

Le principe de précaution dans le contexte du *Protocole international sur la prévention des risques biotechnologiques*

Georges Nakseu Nguefang

Volume 43, numéro 1, 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043701ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/043701ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Nguefang, G. N. (2002). Le principe de précaution dans le contexte du *Protocole international sur la prévention des risques biotechnologiques*. *Les Cahiers de droit*, 43(1), 39–62. <https://doi.org/10.7202/043701ar>

Résumé de l'article

Le principe de précaution fait aujourd'hui l'objet de vives querelles au sein de la doctrine. En ce qui concerne la jurisprudence, on essaye encore de lui trouver un sens et une véritable signification juridique. Néanmoins, il est aisé de reconnaître que ce principe est en émergence, tout particulièrement sur le plan mondial où les traités internationaux, surtout dans le domaine de l'environnement, en font un aspect fondamental de leur corpus juridique. Tel est le cas du *Protocole international sur la prévention des risques biotechnologiques*. Le principe de précaution y est intégré. Cependant, son acceptation n'a pas été facile, même s'il est indéniable que sa simple prise en considération dans ce nouvel instrument international est porteuse des germes d'éventuels conflits de normes entre le commerce international et la protection de l'environnement.

Le principe de précaution dans le contexte du *Protocole international sur la prévention des risques biotechnologiques*^{*}

Georges NAKSEU NGUEFANG**

Le principe de précaution fait aujourd'hui l'objet de vives querelles au sein de la doctrine. En ce qui concerne la jurisprudence, on essaye encore de lui trouver un sens et une véritable signification juridique. Néanmoins, il est aisé de reconnaître que ce principe est en émergence, tout particulièrement sur le plan mondial où les traités internationaux, surtout dans le domaine de l'environnement, en font un aspect fondamental de leur corpus juridique. Tel est le cas du Protocole international sur la prévention des risques biotechnologiques. Le principe de précaution y est intégré. Cependant, son acceptation n'a pas été facile, même s'il est indéniable que sa simple prise en considération dans ce nouvel instrument international est porteuse des germes d'éventuels conflits de normes entre le commerce international et la protection de l'environnement.

Today the precautionary principle is at the heart of lively doctrinal disputes. In case law, an attempt is still being made to give it meaning and a true legal significance. Nonetheless, it is easily acknowledged that this principle is emerging, especially globally where international treaties — particularly environmental ones — form a fundamental basis of

* Les grandes lignes de ce texte ont été présentées lors d'une conférence tenue à Québec, le 29 mai 2001 à l'occasion de la réunion annuelle de l'Association canadienne des professeurs de droit.

** Docteur en droit, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

their legislation. This is the case of the Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity. The precautionary principle is integrated into it. Yet its acceptance has not been an easy achievement even if it is undeniable that by simply being taken into consideration in this new international process, it brings with it potential conflicts of the rules governing international trade and environmental protection.

	<i>Pages</i>
1 Une acceptation controversée du principe de précaution par le Protocole	42
1.1 L'émergence du principe de précaution en droit international comme base historique et juridique de sa prise en considération	42
1.1.1 Sur le plan historique	42
1.1.2 Sur le plan juridique	45
1.2 Le rôle des États en développement et des organisations non gouvernementales comme promoteurs du principe de précaution	47
1.2.1 Le cas des États	47
1.2.2 Le cas des organisations non gouvernementales et des autres regroupements	48
1.3 Une confrontation d'arguments : la preuve de la difficile acceptation du principe de précaution	49
1.3.1 Sur le plan scientifique	49
1.3.2 Sur le plan de la protection des intérêts : un combat entre la protection de l'environnement et la protection du commerce international	50
2 Une signification ayant des conséquences potentielles sur le plan de la mise en œuvre des règles régissant le commerce et l'environnement	51
2.1 Une signification plurielle sur fond de controverse	51
2.1.1 Une controverse moins prononcée à l'égard de la fonction politique du principe de précaution	51
2.1.2 Une controverse plus prononcée à l'égard de la fonction juridique du principe de précaution	52
2.1.2.1 Le « principe » en droit	53
2.1.2.2 Le principe de précaution dans le <i>Protocole sur la biosécurité</i>	53
2.2 Les conséquences juridiques du principe de précaution dans le <i>Protocole sur la biosécurité</i>	58
Conclusion	61

Le principe de précaution est désormais bien présent dans une quinzaine d'accords internationaux, plus particulièrement dans les conventions internationales qui assurent l'encadrement juridique des activités susceptibles d'être potentiellement risquées pour l'environnement. Mentionnons, à ce titre, le cas des biotechnologies que le chapitre 16 de l'Agenda 21 (<http://www.unep.org/Documents>) invoque tout en précisant qu'elles n'ont pas uniquement des aspects positifs, puisqu'elles peuvent également créer des problèmes à l'environnement. Dès lors, le « réalisme doit tempérer les espoirs qu'elles suscitent ». Cette précision de l'Agenda 21 rappelle, en suffisance, le risque que font peser les organismes génétiquement modifiés (OGM) sur l'environnement, en particulier sur la biodiversité et même sur la santé humaine, animale et végétale. L'application du principe de précaution semble en conséquence indispensable et justifiée, par ailleurs, et dans une grande mesure, la raison d'être du *Protocole international sur la prévention des risques biotechnologiques*, aussi connu sous le nom de *Protocole sur la biosécurité* adopté en janvier 2000¹.

L'objet de notre article est donc de circonscrire le sens du principe de précaution dans le contexte de ce nouvel instrument juridique international. Quelle est l'importance du principe de précaution dans le *Protocole sur la biosécurité* ? Quelles sont les conséquences juridiques liées à la présence d'un tel principe, notamment dans la mise en œuvre des règles régissant, d'une part, l'environnement ainsi que la santé humaine, animale et végétale et, d'autre part, le commerce international ? Ce sont les différentes questions sur lesquelles porteront les développements qui suivent.

