



Les approches de précaution dans les accords internationaux de libre-échange

Sabrina Robert-Cuendet

DANS **ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT 2020/1 Tome 62** , PAGES 99 À 115
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0066-6564

ISBN 9782247198603

DOI 10.3917/apd.621.0114

Date de mise en ligne : 21/08/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-du-droit-2020-1-page-99?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Les approches de précaution dans les accords internationaux de libre-échange

Sabrina ROBERT-CUENDET

Professeur de droit international et européen – Le Mans Université

Membre du Thémis-UM (Équipe d'accueil n° 4333)

Membre associée de l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne

RÉSUMÉ. — Les accords de libre-échange, qu'il s'agisse des accords multilatéraux de l'OMC ou des accords bilatéraux de nouvelle génération, ne portent pas atteinte, en principe, au droit des parties contractantes de fixer, à travers leur réglementation nationale, leur propre niveau de protection de la santé, de l'environnement ou encore des consommateurs. Ce droit comprend logiquement le droit d'adopter des mesures restrictives du commerce sur le fondement de la précaution. Pourtant, en pratique, les accords de libre-échange imposent une forme de gouvernance réglementaire – fondée sur une rationalité strictement économique – qui vient limiter les possibilités de faire valoir certaines approches de précaution dans les relations commerciales internationales. Cela apparaît tout particulièrement à travers l'examen, dans les accords de libre-échange conclu par l'Union européenne, des mécanismes applicables aux mesures sanitaires et phytosanitaires et des disciplines commerciales relatives à la coopération réglementaire.

MOTS-CLÉS. — OMC – coopération réglementaire – Union européenne – gouvernance réglementaire

Savoir si les accords internationaux de libre-échange autorisent les États parties à adopter des mesures restrictives du commerce prises sur le fondement de la précaution est une question qui a déjà fait l'objet d'une littérature abondante. C'est plus particulièrement dans le cadre de l'application des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) – marquée par deux traumatismes contentieux – *l'affaire des hormones* (1998)¹ et *l'affaire des OGM* (2006)² qui ont conduit à la condamnation des réglementations européennes fondées sur la précaution – que les analyses sont nombreuses et souvent divergentes³.

¹ Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport de l'Organe d'appel du 16 janvier 1998.

² Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, rapport du groupe spécial du 29 septembre 2006. Il n'y a pas eu d'appel dans cette affaire.

³ V. par ex. H. Ruiz-Fabri, « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, p. 55-66 ; L. Richieri Hanania, « Le principe de précaution et

Mais la question qu'il nous est proposé de traiter ici est sensiblement différente. Il s'agit d'examiner *les approches* de précaution dans le cadre des accords de libre-échange.

Que le concept d'*approche* soit ici préféré à celui de *principe* permet d'écarter, d'emblée, la question récurrente en droit international et qui a occupé à plusieurs reprises les organes de jugement de l'OMC⁴, du statut juridique du principe de précaution⁵. Cette analyse n'est pas le lieu de revenir sur les discussions relatives à l'existence, ou non, d'un principe général ou d'un principe coutumier de précaution, qui sans être expressément prévu dans les accords de libre-échange, aurait à s'articuler avec les obligations posées par ces traités. Il n'est toutefois pas non plus question de remettre en cause l'existence d'un *principe juridique* de droit international qui permet aux États, dans certaines circonstances, d'adopter des mesures de précaution. Le Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 – dont les termes sont rappelés ci-après – a très largement essaimé en droit international, au-delà même du domaine de la protection de l'environnement :

« 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 irréver-

son application dans l'OMC », in H. Ruiz Fabri & L. Gradoni (dir.), *La Circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 564-573. Les analyses juridiques s'intéressent le plus souvent à la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends (ORD) relative à la mise en œuvre de l'article 5.7 de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) qui permet l'adoption de mesures guidées par la précaution. V. par ex. B. Mercurio & D. Shao, « A Precautionary Approach to Decision Making: the Evolving Jurisprudence on Article 5.7 of the SPS Agreement », *Trade, Law & Development*, 2010, vol. 2, n° 2, p. 195-223 ; G. Goh, « Precaution, Science and Sovereignty. Protecting Life and Health under the WTO Agreements », *The Journal of World Intellectual Property*, 2005, vol. 6, n° 3, p. 441-471 ; N. Huei-Chih, « Can Article 5.7 of the WTO SPS Agreement be a Model for the Precautionary Principle ? », *Scripted*, 2007, vol. 4, n° 4, p. 367-382.

⁴ On peut rappeler l'analyse de l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormones* : « 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 ». Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), rapport précité, § 123. Voir aussi Communautés européennes – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques, rapport précité, § 384.

⁵ On sait que les juridictions internationales sont restées très prudentes face à la qualification juridique du principe de précaution. V. M. Schröder, « Precautionary Approach/Principle », *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford Public International Law, 2014 ; Y. Kerbrat & S. Maljean-Dubois, « Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces », in *Université et diversité du droit international, Mélanges Pierre-Marie Dupuy*, Brill/Nijhoff, 2014, p. 929-948. Même au sein de l'Union européenne, où le principe de précaution est inscrit dans le traité (article 191 TFUE), seul le tribunal de première instance a sauté le pas en qualifiant le principe de précaution de principe général de droit. Tribunal de première instance des Communautés européennes, 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil de l'Union européenne*, Aff. T-392/02, Rec. II-04555, § 121-122.

sibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

Cette formulation du principe est prise comme point de départ de l'analyse, pour poser le cadre général du recours aux mesures de précaution. Mais les lignes qui suivent ne chercheront pas à déterminer s'il en découle un principe qui s'impose à tous les États.

Une telle entreprise serait vaine puisqu'il n'existe pas, en droit international, de définition claire et unanime du principe de précaution⁶. La formulation du Principe 15 est loin d'être opérante en elle-même⁷. En outre, repris dans de nombreux accords multilatéraux sur l'environnement comme un principe cardinal, le principe de précaution connaît des variations de formulation *a priori* mineures mais qui peuvent profondément modifier sa teneur et sa portée⁸. Même au sein de l'Union européenne, le principe tel qu'il est inscrit à l'article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'a jamais été clairement borné. Ainsi il est surprenant que le règlement REACH (pour *Register, Evaluation, Autorisation et Chemicals*), adopté en 2006 et qui constitue la pièce maîtresse du droit européen applicable aux produits chimiques, soit présenté comme une application rigoureuse du principe de précaution⁹ mais ne propose aucune définition du principe¹⁰. Toujours dans le cadre de l'Union européenne, il est tout aussi singulier de constater que les conditions de recours au principe de précaution peuvent varier d'un instrument de droit dérivé à un autre¹¹. Et, peut-être plus remarquable encore, il semble admis que la conception européenne de la précaution, si elle existe, n'a pas vocation à se substituer totalement aux postures nationales de chaque État membre¹². En témoigne la présence, fréquente, de clauses de sauvegarde dans les instruments de droit dérivé (notamment dans les textes applicables à la santé humaine) qui permettent aux États membres d'adopter des mesures plus restrictives que celles décidées au niveau européen,

⁶ De nombreux auteurs analysent cette inconstance du principe de précaution comme une conséquence de sa consécration très rapide en droit international. En ce sens B. Reber, « Governance : Precautionary Principle and Pluralism », *International Social Sciences Journal*, 2015, p. 81 ; E. Fischer, « Precaution, Precaution Everywhere : Developing a 'Common Understanding' of the Precautionary Principle in the European Community », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2002, p. 10 ; S.M. Gardiner, « A Core Precautionary Principle », *The Journal of Political Philosophy*, 2005, p. 4.

