

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

Le traité CETA négocié entre l'UE et le Canada et
le projet de traité TAFTA, entre l'UE et les Etats-Unis,
ne garantissent pas le principe de précaution.
www.foodwatch.fr

foodwatch[®]
alimentons le débat

Avis juridique rédigé pour

l'association foodwatch

par

Dr iur. Peter-Tobias Stoll, Directeur, Département du droit économique international et du droit de l'environnement, Institut pour le droit international et le droit européen, Faculté de droit, Université Georg-August de Göttingen

Nicolas de Sadeleer, professeur de droit de l'Union européenne, université Saint-Louis, chaire Jean Monnet, Bruxelles

Dr Wybe Th. Douma, Chercheur senior spécialisé en droit de l'Union européenne et droit du Commerce international, TMC Asser Instituut, La Haye

Patrick Abel, MJur (Oxford), Collaborateur scientifique, Département de droit économique international et de l'environnement, Institut pour le droit international et le droit européen, Faculté de droit, Université Georg-August de Göttingen

Juin 2016

. Sommaire

A. Résumé (executive summary)	7
B. Problématique	10
C. Le principe de précaution de l'UE comme objet des CETA et TAFTA	10
D. Le principe de précaution de l'UE: fondements et acquis ..	11
I. Origines dans le droit allemand et dans le droit international	11
II. Inscription dans les traités européens, la législation et la jurisprudence européennes.....	12
E. Controverses autour du principe de précaution de l'UE dans les relations commerciales avec les États-Unis et le Canada ..	14
I. Accords de l'OMC pertinents et autres instances internationales	14
II. Hormones et biotechnologies: les règles de précaution de l'UE face à l'organe de règlement des différends de l'OMC.....	12
III. La remise en question du principe de précaution de l'UE dans les discours / instances internationaux.....	17
IV. Conclusion.....	17
F. L'influence des CETA et TAFTA sur le principe de précaution de l'UE	18
I. Les chapitres SPS – Mesures sanitaires et phytosanitaires	18
II. Le chapitre OTC – Obstacles techniques au commerce.....	19
III. Coopération réglementaire.....	19
IV. Chapitres sur le commerce et le travail et le commerce et l'environnement	20
V. Conclusion.....	21
G. Effets possibles du CETA et du TAFTA sur l'application du principe de précaution de l'UE dans la protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs	21
I. Droit européen sur l'alimentation en général	21
II. Pesticides dans les denrées alimentaires	22
III. Viande de bœuf aux hormones	23
IV. Droit des OGM	24
V. Législation en matière de produits chimiques – REACH.....	25
VI. Perturbateurs endocriniens.....	25
VII. Nanotechnologie.....	26
VIII. Conclusion.....	27

Remarques sur la citation du CETA et du TAFTA

Dans la mesure où le présent avis fait référence au « projet de CETA », il s'agit de la version consolidée de l'accord négocié avec le Canada, le « Comprehensive Economic and Trade Agreement » (CETA, ou accord économique et commercial global – AECG), publié le 29.02.2016. Le texte est disponible en ligne à l'adresse http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (consulté le 02.04.2016).

Sous le terme de « projet de TAFTA » sont entendues les propositions de texte de l'UE pour un accord sous le titre de « Partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement » – TAFTA en abrégé, qui sont disponibles en ligne à l'adresse <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (consultées le 02.04.2016). Les propositions de texte suivantes sont étudiées en détail ci-après :

- À propos du chapitre du SPS, publié le 07.01.2015, cité : « Projet de TAFTA sur les produits sanitaires et phytosanitaires (SPS) »
- À propos du chapitre sur les OTC, publié le 07.01.2015, cité : « Projet de TAFTA obstacles techniques au commerce (OTC) »
- À propos du chapitre sur la coopération réglementaire, publié le 21.03.2016, cité : « Projet de TAFTA (coopération réglementaire) »

A. Résumé

Le principe de précaution constitue un point d'achoppement important dans les discussions autour des accords de libre-échange de l'Union européenne avec le Canada et avec les États-Unis. Du côté européen, il existe la crainte que le principe de précaution puisse être remis en question pour les politiques communautaires existantes ou futures.

1. Le principe de précaution est fermement ancré dans les traités européens et constitue une base essentielle de la politique communautaire en matière de santé, d'environnement et de protection des consommateurs, qui aspire à un haut niveau de protection.

Concernant la politique de l'UE, l'art. 191 al. 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit que la politique de l'UE dans le domaine de l'environnement est fondée entre autres sur le principe de précaution, et vise un niveau de protection élevé. Conformément à l'art. 191 al. 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'UE tient compte des données scientifiques et techniques disponibles dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement. Le principe de précaution permet aux autorités compétentes d'adopter des mesures préventives quand bien même toutes les preuves scientifiques relatives à l'occurrence du risque ne sont pas encore réunies. La communication de la Commission européenne, adoptée en 2000, précise les modalités d'application dudit principe. Depuis lors, il a été largement mis en œuvre dans le cadre de la politique communautaire de la santé, de l'environnement et de la protection des consommateurs. La Cour de justice de l'UE (CJUE) n'a pas hésité à recourir au principe de précaution dans des différends portant sur la sécurité alimentaire, la protection des consommateurs et celle de l'environnement. Enfin, le principe a été consacré dans des législations plus spécifiques.

2. Au niveau international, le principe de précaution fut consacré par le principe 15 de la déclaration finale de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement adoptée à Rio de Janeiro en 1992. Si cette déclaration est juridiquement non contraignante, il n'en demeure pas moins qu'elle exerce une influence significative dans la mesure où elle a été adoptée par presque tous les États, à l'exclusion des États-Unis et du Canada. En outre, le principe de précaution a été consacré dans plusieurs conventions internationales juridiquement contraignantes, telles que la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et le Protocole de Carthagène sur la biosécurité, qui concerne la circulation transfrontalière d'organismes génétiquement modifiés.

3. En revanche aux États-Unis, le principe de précaution n'a été consacré ni dans les législations ni dans la jurisprudence, tandis qu'au Canada il n'intervient pas dans les domaines de la protection de la santé et des

consommateurs. Par ailleurs, il ne joue aucun rôle dans la culture réglementaire de ces deux pays. L'approche est beaucoup plus orientée sur la causalité et les preuves scientifiques de risques avérés et marquée par l'analyse coûts-bénéfices.

4. Dans le contexte de la mondialisation et de la libéralisation progressive du commerce international, les marges de manœuvre des États membres de l'UE et de la Commission européenne pour décider des politiques publiques ont déjà été fortement réduites. **Le droit du commerce international est déjà largement influencé par la culture réglementaire des États-Unis, qui ne reconnaît pas le principe de précaution mais qui repose presque exclusivement sur une approche dite « scientifique » (sound science) de l'analyse des risques.**

5. L'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord OMC/SPS) s'inspire de cette logique. Il dispose, entre autres, que les mesures SPS doivent se fonder sur une évaluation scientifique du risque (art. 5.1). Dans le cas d'une preuve scientifique insuffisante, seules des mesures provisoires sont autorisées. Elles sont assorties de l'obligation de se procurer les informations nécessaires pour une évaluation complète du risque et de revoir les mesures prises dans un délai approprié (art. 5.7).

Sur la base du droit de l'OMC, des réglementations de l'UE fondées sur le principe de précaution ont été contestées devant l'Organe de règlement des différends (ORD) à Genève. Par exemple, les restrictions de l'UE à l'importation de viande de bœuf produite à l'aide d'hormones de croissance ont été déclarées incompatibles avec l'Accord SPS dans le règlement d'un différend qui opposait le Canada et les États-Unis à l'UE. L'UE avait invoqué en vain un principe général de précaution.

Dans un recours intenté par la suite par les États-Unis et le Canada devant l'ORD de l'OMC à l'encontre du régime communautaire d'autorisation des OGM, le recours au principe de précaution n'a pas non plus été admis.

Il convient toutefois de noter que dans ces deux décisions, l'ORD a laissé entendre que la question n'était pas totalement tranchée. Aussi pourrait-on s'attendre à l'avenir à une position plus favorable de l'ORD sur le rôle rempli par le principe de précaution.

6. Les projets de CETA et de TAFTA contiennent tous deux un chapitre consacré aux mesures sanitaires et phytosanitaires (mesures SPS). Il est fait référence dans ces chapitres aux règles de l'OMC, lesquelles font donc partie intégrante des deux accords de libre-échange. Cela implique que l'UE accepte de se conformer aux règles de la procédure de règlement de différend de l'OMC, dans le contexte bilatéral de ces accords. Ceci est d'autant plus problématique que ces accords sont conclus avec deux États qui avaient contesté devant l'ORD des

réglementations (hormones, OGM) qui reposaient sur le principe de précaution. Par conséquent, il existe une obligation doublée. Les règles des accords de libre échange s'ajoutent aux obligations de l'OMC et sont applicables en parallèle.

Dans les deux chapitres concernant les mesures SPS, le terme de précaution n'apparaît pas. Le fait que le principe soit contraignant dans l'UE n'est pas non plus mentionné. Il n'y a aucune référence à certains enseignements jurisprudentiels de l'ORD favorables à une analyse des risques prenant en compte l'incertitude.