Les négociations lors de l'élaboration du *Protocole sur la biosécurité* ont permis de noter des divergences relativement au sens à réserver au principe de précaution. Pour les uns, il s'agit d'une approche, c'est-à-dire un principe dépourvu de tout effet juridique contraignant. Pour les autres, il est bien question d'un principe au sens fort du terme, supposant qu'il a des conséquences juridiques réelles. L'absence d'unanimité autour de la signification du principe exige que, dans un travail comme le nôtre, nous

-
1. *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, [En ligne], 1992, [<http://www.biodiv.org/biosafe/Protocol/pdf/Carthagen-Protocol-f.pdf>] (2001). Nous désignerons cet instrument juridique international de deux façons au cours de nos développements pour répondre à des besoins de simplification. Ainsi, il sera appelé soit le *Protocole international sur la prévention des risques biotechnologiques*, soit le *Protocole sur la biosécurité*. Ce protocole, à l'occasion aussi dénommé « Protocole de Cartagène ou Cartagena », a pour objet d'encadrer la sécurité des transferts, la manipulation et l'utilisation des organismes vivants modifiés, bref, le mouvement transfrontalier de ceux-ci lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir un effet nocif sur la diversité biologique.

intégrions, fût-ce sommairement, un aspect traitant des problèmes théoriques à même de pallier ce défaut. D'ailleurs, nous ne saurions exposer la problématique que pose le principe de précaution, quel que soit l'angle d'approche ou le cadre d'analyse, si, de manière sous-jacente, les aspects généraux du principe n'étaient pas invoqués. Il est entendu que nous ne nous pencherons pas sur des détails entourant la question. Nous examinerons plutôt simplement et superficiellement, chemin faisant, des points de nature à mettre en exergue les divergences qui caractérisent le principe de précaution. Ils seront perceptibles dans le processus d'élaboration du Protocole et, encore mieux, dans la traduction qui a été faite de ce principe dans cet instrument juridique.

Ainsi présenté, notre texte se développera, relativement au principe de précaution, en deux temps :

- 1) son acceptation controversée dans le Protocole ;
- 2) sa signification génératrice de conséquences potentielles sur le plan de la mise en œuvre des règles régissant le commerce et l'environnement.

1 Une acceptation controversée du principe de précaution par le Protocole

1.1 L'émergence du principe de précaution en droit international comme base historique et juridique de sa prise en considération

1.1.1 Sur le plan historique

Le principe de précaution est né de la jonction de la science, de la politique et du droit. Il est apparu d'abord dans la législation environnementale américaine des années 70 avant d'être par la suite théorisé dans la réglementation allemande².

Sur le plan du droit international, le concept de précaution a fait son entrée par l'entremise des propositions allemandes faites à l'occasion de la Conférence des ministres de la mer du Nord³. Ces propositions s'inspi-

2. Voir M. BOUTENNET et A. GUÉGAN, « Historique du principe de précaution », dans P. KOURILSKY et G. VINEY (dir.), *Le principe de précaution : rapport au premier ministre*, Paris, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 2000, p. 253 et suiv.

3. Cette conférence a été organisée à Londres les 24 et 25 novembre 1987. C'est donc à cette occasion que les Parties ont souligné qu'il était impérieux d'adopter une approche de précaution dans la réglementation du déversement de substances dangereuses en mer du Nord.

raient du *Vörsorgeprinzip* du droit allemand. Plus tard, le concept évoluera sur ce terrain au moyen de la Commission d'Oslo et de la Commission de Paris portant sur les régimes globaux de l'environnement marin. La *Déclaration de Londres*, qui a résulté de la Deuxième Conférence internationale sur la protection de la mer du Nord, a souligné l'importance du principe de précaution⁴, dans le droit international. Le chapitre VII se résume en ces termes dans la traduction française :

[...] dans le but de protéger la mer du Nord d'éventuels effets dommageables des substances hautement dangereuses, une approche prudente ou alors sage est nécessaire et doit exiger des actions pour assurer le contrôle de telles substances même avant qu'un quelconque lien causal ait été établi par une évidence scientifique claire⁵.

Cette idée sera entérinée au cours d'autres conférences portant sur des questions d'intérêt universel.

L'exécutif du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) va davantage reconnaître l'importance du principe de précaution, qu'il considère comme un principe général de la politique de l'environnement. D'ailleurs, le PNUE a recommandé que, en raison des dommages irréversibles découlant de l'impact des décharges polluantes dans l'environnement marin, il serait impérieux que tous les gouvernements adoptent le « principe de précaution » comme base de leur politique en matière de prévention et d'élimination de la pollution marine⁶.

Cette recommandation était déjà bien suivie dans la lutte contre les pollutions marines, non seulement au niveau régional comme nous l'avons mentionné précédemment, mais aussi au niveau international. C'est pourquoi lors de la réunion des Parties contractantes à la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets*⁷ on en est venu à la conclusion qu'il serait impérieux que tous les gouvernements adoptent le « principe de précaution » comme base de leur politique en matière de prévention et d'élimination de la pollution marine.

4. D. FREESTONE et T. IJLSTRA, « The Ministerial Declaration of the Second International Conference on the Protection of the North Sea », dans D. FREESTONE et T. IJLSTRA (dir.), *The North Sea: Basic Legal Documents on Regional Environmental Co-Operation*, Dordecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 40.

5. *Ibid.*

6. *Decision 15/27*, May 25 1989, on the Precautionary Approach to Marine Pollution, including Waste-Dumping at Sea UN General Assembly, Official Records, 44th. Session, Supplement No. 25 (A/44/25), p. 152.

7. « Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets », *ILM*, vol. 11, 1972, p. 1294.

Par la suite d'ailleurs, cette idée aura plus d'écho au niveau régional, où plusieurs accords tant multilatéraux que bilatéraux adopteront le principe.

Quelques exemples peuvent d'ailleurs être cités :

- sur le plan international, la *Convention sur la pollution atmosphérique à longue distance*, adoptée le 13 novembre 1979 par la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe⁸ ;
- en Europe, la *Déclaration de Bergen sur le développement durable* dans la région de la Communauté économique européenne⁹ ;
- en Afrique, la *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique* du 30 janvier 1991 interdisant l'importation sur ce continent de déchets dangereux, laquelle convention a précisé le caractère contraignant du principe de précaution dans son article 4, alinéa 3 -f, qui prévoit qu'une telle interdiction doit être faite « sans attendre d'avoir de preuve scientifique¹⁰ » ;
- en Asie et Pacifique : ce principe apparaît pour la première fois lors de la Conférence ministérielle sur l'environnement de la Commission Économique et Sociale de l'Asie et Pacifique, qui, par le paragraphe 19 de la Déclaration qui en a résulté, prévoit que, « dans le but de rendre concret le développement durable, les politiques doivent être fondées sur le principe de précaution¹¹ ».

8. Les Parties contractantes à la *Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance* du 13 novembre 1979 ont, d'une part, reconnu « la possibilité que la pollution de l'air, y compris la pollution atmosphérique transfrontière, provoque à court et à long terme des effets dommageables », et ont, d'autre part, manifesté leur crainte que « l'augmentation prévue du niveau des émissions de polluants atmosphériques dans la région puisse accroître ces effets dommageables ». Eu égard à toutes ces inquiétudes, le second protocole de la Convention a souligné clairement la nécessité du principe de précaution dans les termes qui suivent : « Résolues à prendre des mesures de précaution en prévision des émissions de polluants atmosphériques et afin de prévenir ou de réduire au minimum ces émissions et d'en atténuer les effets nocifs [...] ».