⁷ Le principe implique-t-il que les États ont l'obligation ou seulement la possibilité d'adopter des mesures de précaution ? Qu'est-ce qu'un « dommage grave et irréversible » ? Comment apprécie-t-on l'« effectivité » d'une mesure ?

⁸ Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2003, 2^e éd., p. 266-279 ; E. Brosset, « Les risques de la systématisation économique », in S. Maljean-Dubois (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 63-64.

⁹ Son article 1 § 3 dispose que le règlement « repose sur le principe qu'il incombe aux fabricants, aux importateurs et aux utilisateurs en aval de veiller à fabriquer, à mettre sur le marché ou à utiliser des substances qui n'ont pas d'effets nocifs pour la santé humaine ou l'environnement. *Ses dispositions reposent sur le principe de précaution* » (nous soulignons). Pour comprendre le fonctionnement de cette réglementation, voir le numéro spécial de la revue *Responsabilité & Environnement des Annales des Mines*, juillet 2013, n° 71.

¹⁰ D'ailleurs, certains analystes doutent que le règlement REACH soit une véritable application du principe de précaution. En ce sens S. Foss Hansen, L. Carlsen & J.A. Tickner, « Chemicals Regulations and Precaution : Does REACH Really Incorporate the Precautionary Principle ? », *Environment Science & Policy*, 2007, vol. 10, p. 395-404.

¹¹ N. de Sadeleer, « Le principe de précaution dans le droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2017, p. 1025 et s.

¹² D'ailleurs, la Cour de Justice de l'Union européenne s'est toujours gardée de définir le principe.

s'ils souhaitent faire valoir un niveau de protection qui va au-delà de ce que permettent les normes européennes¹³. L'affaire OGM devant le juge de l'OMC a ainsi conduit l'Union européenne à défendre des restrictions commerciales adoptées par certains États membres, alors même que la commercialisation et l'utilisation des produits biotechnologiques visés avaient été par ailleurs approuvées par les instances communautaires, conformément au niveau de protection défini, pour l'ensemble du marché européen, par la directive CE 2001/18 régissant la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et le règlement CE n° 258/97 régissant les nouveaux aliments et les nouveaux ingrédients alimentaires¹⁴.

Que le concept d'*approche* soit envisagé au pluriel dans la thématique qu'il nous est donné d'étudier permet de rappeler que la précaution ne peut se réduire à une conception monolithique de la gouvernance. Elle est fortement, et depuis longtemps, ancrée dans les standards de gouvernance réglementaire de nombreux États, y compris ceux qui réfutent l'existence d'un principe général de précaution¹⁵. Et c'est justement parce que chacun de ces États a développé sa propre conception de la précaution que celle-ci est un concept pluraliste, empreint de considérations politiques, sociales, philosophiques, psychologiques ou encore éthiques propres à chaque société¹⁶. Les conditions de mise en œuvre des mesures de précaution sont également liées à la culture juridique de chaque État et sont donc extrêmement variables. Autrement dit, la précaution est un concept « subjectif », ce qui peut expliquer les difficultés qu'il y a à la systématiser en principe juridique et les controverses, parfois violentes, qui entourent la compréhension de son contenu et de ses implications¹⁷.

Comment cette subjectivité du concept de précaution est-elle réceptionnée dans les accords de libre-échange ? C'est là la problématique qui occupera les lignes qui suivent. Les accords de libre-échange sont des traités internationaux qui visent à la suppression de toutes les formes d'obstacle au commerce et à l'investissement international. Les accords de l'OMC de 1994 – avec l'Accord général sur le commerce des marchandises (GATT) en particulier – sont l'archétype de ces instruments. Ils ont une portée multilatérale (164 membres à l'OMC) et posent les principes structurants de l'ordre économique international. Mais ils appartiennent à l'« ancienne génération » des accords de libre-échange, à laquelle se substitue désormais une nouvelle génération d'instruments internationaux, de portée plus ambitieuse. Ces accords de libre-échange modernes – dont les acronymes de certains sont bien connus : le CETA¹⁸, le TTIP ou TAFTA¹⁹ ou encore le JEFTA²⁰ – ne rompent pas fondamentalement

¹³ Sur ces clauses de sauvegarde, voir E. Vos, « Le principe de précaution et le droit alimentaire de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2002, vol. 2, p. 232.

¹⁴ Ce régime permet aux États membres de limiter ou interdire, à titre provisoire, l'utilisation et/ou la vente d'un produit biotechnologique approuvé sur leur territoire s'ils ont des raisons précises de considérer, sur la base d'informations nouvelles ou complémentaires ou sur la base de connaissances scientifiques, que le produit particulier présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement. L'Autriche, l'Allemagne, la France, la Grèce, l'Italie et le Luxembourg ont eu recours à ces mesures de sauvegarde.

¹⁵ Sur le lien ancien entre la précaution et la gouvernance réglementaire, voir E. Fisher, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶ B. Reber, *op. cit.*, p. 83.

¹⁷ Sur ces controverses, sur lesquelles nous ne reviendrons pas, voir E. Fisher, *op. cit.*, p. 14.

¹⁸ CETA pour *Comprehensive and Economic Trade Agreement* ou AECG pour *Accord économique et commercial global*. Le CETA a été conclu entre l'Union européenne et ses États membres d'une part et le Canada d'autre part. Il est entré en application provisoire le 21 septembre 2017.

avec le paradigme de 1994. Au contraire, de portée géographique plus restreinte – il s’agit pour l’essentiel d’accords bilatéraux – ils ont vocation à approfondir le rythme de la libéralisation, dans le cadre d’un partenariat commercial préférentiel, en s’attachant au démantèlement des nouveaux obstacles au commerce et à l’investissement. Parmi ces nouveaux obstacles, les barrières réglementaires – qui se dressent entre les parties contractantes lorsque celles-ci n’appliquent pas les mêmes standards environnementaux et sanitaires par exemple – y font l’objet d’une attention renforcée.

C’est précisément ici que se scelle le point d’accroche entre approches de précaution et accords de libre-échange : la précaution, on l’a dit, est une composante de la gouvernance réglementaire ; or, les accords de libre-échange, parce qu’ils encadrent les conditions dans lesquelles les États peuvent adopter des mesures restrictives du commerce, interfèrent avec cette gouvernance réglementaire. Plus exactement, ils en enserrant l’exercice dans des conditions strictes qui visent à préserver la rationalité économique de toute réglementation qui pourrait avoir un impact sur les échanges commerciaux et les flux d’investissements. Or, cette rationalité économique – qui sert de curseur « objectif » à l’appréciation de la compatibilité des mesures restrictives du commerce avec les obligations internationales des États au titre des accords de libre-échange – laisse peu de place aux subjectivités inhérentes à la précaution.