7. Le principe de reconnaissance mutuelle (chapitre OTC) ainsi que la **procédure de reconnaissance des normes par équivalence** (chapitre SPS) sont appelés à jouer un rôle important. Si des normes étrangères sont reconnues équivalentes, les produits qui y sont commercialisés en conformité avec ces normes pourront être commercialisés dans l'UE sans faire l'objet d'une procédure de contrôle supplémentaire. La mise en œuvre de ces procédures soulèvera des difficultés vis-à-vis du principe de précaution. En effet, dans ces procédures, rien n'est prévu sur le rôle rempli par ce principe dans l'examen de l'équivalence.

8. La même logique s'applique au chapitre sur les **obstacles techniques au commerce (mesures OTC)** dans l'accord CETA ou le projet TAFTA. Dans ce cas aussi, il est fait référence aux règles de l'OMC, notamment l'accord OMC/OTC. Dans ce domaine, la portée de la reconnaissance du principe de précaution dans le droit de l'OMC est encore floue en l'absence de jurisprudence. Le principe de précaution n'est pas évoqué non plus.

9. De plus, les deux projets d'accord prévoient un chapitre sur la **coopération réglementaire** qui couvre toutes les réglementations qui pourraient avoir des effets sur le commerce. Cette coopération s'étend d'ailleurs à la phase d'élaboration de nouvelles réglementations. Si l'accord CETA et le projet TAFTA ne sont pas formulés de façon directement contradictoire avec le principe de précaution, il n'en demeure pas moins que **rien ne garantit dans ces deux accords que le principe de précaution soit encore considéré en tant qu'élément essentiel de l'approche réglementaire.** Tandis que les deux accords rappellent l'engagement des parties à atteindre des seuils élevés de protection de la santé et de l'environnement, la priorité porte néanmoins sur la réduction des obstacles au commerce.

10. L'accord CETA et le projet de TAFTA prévoient chacun deux chapitres distincts qui traitent respectivement des droits des travailleurs et de la protection de l'environnement. Le droit de réglementer et le recours au principe 15 de la déclaration de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement de Rio de Janeiro de 1992 sont mentionnés dans ces chapitres. Toutefois, si la référence faite à la déclaration de Rio peut être considérée comme une mention indirecte du principe de précaution, il

n'en demeure pas moins qu'aucun de ces chapitres n'évoque explicitement le principe de précaution.

Il est à noter que la portée de ces deux chapitres est très limitée. Le chapitre sur le travail et le commerce se rapporte uniquement à la protection du travail et ne couvre par conséquent qu'une partie limitée de la protection sanitaire. Par ailleurs, le droit de réglementer prévu dans le chapitre sur le commerce et l'environnement est établi sous la réserve de conformité avec les autres règles des accords, ce qui inclut le vaste domaine d'application des règles SPS, que nous avons critiqué ci-dessus. Le chapitre sur la coopération réglementaire renvoie aux chapitres sur les droits des travailleurs et la protection de l'environnement, sans toutefois préciser que le principe de précaution devrait jouer un rôle essentiel.

Il est intéressant que certaines dispositions dans les chapitres sur le travail et sur l'environnement fassent indirectement écho au principe de précaution. Néanmoins, le fait que cette mention soit indirecte, et ne soit reprise que dans des chapitres qui n'ont pas de portée contraignante, souligne un déséquilibre persistant dans la mesure où le principe de précaution n'est pas pris en compte dans les chapitres les plus importants des deux traités, comme ceux ayant trait à la protection de la santé et des consommateurs.

11. Les conséquences des projets de CETA et de TAFTA pour le principe de précaution de l'UE doivent être appréciées à l'aune des différents domaines de réglementation communautaire qui servent de référence à l'application de ce principe.

On notera que la réglementation européenne sur l'alimentation fait expressément référence au principe de précaution. Elle contient, comme l'accord OMC/SPS, l'obligation d'un contrôle des mesures conservatoires dans un délai raisonnable. Cependant, ce qu'elle entend par 'raisonnable' dépend de la nature et de l'intensité du risque concerné ainsi que du type d'information scientifique considérée comme nécessaire pour compléter l'évaluation de ce risque. Cette approche élargit la marge de manœuvre des mesures reposant sur le principe de précaution, bien que ce principe ne soit pas pour le moment reconnu dans le droit de l'OMC.

Cependant, il n'y a pas de référence claire au principe de précaution ni dans l'accord CETA ni dans le projet de TAFTA. En raison de cette lacune, il est probable que les réglementations européennes sur l'alimentation, existantes et futures, soient davantage contestées, retardées, ou même carrément bloquées avant leur adoption.

S'agissant de la **réglementation des résidus de pesticides** dans les denrées alimentaires, les projets CETA et TAFTA s'inspirent fortement des travaux de la commission du Codex Alimentarius. Or, ces normes de sécurité alimentaire reflètent un consensus à minima et

la commission a refusé de prendre en compte le principe de précaution dans ses travaux. Il est surprenant que la Commission européenne, apparemment par anticipation de la conclusion du CETA et du projet de TAFTA, ait proposé d'abaisser ses standards en vue de s'adapter à ceux de Codex Alimentarius.

La controverse entre l'UE d'une part et le Canada et les États-Unis d'autre part sur la légalité des **hormones de croissance dans l'élevage bovin** est à peine abordée par les projets CETA et TAFTA, bien que les États-Unis aient tenté d'intégrer le sujet dans les négociations des traités. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, la position de l'UE repose sur le principe de précaution.

La position de l'UE sur la réglementation des OGM qui repose aussi sur le principe de précaution n'est pas directement menacée par les projets CETA et TAFTA, mais elle n'est pas non plus garantie. Les deux projets de traité présentent des risques, notamment s'agissant de la coopération envisagée dans le chapitre SPS. On insistera sur le fait que le concept de coopération réglementaire est inspiré par la logique américaine de preuves scientifiques d'un risque et d'une analyse coûts-bénéfices. Le projet de CETA prévoit par ailleurs un dialogue sur la coopération portant sur les réglementations OGM, sans faire référence pour autant au principe de précaution. L'intérêt de l'UE à une application stricte du principe de précaution dans ce domaine n'est pas pris en compte dans le dialogue prévu dans le projet de CETA sur les OGM et les biotechnologies. Les sujets mentionnés pour le dialogue reflètent dans l'ensemble des positions d'intérêts canadiens connus. La réglementation européenne des OGM ne reçoit pas non plus d'appui dans le chapitre sur le commerce et l'environnement. Certes, le contenu du principe 15 de la déclaration des Nations unies de Rio qui a consacré le principe de précaution pour la première fois au niveau global est rappelé s'agissant du droit à réglementer. Or, le droit de réglementer tel qu'il est envisagé dans le chapitre sur le commerce et l'environnement reste tributaire de la conformité des dispositifs réglementaires avec les dispositions du projet CETA. Il est de nouveau fait référence au chapitre SPS du projet CETA, de sorte qu'une protection de précaution allant au-delà pour les OGM est à nouveau rejetée. Aucun terme dans les deux projets ne fait référence au protocole de Carthagène sur la biosécurité et le fait qu'il prenne en compte le principe de précaution, que 170 pays dans le monde ont ratifié, dont les États membres de l'UE, mais ni le Canada ni les États-Unis.

Dans le même ordre d'idées, **la réglementation européenne des produits chimiques qui repose également sur le principe de précaution**, notamment le règlement REACH, n'est pas explicitement et directement remise en question dans les projets CETA et TAFTA. Toutefois, elle n'est pas pour autant garantie. Nous pouvons nous attendre à ce que la réglementation REACH, qui est vivement critiquée par de nombreux États tiers, y compris les États-Unis et le Canada, fasse l'objet d'intenses pressions lorsque la

coopération réglementaire s'intensifiera dans le dessein de réduire les obstacles au commerce. **L'absence de reconnaissance expresse du principe de précaution dans les projets de traités CETA et TAFTA fragilisera la position de l'UE.**

La réglementation sur les **perturbateurs endocriniens** constitue également un champ important pour l'application du principe de précaution de l'UE. Sur un plan scientifique, ces substances apparaissent nocives pour la santé. Or, sans doute par anticipation des conclusions du CETA et du TAFTA, la Commission européenne a reporté la décision qui lui était impartie en vertu du règlement biocides d'adopter les critères de sélection des perturbateurs endocriniens, sur la base du principe de précaution. La Cour européenne de justice l'a d'ailleurs condamnée au mois de décembre 2015 sur un recours en carence intenté par la Suède. C'est seulement en juin 2016 que la Commission a formulé une proposition. La coopération réglementaire pourrait encourager encore plus une telle inaction.

Les nanotechnologies constituent également un cas d'application du principe de précaution, car les connaissances sur ces nouvelles substances sont encore imparfaites et les risques n'ont pas encore été scientifiquement étudiés ou prouvés. Dans ce domaine également, on peut s'attendre à une pression accentuée sur l'UE pour justifier l'adoption de mesures réglementaires qui reposeraient sur le principe de précaution.