9. Voir le paragraphe 7 de la Déclaration dont le texte anglais est disponible dans D. FREESTONE et T. IJLSTRA, *op. cit.*, note 4.

10. *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique*. Il est intéressant de préciser que cette convention est la première qui aura clairement affirmé le principe de précaution et aura ainsi prévu sa mise en œuvre. En effet, le principe de précaution paraît dans le dispositif parmi les obligations générales incombant aux Parties, et tout particulièrement parmi celles qui concernent la production des déchets en Afrique.

11. *Report of the UN ESCAP Ministerial Meeting in the Environment*, Bangkok, App. 2, 15-16 octobre 1990, p. 8, paragr. 19.

1.1.2 Sur le plan juridique

Même s'il demeure qu'un sens commun du principe de précaution est encore en chantier, soulignons qu'il est déjà inscrit dans la texture normative d'importants accords internationaux dans le domaine de la protection de l'environnement. Sa consécration internationale a cependant été véritablement réalisée par la Déclaration de Rio de juin 1992, tout particulièrement par le célèbre principe 15 qu'il ne serait pas superflu de rappeler ici et dont la teneur est la suivante :

Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement¹².

Inspirée au sujet de la précaution par la Déclaration de Rio, la *Convention de Rio sur la diversité biologique* va s'en faire l'écho¹³ dans son préambule qui se lit comme suit :

Notant également que, lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets¹⁴.

-
12. *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement réunie à Rio de Janeiro du 3 au 14 juin 1992, publiée dans M. PRIEUR et S. DOUMBÉ-BILLÉ (dir.), *Recueil francophone des traités et textes internationaux en droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 33 et suiv., principe 15.
 13. Il faut tout de même rappeler que, avant la *Convention de Rio sur la diversité biologique*, en mai 1992 la *Convention-cadre sur les changements climatiques*, publiée dans M. PRIEUR et S. DOUMBÉ-BILLÉ (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 465 et suiv., énonçait parmi les principes devant guider les Parties celui qui le conduit à prendre des mesures de précaution (art. 3 (3)). Cette convention révolutionnait ainsi le principe de précaution dans la mesure où, jusqu'à cette époque, les formules des conventions internationales continuaient d'envisager l'existence d'un risque de dommages, sans tenir compte de la nécessité d'un certain degré de gravité, à l'exception de la *Déclaration de Bergen sur le développement durable* de 1990 pour ce dernier aspect. Dès lors, les principaux instruments juridiques internationaux vont exiger, dans la perspective de l'adoption de mesures de précaution, que les dommages éventuels soient graves ou irréversibles. L'autre innovation qu'apporte la *Convention-cadre du 9 mai 1992 sur les changements climatiques*, c'est le coût économique des mesures de précaution. Ce coût devra tenir compte d'un « bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible » (art. 3 (3)).
 14. *Convention de Rio sur la diversité biologique*, précitée, note 13. Cette convention fait partie des deux traités (avec la *Convention-cadre sur les changements climatiques*, précitée, note 13, qui a été adoptée à la même occasion) signés lors du Sommet de la Terre

De ce qui précède, est-il possible d'entendre par là que le principe de précaution devra être à la base de toute activité comprise dans le champ d'application de la *Convention de Rio sur la diversité biologique*? Sans aucun doute. Même si ce texte juridique international semble plus timide que sa devancière de quelques semaines, soit la *Convention sur les changements climatiques*, soulignons toutefois que, par son préambule, l'idée de précaution est bien présente. Cette idée qui demeure « générale » et réservée » pose tout de même la nécessité d'anticiper et de prévenir les causes de réduction de la diversité, même s'il n'existe pas de certitude scientifique absolue. Cela dit, ce passage bat en brèche la thèse ayant soutenu l'exclusion de ce principe du *Protocole sur la biosécurité*¹⁵. Tout bien considéré, l'unanimité devrait être faite quant à la nécessité de ce principe, tant il est vrai que ce protocole n'est en réalité qu'un prolongement juridique et technique du texte de la *Convention de Rio sur la diversité biologique*. Par conséquent, les grands principes pris en considération dans le texte juridique de base devraient nécessairement se retrouver dans ceux qui en résultent.

Plus particulièrement à l'égard du *Protocole sur la biosécurité* et relativement au principe de précaution, quelques dispositions de la *Convention de Rio sur la diversité biologique* de même que quelques directives officielles à la base de l'élaboration du Protocole peuvent être citées. Ainsi, au niveau national, la Convention recommande aux États Parties, par le paragraphe g de l'article 8, en fonction des possibilités des uns et des autres, la mise en place ou le maintien des moyens pour réglementer, gérer ou maîtriser les risques associés à l'utilisation et à la libération d'organismes vivants et modifiés résultant de la biotechnologie.

De plus, l'article 19 de la Convention souligne la nécessité d'un protocole pour assurer la sécurité des mouvements transfrontaliers des organismes vivants modifiés.

En outre, le paragraphe 32 du rapport de la première session du Groupe de travail de l'Organisation des Nations Unies (ONU) mandaté pour l'élaboration du *Protocole sur la biosécurité* précisait en effet qu'« un certain nombre de représentants ont insisté sur le fait que le principe de précaution était un concept clé et un principe auquel il ne fallait jamais déroger ».

tenu à Rio de Janeiro au Brésil en juin 1992. Cette convention regroupe plus de 150 États Parties. Le siège de son secrétariat se trouve à Montréal au Canada : [En ligne], [http://www.biodiv.org/chm/conv/cbd_text_f.htm] (10 septembre 2001).

15. Ce sont particulièrement les principaux exportateurs d'OGM, pour qui il serait souhaitable de parler d'« approche de précaution » traduisant une absence de contrainte.

Rappelons enfin que les différents acteurs ayant pris part aux travaux d'élaboration du Protocole ont débattu intensivement de la valeur du principe de précaution.

1.2 Le rôle des États en développement et des organisations non gouvernementales comme promoteurs du principe de précaution

1.2.1 Le cas des États

Cinq regroupements d'États ont adopté des positions plus ou moins divergentes à l'égard du principe de précaution. Le premier groupe, dit « de Miami », est composé de certains États exportateurs agricoles d'OGM. Il s'agit de l'Argentine, de l'Australie, du Canada, du Chili, des États-Unis et de l'Uruguay. Ce groupe s'est farouchement opposé, au départ, à une réglementation internationale des biotechnologies. Sa position s'aligne sur les intérêts américains et les investissements faits dans les biotechnologies. C'est pourquoi le groupe « de Miami » défend une réglementation internationale fondée sur la certitude scientifique et sur l'évaluation des risques.