Dans cette confrontation entre rationalité économique et pluralisme de la précaution, c’est l’approche européenne de la précaution qui semble la plus menacée. Elle subit des assauts répétés dans le cadre de l’OMC : dernier en date, une communication commune de seize États, en juillet 2019, qui reproche à l’Union de fonder sa réglementation relative à l’autorisation de certains pesticides sur une approche trop aléatoire de la précaution et qui fait planer un risque de nouveau contentieux, dans la lignée des affaires *Hormones* et *OGM*¹⁹. L’approche européenne de la précaution ne serait, par ailleurs, pas suffisamment défendue par la Commission européenne lors des grandes négociations commerciales avec des partenaires comme les États-Unis, le Canada ou les États du Mercosur²² qui ne partagent pas les mêmes standards environnementaux et sanitaires que ceux appliqués en Europe²³. Dans le cadre du CETA par exemple, la Déclaration adoptée par la Commission lors de la phase de signature de traité par les institutions européennes selon laquelle celui-ci « préserve la faculté de l’Union

¹⁹ TTIP pour *Transatlantic Trade and Investment Partnership* ou TAFTA pour *Transatlantic Free Trade Agreement*. Les négociations de cet accord ont débuté en 2013 entre l’Union européenne et les États-Unis. Elles ont été suspendues en 2016, faute d’accord entre les parties.

²⁰ JEFTA pour *Japan – European Union Free Trade Agreement*. Ce traité fait pour le moment l’objet d’un accord de principe, signé entre les parties en juillet 2017.

²¹ OMC – Conseil du commerce des marchandises, European Union – Implementation of Non-Tariff Barriers on Agricultural Products. Communication from Australia, Brazil, Canada, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, Guatemala, Honduras, Malaysia, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, United States, and Uruguay, G/C/W/767, 4 juillet 2019, <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2019/07/GCW767.pdf>.

²² Il s’agit de l’Argentine, du Brésil, du Paraguay et de l’Uruguay.

²³ Les grandes négociations commerciales menées dernièrement par l’Union européenne l’ont été avec des partenaires commerciaux qui ont ouvertement attaqué la conception européenne de la précaution devant l’OMC. Dans les affaires *Hormones* et *OGM*, les parties plaignantes étaient les États-Unis et le Canada qui ont été soutenus par les États du Mercosur en tant que tierces parties. On retrouve les mêmes États dans le groupe des seize auteurs de la communication au Conseil du commerce des marchandises de l’OMC citée note 21.

européenne et de ses États membres d'appliquer leurs principes fondamentaux régissant les activités de réglementation [...] et, en particulier, le principe de précaution »²⁴ n'a pas suffi à mettre un terme au débat qui émaille toujours le processus de ratification du traité²⁵. La négociation de l'accord commercial avec le Mercosur, qui a donné lieu à la signature d'un accord politique en juin 2019, a engendré des critiques comparables mais exacerbées quant à la posture ambivalente de l'Union européenne qui promeut des standards élevés de protection de l'environnement et de la santé tout en négociant des accords commerciaux préférentiels avec des États dont les politiques sont, dans ces domaines, parfois délétères²⁶.

L'analyse s'arrêtera donc sur l'étude des accords de libre-échange de l'Union européenne pour rechercher dans quelle mesure ceux-ci permettent de préserver la diversité des approches de précaution comme autant de choix souverains et légitimes – autant de « préférences collectives » dans le langage du droit international économique²⁷ – que les engagements internationaux des États ne sauraient remettre en cause. Il sera donc question des accords commerciaux de nouvelle génération récemment conclus par l'Union européenne – le CETA constituant ici un accord modèle pour les négociateurs européens²⁸ – mais également des accords de l'OMC auxquels l'Union européenne est partie. L'étude se limitera par ailleurs au volet commercial de ces traités à l'exclusion du volet investissement qui, en plus des questionnements qui vont nous intéresser ici, soulève certaines problématiques spécifiques qui mériteraient une analyse à part entière²⁹.

²⁴ Cette déclaration de la Commission européenne s'inscrit dans une série de 38 déclarations adoptées par les institutions de l'Union européenne et/ou les États membres en 2016. Ces déclarations n'ont qu'une portée politique et n'engagent que leurs auteurs. Conseil de l'Union européenne, Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part – Déclarations à inscrire au procès-verbal du Conseil, 27 octobre 2016.

²⁵ Voir l'avis juridique rédigé par l'association *Foodwatch*, *CETA, TAFTA et le principe de précaution de l'Union européenne. Une étude des règles relatives aux mesures sanitaires et phytosanitaires, aux obstacles techniques au commerce et à la coopération réglementaire dans l'accord CETA et selon les propositions de l'UE pour le TAFTA*, juin 2016, https://www.foodwatch.org/uploads/tx_abdownloads/files/foodwatch_rapport_Principe_precaution_2016_WEB.pdf. Voir aussi la saisine du Conseil constitutionnel français pour apprécier la compatibilité du traité avec la constitution française. Les députés auteurs de la saisine avançaient, entre autres arguments, le fait que le traité ne permettrait pas à la France d'adopter des mesures de précaution conformément à la Charte de l'environnement et au droit de l'Union européenne. Cet argument, comme les autres, a été rejeté par le Conseil constitutionnel. Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017 - Saisine par 60 députés, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2017-749-dc-du-31-juillet-2017-saisine-par-60-deputes>.

²⁶ La poursuite du processus de ratification du Mercosur s'annonce difficile. Le Parlement néerlandais a par exemple adopté, en juin 2020, une motion demandant au gouvernement de retirer son soutien à la Commission européenne dans la finalisation de l'accord. « Les députés néerlandais rejettent l'accord UE-Mercosur », www.lesechos.fr, 3 juin 2020.

²⁷ Sur la notion de préférences collectives, P. Lamy, « L'émergence des préférences collectives dans le champ de l'échange international : quelles implications pour la régulation de la mondialisation ? », Conférence du 15 septembre 2004, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/SPEECH_04_400. fference.

²⁸ Outre le CETA et l'accord commercial avec le Mercosur qui ont déjà été mentionnés, ont également été pris en compte l'accord commercial avec le Japon dont le processus de conclusion est engagé depuis l'été 2015, l'accord commercial avec Singapour qui est entré en vigueur en novembre 2019 et l'accord commercial avec le Vietnam qui est entré en vigueur le 1^{er} août 2020.