12. De manière générale, on peut craindre que les réglementations européennes existantes et futures pour la protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs soient remises en question ou entravées par les projets CETA et TAFTA. Le principe de précaution de l'UE et son application dans les textes réglementaires n'est pas suffisamment ancré ni garanti dans les textes de ces accords commerciaux. Au contraire, les chapitres sur les mesures SPS, les obstacles techniques au commerce et la coopération réglementaire reflètent une approche réglementaire qui ne correspond pas au principe de précaution tel que mis en œuvre par l'UE. Dans le cas des perturbateurs endocriniens et en ce qui concerne les résidus de pesticides, c'est déjà évident. Par rapport aux négociations en cours, la Commission européenne a retardé l'adoption des mesures de sélection des perturbateurs endocriniens ; sa carence a été récemment sanctionnée par le Tribunal de l'UE. Dans le second cas, un abaissement des valeurs résiduelles est envisagé. Dans les deux cas, **on assiste à un écart entre les méthodes de la Commission européenne et ses déclarations publiques, selon lesquelles aucune norme européenne de protection ne sera abaissée par le TAFTA ou le CETA.**

B. Problématique

L'analyse faisant l'objet du présent rapport concerne la question de savoir si les textes des projets d'accord de libre-échange de l'Union européenne avec le Canada (CETA) et les États-Unis (TAFTA) prennent suffisamment en compte le principe de précaution consacré par le droit européen, ainsi que le maintien de son application.

Cette question se pose tout particulièrement dans le cadre de la différence fondamentale qui existe entre les approches réglementaires de l'Union européenne d'une part, et des États-Unis et du Canada d'autre part. En effet, afin de minimiser les obstacles au commerce, les projets d'accord CETA et TAFTA visent à mettre en place une étroite coopération dans le but d'harmoniser les normes en matière de protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs. Cependant, le Canada et les États-Unis ne reconnaissent pas le principe de précaution – l'un des principes fondamentaux en matière de protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs – tel qu'il est appliqué dans l'Union européenne. Ces pays ont exprimé de fortes réserves vis-à-vis de son application.

Cette étude se limite à analyser les règles du dernier projet d'accord CETA ainsi que les prises de position de l'UE dans le cadre des négociations du TAFTA dans les chapitres concernant

- les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS),
- les obstacles techniques au commerce (OTC),
- la coopération réglementaire,
- le commerce et le travail, et
- le commerce et l'environnement.

Il convient également de souligner que les chapitres sur la protection des investissements qui pourraient aussi avoir des effets sur l'application du principe de précaution de l'UE ne font pas l'objet du présent rapport.

C. Le principe de précaution de l'UE comme objet du CETA et du TAFTA

Dans un contexte de développement économique et technologique rapide, la protection effective de la santé humaine et de l'environnement bénéficie d'une priorité élevée dans l'Union européenne ainsi que dans la plupart des États membres. L'article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) consacre ainsi le « principe de précaution ». Ce principe, largement reconnu dans l'intérêt d'une protection efficace, permet d'évaluer en amont les risques potentiels ainsi que de les réguler. Le décideur peut de la sorte adopter des mesures préventives avant que les preuves scientifiques du risque n'aient été établies. En sus du droit européen, le principe de précaution a été appréhendé en droit international dans de nombreux secteurs allant de la pêche à la pollution marine ; il est également consacré dans plusieurs législations nationales, comme en France depuis 2005. Cette européanisation du principe de précaution peut être mise en rapport avec la création d'un marché intérieur européen. En effet, après avoir supprimé les barrières douanières, la mise en place de ce marché européen visait principalement à dépasser les obstacles à la libre circulation des produits et des services induits par des politiques de protection nationales différentes. L'essor de la politique européenne de protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs en relation avec le principe de précaution, ainsi que son inscription dans le TFUE contrebalance d'une certaine façon la réduction de la marge de manœuvre des États membres induite par la mise en place du marché intérieur quant à la protection des personnes et de l'environnement¹.

Etablie en 1995, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) s'efforce dans le cadre de la promotion de la libéralisation du commerce international de surmonter les obstacles au libre-échange par différentes règles, notamment en fixant des limites aux règles nationales, ou en encourageant l'harmonisation des normes. Cependant, au vu du contexte international très hétérogène, il n'est pas surprenant que les politiques commerciales et de protection diffèrent considérablement de celles qui forment le socle de base de l'UE. Il s'agit ici principalement de fixer les limites aux réglementations étatiques autorisées. Dans le domaine du commerce de produits agricoles et de denrées alimentaires, des critères de référence stricts ont été établis pour l'OMC à l'initiative des pays exportateurs agricoles – notamment le Canada et les États-Unis – et sur la base de l'accord SPS. Ces critères suivent largement la culture réglementaire américaine, où les risques doivent être déterminés en

¹ Voir Calliess/Ruffert (éd.), EUV/AEUV, 4e édition 2011, art. 191 AEUV n° 2.

fonction de méthodes scientifiques de preuve². Dans deux affaires retentissantes, l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC a, à la demande du Canada et des États-Unis et en application de ces règles, déclaré illégale la réglementation de l'UE et refusé le principe de précaution invoqué³. Ceci pourrait expliquer pourquoi le principe de précaution se trouve également au cœur du débat public sur le projet de l'Union européenne de conclure des accords de libre-échange avec le Canada et les États-Unis. D'une part, la plus grande libéralisation du commerce visée par ces deux accords de libre-échange suscite des craintes concernant le maintien de l'application du principe de précaution de l'UE. D'autre part, l'annonce de ces deux accords ambitieux a créé de nombreuses attentes. L'avis ci-après devrait permettre de déterminer si ces craintes et ces attentes sont fondées.

Les accords CETA et TAFTA qui sont actuellement en cours de négociation entre l'UE et le Canada d'une part, et les États-Unis d'autre part, peuvent être qualifiés d'accords de libre-échange. Ceux-ci visent à une libéralisation supplémentaire des conditions commerciales entre les parties afin de favoriser la croissance grâce à des économies plus efficaces et mises en concurrence loyale, sans pour autant restreindre de façon excessive la souveraineté des États ainsi que l'intérêt général⁴.

S'ils sont négociés et conclus en dehors de l'OMC, le CETA et le TAFTA lui sont néanmoins étroitement liés⁵. Ils partagent pour l'essentiel les mêmes objectifs et prévoient, en outre du lien permanent avec le droit de l'OMC, des obligations et règles supplémentaires applicables uniquement entre les parties. Sur la base du droit de l'OMC, les droits d'importation et d'exportation notamment (qui sont, en plus d'autres mesures, appelés des obstacles tarifaires au commerce) ont été supprimés ou considérablement réduits dans de nombreux domaines économiques⁶.

Il s'ensuit que le CETA et le TAFTA visent principalement à supprimer des obstacles non tarifaires au commerce, qui sont encore nombreux dans beaucoup de domaines économiques. Sont comprises comme des restrictions au commerce les restrictions et les normes nationales de

² Approfondissements au sujet de l'accord OMC/SPS et des dispositions d'évaluation du risque Stoll/Strack, in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (éd.), Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. III WTO – Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Article 5 SPS n° 1 ss.

³ Plus de détails à ce sujet, voir paragraphe E.II.

⁴ Le projet de CETA parle ainsi expressément dans son préambule de la réduction ou de la suppression des obstacles au commerce et aux investissements comme de l'objectif de l'accord et fait aussi référence à d'autres droits et principes fondamentaux, par exemple les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit, ainsi que le droit des parties à réglementer (right to regulate).

⁵ Voir art. 1.4 et 1.5 du projet de CETA.

⁶ Stoll/Holterhus/Gött, Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der Arbeiterkammer Wien, 2015, p. 1 ss. ; Stoll/Holterhus/Gött, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Rechtsgutachten im Auftrag des SRU, 2015, p. 1.

produits. Ceci concerne également les réglementations de droit dérivé qui protègent entre autres des domaines extrêmement sensibles comme la santé, la vie, l'environnement et les travailleurs.

D. Le principe de précaution de l'UE: fondements et acquis

Les réglementations de droit dérivé, susceptibles d'être qualifiées d'obstacles non tarifaires au commerce au sens des projets CETA et TAFTA, sont souvent fondées sur le principe de précaution⁷.

1. Origines dans le droit allemand et dans le droit international

Le principe de précaution fait partie intégrante du droit de l'UE depuis au moins deux décennies et a considérablement guidé et encouragé l'UE en matière de droit de l'environnement. On trouve ses origines dans le droit allemand et le droit international.

Il fit son apparition pour la première fois au milieu des années 1970 en droit allemand de l'environnement. À cette époque, l'idée s'imposa en Allemagne qu'une protection efficace de l'environnement devait aller au-delà de la prévention des risques déjà manifestes et, qu'en outre, elle devait être mise en œuvre plus tôt⁸. Au niveau international, le principe de précaution fut abordé pour la première fois en matière de protection marine, lors des conférences sur la mer du Nord dans les années 1980 à Brême, Londres, La Haye et Esbjerg⁹. Ce principe est ensuite formellement inscrit lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement dans la Déclaration de Rio en 1992. Cette déclaration, qui est non contraignante et a été adoptée en accord avec le Canada et les États-Unis, prévoit en son principe 15 que :

« 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

⁷ Exhaustif Douma, The Precautionary Principle, 2003; Stoll, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, p. 319 ss.; Arndt, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009; Gruszczynski, Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. A Critical Analysis of the SPS Agreement, 2010, p. 158 ss.