Le deuxième groupe rassemble des pays de l'Union européenne qui sont, pour l'essentiel, des importateurs d'OGM, notamment ceux qui relèvent de l'agroalimentaire. Car, faut-il le préciser, les pays européens exportent des OGM utilisés dans le domaine de l'industrie pharmaceutique. Ce groupe est celui qui a le plus défendu la prise en considération du principe de précaution. D'ailleurs, il se singularise de plus en plus relativement à cette question, eu égard à la place qu'il ne cesse d'accorder au principe de précaution au sein des accords multilatéraux dans l'architecture juridique régionale de l'Europe.

Le troisième groupe dit « du même esprit », rassemble les 77 pays en développement et la Chine. Il représente la catégorie de pays importateurs d'OGM. Par ailleurs, ces pays regorgent d'une importante biodiversité. Le groupe « du même esprit » et celui de l'Union européenne se sont alliés pour défendre la prise en considération du consentement préalable donné en connaissance de cause et le principe de précaution dans le Protocole.

Le quatrième groupe réunit des pays de l'Europe centrale et de l'Est. Il a eu une position moins tranchée sur l'ensemble des points ayant fait l'objet des négociations, et plus particulièrement sur la question du principe de précaution.

Enfin, le cinquième groupe, dit « du compromis », rassemble les pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui ne sont ni exportateurs agricoles ni membres de l'Union européenne. Il s'agit de la Corée du Sud, du Japon, du Mexique, de la Norvège,

de la Nouvelle-Zélande, de Singapour et de la Suisse. La position de ces pays à l'égard de la question du principe de précaution n'a pas été très déterminante. Ils ont tout simplement fait le lien entre les groupes aux positions tranchées, et ils ont ainsi rendu possibles des négociations de coulisses.

1.2.2 Le cas des organisations non gouvernementales et des autres regroupements

Les organisations non gouvernementales (ONG) qui ont été les plus actives lors de la négociation du Protocole sont celles qui travaillent pour la défense de la protection de l'environnement, de la santé humaine et des consommateurs. Ces ONG ont la particularité de mener leurs activités sans aucun objectif à but lucratif. Aussi est-il aisé de comprendre pourquoi leur lutte pour l'adoption du principe de précaution a été menée, tout au long des négociations, contre l'industrie, portée à la cause de la maximisation du profit et, de ce fait, militante pour une libre dissémination des OGM, sans qu'il y soit fait de distinction des règles gouvernant la dissémination des produits agricoles ordinaires. Les ONG ont défendu un protocole contraignant dont la traduction concrète serait la prise en considération de l'ensemble des produits à base d'OGM vivants ou non et des produits dérivés.

Durant les négociations, l'industrie a été le principal adversaire des ONG. Elle s'est battue pour l'obtention d'un protocole subordonné aux règles édictées en vertu de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ainsi a-t-elle déployé des stratégies pour restreindre le plus possible le champ d'application du Protocole et, en définitive, obtenir la libéralisation du commerce international des OGM. En effet, le *Protocole sur la biosécurité* semblait représenter pour l'industrie un obstacle potentiel au commerce international.

Les ONG ont soutenu et rallié la position des pays du groupe « du même esprit », qu'elles ont par ailleurs substantiellement nourri et influencé. Quant à l'industrie, elle a été très présente dans la position des pays du groupe « de Miami », qu'elle a également soutenus.

Cette osmose entre les divers groupes de pays et autres regroupements s'est sensiblement concrétisée sur le chapitre des décisions grâce au statut d'observateurs accordé aux représentants des ONG et de l'industrie. En plus, ces derniers ont été présents au sein de certaines délégations officielles. Tout cela a rendu possible la participation des uns et des autres aux séances plénières, où les observateurs avaient droit de parole.

Ces divers groupes ont défendu des positions souvent tranchées, ce qui en réalité n'a pas facilité la traduction du principe de précaution dans le contexte du Protocole.

1.3 Une confrontation d'arguments : la preuve de la difficile acceptation du principe de précaution

1.3.1 Sur le plan scientifique

Au cours des différentes rencontres, deux positions ont été confrontées. Le groupe « de Miami » et l'industrie ont mené une bataille scientifique féroce contre le groupe « du même esprit », les ONG et, dans une moindre mesure, l'Union européenne.

Le problème a tourné autour de la question de la dangerosité des OGM, c'est-à-dire la question de savoir si les OGM et leurs produits dérivés étaient de nature à causer des effets néfastes à l'environnement et à la santé humaine. La réponse à cette question était censée avoir une incidence aussi bien sur le champ d'application du Protocole que sur l'intégration du principe de précaution.

L'ensemble des ONG ont défendu l'idée qu'il était urgent et nécessaire de s'interroger quant à la possibilité qu'auraient les OGM et leurs produits dérivés de causer des effets préjudiciables à l'environnement et à la santé. Cette position exprimait autrement le vœu des ONG de voir inscrire dans le champ d'application du Protocole aussi bien les OGM, en tant que tels, que les produits dérivés qui en résulteraient. L'idée émise par les ONG était soutenue par le fait qu'il existait un début de preuve scientifique au sujet des risques potentiels liés au génie génétique¹⁶. Cela concernait tout particulièrement le danger que représentait le transfert horizontal de gènes et leur recombinaison qui étaient rendus visibles par l'apparition d'organismes vivants résistant aux antibiotiques et leur propagation¹⁷. Or, compte tenu de l'inadaptation de la réglementation en vigueur, sur le plan tant international que national à l'égard de ces risques qui, par ailleurs, ne reposaient sur aucune certitude scientifique, il devenait ainsi souhaitable que le principe de précaution soit intégré dans le Protocole pour minimiser la réalisation de tels risques potentiels.

16. BIOSAFETY AD HOC WORKING GROUP, *Report of the Fourth Meeting of the Open-ended Ad Hoc Working Group on Biosafety*, UNEP/CBD/BSWG/3/6, Montréal, 1998, paragr. 109.

17. *Ibid.*

En réaction à cette position des ONG, l'industrie a rétorqué que les gènes provenant d'organismes vivants modifiés n'avaient aucune conséquence sanitaire néfaste et que, de plus, aucune revue ni même aucun rapport scientifique reconnu ne pouvaient corroborer l'assertion faite par les ONG¹⁸.

Il est aisé de comprendre que, à la base des confrontations d'ordre scientifique, se cachait la défense d'intérêts diamétralement opposés.

1.3.2 Sur le plan de la protection des intérêts : un combat entre la protection de l'environnement et la protection du commerce international

Le principe de précaution a été, tout au long des négociations, l'une des pierres d'achoppement entre les pays en développement importateurs d'OGM et les ONG, d'une part, et, les pays industrialisés principaux exportateurs d'OGM et l'industrie, d'autre part.