²⁹ Les accords de libre-échange de nouvelle génération comportent, pour la plupart, un volet investissement qui reprend les standards de traitement et de protection que l'on trouve dans les traditionnels traités bilatéraux d'investissement (TBI). Certains de ces standards, comme celui du traitement

La première partie de l'analyse est consacrée à l'identification des clauses des accords de libre-échange qui fondent le droit des parties contractantes d'adopter des mesures restrictives du commerce sur la base d'une approche de précaution. Ici, l'examen conduit au constat que si les accords de libre-échange reconnaissent bien le droit des États d'adopter des mesures de précaution, le principe de précaution n'y est jamais reconnu comme un principe cardinal qui participerait à l'équilibre des engagements commerciaux pris par les parties contractantes. La deuxième partie s'intéresse à la manière dont les conditions posées par les accords de libre-échange qui définissent la rationalité économique à laquelle doivent répondre les mesures de réglementation des parties contractantes peuvent constituer un obstacle à la réalisation de certaines approches de la précaution. Là, l'accent est mis sur les mécanismes conventionnels qui encadrent l'adoption de mesures sanitaires et phytosanitaires (mesures SPS) et qui tendent à véhiculer une conception monolithique de la précaution, façonnée par la présence reconnue à la science. Enfin, la troisième partie examine la manière dont les mécanismes de coopération réglementaire – qui caractérisent certains accords de nouvelle génération – peuvent également conduire à l'appauvrissement de la diversité des approches de précaution au nom de la performance économique des réglementations.

I. — LA PLACE DE LA GOUVERNANCE DE PRÉCAUTION DANS LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE

Le droit des États de fixer leur propre niveau de protection de la santé et de l'environnement est un principe cardinal du droit international économique. Dans le cadre de l'OMC, il a été érigé en principe à valeur quasi-constitutionnelle par l'Organe de règlement des différends³⁰. Le juge de l'OMC en a d'abord ancré le fondement dans l'article XX du GATT portant exceptions générales, dont on peut rappeler ici les principales dispositions :

- « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures
- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ;
 - b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; [...]
 - g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ».

juste et équitable, offrent aux investisseurs un degré de protection très élevé et interfèrent de manière complexe avec l'exercice de leur souveraineté réglementaire par les États hôtes. Pour un aperçu de ces interférences, voir le rapport de la Commission Schubert auprès du Premier ministre français, *L'impact de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé*, 7 septembre 2017, p. 33-34, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2017/09/rapport_de_la_commission_devaluation_du_ceta_-_08.09.2017.pdf.

³⁰ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, rapport de l'Organe d'appel du 26 avril 1996, p. 24 ; *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, § 66.

Il l'a ensuite transposé dans le cadre de l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires* (Accord SPS)³¹ et de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (Accord OTC)³².

Les accords de libre-échange de nouvelle génération reprennent tous, dans leur dispositif, une clause d'exceptions générales qui reproduit les termes de l'article XX. Mais l'introduction de dispositions complémentaires consolidant la souveraineté réglementaire des parties contractantes était une condition essentielle du renforcement de la légitimité de ces instruments. On trouve donc dans ces traités des clauses qui rappellent, à l'instar de cette disposition du CETA, que :

« Les Parties reconnaissent le droit de chaque Partie de définir ses priorités environnementales, d'établir ses niveaux de protection de l'environnement ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence sa législation et ses politiques d'une manière conforme au présent accord et aux accords multilatéraux sur l'environnement auxquels elle est partie »³³.

Le droit des parties contractantes aux accords de libre-échange de définir leur propre niveau de protection, compte tenu de leurs préférences collectives, inclut logiquement le droit d'adopter des mesures de précaution. Toutefois, les traités commerciaux entretiennent une certaine ambiguïté quant à la place qu'ils reconnaissent à la précaution. On retrouve la trace du concept dans certaines dispositions, sans toutefois que le droit des parties contractantes d'adopter des mesures fondées sur la précaution ne soit jamais reconnu en tant que tel.

Dans le cadre de l'OMC, il a été établi, depuis l'affaire *Hormones*, que le principe de précaution est « pris en compte » dans certaines dispositions de l'Accord SPS³⁴. Son article 5.7 en constitue le principal réceptacle :

« Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales

³¹ *Communautés européennes – Hormones*, rapport de l'Organe d'appel précité, § 5.50. L'Annexe A point 5 de l'Accord SPS définit le « niveau approprié de protection sanitaire et phytosanitaire », comme le « [n]iveau de protection considéré approprié par le Membre établissant une mesure sanitaire ou phytosanitaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux sur son territoire ».

³² V. par ex. *Indonésie – Importation de produits horticoles, d'animaux et de produits d'origine animale*, rapport de l'Organe d'appel du 9 novembre 2017, § 5.50.

³³ Article 24.8 du CETA. L'instrument interprétatif commun qui a été adopté entre l'Union européenne et le Canada rappelle que « [l]'AECG préserve la capacité de l'Union européenne et de ses États membres ainsi que du Canada à adopter et à appliquer leurs propres dispositions législatives et réglementaires destinées à réglementer les activités économiques dans l'intérêt public, à réaliser des objectifs légitimes de politique publique tels que la protection et la promotion de la santé publique, des services sociaux, de l'éducation publique, de la sécurité, de l'environnement et de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, la protection de la vie privée et la protection des données, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle ». Voir aussi l'article 12.2 de l'accord commercial entre l'Union européenne et Singapour ; l'article 13.12 de l'accord entre l'Union européenne et le Vietnam ; l'article 16.2 de l'accord entre l'Union européenne et le Japon ; l'article 2 du chapitre sur le commerce et le développement durable de l'accord entre l'Union européenne et le Mercosur.

³⁴ *Communautés européennes – Hormones*, rapport de l'Organe d'appel précité, § 124.

compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres »³⁵.

Les accords de libre-échange de nouvelle génération contiennent tous un chapitre sur les mesures sanitaires et phytosanitaires qui intègre les droits et obligations prévus par l'*Accord SPS*³⁶. Par conséquent, le droit d'adopter des mesures SPS restrictives du commerce, même dans les cas où les preuves scientifiques sur les risques que ces mesures visent à limiter ou éviter sont insuffisantes, y est également reconnu de manière générale.

Les nouveaux accords commerciaux, du moins ceux conclus par l'Union européenne, vont aussi plus loin en intégrant d'autres dispositions qui évoquent la gouvernance de précaution. Un article 24.8 du CETA prévoit par exemple que

« en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

Cette formulation n'est pas sans rappeler celle du Principe 15 de la *Déclaration de Rio*, même si des différences substantielles existent entre les deux³⁷.

Un article 12.5 de l'accord commercial avec Singapour mentionne, pour sa part, le principe de précaution de manière expresse. La disposition est rédigée en ces termes :

« Chacune des parties, lors de l'élaboration et de la mise en œuvre des mesures visant à améliorer la santé et la sécurité au travail qui peuvent avoir une incidence sur les échanges ou l'investissement entre les parties, tient compte des informations scientifiques et techniques pertinentes et des normes, lignes directrices ou recommandations internationales correspondantes si elles existent, y compris le principe de précaution consacré par ces normes, lignes directrices ou recommandations internationales »³⁸.

Cet examen rapide de la pratique conventionnelle de l'Union européenne amène plusieurs remarques. D'une part, le recours aux mesures qui nous intéressent est envisagé aussi bien dans le domaine de la santé que de l'environnement et, parfois, de la protection des travailleurs³⁹. Par rapport aux accords de l'OMC, un champ de déploiement plus important est donc reconnu aux mesures de précaution.