⁸ Voir Arndt, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, p. 18 s.

⁹ La première mention expresse du principe de précaution se trouve dans la déclaration finale de la conférence de Londres : Second International Conference on the Protection of the North Sea, Londres, 24-25 novembre 1987, Ministerial Declaration, n° VII. A delà du secteur de la mer du Nord, on le trouve pour la première fois dans une résolution sur la Convention sur la prévention de la Pollution Marine de 1989, voir Douma, The Precautionary Principle, 2003, p. 71 s.

remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement»¹⁰.

Parallèlement, le principe de précaution est consacré par l'article 3, alinéa 3 de la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques à laquelle le Canada et les États-Unis adhèrent également. Ce principe fut en outre proclamé dans d'autres conventions internationales ultérieures, comme le Protocole de Carthagène (voir G.IV).

2. Inscription dans les traités européens, la législation et la jurisprudence européennes

En droit de l'UE, le principe de précaution a été consacré pour la première fois dans l'Acte unique européen, lequel a modifié les traités de Rome et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987¹¹. Ce n'est cependant qu'à partir du traité de Maastricht, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, que le «principe de précaution» fut rendu juridiquement contraignant dans le droit primaire. Suite au développement du marché intérieur européen, et des transferts de compétence au sein de l'UE, la politique de l'UE en matière d'environnement s'est développée, réduisant la marge de manœuvre des États en la matière¹².

Aujourd'hui, le principe de précaution est consacré à l'article 191 du TFUE, qui constitue – avec le traité sur l'Union européenne (TUE) – la base juridique de l'Union et de son action environnementale. Cet article énonce entre autres les objectifs et les principes de la politique environnementale de l'Union européenne. En son paragraphe 1^{er}, l'article 191 du TFUE prévoit notamment que la politique environnementale européenne vise, outre au respect et à la protection de l'environnement et à l'amélioration de sa qualité, à protéger la santé humaine. Le second paragraphe, quant à lui, stipule que cette politique vise à un niveau élevé de protection (alinéa 1) et «est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur»¹³ (alinéa 2).

Depuis plus de vingt ans maintenant, ce principe – également reconnu comme principe général du droit

européen¹⁴ – incarne l'intérêt tout particulier consacré par l'UE à la protection de l'environnement, de la santé et des consommateurs. S'agissant de sa mise en œuvre, un certain nombre d'actes législatifs importants ont été adoptés dans ces domaines, dont certains seront présentés ci-après à titre d'exemple¹⁵. Outre le fait de le mentionner souvent de façon explicite, ces actes contiennent des mises en application spécifiques du principe de précaution.

En ce qui concerne la structure et le contenu exact du principe de précaution, ceux-ci découlent des actes législatifs ainsi que des arrêts rendus par la CJUE. En outre, la Commission européenne a également précisé sa conception du principe dans une communication clé de 2000, tout en tenant compte du commerce international et de l'OMC¹⁶. Elle affirme ainsi que «le principe de précaution n'est pas défini dans le Traité, qui ne le prescrit qu'une seule fois – pour protéger l'environnement. Or, dans la pratique, son champ d'application est beaucoup plus vaste, plus particulièrement lorsqu'une évaluation scientifique objective et préliminaire indique qu'il est raisonnable de craindre que les effets potentiellement dangereux pour l'environnement ou la santé humaine, animale ou végétale soient incompatibles avec le niveau élevé de protection choisi pour la Communauté»¹⁷.

Le principe de précaution repose donc sur l'idée que pour garantir le niveau élevé de protection prévu, la protection de la santé et de l'environnement doit être mise en œuvre avant que, dans un contexte d'incertitude, les risques ne se concrétisent ou que des dommages ne surviennent. Ce principe est ainsi considéré comme étant une règle d'une forme moderne de politique de protection et de réglementation, servant à traiter les risques de façon socialement responsable. Comme la communication l'expose en détail, cette approche se décline en trois étapes distinctes : l'évaluation des risques, la gestion des risques et la communication des risques. De manière générale, l'évaluation des risques consiste en une évaluation continue ainsi qu'une prise en compte des découvertes scientifiques et des données disponibles, afin d'évaluer et de décrire les éventuels risques. Il est essentiel pour cela que les incertitudes scientifiques, au sens de l'absence de connaissance, soient également consignées et évaluées¹⁸.

Sur la base de ces données ou découvertes, il convient ensuite de décider dans le cadre de la gestion du risque si, et, le cas échéant, quelles mesures doivent être prises pour

atteindre un certain niveau de protection. Si l'«évaluation scientifique du risque qui, en raison de l'insuffisance des données, de leur caractère non concluant ou encore de leur imprécision, ne permet pas avec une certitude suffisante de déterminer le risque en question»¹⁹, le principe de précaution est appliqué. Celui-ci permet de prendre des mesures de précaution, tout en respectant une série de conditions telles que la proportionnalité et la non-discrimination. Il y a lieu également de préciser que le principe de cohérence doit être respecté. Ce dernier principe prévoit que les mesures éventuelles doivent «être cohérentes avec les mesures déjà prises dans des situations similaires ou utilisant des approches similaires.»

Par ailleurs, ces mesures de précaution «doivent également s'appuyer sur une analyse des avantages et coûts de l'action ou de l'absence d'action» au moment de leur adoption. À ce sujet, «il faudrait établir une comparaison entre les conséquences positives ou négatives les plus probables de l'action envisagée et celles de l'inaction en termes de coûts global pour la Communauté, tant à court terme qu'à long terme»²⁰. Toutefois, d'après les déclarations de la Commission, l'évaluation des coûts et des avantages ne devrait pas se limiter à une analyse économique coût-bénéfices. En effet, celle-ci devrait aller plus loin en intégrant également d'autres considérations que celles qui sont purement économiques. À cet égard, il convient de souligner que la Commission propose d'autres méthodes d'analyse dans sa Communication. Elle affirme ainsi que «les exigences liées à la protection de la santé publique, conformément à la jurisprudence de la Cour, devraient incontestablement se voir reconnaître un caractère prépondérant par rapport aux considérations économiques»²¹.

Concernant l'application du principe de précaution, la Commission estime que «les recherches scientifiques doivent être poursuivies²²». À ce sujet, elle précise que :

«Bien que de nature provisoire, les mesures doivent être maintenues tant que les données scientifiques demeurent incomplètes, imprécises ou non concluantes et tant que le risque est réputé suffisamment important pour ne pas accepter de le faire supporter à la société.

Leur maintien dépend de l'évolution des connaissances scientifiques, à la lumière de laquelle elles doivent être réévaluées. Ceci implique que les recherches scientifiques doivent être poursuivies dans le but de disposer de données plus complètes.

Les mesures basées sur le principe de précaution doivent être réexaminées et, si nécessaire, modifiées en fonction des résultats de la recherche scientifique et

du suivi de leur impact.»²³ Enfin, la Commission indique dans sa Communication que les autorisations de mise sur le marché de produits à risque telles que prévues dans le droit de l'UE tombent sous l'application du principe de précaution. Ainsi, pour les produits potentiellement dangereux, la charge de la preuve est répartie différemment : le produit soumis au régime d'autorisation est présumé présenter un risque tant que le contraire n'est pas démontré.

La CJUE et le Tribunal de l'UE ont, quant à eux, à plusieurs reprises fait référence au principe de précaution. D'ailleurs, ce principe sous-tend leurs décisions. On en veut pour preuve l'affaire ESB (1998), dans laquelle la CJUE avait déclaré que l'interdiction temporaire imposée par la Commission européenne à la Grande-Bretagne d'exporter de la viande de bœuf, était conforme au droit de l'UE. Et ce, malgré le fait que le risque de transmission de l'ESB de l'animal à l'homme n'avait pas été déterminé scientifiquement. La CJUE avait ainsi confirmé l'interdiction d'exportation en faisant explicitement référence au principe de précaution²⁴. En 2002, cela fut réitéré par le Tribunal qui valida l'application du principe de précaution dans tous les domaines d'activités à risque couverts par le droit de l'UE²⁵.

À cet égard, on peut dire que le principe de précaution a vraiment connu son essor grâce aux décisions du Tribunal rendues à l'époque à propos de l'utilisation d'antibiotiques dans l'alimentation animale pour stimuler la croissance²⁶. Outre la justification des mesures de protection européennes déjà prises, le principe de précaution a également été invoqué afin d'obliger la Commission européenne à en tenir compte. Ainsi, dans l'affaire *Suède c. Commission*, le Tribunal a invalidé la décision de la Commission européenne au motif que celle-ci autorisait l'utilisation de la substance potentiellement nocive dénommée «paraquat» en tant qu'herbicide²⁷. Conformément à la jurisprudence de la CJUE, le principe de précaution doit être pris en considération dans le processus d'interprétation du droit dérivé, même quand il n'est pas expressément cité dans la mesure d'harmonisation concernée²⁸. Par ailleurs, la CJUE a même justifié la restriction de certaines libertés fondamentales au nom du principe de précaution²⁹.

Dans une procédure de renvoi préjudiciel du 4 mai 2016,

²³ Idem.