Les ONG, particulièrement, ont estimé que, en fonction des dangers potentiels que représentaient les OGM, selon les dernières connaissances scientifiques à l'égard de l'environnement et de la santé humaine, il était vivement souhaitable que le principe de précaution soit à la base même du Protocole¹⁹. Si c'était le cas, ont-elles affirmé, le groupe spécial respecterait alors la logique des tâches que lui avait confiées la Conférence des Parties à Djakarta²⁰.

Du côté de l'industrie, c'est plutôt les avantages que présentent les OGM qui ont été brandis. Ainsi ses représentants ont-ils soutenu que la biotechnologie permettait d'améliorer la productivité agricole, ce qui était d'une très grande importance aussi bien pour les pays en développement que les pays industrialisés, notamment pour la production de substances et la production commerciale destinée à l'exportation²¹. Dans la même logique, l'industrie a souligné que la biotechnologie était d'une utilité notable pour la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable des ressources²². Sur la base de toutes ces considérations, l'industrie a estimé que le groupe spécial devrait éviter de faire du principe de précaution un élément substantiel, car, si c'était le cas, le Protocole empêcherait les Parties de s'adapter aux nouvelles découvertes techniques et, par le fait même, d'évoluer²³.

18. *Id.*, paragr. 110.

19. BIOSAFETY AD HOC WORKING GROUP, *Report of the Third Meeting of the Open-ended Ad Hoc Working Group on Biosafety*, UNEP/CBD/BSWG/4/4, Montréal, 1997.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

L'élaboration du *Protocole sur la biosécurité* s'est donc réalisée sur la base d'une vive tension entre les diverses parties prenantes. La protection de l'environnement et de la santé humaine, animale et végétale a été, tout au long des négociations, confrontée à la défense des intérêts commerciaux et, plus précisément, au commerce international. Si, en fin de compte, le Protocole a été adopté, il demeure que cela n'est qu'une étape, car sa mise en œuvre, tout particulièrement à l'égard du principe de précaution, créera inévitablement des problèmes. D'ailleurs, les conséquences découlant de cette opposition d'arguments sont sources d'inévitables difficultés.

2 Une signification ayant des conséquences potentielles sur le plan de la mise en œuvre des règles régissant le commerce et l'environnement

2.1 Une signification plurielle sur fond de controverse

2.1.1 Une controverse moins prononcée à l'égard de la fonction politique du principe de précaution

Au-delà de cet aspect général, comment le principe de précaution peut-il être interprété sur le plan des politiques décisionnelles ?

Le principe de précaution constitue essentiellement, dans son acception rigoureuse, une norme prescriptive dans le processus de prise de décision. Sa mise en œuvre consiste à interdire à une partie d'agir si la probabilité de la réalisation du risque potentiel se révèle grande ou, moins rigoureusement, à autoriser l'action dans le respect de mesures bien établies. Ce faisant, il incite, lorsqu'il interdit d'agir, à renoncer à une « action non maîtrisée » en raison de l'incertitude par rapport aux risques éventuels. D'autre part, cette mise en œuvre peut consister en l'autorisation d'une action, cette fois parce que des mesures juridiques, économiques, techniques, scientifiques et même éthiques ont été prévues. Tout ce dispositif sert à éviter au mieux les risques qui entoureraient un projet quelconque. Donc, globalement, vu sous cet angle, le principe de précaution peut être considéré comme un moyen destiné à éclairer les décideurs qui tiennent compte des données de la science, de la technologie et de l'économie pour la réglementation de la protection de l'environnement²⁴. Une certaine méthode²⁵ peut d'ailleurs conduire ce processus d'autorisation :

24. D. FREESTONE et E. HEY, « Origins and Development of the Precautionary Principle », dans D. FREESTONE et E. HEY (dir.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 12.

25. *Ibid.*

- la première étape permet de déterminer le niveau de pollution dont l'environnement pourrait être victime à cause des matières polluantes²⁶ ;
- la deuxième étape porte sur l'évaluation d'impact qui suppose l'antériorité de cet aspect sur toute prise de décision, et non le contraire. L'évaluation d'impact devient dès lors un élément fondamental et même inévitable dans le processus décisionnel²⁷. Plus clairement, il s'agit pour les autorités administratives de s'informer et de faire procéder à des expérimentations préalables avant d'autoriser le déploiement d'une activité potentiellement dangereuse pour l'environnement²⁸ ;
- la troisième étape se situe en aval de la décision. Dès lors, les autorités administratives doivent prendre le soin de mesurer, de calculer, d'évaluer et de maîtriser le risque induit de l'activité polluante²⁹. Cette étape a également une dimension particulièrement économique. C'est la prise en considération de la nécessité d'une rationalité économique dans la politique de précaution. Ainsi, il importe d'établir une comparaison entre le coût global pour la société de l'action envisagée et l'inaction, tant à court qu'à long terme.

Le *Protocole sur la biosécurité* a pris tous ces aspects en considération. C'est d'ailleurs la raison d'être des dispositions suivantes : l'article 7 portant sur l'application de la procédure d'accord préalable en connaissance de cause ; l'article 15, sur l'évaluation des risques ; l'article 16, sur la gestion des risques ; et l'article 20, sur l'échange d'informations.

2.1.2 Une controverse plus prononcée à l'égard de la fonction juridique du principe de précaution

Pour mieux circonscrire le sens juridique du principe de précaution, il convient de décrypter tout d'abord ce qu'est un « principe », ce qui permettra par la suite de préciser la fonction juridique du principe de précaution proprement dit.

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*

28. N. SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 515.

29. *Ibid.*

2.1.2.1 Le « principe » en droit

Le terme « principe » en droit est considéré comme un « simple énoncé constatatif ou axiomatique³⁰ ». Ainsi, il peut y avoir deux sens au mot « principe ». Tout d'abord, il peut signifier « une règle ou une norme générale » sans aucun signe juridique, mais d'où peuvent découler des normes juridiques. Citons, à titre illustratif, les cas du « principe de souveraineté de l'État » ou du « principe de coopération ».

D'autre part, le « principe » peut indiquer une véritable norme juridique qui, bien qu'elle soit exprimée en termes généraux, a pour fonction de servir de repère à différents usages, tout en s'imposant à l'autorité supérieure, caractéristique fondamentale de la norme juridique³¹.

Quel que soit le poids de la valeur juridique véhiculée par un principe, celui-ci comprend, dès lors qu'il est porté sur le terrain du droit, un caractère normatif.