³⁵ Le principe est également pris en compte dans l'article 3.3 de l'Accord et dans le 6^e alinéa de son préambule qui rappellent tous les deux le droit des membres de l'OMC de déterminer librement le niveau de protection sanitaire et phytosanitaire qu'ils jugent appropriés.

³⁶ V. par ex. le chapitre V du CETA. Avec son article 5.4, « [l]es Parties confirment leurs droits et obligations au titre de l'Accord SPS ». L'article 1.2 du chapitre SPS de l'accord avec le Mercosur pose quant à lui l'objectif selon lequel les parties à l'accord doivent coopérer « *for further implementation of the WTO Agreement on the application of SPS measures* ».

³⁷ La référence dans le texte du CETA à l'adoption de « mesures économiquement efficaces » s'éloigne de la formulation de la Déclaration de Rio et n'est pas sans interroger sur l'articulation qu'elle implique entre précaution et avantage économique de la réglementation (ou de la non réglementation). Voir en ce sens les interrogations de la Commission Schubert, rapport précité, p. 21-22.

³⁸ Nous soulignons. Voir également l'article 12.9 du même accord. Voir encore l'article 13.11 de l'accord avec le Vietnam, l'article 16.9 de l'accord avec le Japon et l'article 10 du chapitre commerce et développement durable de l'ALE avec le Mercosur.

³⁹ Article 16.9 de l'accord avec le Japon : « *When preparing and implementing measures with the aim of protecting the environment or labour conditions that may affect trade or investment, the parties shall take account of available scientific and technical information, and where appropriate relevant international standards, guidelines or recommendations and the precautionary principle* ».

D'autre part, on pourrait penser que les dispositions qui font expressément mention du principe constituent un ancrage plus solide au droit des parties contractantes d'adopter des mesures de précaution. Toutefois, ces dispositions renvoient à un principe de précaution en manque de définition. La précision introduite dans l'Instrument interprétatif commun du CETA, selon laquelle « [l']Union européenne et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part réaffirment les engagements qu'ils ont pris en matière de précaution dans le cadre d'accords internationaux » est finalement de peu de secours puisque, comme on l'a précédemment souligné, les conditions de mise en œuvre du principe peuvent varier d'un traité à un autre, et d'une interprétation d'un même traité à une autre. Dès lors, s'agissant d'un principe de gouvernance vague, que les parties contractantes n'ont pas pris le soin de mieux définir dans le cadre de leur partenariat commercial, on peut se demander dans quelle mesure les clauses qui le mentionnent pourraient peser dans la balance face aux conditions de rationalité économique qui pèsent sur l'exercice du droit de réglementer des États et qui sont, pour leur part, solidement définies en droit international économique.

Enfin, et cette dernière remarque est la plus essentielle pour comprendre la portée de ces différentes dispositions, celles-ci figurent toutes dans les traités sous l'intitulé « Information scientifique ». Que la précaution – dont on a dit qu'elle était un concept complexe, forgé de considérations aussi bien politiques, que sociales ou psychologiques – soit confinée à une étiquette si triviale peut surprendre. Elle peut même induire en erreur : l'on chercherait la trace du principe de précaution dans la table des matières de ces accords – ô combien utile au vu de leur volume !⁴⁰ – que l'on n'en trouverait pas la moindre trace. Mais ces intitulés sont décisifs pour comprendre le véritable objet de ces clauses, que celles-ci fassent ou non expressément mention du principe de précaution. L'objectif de ces dispositions n'est pas de fonder le droit des parties contractantes d'adopter des mesures de précaution. Il est de préciser que même dans des situations d'incertitude scientifique, les parties contractantes peuvent, par principe, exercer leur droit de réglementer, mais à condition d'avoir réuni un seuil d'informations techniques suffisant qui confirme la probabilité du risque. Le principe de précaution – entendu dans sa forme la plus générale (et la plus vague) – se niche dans ces clauses parce que celles-ci concernent les situations dans lesquelles le principe peut être invoqué. Mais il doit composer avec la condition essentielle que posent ces clauses et qui consiste à fonder toute réglementation ayant un impact sur le commerce sur les informations scientifiques jugées pertinentes au sens des accords de libre-échange.

En somme, si le droit des parties contractantes d'adopter leur propre approche de la précaution est bien reconnu, par principe, dans le cadre des accords commerciaux, c'est sur le fondement du principe cardinal selon lequel chaque partie a le droit d'adopter son propre niveau de protection. Les clauses dans lesquelles on pourrait voir une reconnaissance plus spécifique du principe de précaution se contentent en réalité de rappeler que ce droit reste soumis au respect des conditions de rationalité réglementaire qui découlent du droit international économique. Or, comme le montrera la deuxième partie, le fondement scientifique des mesures de réglementation que peuvent adopter les parties contractantes est une condition décisive de cette rationalité réglementaire.

⁴⁰ 2 300 pages pour le CETA par exemple (annexes comprises).

II. — LA DIVERSITÉ DES APPROCHES DE PRÉCAUTION À L'ÉPREUVE DE LA RATIONALITÉ ÉCONOMIQUE DES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE

Dans la formulation du principe de précaution issue de la *Déclaration de Rio*, l'absence de certitude scientifique ne doit pas constituer un frein à l'élaboration, par l'État, d'un niveau de protection élevé. À l'inverse, dans les accords de libre-échange, que ce soit dans les domaines de la protection de l'environnement ou de la santé, l'adoption de mesures de réglementation inspirées par la précaution doit être fondée sur une analyse préalable des risques qui se rapproche de la certitude scientifique. Ce retournement dans la manière d'appréhender l'incertitude scientifique a des implications décisives dans la définition de la marge de manœuvre laissée à chaque État pour pouvoir mettre en œuvre sa propre conception de la précaution. Pour développer cette analyse, les lignes qui suivent se concentreront sur les dispositifs SPS des accords commerciaux.

Ces dispositifs semblent *a priori* neutres par rapport aux différentes approches de précaution que peuvent adopter les parties contractantes. L'article 5.7 de l'*Accord SPS* – qui trouve aussi à s'appliquer dans le cadre des accords de libre-échange de nouvelle génération – porte sur l'*évaluation des risques* et non pas sur la *gestion des risques*⁴¹. Or, cette distinction est fondamentale. L'évaluation des risques est une opération « technique » qui consiste à réunir les preuves scientifiques disponibles pour apprécier l'existence d'un risque et le degré d'exposition à ce risque. La gestion des risques, quant à elle, relève du processus décisionnel. C'est une opération politique qui consiste à déterminer l'acceptabilité d'un risque, compte tenu de critères nombreux et variés comme le contexte économique et social dans lequel est adoptée la décision⁴². Dans ce processus décisionnel, l'évaluation des risques ne constitue qu'un facteur, parmi d'autres, qui doit être pris en compte par l'autorité compétente pour décider de l'opportunité de réglementer un produit ou une activité qui présente des dangers qui ne sont pas établis avec certitude. Cela ressort clairement de certains actes de droit dérivé de l'Union européenne. Le règlement (CE) n° 178/2002 du 28 janvier 2002 sur la sécurité alimentaire précise par exemple que :

« L'évaluation des risques ne peut à elle seule, dans certains cas, fournir toutes les informations sur lesquelles une décision de gestion des risques doit se fonder et [...] d'autres facteurs pertinents doivent légitimement être pris en considération, notamment des facteurs sociétaux,

⁴¹ L'article 5.7 est intitulé « Évaluation des risques et détermination du niveau approprié de protection sanitaire et phytosanitaire ».