²⁴ CJUE, aff. C-157/96, Rec. 1998, I-2211 – National Farmers' Union entre autres., n° 62 ss. ; CJUE, aff. C-180/96, Rec. 1998, I-2265 – Royaume-Uni/Commission, n° 98 ss.

²⁵ TRIBUNAL, aff. T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00, T-141/00, Rec. 2002, II 4948 – Artegoda, n° 182 ss.

²⁶ TRIBUNAL, aff. T-13/99, Slg. 2002, II-3305 – Pfizer Animal Health/Rat, n° 113 ss. ; TRIBUNAL, aff. T-70/99, Rec. 2002, II-3495 – Alpha/Rat, n° 134 ss. ; Arndt, Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, 2009, p. 104. Il a été fait référence entre autres aux principes de proportionnalité et de confiance légitime.

²⁷ TRIBUNAL, aff. T-229/04, Rec. 2007, II-2437 – Suède/Commission, n° 161, 170, 224.

²⁸ CJUE, aff. C-236/01, Rec. 2003, I-8166 – Monsanto Agricoltura Italia SpA entre autres/Presidenza del Consiglio dei Ministri entre autres, n° 111 s.

²⁹ CJUE, aff. C-356/12, Rec. 2014 – Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern, n° 65.

¹⁰ Consultable à l'adresse <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm> (consulté pour la dernière fois le 05.10.2015). Parallèlement, le principe de précaution est abordé dans les deux conventions-cadres des Nations unies sur les changements climatiques (art. 3 al. 3) et dans la Convention sur la diversité biologique (Préambule).

¹¹ Par l'introduction du nouvel art. 130r dans le traité instituant la Communauté économique européenne, qui a établi le principe «[...] de l'action préventive. [...]», voir. Douma, *The Precautionary Principle*, 2003, p. 256 ss.

¹² Douma, *The Precautionary Principle*, 2003, p. 191 ss. ; Calliess/Ruffert (éd.), *EUV/AEU*, 4. Ed. 2011, art. 191 AEUV n° 2.

¹³ Les caractères en gras ont été ajoutés.

¹⁴ Au-delà de sa mention concrète à l'article 191 du TFUE. Voy., en ce sens, CJUE, aff. C-157/96, Rec. 1998, I-2211 – National Farmers' Union entre autres., n° 62 ss. ; aff. C-180/96, Rec. 1998, I-2265 – Royaume-Uni/Commission, n° 98 ss.

¹⁵ Voir paragraphe G.

¹⁶ COM/2000/0001 final, Résumé point 3 ; également mis en avant par Calliess/Ruffert (éd.), *EUV/AEU*, 4e éd. 2011, art. 191 TFUE n° 26.

¹⁷ COM/2000/0001 final, Résumé point 3 ; également mis en avant par Calliess/Ruffert (éd.), *EUV/AEU*, 4e éd. 2011, art. 191 TFUE n° 26.

¹⁸ Communication, 5.1.3 et résumé points 4 et 5.

¹⁹ Communication, 5.1.3 et 5.2.

²⁰ Communication, 6.3.4.

²¹ Communication, 6.3.4.

²² Communication, 6.3.5.

la CJUE a confirmé la validité d'une disposition européenne restreignant la mise en circulation de cigarettes électroniques et de flacons de recharge³⁰. Dans cette affaire, la Cour a jugé que dès lors qu'il a eu connaissance d'informations scientifiques sérieuses dénonçant l'existence de risques potentiels pour la santé humaine qu'un produit relativement nouveau sur le marché est susceptible d'engendrer, le législateur de l'Union était tenu d'agir conformément au principe de précaution. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour s'est conformée au principe de précaution, à l'article 35, alinéa 2 de la Charte ainsi qu'aux articles 9 ; 114, paragraphe 3 et 168 paragraphe 1^{er} du TFUE, selon lesquels la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union requièrent un niveau élevé de protection de la santé humaine³¹. Dans un autre paragraphe, elle explique que «les risques avérés et potentiels liés à l'utilisation de cigarettes électroniques [...] appelaient le législateur de l'Union à agir en conformité avec les exigences découlant du principe de précaution»³². C'est ainsi que la Cour conclut dans les motifs de l'arrêt que «lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives»³³.

De manière générale, le principe de précaution relève d'un parcours de longue haleine consistant à garantir un haut niveau de protection de la santé et de l'environnement. Cet objectif ne peut être atteint qu'en suivant de près les découvertes scientifiques tout en tenant compte de l'incertitude scientifique, et en ajustant les normes existantes ou en adoptant de nouvelles. Comme le démontre la jurisprudence précitée, les occasions d'exiger des organes de l'Union européenne qu'ils remplissent cette mission sont nombreuses. Une série de projets de règles et de propositions afin de mieux faire valoir le principe de précaution font d'ailleurs l'objet de discussion dans les institutions de l'UE et auprès du public spécialisé³⁴. On peut par exemple citer les projets de l'UE relatifs aux perturbateurs endocriniens et aux nanomatériaux³⁵ ainsi que l'extension du régime d'étiquetage des OGM prévue par la Grande coalition en Allemagne³⁶.

³⁰ CJUE, aff. C-477/14, arrêt du 04.05.2016 – Pillbox 38 (UK) Ltd/Secretary of State for Health.

³¹ CJUE, aff. C-477/14, arrêt du 04.05.2016 – Pillbox 38 (UK) Ltd/Secretary of State for Health, point 116.

³² CJUE, aff. C-477/14, arrêt du 04.05.2016 – Pillbox 38 (UK) Ltd/Secretary of State for Health, point 60.

³³ CJUE, aff. C-477/14, arrêt du 04.05.2016 – Pillbox 38 (UK) Ltd/Secretary of State for Health, point 55.

³⁴ Voir paragraphe G ci-dessous.

³⁵ Voir paragraphe G ci-dessous.

³⁶ Voir paragraphe G ci-dessous.

E. Controverses autour du principe de précaution de l'UE dans les relations commerciales avec les États-Unis et le Canada.

L'importance que revêt le principe européen de précaution dans les négociations des accords de libre-échange conclus entre l'Union européenne, d'une part, et le Canada et les États-Unis, d'autre part, découle de la différence de portée que ces différents acteurs lui accordent. Ainsi, au sein de l'UE, ce principe inclut, s'agissant de certains produits, l'application d'exigences plus strictes que celles qu'il implique concernant la mise sur le marché et l'utilisation des mêmes produits, au Canada et aux États-Unis. Appliquées aux importations, ces exigences ont pour conséquence d'empêcher l'importation dans l'UE de certains produits en provenance du Canada et des États-Unis³⁷. Le droit commercial international détermine la marge de manœuvre dont les États ou l'UE disposent quant à la portée de ces exigences s'agissant de la circulation de produits entre les différentes parties à l'OMC. Ces règles reposent sur différents accords: les traités de l'OMC, entre autres, de même que l'Accord Général sur les tarifs douaniers et le commerce (ci-après «GATT», signé en 1947) et des accords de libre-échange.

1. Accords pertinents de l'OMC et autres instances internationales

Conclu en 1947, le GATT est toujours en vigueur aujourd'hui. Celui-ci offre une certaine marge de manœuvre quant à la mise en œuvre du principe de précaution. Ainsi, son article XX consacre notamment une certaine forme de flexibilité en ce que soit les États membres, soit l'UE en tant qu'autre membre sont autorisés, moyennant des objectifs précis, à prendre des mesures, quand bien même celles-ci devraient enfreindre le principe général de libéralisation du commerce. Selon le paragraphe b de ce même article XX, les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux sont par exemple acceptées. Selon le paragraphe g du même article, les mesures relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables, si elles sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales, sont également admises³⁸.

³⁷ Au sujet des conditions en vigueur pour l'importation dans l'Union européenne, voir <http://exporthelp.europa.eu/thdapp/index.htm> (consulté pour la dernière fois le 02.04.2016).

³⁸ Pour plus de détails, Wolfrum, in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (éd.), Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. III Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Art. XX GATT 1994 point 1 ss.; Stoll/Strack, ibid, Art. XX lit. b GATT 1994, point 1 ss.; Matz-Lück/Wolfrum, ibid, Art. XX lit. g GATT 1994, point 1 ss.

En 1995, avec la naissance de l'OMC, un nouveau cadre du commerce international fut mis en place. Ce dernier reprend le GATT et comprend de nombreux dispositifs nouveaux; dont un système de règlement des différends. Par ailleurs, la suppression des obstacles au commerce de type non-tarifaire, outre une baisse réussie des droits de douane dans les échanges internationaux, constitue un objectif important de l'OMC. Pour ce faire, cette dernière prévoit, en plus de l'article XX du GATT, deux accords complémentaires qui précisent considérablement et restreignent l'article XX du GATT. L'accord de l'OMC relatif aux obstacles techniques au commerce (accord OMC/OTC), quant à lui, vise essentiellement à faire en sorte que les normes techniques ne puissent être détournées ni dans le but de limiter les échanges ni aux fins d'instaurer une forme quelconque de discrimination³⁹.