Le principe de précaution comporte un caractère normatif³², c'est-à-dire qu'il a pour objet de « réguler » les comportements. D'où la nécessité de distinguer clairement un principe en tant qu'énoncé reflétant une constatation sans aucun caractère contraignant du principe tel que le conçoit la science du droit. Le principe de précaution semble, à notre avis, appartenir à cette dernière catégorie.

2.1.2.2 Le principe de précaution dans le *Protocole sur la biosécurité*

Le principe de précaution est un principe d'application générale, car il s'adapte dans divers domaines de protection de l'environnement. Ce principe est également prescriptif de règles de conduite. Ces dernières peuvent exprimer une obligation soit d'agir à la condition d'avoir réuni tous les moyens de précaution, soit de ne pas agir tant que ces moyens de garantie n'auront pas été rassemblés.

Dans le contexte strictement juridique, le principe de précaution suppose que, lorsqu'un risque est imaginé ou a été défini sans une preuve scientifique de sa réalisation, cela ne devrait pas servir de raison pour ne pas

30. G. CORNU (dir.), *Le vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 1987, p. 613 ; A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris et Bruxelles, LGDJ et Story-Scienta, 1988, cité par M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, EDICEF/AUPELF, 1996, p. 72.

31. M. KAMTO, *op. cit.*, note 30, p. 71 et suiv.

32. Certaines personnes estiment même que le principe de précaution doit être considéré comme « une règle ou un standard guidant l'action », et, plus encore, ce principe paraît comme un « impératif » : voir P. KOURILSKY et G. VINEY (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 26.

mettre en place un système de prévention d'un tel risque. Le principe de précaution comporte donc un caractère anticipatoire qui l'oriente vers le futur. Ce principe prend en considération la marge d'incertitude dans la réalisation du dommage écologique et du temps relativement long qui peut s'écouler avant sa manifestation concrète³³. Naturellement, toute activité à caractère dangereux devra être encadrée d'une réglementation stricte en vue d'éviter la survenance d'éventuels dommages. Sinon, la responsabilité de ceux qui ont la mission de mettre en place une telle réglementation pourrait être engagée du fait de ce manquement.

Une autre signification peut être donnée à la suite de ce qui précède. C'est la prépondérance du droit sur la science. De fait, habituellement, il faut qu'un seuil de pollution soit dépassé pour engager la responsabilité de son auteur. Or, avec le principe de précaution, les Parties semblent, dans une certaine mesure, ignorer le principe du seuil acceptable. Seule l'idée de risque exige de déployer son activité en l'entourant de toutes les mesures de précaution. En d'autres mots, cela veut dire que, même s'il n'y a pas de certitude quant à la réalisation de ce risque, si celui-ci est tout simplement soupçonné, on est tout de même tenu de s'entourer de mesures de précaution. Sinon, tout éventuel dommage engage immédiatement la responsabilité de son auteur. Plus clairement, et suivant une démarche rigoureuse, il pourrait être tentant d'affirmer qu'il y a présomption de responsabilité toutes les fois qu'apparaît une idée de risque, et non seulement lorsque le seuil de pollution est dépassé.

Le principe de précaution est doublement perçu en droit international. Ce principe est conçu, d'une part, comme l'application sur le plan international du droit allemand relatif au principe de l'action de précaution (*Vörsorgeprinzip*³⁴). Ainsi, l'auteure Cathérine Tinker affirme à cet égard ce qui suit : « It (precautionary principle) also been defined as the variety of regulatory approaches adopted by governments to implement the *Vörsorgeprinzip* principle³⁵. » L'approche souple considère de ce fait le principe de précaution comme une recommandation ayant pour objet d'éclairer les États dans l'élaboration et la mise en place des lois et des politiques de protection de l'environnement³⁶.

33. P.-M. DUPUY, CR 97/6, audience du 7 mars 1997, § 15 et suiv., Affaire du projet *Gabcikovo-Nagymaros*.

34. *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, précitée, note 12, principe 15.

35. *Id.*, p. 793.

36. C. TINKER, « Responsibility for Biological Diversity Conservation Under International Law », (1995) octobre » *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 793.

D'autre part, le principe de précaution peut être aussi conçu comme créant un devoir de respecter l'action de précaution en vue d'éviter le risque³⁷, ce qui permet d'établir un lien entre ce principe et le droit de la responsabilité internationale, sur le fondement du manquement au devoir de précaution. C'est l'approche dite rigoureuse, qui considère le principe de précaution comme celui qui pose l'interdiction de toutes les éventuelles exploitations des ressources naturelles et toutes les activités humaines dans certains écosystèmes sans au préalable prévoir les mesures de précaution³⁸. Catherine Tinker écrit à ce sujet que « [t]he precautionary principle can be used as a theory and justification for environmental strict liability³⁹ ».

Nous croyons, pour notre part, qu'il s'agit plus d'une responsabilité fondée sur un manquement, l'inobservation d'une obligation de prudence, que d'une responsabilité stricte réelle. Ainsi, comme l'ont souligné certains auteurs, le principe de précaution renforcerait la notion de la responsabilité pour faute⁴⁰.

En définitive, deux sens peuvent être affectés au principe de précaution sur le plan juridique. Il peut être considéré comme un fondement et une justification de la responsabilité en matière environnementale. Par ailleurs, il peut être envisagé, dans son sens le plus large, comme le devoir de prendre des mesures de précaution pour éviter la réalisation des risques⁴¹.

Cela dit, comment transposer un tel principe dans le contexte des activités liées aux OGM ?

En ce moment, il est fort difficile d'indiquer le sens accordé au principe de précaution en vertu du *Protocole sur la biosécurité*. En effet, selon les grandes tendances présentées précédemment, il demeure encore des divergences relativement à la signification dudit principe.

Rappelons à cet effet que, pour les États-Unis et le Canada, chefs de file du groupe « de Miami », le principe de précaution n'a qu'une valeur de proclamation. La précaution est alors revendiquée comme un type d'approche, dépourvue de tout caractère contraignant.

37. Cette acception est celle qui a été défendue par des auteurs tels que J. CAMERON et J. ABOUCHAR, « The Precautionary Principle of Law and Policy for the Protection of the Global Environment », (1991) 14 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 1.

38. C. TINKER, *loc. cit.*, note 36.

39. *Id.*, 790.

40. N. SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution, Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 212. Voir également G.J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *Dalloz*, 1995.

41. Voir sur ce point, C. TINKER, *loc. cit.*, note 36 ; J. CAMERON et J. ABOUCHAR, *loc. cit.*, note 37, 1.2.

Pour les Européens, par contre, le principe de précaution doit avoir un effet contraignant. Ainsi, il peut être invoqué dans toute procédure pouvant conduire à des sanctions pénales. Cela étant, il est facile de comprendre que, dans le cas du bœuf aux hormones⁴², la position européenne a été rejetée parce que l'organe de règlement des différends de l'OMC avait favorisé les règles du commerce international qui ne reconnaissaient pas le principe de précaution au détriment de la protection de l'environnement.