⁴² Pour bien comprendre la distinction entre évaluation et gestion des risques, on peut citer le Règlement (CE) n° 178/2002/CE sur la sécurité alimentaire du 25 mars 2008. Son article 6 précise que « [l]évaluation des risques est fondée sur les preuves scientifiques disponibles et elle est menée de manière indépendante, objective et transparente » (§ 2) tandis que « [l]a gestion des risques tient compte des résultats de l'évaluation des risques [...], d'autres facteurs légitimes pour la question en cause et du principe de précaution ». Voir aussi le point 12 du préambule du Règlement n° 1107/2009 du 21 octobre 2009 sur la mise sur le marché des produits phytosanitaires : « Il y a lieu de préciser que l'[Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires] effectue une évaluation des risques, tandis que la Commission assume le rôle de la gestion des risques et prend la décision définitive concernant une substance active ».

économiques, traditionnels, éthiques et environnementaux, ainsi que la faisabilité des contrôles »⁴³.

Mais dans le cadre des mécanismes SPS, l'articulation entre évaluation des risques et gestion des risques est, en pratique, différente : la première se retrouve au cœur de la seconde. Pour le comprendre, il faut brièvement rappeler la manière dont les objectifs économiques des accords de libre-échange et la prise en compte des préoccupations non commerciales des parties contractantes s'articulent traditionnellement. Les accords de libre-échange encadrent le processus de gestion des risques par les pouvoirs publics en imposant des standards de gouvernance réglementaire bien connus : la non-discrimination, la proportionnalité des mesures, leur caractère raisonnable ou encore l'absence de mesure moins restrictive du commerce⁴⁴. Ces standards permettent la conciliation entre les objectifs commerciaux des accords et la prise en compte des préférences collectives des parties contractantes. Mais leur mise en œuvre reste profondément marquée par l'objectif premier des accords commerciaux qui est la suppression des obstacles au commerce. Par conséquent, les mesures restrictives du commerce qui visent la défense d'une préférence collective sont « tolérées » dans le cadre des accords de libre-échange, pour autant qu'elles soient économiquement rationnelles.

Or, lorsqu'il s'agit d'adopter des mesures fondées sur la précaution, les critères de rationalité économique traditionnels sont difficiles à mettre en œuvre. Comment apprécier la nécessité d'une mesure face à un risque qui, par définition, n'est pas certain ? Comment mettre en balance le coût et les avantages d'une telle mesure quand la gravité du risque – et avec elle le coût que représentent les mesures d'atténuation – n'est pas établie avec certitude ? Les dispositions conventionnelles relatives à l'évaluation scientifique des risques deviennent alors décisives puisque la rationalité scientifique de la mesure garantit sa rationalité économique. Le fondement scientifique de la mesure constitue en effet le seuil minimal en dessous duquel un État ne peut réglementer de manière rationnelle, compte tenu des standards posés par les accords commerciaux⁴⁵. Le droit des parties contractantes de déterminer leur propre niveau de protection en est affecté puisque la prépondérance du facteur scientifique élude la possibilité de prendre en compte d'autres critères comme l'acceptabilité sociétale du risque⁴⁶.

⁴³ Règlement (CE) n° 178/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, Préambule, Considérant n° 19.

⁴⁴ Au sujet des mesures de protection de la santé, voir notre analyse « L'exception de santé dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », in *Santé et droit international*, Colloque annuel de la SFDI 2018, Paris, Pedone, 2019, p. 177-183.

⁴⁵ En ce sens, E. Ruozzi, « L'application du principe de précaution en droit de l'Union européenne », in H. Ruiz Fabri et L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts juridiques : Le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 541 ; Ch. Bonneuil, L. Levidou & A. Thierry, « Une science du libre-échange ? La mise en scène de l'expertise scientifique à l'OMC », *Hermès – La Revue*, 2012, vol. 3, n° 64, p. 37 ; J. Peel, « Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement : Science as an International Normative Yardstick ? », *Jean Monnet Working Paper*, 2004, p. 83, <https://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/04/040201.pdf>.

⁴⁶ Voir notre analyse, « L'exception de santé dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », *op. cit.*, p. 198. Voir dans le même sens B. Rigod, « The Purpose of the World Trade Organization Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS) », *The European Journal of International Law*, 2013, vol. 24, n° 2, p. 505.

Cette prépondérance de l'évaluation des risques dans l'opération de gestion des risques n'est pas propre au droit des accords de libre-échange. Dans son appréciation des mesures de précaution, la Cour de Justice de l'Union européenne a par exemple fait une place de plus en plus importante à l'évaluation scientifique des risques⁴⁷. À tel point que certains auteurs parlent d'un mimétisme entre la jurisprudence européenne et la jurisprudence de l'ORD concernant la mise en œuvre de l'article 5.7 de l'*Accord SPS*⁴⁸.

Toutefois, ce qui caractérise plus particulièrement la jurisprudence du juge de l'OMC c'est la rigueur avec laquelle il apprécie l'exigence d'évaluation scientifique des risques. C'est ici que les affaires *Hormones* et *OGM* sont venues limiter de manière drastique les possibilités de déploiement de la précaution dans le domaine sanitaire et phytosanitaire. L'évaluation des risques qu'il faut mener conformément aux conditions précises prévues dans l'Accord SPS doit permettre de se rapprocher le plus possible de *la vérité scientifique*, celle qui serait établie si l'incertitude pouvait être levée. Le juge de l'OMC exige, en particulier, de la partie qui invoque l'article 5.7 qu'elle rapporte des *preuves spécifiques* sur les risques potentiellement présentés par chacun des produits ou chacune des substances réglementées. Ainsi, des preuves scientifiques qui mettraient en lumière un risque global, sans identifier précisément quel danger pourrait découler de quel produit, ne pourraient pas justifier l'adoption de mesures de précaution. C'est exactement ce qui a péché dans la défense européenne dans les affaires *hormones* et *amiante*. Les évaluations scientifiques produites par l'Union européenne ne permettaient pas d'établir que les hormones de croissance interdites par la réglementation européenne pour la première affaire et les produits biotechnologiques prohibés par les réglementations nationales de certains États membres pour la seconde, étaient spécifiquement susceptibles de causer un risque pour la santé humaine. Il manquait à ces évaluations la démonstration selon laquelle tel risque potentiel mais précisément identifié pouvait spécifiquement découler de telle ou telle substance prohibée.

Cette rigueur de l'analyse permet peut-être d'écarter tout « risque potentiel de fantasme »⁴⁹. Mais elle condamne également les réglementations qui pourraient être guidées par des préoccupations plus éthiques des citoyens dans la définition de leur modèle de consommation. Le fait que l'évaluation scientifique des risques soit le critère déterminant de la gestion des risques dans le cadre des mécanismes SPS empêche ainsi la diversité des approches de précaution. Du moins, il constitue un sérieux obstacle à voir prospérer des approches de la précaution qui – comme celle promue par l'Union européenne – ne sacralisent pas la vérité scientifique et acceptent que l'acceptabilité des risques puisse également être déterminée par les attentes sociétales des consommateurs concernés.

