoin d'une évolution du droit processuel vers un renversement de la charge de la preuve se fait nettement moins sentir aujourd'hui en raison du développement des obligations positives qui pèsent désormais sur les États pour la réalisation du principe de précaution. Si l'on suit l'avis du TIDM, l'attitude de précaution fait partie des obligations de diligence due et s'accompagne en conséquence, de même que le principe de prévention, d'obligations de faire pour les États : la preuve est en conséquence allégée. Non pas dans la charge à proprement dite, mais dans ce qu'il appartient au plaignant de prouver : preuve doit être rapportée non pas de l'existence d'un risque mais que l'État n'a pas mis en place le cadre législatif et réglementaire qui lui aurait permis d'être averti de celui-ci, d'en mesurer la probabilité et la gravité, et de prendre les mesures destinées à éviter qu'il se réalise. La preuve d'un tel manquement ne présente pas de difficulté particulière.

Même s'ils n'ont pas entièrement levé le voile sur ce principe quelque peu rétif à la systématisation, les juridictions internationales ont en définitive, par une forme de dialogue constructif, progressivement éclairé le principe de précaution, qu'il s'agisse de son autorité ou de son contenu et de ses implications. Sa nature complexe et composite continue certes de soulever des difficultés⁸³. Mais, dans des sociétés marquées par le caractère continu de l'innovation technique, sa « *réception (...) dans le droit positif semble tout à fait irrésistible* »⁸⁴. Les juges sont appelés à jouer un rôle important dans le développement normatif de cette norme à « *texture ouverte* »⁸⁵. Dans un tel contexte, le dialogue – ou tout au moins la bénévolence – des juges a et peut encore être d'un grand secours, y compris entre juges internationaux, juges de l'Union européenne et juges nationaux, dont les rencontres avec le principe de précaution sont de plus en plus fréquentes et dont, par conséquent, la jurisprudence s'enrichit mutuellement et se stabilise de conserve.

⁸¹ Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, « La Cour internationale de justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* », *RGDIP*, 2011, pp. 39-75.

⁸² L. Boisson de Chazournes, « Le principe de précaution : nature, contenu et limites », in *Le principe de précaution, aspects de droit international et européen*, Ch. Leben et J. Verhoeven (dir.), ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 90.rffr

⁸³ L. Boisson de Chazournes, « Precaution in International Law: Reflection on Its Composite Nature », in T. M. Ndiaye et R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes – Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah*, Nijhoff, The Hague, 2007, p. 21.

⁸⁴ Ch. Leben, « Introduction », in *Le principe de précaution, aspects de droit international et européen*, Ch. Leben et J. Verhoeven (dir.), ed. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 8.

⁸⁵ Hart, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 155.