Globalement, nous pouvons remarquer relativement au Protocole même que chacun des grands groupes d'États a pu obtenir ce qu'il souhaitait du principe de précaution.

D'abord, le groupe « de Miami » est satisfait eu égard à ce passage lapidaire du préambule du Protocole prévoyant que celui-ci « ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur⁴³ »:

L'Union européenne, quant à elle, s'est dite heureuse de cet autre passage du préambule du Protocole disposant qu'il « est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux⁴⁴ ».

Enfin, le groupe « du même esprit » a vu ses attentes satisfaites, dans une certaine mesure, par la prise en considération du principe de précaution dans le nouveau texte juridique international.

Malgré les divergences d'interprétation entre les diverses parties, nous soulignerons simplement que le Protocole a bel et bien tenu compte de ce principe. Quelques points en témoignent :

— très timidement, l'article premier consacré à l'objectif du Protocole dispose ce qui suit :

Conformément au principe de précaution consacré par le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, l'objectif du présent protocole est de contribuer à assurer un niveau adéquat de protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des organismes vivants modifiés résultant de la biotechnologie moderne qui peuvent avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durables de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine, en étant plus particulièrement axé sur les mouvements transfrontières ;

42. Voir *Affaire du bœuf aux hormones*, [En ligne], [http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/26abr.pdf] (2 janvier 2001).

43. Voir le préambule du *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, précité, note 1.

44. *Ibid.*

- plus vivement, et c'est d'ailleurs la consécration du principe de précaution dans le Protocole, notons l'alinéa 6 de l'article 10 qui traite de la procédure de décision, et qui est repris à l'article 11. L'alinéa 6 de l'article 10 se lit comme suit :

L'absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et des connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la Partie importatrice, compte tenu également des risques pour la santé humaine, n'empêche pas cette Partie de prendre, comme il convient, une décision concernant l'importation de l'organisme vivant modifié en question [...] pour éviter au minimum ces effets défavorables potentiels.

Le paragraphe 8 de l'article 11 reprend à cet égard le contenu de l'article 10, mais il traite plus particulièrement des organismes vivants modifiés destinés à être directement utilisés pour l'alimentation humaine ou animale ou à être transformés.

Plus récemment encore, un document de travail⁴⁵ du Secrétariat des Nations Unies sur la *Convention de Rio sur la diversité biologique* a souligné, d'une certaine manière, la place essentielle que le principe de précaution occupe dans le Protocole. Ce passage fort édifiant sur la place et l'importance de ce principe se lit ainsi :

On rappellera que l'expression « activité ou substances dangereuses » intègre également toutes les activités et substances peu susceptibles de provoquer des accidents dangereux, mais dont l'ampleur est élevée lorsque de tels accidents surviennent effectivement. Raison pour laquelle l'approche de précaution est devenue le principe fondamental du Protocole sur la prévention des risques biotechnologiques⁴⁶.

Il n'y a donc plus de doute que le principe de précaution, par l'entremise du *Protocole sur la biosécurité*, entre — bien que timidement — dans le droit international de l'environnement et progresse également à petits pas vers le droit international de la sécurité alimentaire.

Quelle que soit la valeur réservée au principe de précaution dans ce nouvel instrument juridique international, nul doute qu'un tel principe demeure une source de conflits pour la mise en œuvre des règles du commerce international et de celles qui sont destinées à la protection de l'environnement et de la santé humaine. Inévitablement donc, deux types de normes devront, à l'entrée en vigueur du Protocole, régir le commerce international des produits agricoles.

45. INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE FOR THE CARTAGENA PROTOCOL, UNEP/CBD/ICCP/ICCP/2/3, 31 juillet 2001.

46. *Id.*, p. 29 (version française).

2.2 Les conséquences juridiques du principe de précaution dans le *Protocole sur la biosécurité*

Au-delà des règles posées par le Protocole, il existe par ailleurs les règles de l'OMC, précisées par les mesures sanitaires et phytosanitaires (*Accord SPS*), qui sont liées à la fois à la protection de la santé et aux mesures commerciales existantes.

L'aspect intéressant de cette réglementation réside dans le fait qu'elle pose que, contrairement au Protocole, les restrictions commerciales en vertu de l'*Accord SPS* doivent être fondées sur des risques avérés, même s'il subsiste des incertitudes scientifiques quant à ceux-ci. Le standard prévu pour les États membres de l'OMC est, dans ce cas, le *Codex alimentarius*.

Or, le principe de précaution n'est pas encore officialisé dans le *Codex alimentarius* contrairement au Protocole. Plus encore, les pays comme les États-Unis, et derrière eux un bon nombre d'autres États, estiment que l'évaluation des risques intègre déjà une approche de précaution et que son utilisation à un stade ultérieur ne serait qu'un moyen de faire du protectionnisme déguisé. Au surplus, il est prévu que, dans le cas d'un vide juridique — surtout quand le *Codex alimentaire* n'a pas adopté une norme relativement à une question donnée —, l'OMC, saisie du litige, doit départager les États sans faire référence aux normes du *Codex alimentaire*. Seuls les accords de l'OMC servent à ce moment-là de base à la décision. C'est ainsi que la bataille devient vraiment juridique. Tout ce qui précède sera sans aucun doute une source d'inévitables conflits de règles entre le Protocole et la réglementation de l'OMC.

Pour revenir particulièrement au cas des OGM, la première question fondamentale qu'il faudrait se poser est la suivante : quelles dispositions ont la primauté sur d'autres dans l'éventualité où les règles du Protocole et celles de l'OMC sont invoquées pour trancher une question ? Les Parties feront-elles appel aux règles du Protocole ou à celles de l'OMC ? Par ailleurs, il est admis qu'un différend relevant du domaine du commerce international doit être entendu devant l'organe des différends de l'OMC. Dès lors, il n'y a aucun doute quant à l'organe qui serait compétent en cette matière.

Ce n'est pas le cas pour le Protocole, même s'il est possible de retenir l'hypothèse qu'un différend serait, en vertu de la *Convention de Rio sur la diversité biologique*, du ressort des organes de règlement des différends énumérés à son article 27, et où figure en bonne place la Cour internationale de justice. Dès lors, des interrogations peuvent survenir, à juste titre, relativement à l'organe qui serait compétent, dans le cas qui nous concerne,

pour trancher un différend engageant autant les règles du Protocole que celles qui relèvent de l'OMC.