⁴⁷ E. Brosset, « Le juge de l'Union et le principe de précaution : état des lieux », *RTD Eur.*, 2015, p. 737 et s.

⁴⁸ V. par ex. E. Ruozzi, *op. cit.*, p. 534 et s.

⁴⁹ P. Kourislsky & G. Viney, *Le Principe de précaution. Rapport au Premier ministre*, La Documentation française, éd. Odile Jacob, 2000, p. 41, cité par E. Brosset, « Les risques de la systématisation économique », *op. cit.*, p. 64.

III. — LA DIVERSITÉ DES APPROCHES DE PRÉCAUTION À L'ÉPREUVE DE LA COOPÉRATION RÉGLEMENTAIRE

Dans le cadre des accords de libre-échange, la diversité des approches de précaution peut encore être mise à l'épreuve avec les mécanismes de coopération réglementaire. Ceux-ci ont pour objectif de lisser, autant que possible, les réglementations (techniques, environnementales, sociales...) d'un marché à un autre pour permettre une circulation des biens et services la plus fluide possible. La coopération réglementaire repose sur une multitude de mécanismes qui permettent de supprimer les obstacles réglementaires au commerce qui sont jugés non nécessaires : des outils qui assurent l'accessibilité et l'intelligibilité des normes aux instruments encourageant l'harmonisation des réglementations en passant par les mécanismes de reconnaissance d'équivalence des standards nationaux⁵⁰. Souvent considérée comme une discipline commerciale nouvelle, introduite par les traités de nouvelle génération, la coopération réglementaire est en réalité un objectif classique du droit international économique⁵¹. Ainsi, dans le cadre de l'OMC, les accords SPS et OTC participent déjà très largement à cet objectif⁵². Par exemple en prévoyant un mécanisme de présomption de conformité au GATT des mesures SPS ou des obstacles techniques au commerce fondés sur les normes définies au niveau international par les institutions compétentes, ces accords incitent les membres de l'OMC à harmoniser leur réglementation dans les domaines de la santé des personnes, des animaux, de la protection de l'environnement ou encore de la protection des consommateurs⁵³.

Mais la coopération réglementaire est devenue un enjeu plus essentiel encore dans certains traités de libre-échange de nouvelle génération⁵⁴. L'objectif est central au CETA qui lui consacre un chapitre entier (le chapitre XXI). Il était également décisif pour la négociation du Partenariat transatlantique avec les États-Unis. Dans ces nouveaux accords, la coopération réglementaire prend des formes plus poussées, jusqu'à envisager une véritable intégration des réglementations des parties contractantes et de leur processus d'élaboration. L'accord avec le Canada prévoit par exemple que les parties contractantes peuvent entrer dans un dialogue bilatéral visant à

« échanger des projets de règlements techniques ou sanitaires et phytosanitaires pouvant avoir une incidence sur le commerce avec l'autre Partie au stade le plus précoce possible, de sorte

⁵⁰ OCDE, *International Regulatory Co-Operation : Addressing Global Challenges*, Paris, OCDE, 2013, p. 23-24.

⁵¹ R. Polanco Lazo, « The Treatment of Regulatory Convergence in Preferential Trade Agreements », *World Trade Review*, 2018, vol. 17, n° 4, p. 580-589.

⁵² OMC/OCDE, *Facilitating Trade Through Regulatory Cooperation. The Case of the WTO's TBT / SPS Agreements and Committees*, Genève, OMC, Paris, OCDE, 2019, 97 p.

⁵³ Voir notre analyse, « L'exception de santé dans la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends de l'OMC », *op. cit.*, p. 173-175.

⁵⁴ Les accords commerciaux récemment négociés par l'Union européenne ne cherchent pas tous à renforcer les mécanismes de coopération réglementaire entre les parties contractantes. Le traité avec le Mercosur ne contient pas de chapitre dédié à cette discipline commerciale. Pour l'essentiel, il se contente de reprendre les mécanismes de coopération réglementaire qui existaient déjà dans le cadre des Accords de l'OMC. C'est également le cas pour l'accord avec Singapour et l'accord avec le Vietnam.

que les observations et les propositions de modification [de cette autre Partie] puissent être prises en compte »⁵⁵.

Autrement dit, le CETA invite les parties contractantes à concevoir en commun leurs projets de réglementation respectifs, en amont de leur processus interne d'élaboration de la loi⁵⁶. Certes, la coopération réglementaire ne peut être mise en œuvre que sur une base volontaire. Par conséquent, cette discipline commerciale ne dépossède pas les parties contractantes de leur droit de réglementer, ni de leur droit de faire prévaloir leur propre approche de la précaution dans les réglementations nationales qu'elles adoptent⁵⁷. Toutefois, la présence renforcée de ces mécanismes dans un accord commercial préférentiel fait peser des attentes sur les parties contractantes. Ainsi, dans le cadre du CETA, aussi bien le Canada que l'Union européenne ont signifié, en acceptant le principe de ces mécanismes, qu'ils étaient disposés à développer des dialogues réglementaires entre eux⁵⁸. D'ailleurs, en plus du chapitre XXI de l'accord, le chapitre XXV portant « coopération et dialogues bilatéraux » semble tenir pour acquis que cette coopération sera effectivement engagée dans certains domaines sensibles, et notamment dans le domaine des produits de biotechnologies⁵⁹. C'est dire que les mécanismes de coopération réglementaire peuvent constituer des leviers de pressions sur l'exercice par les parties contractantes de leur souveraineté réglementaire.

C'est pour cette raison que les mécanismes de coopération inscrits dans l'accord avec le Canada et le projet d'accord avec les États-Unis ont été très critiqués. Il a été reproché à l'Union européenne de prendre des engagements qui pourraient la fragiliser dans la défense de ses principes essentiels et notamment dans la défense du principe de précaution, face à des

⁵⁵ Article 21.4 d.

⁵⁶ Ces procédures ont fait l'objet de critiques nombreuses. V. not. l'analyse de la Commission Schubert, rapport précité, p. 37-39.

⁵⁷ L'article 21.2 § 4 du CETA assigne, parmi les objectifs de la coopération réglementaire, celui-ci : « Sans limiter la capacité de chaque Partie à mener à bien ses propres activités réglementaires, législatives et politiques, les Parties s'engagent à développer davantage leur coopération en matière de réglementation en tenant compte de leur intérêt mutuel, en vue d'atteindre les objectifs suivants : a) prévenir et éliminer les obstacles inutiles au commerce et à l'investissement ; b) améliorer les conditions de la compétitivité et de l'innovation, y compris en cherchant à assurer la compatibilité, la reconnaissance d'équivalence et la convergence des réglementations ; c) promouvoir des processus réglementaires transparents, efficaces et efficaces qui appuient les objectifs de la politique publique et permettent aux organismes réglementaires de remplir leur mandat, y compris par la promotion de l'échange d'informations et d'une meilleure utilisation des pratiques exemplaires ».