L'accord de l'OMC relatif aux mesures sanitaires et phytosanitaires (accord OMC/SPS) comprend des règles particulières aux domaines alimentaires et des produits agricoles. Celui-ci a été élaboré dans le but d'éviter que l'ouverture et la non-discrimination des marchés agricoles telle qu'établies par l'OMC puissent être contournées par des mesures protectionnistes⁴⁰. Ces règles peuvent être comprises comme des règles soit spéciales, soit interprétatives de l'article XX du GATT susmentionné⁴¹. Cet accord SPS promeut notamment l'idée selon laquelle les mesures nationales doivent en principe être fondées sur une évaluation scientifique du risque⁴². Dans le même esprit, le paragraphe 7 de l'article 5 de l'accord prévoit que dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes, les membres peuvent adopter des mesures provisoires. Cependant, le principe de précaution ne s'exprime ici que de manière imparfaite⁴³. Tout d'abord, l'incertitude n'entre pas en ligne de compte. Ensuite, les membres de l'OMC doivent s'efforcer d'obtenir les justifications scientifiques de leurs mesures dans un délai raisonnable⁴⁴. Toutefois, si aucune preuve scientifique n'est produite dans ce délai, la mesure doit être à nouveau levée. Pratiquement, cela

³⁹ Au sujet de l'accord OMC/OTC Koebele, in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (éd.), Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. III Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Preamble TBT point 1 ss.

⁴⁰ Au sujet de l'accord OMC/SPS Charnovitz, in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (éd.), Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. III Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Preamble SPS point 1 ss.

⁴¹ Charnovitz, in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (éd.), Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. III Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Preamble SPS point 2 ss.

⁴² Art. 3 par. 3 et art. 5 par. 1 Accord OMC/SPS.

⁴³ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, point 124; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, Japon – Mesure visant les produits agricoles, WT/DS76/AB/R, point 81; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320/AB/R, point 680; Gruszczynski, Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. A Critical Analysis of the SPS Agreement, 2010, p. 167.

⁴⁴ Stoll/Schorkopf, WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002, point 330 s.; Stoll/Strack, in: Wolfrum/Stoll/Seibert-Fohr (éd.), Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. III WTO – Technical Barriers and SPS Measures, 2007, Article 5 SPS point 74 ss.; Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 3e éd. 2012, n° 378.

signifie qu'une fois ce délai écoulé, un produit dont les risques ne sont pas confirmés au moyen de nouveaux résultats doit être considéré comme inoffensif. Cela réduit sensiblement la marge de manœuvre relative à d'éventuelles mesures de précaution.

Parallèlement aux accords OTC et SPS de l'OMC, différentes tentatives ont eu lieu au niveau international aux fins d'uniformiser les règles existantes ou, à tout le moins, de les voir reconnues de manière réciproque, et ce dans le but de supprimer les obstacles au commerce. Par exemple, un code international des produits alimentaires a été élaboré par la Commission du Codex Alimentarius de l'OMS et de la FAO⁴⁵. De même, de nombreux membres de l'OMC ont conclu, avec d'autres membres de l'organisation, des accords portant sur la reconnaissance mutuelle des règles existantes⁴⁶.

2. Hormones et biotechnologies: les règles de précaution de l'Union européenne face à l'organe de règlement des différends de l'OMC

Dans le nouveau cadre légal tel qu'élaboré par l'OMC, sont nés de nombreux différends entre l'Union européenne, d'une part, et le Canada et les États-Unis, d'autre part. Ceux-ci ont vu, au travers des nouveaux accords, et en particulier l'accord OMC/SPS, le principe de précaution revêtir une importance considérable. À cet égard, relevons par exemple la procédure de règlement de différend de l'OMC qui a porté sur l'interdiction européenne d'importation de viande de bœuf produite à l'aide d'hormones de croissance. Dans ce cas, l'accord OMC/SPS a été appliqué. Selon le Groupe spécial et l'Organe d'appel de l'OMC, l'UE n'était pas parvenue à prouver que l'interdiction d'importation qu'elle a appliquée à cette viande de bœuf reposait sur une évaluation scientifique des risques. De l'avis du Groupe spécial qui avait consulté un comité d'experts, avis ensuite confirmé par l'Organe d'appel, l'effet nocif des hormones pour la santé dont il est question en l'espèce n'était pas prouvé. En l'absence de preuve, les Groupes spéciaux ont considéré que le risque n'existait pas. Ils ont donc conclu qu'il n'était pas possible de considérer que les mesures de l'Union européenne s'appuyaient sur une évaluation des risques au sens de l'accord OMC/SPS⁴⁷. Les membres, c'est-à-dire les États membres de l'OMC et de l'UE, n'ont donc pas pu se soustraire à

⁴⁵ Sander, Codex Alimentarius Commission, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2014, n° 16 ss.

⁴⁶ On peut trouver un aperçu des accords conclus par l'UE pour une reconnaissance mutuelle sur http://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/international-aspects/mutual-recognition-agreements/index_en.htm (consulté pour la dernière fois le 02.04.2016).

⁴⁷ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/R/USA, points 8.124, 8.134, 8.137 et 8.157-8.159; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, point 253 lettre I.

l'obligation d'évaluation scientifique du risque, y compris en faisant référence au principe de précaution⁴⁸.

Au cours de cette procédure, l'UE n'a toutefois pas invoqué le paragraphe 7 de l'article 5 de l'accord OMC/SPS. La raison en est double : elle voulait que l'interdiction d'importation soit considérée comme une mesure durable ; elle estimait qu'il existait une justification scientifique suffisante, tandis que le paragraphe 7 de l'article 5 de l'accord OMC/SPS ne prévoit que des mesures exclusivement provisoires⁴⁹. Au lieu de cela, donc, l'Union européenne a en vain tenté de convaincre les ORD de l'OMC qu'il existe, dans le droit international, une déclaration juridiquement contraignante du principe de précaution. De même, elle a plaidé auprès de ceux-ci que cette déclaration doit être prise en compte par l'OMC lors du règlement des différends⁵⁰. En tout état de cause, le fait qu'il ait été possible d'apporter, dans un deuxième temps, la preuve scientifique d'une nocivité potentielle de l'une des hormones interdites à titre préventif (*oestradiol-17β*) pour la santé humaine va à l'encontre d'une interprétation rigide du droit de l'OMC et plaide en faveur du principe de précaution⁵¹.

Dans une deuxième affaire, cette fois relative à la réglementation européenne relative aux OGM, l'UE a à nouveau tenté de faire valoir à la fois sa conception du principe de précaution ainsi que son fondement juridique en droit international. C'est ainsi qu'elle a notamment fait référence au Protocole de Carthagène sur la biosécurité conclu

dans le cadre de l'accord sur la biodiversité et formulant expressément le principe de précaution. Dans la décision du Groupe spécial, contre laquelle aucun recours n'a été intenté, la prise en compte de ce protocole a néanmoins été rejetée. En effet, si les États-Unis étaient effectivement partie au différend de l'espèce, ils ne sont pas parties à ce protocole⁵². Le Groupe spécial a toutefois jugé que l'accord SPS est strictement applicable aux questions portant sur les OGM, ce qui n'était jusque-là pas établi. Par ailleurs, le Groupe spécial a évité d'examiner tant le fond de la réglementation européenne relative aux OGM que sa compatibilité avec l'accord SPS, dans la mesure où il a jugé illégal le retard pris par les institutions de l'UE dans l'instruction des demandes d'autorisation de mise sur le marché d'OGM en raison d'un moratoire ; il n'a donc pas traité d'autres questions⁵³.

Bien que dans les deux affaires, l'ORD de l'OMC n'ait ni suivi l'UE dans sa référence explicite au principe de précaution, ni, examiné plus précisément les décisions visées et leurs motifs, il semblerait que la problématique puisse faire l'objet d'une évolution. En effet, certaines explications reprises aux motifs des décisions indiquent qu'il pourrait bien exister une plus grande marge de manœuvre quant à l'application à venir du principe de précaution. Ainsi, l'Organe d'appel indique, dans sa décision portant sur le différend relatif aux hormones, que le Groupe spécial de l'OMC, lors de l'examen conforme au paragraphe 2 de l'article 2 de l'accord OMC/SPS visant à déterminer s'il y a des preuves scientifiques suffisantes, a dû prendre en compte le fait que les gouvernements des membres de l'OMC respectent en principe le point de vue de la prudence et de la précaution (« prudence and precaution ») en cas de risque de dommages irréversibles pour la santé humaine⁵⁴. Dans la décision *Communautés européennes – Biotechnologies*, l'Organe d'appel indique encore que la décision d'application du principe de précaution pourrait avoir une influence sur le respect de l'obligation d'une évaluation des risques⁵⁵. Dans l'une des dernières décisions marquantes à ce sujet – au cours de la procédure consécutive au litige relatif au bœuf aux hormones *États-Unis – Maintien de la suspension (hormones)* –, l'Organe d'appel a même décidé qu'un niveau de protection de la santé et de l'environnement plus élevé tel que choisi par un État peut avoir des effets sur la portée ou la méthode d'évaluation

des risques et que les organes de règlement des différends de l'OMC n'ont qu'un critère de contrôle réduit⁵⁶ – ceci pourrait aller dans le sens d'une plus grande marge de manœuvre quant à l'application du principe de précaution⁵⁷.