Prenons le cas, par exemple, d'une Partie disposant de peu de ressources scientifiques et techniques pour établir l'absence de risque qui décide, vu ce défaut, sur la base de l'article 11 du Protocole traitant du principe de précaution, d'interdire l'importation des pommes de terre génétiquement modifiées provenant d'une autre Partie au Protocole. Cette dernière peut alléguer qu'aucune disposition du Protocole n'a été violée, et que ce sont plutôt les règles du commerce international qui ont été transgressées. Cela étant, quel organe pourrait être compétent pour trancher le litige ? L'organe de différend de l'OMC ? L'organe de différend qui serait retenu par le Protocole ?

Une solution a été esquissée pour répondre à ces différentes questions. Trouvée sur la base d'un compromis et connotant davantage une démarche politique que juridique, la réponse se trouve dans le préambule du Protocole. Ce considérant recommande que « les accords sur le commerce et l'environnement [se soutiennent] mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable⁴⁷ ».

Bien que cette solution semble pertinente au premier abord, il demeure que les règles de l'OMC, notamment celles qui relèvent de l'*Accord SPS*, sont déjà, sur le plan de leur conception, diamétralement opposées à l'essentiel des dispositions du Protocole. En voici d'ailleurs quelques exemples.

Les mesures liées à l'*Accord SPS* disposent que, relativement à l'évaluation des risques et à la détermination du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les États parties doivent prendre des moyens pertinents :

- en tenant compte, « en tant que facteurs économiques pertinents, du dommage potentiel en termes de perte de production ou de ventes dans le cas de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie ; des coûts de la lutte ou de l'éradication sur le territoire du Membre importateur ; et du rapport coût-efficacité d'autres approches qui permettraient de limiter les risques⁴⁸ » ;

47. Voir le préambule du *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, précité, note 1.

48. *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, [En ligne], [http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/final_f.htm] art. 5 (3) 9ci-après cité : « *Accord SPS* »).

- en tenant compte « de l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce⁴⁹ » ;
- en évitant « de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux qu'il considère appropriés dans des situations différentes, si de telles distinctions entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international⁵⁰ ».

Il est intéressant de rappeler que toutes ces dispositions ont un caractère contraignant. Or, à l'analyse de telles dispositions, nous observons que les préoccupations relevant de l'environnement et de la santé humaine, végétale et animale sont bel et bien prises en considération. Toutefois, les mêmes dispositions, autant que l'ensemble des articles de l'*Accord SPS*, sont conçues essentiellement dans l'optique de la protection des intérêts commerciaux.

Du côté du Protocole, plusieurs aspects importants pour la protection de l'environnement et de la santé humaine non invoqués dans l'*Accord SPS* sont précisés. Mentionnons notamment :

- l'annexe II du Protocole qui prévoit dans le détail ce qui constitue une évaluation de risque, cela étant un défaut dans l'*Accord SPS* ;
- le fait que le Protocole⁵¹ précise bien la différence entre une évaluation de risque et une gestion de risque, alors que l'*Accord SPS* ne traite que l'évaluation de risque et en ignore la gestion.

Il existe plusieurs autres exemples de ce type. Or, bien qu'une différence notable caractérise les deux instruments juridiques internationaux précités, il est par ailleurs admis que cela ne suppose pas une impossibilité quant à une éventuelle complémentarité.

C'est effectivement sur ce chapitre qu'il est possible de justifier le bien-fondé du passage du préambule du Protocole qui recommande un soutien mutuel entre les deux types de règles. Toutefois, entre ce vœu et sa réalisation, le fossé reste, à notre avis, très grand. Aussi suggérons-nous deux possibilités pour sortir de l'impasse.

49. *Id.*, paragr. 4.

50. *Id.*, paragr. 5.

51. Les articles 15 et 16 du Protocole précisent le sens d'une évaluation et d'une gestion de risque. Globalement, l'évaluation de risque consiste en l'analyse de risque en vue de repérer les dangers. Donc, les résultats obtenus à partir de l'évaluation du risque permet aux décideurs de mieux choisir le régime devant encadrer l'activité. Dès lors, la gestion de risque proprement dite est en fait un ensemble de règles ayant pour objet l'encadrement de l'activité considérée. Ces mesures peuvent aller de simples directives non contraignantes jusqu'aux mesures les plus contraignantes.

D'une part, l'ordre juridique international n'a pas prévu une primauté des règles de protection de l'environnement sur celles qui protègent le commerce, ou vice-versa. Ces règles sont, dans une certaine mesure, placées sur un pied d'égalité. Or, il faut que l'une chapeaute l'autre, ce qui n'est pas toujours facile, bien que cela soit possible par une renégociation de l'article XX de l'OMC, qui permettrait de déroger aux règles commerciales générales au nom de la protection de l'environnement ou de la santé.

D'autre part, et c'est selon nous l'hypothèse la plus réaliste et la plus réalisable, il serait souhaitable de créer un organe de différend paritaire et autonome, traitant particulièrement des litiges touchant à la fois le commerce, l'environnement et la santé. Les membres d'un tel organe pourraient donc à loisir et sur une base objective trancher les litiges qui leur sont soumis en considération des instruments juridiques internationaux, à l'instar du Protocole et des règles de l'OMC. Le caractère complémentaire des traités multilatéraux de protection de l'environnement et ceux qui relèvent du domaine du commerce seraient ainsi en mesure d'exaucer le vœu de complémentarité et de soutien mutuel souligné dans le préambule du *Protocole sur la biosécurité*. Tout cela se ferait dans l'intérêt d'un développement durable.

Conclusion

Le principe de précaution a, par l'entremise du *Protocole sur la biosécurité*, étendu son champ d'application. Du droit international de l'environnement, ce principe a réussi à embrasser le droit international de la sécurité alimentaire, notamment le mouvement transfrontière des OGM.

C'est un principe qui, malgré son imprécision de même que les difficultés de mise en œuvre concrète qu'il pose, rend cependant utile, du moins théoriquement, le *Protocole sur la biosécurité*. Cette utilité est plurielle. Notons trois aspects en particulier :

- le souci d'esprit de solidarité qu'il symbolise à l'égard de la politique du risque ;
- le « souci de l'universel » qu'il incarne ;
- les mécanismes de coopération qu'il institue, tout particulièrement dans les domaines scientifique, technique et juridique.

Le principe de précaution, tel qu'il est vu dans le contexte du Protocole, soulève malheureusement des conflits juridiques éventuellement inévitables dans la régulation de deux domaines sensibles de l'ordre public international, à savoir le commerce et l'environnement. Dès lors, au-delà de la querelle doctrinale qui rend la signification de ce principe plus

nébuleuse, les règles du Protocole et celles de l'OMC annoncent d'autres difficultés qui ne laissent pas présager un avenir radieux, si des solutions durables n'étaient pas envisagées de façon urgente.