⁵⁸ Une partie n'est jamais obligée d'accepter une activité de coopération réglementaire. En revanche, elle doit pouvoir justifier sa décision lorsqu'elle rejette une sollicitation de l'autre partie contractante. Voir l'article 21.2 § 6 du CETA : « Les Parties peuvent entreprendre des activités de coopération en matière de réglementation sur une base volontaire. Il est entendu qu'une Partie n'est pas tenue de participer à une quelconque activité de coopération en matière de réglementation et peut refuser ou cesser de coopérer. Cependant, la Partie qui refuse d'entamer la coopération en matière de réglementation ou qui se retire d'une telle coopération devrait être prête à expliquer les motifs de sa décision à l'autre Partie ».

⁵⁹ V. not. l'article 25.2, § 2. d : « Les Parties soulignent aussi l'importance des objectifs communs ci-après en ce qui concerne la coopération dans le domaine de la biotechnologie : [...] prendre part à une coopération dans le domaine de la réglementation afin de réduire au minimum les répercussions commerciales négatives des pratiques réglementaires relatives aux produits de biotechnologie ». Voir également l'article 25.1 § 2 : « les dialogues bilatéraux se tiennent sans retard injustifié à la demande de l'une des parties [...] ». Ici, la marge de manœuvre des parties pour refuser d'entrer dans une activité de coopération réglementaire semble limitée.

partenaires commerciaux qui ne partagent pas ces valeurs et qui ont, à plusieurs reprises, attaqué au contentieux le principe de précaution « à l'européenne »⁶⁰.

La confrontation historique entre les approches européennes et américaines de la précaution ne s'explique pas aussi simplement que par le fait qu'il y aurait de part et d'autre de l'Atlantique des conditions de protection de la santé, de l'environnement ou des consommateurs inégales (avec, en général l'idée selon laquelle l'Union européenne serait plus précautionneuse que les États d'Amérique du Nord)⁶¹. Les raisons de cette opposition sont plus profondes⁶². Elles tiennent d'abord à des différences nettes quant à la perception du risque et à l'acceptation de celui-ci dans les cultures européennes et américaines⁶³. Ainsi, on sait que les États-Unis et le Canada privilégient, dans la gestion des risques, la méthode de l'analyse coût-bénéfice qui conduit à une plus grande acceptation des risques si les profits attendus sont suffisants. Elles tiennent également à la spécificité des processus réglementaires, qui sont très différents en Europe et en Amérique et qui permettent une prise en compte plus ou moins grande des facteurs politiques, sociaux voire psychologiques qui façonnent les différentes approches de précaution⁶⁴.

Or, les mécanismes de coopération réglementaire qui tendent à une conception intégrée des réglementations applicables au commerce, parce qu'ils peuvent intervenir en amont des processus normatifs internes, pourraient amener à contourner ces différences matricielles dans la gouvernance réglementaire des États et conduire au façonnement d'une approche uniforme de la précaution. Dans le rapport de force actuel entre l'Union européenne et ses principaux partenaires commerciaux et compte tenu des antécédents contentieux de l'approche européenne de la précaution, l'Union européenne pourrait ainsi être amenée à renoncer à ses principes au profit d'une conception de la précaution qui, culturellement n'est pas la sienne, mais qui satisfait davantage aux exigences du libre-échange. Et le fait que rien n'ait été fait, dans le cadre des accords de libre-échange de nouvelle génération de l'Union européenne, pour préserver cette approche de la précaution a pu décevoir. Des clauses de sauvegarde auraient par exemple pu être introduites dans le corps des accords pour rappeler qu'il existe une controverse sur la signification du principe de précaution mais que l'Union européenne n'entend pas renoncer au degré de protection qu'elle peut fonder sur sa conception du principe. Mais à notre connaissance, il n'a jamais été question de ces clauses pas plus qu'il n'a

⁶⁰ V. par ex. le rapport de *FoodWatch, CETA, TAFTA et le principe de précaution de l'Union européenne*, rapport précité ; M. Bartl, « TTIP's Regulatory Cooperation and the Future of Precaution in Europe », *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series*, n° 2016-01, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2727118.

⁶¹ J. B. Wiener & M. D. Rogers, « Comparing Precaution in the US and Europe », *Journal of Risk Research*, 2002, vol. 4, n° 5, p. 318, p. 322-323. Ces auteurs rappellent que jusqu'aux années 1990, les États-Unis ont souvent été à l'avant-garde de réglementations sanitaires ou environnementales fondées sur une approche de précaution. Ils ont par exemple été les premiers à interdire le plomb dans l'essence. Puis dans le courant des années 1990 un *flip-flop* s'est produit qui a conduit l'Union européenne à davantage mettre en avant, dans ses réglementations, son approche de la précaution.

⁶² H. Veinla, « Free Trade and the Precautionary Principle », *Juridica International*, 2003, vol. VIII, p. 192-196.

⁶³ J. B. Wiener & M. D. Rogers, *op. cit.*, p. 318.

⁶⁴ L. Bergkamp & L. Kogan, « Trade, the Precautionary Principle and Post-Modern Regulatory Process. Regulatory Convergence in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *EJRR*, 2014, n° 4, p. 497 ; K. von Moltke, « The Dilemma of the Precautionary Principle in International Trade », 2000, <http://www.iisd.org>.

été question jusqu'à maintenant, dans la posture de négociation de la Commission, de faire de la préservation de l'approche européenne de la précaution une condition fondamentale de conclusion d'un nouvel accord⁶⁵.

De manière plus générale, avec l'élaboration d'une conception monolithique de la précaution, assurément l'objectif d'harmonisation des réglementations applicables au commerce serait atteint et avec lui, sans doute, une plus grande fluidité des flux commerciaux et une plus grande sécurité et prévisibilité juridique pour les opérateurs économiques. Mais au prix d'un tarissement de la diversité des approches de précaution qu'il semble nécessaire de préserver : d'une part, celle-ci reflète une diversité démocratique et sociétale qui ne devrait pas disparaître au nom d'un idéal libéral qui a ses limites ; d'autre part, dans les domaines où l'incertitude demeure quant à la survenance de tel ou tel risque, le maintien de plusieurs options réglementaires semble nécessaire pour permettre aux sociétés de s'adapter rapidement aux menaces qui pèsent sur elles⁶⁶.

sabrina-robert-cuendet@univ-lemans.fr

⁶⁵ Le rapport de *FoodWatch* sur le CETA et le TAFTA montre même qu'en prévision de ces négociations, la Commission européenne aurait retardé ou renoncé à certaines réglementations, dans des domaines sensibles comme la réglementation des pesticides, pour faciliter les discussions avec ses partenaires commerciaux. *CETA, TAFTA et le principe de précaution de l'Union européenne*, rapport précité, p. 22 et s.

⁶⁶ En ce sens, voir J. Wiener et A. Alemanno, « The Future of International Regulatory Cooperation : TTIP as Learning Process Toward A Global Policy Laboratory », *Law and Contemporary Problems*, 2015, vol. 78, n° 4, p. 124.