3. La remise en question du principe de précaution de l'Union européenne dans les discours/instances internationales

À l'occasion du règlement de différends concrets tel qu'organisé par l'OMC, le principe de précaution de l'Union européenne est de plus en plus critiqué et remis en question sur le plan international. Les États-Unis et le Canada notamment ont émis des doutes. C'est ainsi qu'ils défendent une approche selon laquelle une réglementation ne doit être proposée que si la nocivité d'un produit est prouvée avec certitude, l'aspect de l'incertitude scientifique⁵⁸ au cœur du principe de précaution de l'UE n'étant pas pris en compte. Par conséquent, ils préfèrent utiliser une procédure d'analyse coûts-bénéfices comme critère de justification des réglementations. Selon celle-ci, une mesure n'est justifiée que si son bénéfice pour la société dépasse les coûts qu'elle engendre. La viabilité méthodologique d'une telle analyse, ainsi que la justification de la quantification qui y est liée, sont extrêmement problématiques. Il faut notamment souligner que le principe de précaution tel que consacré par l'Union européenne ne requiert pas la quantification du risque et de « calculer » précisément le coût pour la santé humaine⁵⁹.

Dans d'autres contextes internationaux, par exemple au sein de l'OCDE, on discute de politiques de réglementations à la fois modernes et favorables au commerce. À cet égard, le principe de la justification scientifique est soulevé. De même, le principe de précaution est au moins évoqué comme option dans les documents émanant de l'OCDE⁶⁰. Au sein de la Commission du Codex Alimentarius, les États-Unis ont rapidement rejeté une possible insertion du principe de précaution dans la gestion des risques⁶¹.

4. Conclusion

Au vu de ce qui précède, la marge de manœuvre admise concernant la mise en œuvre des mesures européennes prises en application du principe de précaution tel que consacré par le droit de l'OMC est étroite et mal définie. En invoquant le principe de précaution comme elle le fait, l'Union européenne a jusqu'ici échoué dans les procédures de règlement des différends au regard de l'accord OMC/SPS. Toutefois, certaines observations émises par l'Organe d'appel de l'OMC permettent d'envisager l'hypothèse selon laquelle la jurisprudence n'est pas encore figée dans ce domaine. En dehors du domaine étroit des mesures de droit sanitaire et phytosanitaire prises en vertu de l'accord OMC/SPS, la légalité du principe de précaution au regard du droit de l'OMC n'est pas tranchée. Dans la mesure il n'y a pas de décisions des ORD de l'OMC à ce sujet, cela vaut notamment pour l'accord OMC/OTC et l'accord du GATT⁶².

⁴⁸ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, point 124 s. ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, Japon – Mesure visant les produits agricoles, WT/DS76/AB/R, point 82 ss. ; Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, point 7.3065; Gruszczynski, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. A Critical Analysis of the SPS Agreement*, 2010, p. 174.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/R/USA, point 4.239.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), WT/DS26/R/USA, WT/DS48/AB/R, point 123; voir aussi Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, point 7.86 ss.

⁵¹ European Commission, *Opinion of the SCVPH – Assessment of Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*, 1999; European Commission, *Review of Specific Documents relating to the SCVPH Opinion of 30 April 1999 on the Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*, 2000; European Commission, *Opinion of the SCVPH on Review of Previous SCVPH Opinions of 30 April 1999 and 3 May 2000 on the Potential Risks to Human Health from Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*, 2002; European Food Safety Authority, *Opinion of the Scientific Panel on Contaminants in the Food Chain on a Request from the European Commission related to Hormone Residues in Bovine Meat and Meat Products*, 2007. C'est pourquoi l'oestradiol-17 a été interdit de façon permanente par la Directive UE 2003/74/CE. Les États-Unis et le Canada contestent l'existence d'une preuve suffisante. Un Groupe spécial de l'OMC a certes jugé la référence de l'UE à ces études d'abord illégale par rapport à l'OMC, mais l'Organe d'appel a annulé cette décision et la question de la compatibilité avec le droit de l'OMC est restée ouverte, avec pour conséquence que la mesure de l'UE dans ce point n'a pas été considérée comme une violation des dispositions de l'art. 5.1 SPS, voir le Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320/AB/R, point 617-620.

⁵² Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, point 7.68 ss.

⁵³ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, point 8.2 ss.

⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, *Communautés européennes – Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, point 124. Les allusions et leurs effets font l'objet d'une controverse dans la littérature, voir Gruszczynski, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. A Critical Analysis of the SPS Agreement*, 2010, p. 177 ss.

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, point 7.3065.

⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320/AB/R, point 590, 685.

⁵⁷ Voir Subramanian, *Science-based Risk Regulation under the SPS Agreement of the WTO. An Appraisal Post-US/Canada Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute*, in : *European Energy and Environmental Law Review* 2015, p. 55 (68); Veccione, *Is it Possible to Provide Evidence of Insufficient Evidence? The Precautionary Principle at the WTO*, *Chicago Journal of International Law* 13 (2012), 153 – 178.

⁵⁸ Voir paragraphe D.II ci-dessus.

⁵⁹ Voir paragraphe D.II ci-dessus.

⁶⁰ Par exemple OCDE, *Recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires*, 2012, point 9.6.

⁶¹ Voir par exemple Commission du Codex Alimentarius, *Report of the 14th Session of the Codex Committee on General Principles*, Paris, 19-23 April 1999, point 28.

⁶² Voir la discussion complète dans la littérature sur les clés indirectes découlant des autres jurisprudences de l'OMC traitant du principe de précaution, par exemple Cheyne, *Gateways to the Precautionary Principle in WTO Law*, in : *Journal of Environmental Law* 2007, p. 155 (162 ss.); Gruszczynski, *The REACH Regulation and the TBT Agreement. The role of the TBT Committee in regulatory processes*, in : Epps/Trebilcock (éd.), *Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade*, 2013, p. 424 (446).

F. L'influence du CETA et du TAFTA sur le principe de précaution de l'UE

L'un des principaux objectifs des deux accords consiste à promouvoir la suppression des obstacles non tarifaires au commerce. On entend par là toutes les restrictions au commerce découlant des différentes exigences et réglementations. Il convient donc de distinguer les chapitres relatifs aux mesures SPS (F.I.), qui s'inscrivent dans le contexte des jugements de l'OMC susmentionnés, des autres domaines des projets CETA et TAFTA. Dans ce dernier cas, les chapitres relatifs aux mesures OTC (F.II.), à la coopération réglementaire (F.III.) et au commerce et au travail ainsi qu'au commerce et à l'environnement (F.IV.) sont pertinents.

1. Les chapitres SPS – Mesures sanitaires et phytosanitaires

Le projet CETA comme le projet TAFTA font tous deux référence à l'accord OMC/SPS et à l'accord OMC/OTC. Dès lors, ces aspects du droit de l'OMC font partie intégrante de ces accords de libre-échange⁶³. Par conséquent, l'UE est soumise à une superposition d'obligations, puisqu'en plus du droit de l'OMC s'applique une nouvelle contrainte découlant du CETA ou du TAFTA. Par ailleurs, les parties et donc l'UE peuvent également faire valoir d'éventuelles violations de leurs obligations, soit devant l'ORD de l'OMC, soit devant l'organe de règlement des différends d'un nouveau genre et qui n'a pas encore été prévu par l'accord de libre-échange. Dans les deux cas, les décisions de ces organes peuvent mener à des sanctions douanières⁶⁴.

À première vue, l'intensification de l'engagement et de la coopération dans le domaine des mesures SPS aurait pu être considérée comme un moyen de surmonter les controverses opposant de longue date les parties dans ce domaine. Toutefois, cela aurait requis que les parties reconnaissent le fait que l'UE est tenue par le principe de précaution et que celui-ci pourrait encore faire l'objet d'aménagements dans le futur. Or, il n'y a pas de mention expresse du principe de précaution et de son application contraignante dans le CETA et dans le projet de TAFTA. Il n'est pas non plus mentionné une seule fois qu'il existe des controverses à ce sujet. Par conséquent et en l'absence de telles références, l'UE, le Canada et les États-Unis se sont mis d'accord pour reprendre les règles de l'accord OMC/SPS sans les modifier, y compris dans leur relation bilatérale. Ceci est d'une importance capitale lorsqu'on sait que les parties se sont opposées par le passé dans les procédures de règlement de différends de l'OMC

⁶³ Art. 21.2 par. 1 du projet de CETA; art. 3 du projet de TAFTA (SPS).

⁶⁴ Art. 29.14 du projet de CETA; Art. 13 du projet de TAFTA (règlement des différends).

précitées⁶⁵. Vue de l'extérieur, l'action de l'UE peut ainsi être interprétée comme un engagement renouvelé dans sa coopération renforcée avec le Canada et les États-Unis. Cela reviendrait, en d'autres termes, à ce que l'UE accepte et se plie aux règles qui l'ont emporté dans les deux différends devant l'OMC, sans même essayer de les changer.

Le projet CETA paraît plus inquiétant dans la mesure où il prévoit, dans l'intérêt canadien, un dialogue sur le caractère approprié des réglementations en matière d'OGM⁶⁶. Ce dialogue découle en effet de l'accord conclu entre le Canada et l'UE suite à leur différend concernant les OGM devant l'OMC⁶⁷. Par ailleurs, l'on peut s'attendre à une règle similaire dans le TAFTA. Prenant en compte cette situation, l'UE ne peut donc raisonnablement espérer pouvoir forcer une meilleure prise en compte du principe de précaution dans les travaux de coopération réglementaire bilatérale de ces traités. Par conséquent, on peut dire que l'UE n'a pas réussi à faire valoir ce principe lors de la négociation des traités.

De plus, les chapitres SPS dans les projets CETA et TAFTA prévoient, conformément au droit de l'OMC⁶⁸, la possibilité pour les parties d'obtenir la reconnaissance de l'équivalence de leurs réglementations. D'après les projets d'accords, cette reconnaissance doit être accordée si la première partie requérante parvient à démontrer de manière convaincante que sa réglementation correspond aux objectifs de protection qui forment la base de la réglementation de la partie adverse⁶⁹. Une telle demande de reconnaissance d'équivalence est donc nécessairement liée à l'obligation pour la partie requise de présenter les objectifs de protection qui fondent sa réglementation existante. C'est la seule façon pour la partie requérante de prouver que sa réglementation, conçue différemment, correspond à ces objectifs⁷⁰.

Cependant, tant pour la présentation des objectifs réglementaires que pour la preuve de l'équivalence des normes de la partie adverse, il est nécessaire de rester dans les limites des règles autorisées par l'accord OMC/SPS. En effet, ces règles constituent la base réglementaire de référence pour les projets CETA et TAFTA. En d'autres

⁶⁵ Voir ci-dessus paragraphe E.II.

⁶⁶ Art. 25.2 du projet de CETA.

⁶⁷ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, Notification de solution convenue d'un commun accord, WT/DS292/40.

⁶⁸ Art. 4 par. 1 Accord OMC/SPS.

⁶⁹ Chap. 7 art. 7 par. 1 du projet de CETA; art. 9 du projet de TAFTA (chapitres SPS).

⁷⁰ L'art. 9 par. 2 du projet de TAFTA (chapitre SPS) renvoie aux directives internationales pour lesquelles les exemples sont cités au point 1. Par exemple, il est prévu dans les Guidelines of Codex Alimentarius on the Judgement of Equivalence of Sanitary Measures associated with Food Inspection and Certification Systems (CAC/GL 53-2003) à différents endroits que le pays requérant fournisse au pays requis des informations détaillées sur sa propre réglementation (p. ex. au point 17). Voir aussi le point 2.5 des 2005 Guidelines for the Determination and Recognition of Equivalence of Phytosanitary Measures (ISPM 24).

termes et pour ne donner qu'un exemple, cela signifie que si l'UE est amenée à présenter les objectifs et buts d'une réglementation, elle ne pourra s'appuyer sur le principe de précaution que dans les limites prévues par l'accord OMC/SPS. Si cela n'entraîne certes pas une obligation de modification des normes européennes, la garantie du principe de précaution n'en est pas pour autant assurée. En effet, des normes et marchandises américaines ou canadiennes pourraient ainsi être reconnues comme équivalentes sur le marché européen, sans que ne soit pris en compte le principe de précaution.

En conclusion, il est permis de constater que la réglementation des mesures SPS telle qu'elle est prévue dans les projets CETA et TAFTA s'avère extrêmement problématique du point de vue du principe de précaution de l'UE.

2. Le chapitre OTC – Obstacles techniques au commerce

Les projets actuels CETA et TAFTA comprennent en outre des dispositions relatives aux obstacles techniques au commerce (mesures OTC), qui servent souvent la protection de la santé et de l'environnement. Ces dispositions font également référence à l'accord OMC/OTC⁷¹.

Comme on l'a vu, la portée des mesures prises sur la base du principe de précaution dans le cadre de l'accord OMC/OTC n'est pas claire en raison de l'absence de jurisprudence. Le principe de précaution de l'UE ne peut, en conséquence, pas être garanti dans le domaine réglementaire sensible de la protection de la santé et de l'environnement. De plus, des dispositions similaires à celles des chapitres SPS⁷² sur la reconnaissance mutuelle s'appliquent aux chapitres OTC des projets de CETA et de TAFTA, de sorte que les mêmes critiques sont valables.

3. Coopération réglementaire

Au-delà des règles SPS et OTC, le CETA et le TAFTA visent la réduction des obstacles non tarifaires au commerce d'une manière dynamique et en allant beaucoup plus loin dans la coopération réglementaire. Les deux projets d'accord prévoient notamment que les parties collaborent étroitement, de façon organisée et planifiée. Cette coopération concerne tous les domaines de la réglementation ayant un impact sur le commerce. Tout en allant bien au-delà, elle inclut également les mécanismes particuliers présentés dans les chapitres SPS et OTC ; et s'étend aussi bien aux réglementations existantes

⁷¹ Art. 4.2 du projet de CETA; art. 2 du projet de TAFTA (OTC).

⁷² Art. 4.4 f. du projet de CETA; art. 4 du projet de TAFTA (OTC).

qu'à l'élaboration de réglementations futures⁷³. Dans ce contexte, les parties aux traités ont l'obligation de se tenir informées mutuellement au sujet de leurs réglementations en projet, des objectifs poursuivis, des instruments utilisés et des mesures et méthodes appliquées. Le projet CETA impose en outre que la pertinence et l'étude d'alternatives possibles à ces réglementations soient contrôlées⁷⁴. À cet égard, la faisabilité technique et économique, l'avantage relatif pour l'objectif poursuivi et les considérations de coûts-bénéfices sont expressément mentionnés dans le texte. En revanche, l'approche découlant du principe de précaution de l'UE n'est pas reprise, même dans le cas de la protection de la santé humaine⁷⁵.

Que ce soit pour le projet CETA ou pour le dernier projet TAFTA, l'objectif consistant à limiter les différences réglementaires est central. Celui-ci peut, entre autres, être atteint à travers un rapprochement réglementaire accru ou en utilisant des normes internationales⁷⁶. Il est également prévu d'organiser des concertations ainsi que de mener des recherches communes⁷⁷.

Au-delà de l'objectif expressément stipulé⁷⁸, la promotion de la concurrence et de l'innovation⁷⁹ mentionnée dans les directives de coopération réglementaire, constitue aussi un objectif important. Ceci démontre clairement une volonté des parties d'adopter des objectifs de politique économique en plus des objectifs de pure libéralisation du commerce. Il convient de souligner qu'une protection effective de la santé humaine, animale, végétale et environnementale est aussi prévue dans les directives de ce chapitre⁸⁰. En revanche, aucune référence explicite n'est faite au principe de précaution. Enfin, il est intéressant de noter que ce chapitre emprunte le vocabulaire de concepts développés et promus aux États-Unis, au Canada et au niveau international, tel que le concept d'une politique réglementaire moderne, rationnelle, efficace ou « intelligente »⁸¹.

⁷³ Voir l'art. 21.3 du projet de CETA; art. x.1 du projet de TAFTA (coopération réglementaire). Exhaustif sur la coopération réglementaire sur la base des versions précédentes des projets de traités Stoll/Holterhus/Gött, Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der Arbeiterkammer Wien, 2015, p. 1 ss.; Stoll/Holterhus/Gött, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Regulatorische Zusammenarbeit und Investitionsschutz und ihre Bedeutung für den Umweltschutz, Rechtsgutachten im Auftrag des SRU, 2015, p. 1 ss.

⁷⁴ Art. 21.4 lettre K du projet de CETA.

⁷⁵ Art. 21.4 lettre f (ii) du projet de CETA.

⁷⁶ Art. 21.4 lettre r du projet de CETA; art. x.5 par. 1 du projet de TAFTA (coopération réglementaire).

⁷⁷ Art. 21.4 lettre n du projet de CETA; art. x.5 par. 4 du projet de TAFTA (coopération réglementaire).

⁷⁸ Objectif consistant à minimiser les obstacles au commerce.

⁷⁹ Art. 21.4 lettre b du projet de CETA; art. x.3 par. 1 lettre b du projet de TAFTA (coopération réglementaire).

⁸⁰ Art. 21.3 lettre a du projet de CETA; art. x.1 par. 1 lettre b du projet de TAFTA (coopération réglementaire).

⁸¹ Voir par exemple l'art. 21.3 lettre a, b (iv), c (ii), 21.4 lettre a (iii), (iv), f, k, r, n du projet de CETA; art. x.1 lettre d, x.5 par. 3 et 4 du projet de TAFTA (coopération réglementaire).

Ces concepts sous-tendent une méthodologie d'analyse et de gestion des risques fondées sur la causalité et les preuves scientifiques. En revanche, si le principe de précaution se base également sur la recherche en matière de risques et considère l'état des connaissances scientifiques comme une base nécessaire, ce dernier ne pourrait être le seul critère déterminant. En effet, les réglementations adoptées conformément au principe de précaution reposent plutôt sur des évaluations socialement responsables.

Cependant, il est explicitement prévu qu'aucune des parties à l'accord ne soit empêchée de poursuivre différentes approches ou mesures réglementaires, même si celles-ci découlent d'approches institutionnelles et juridiques, de conditions, de valeurs et de priorités différentes⁸². Le dernier projet TAFTA rédigé par la Commission européenne concernant la coopération réglementaire est encore plus clair sur ce point. Celui-ci reconnaît explicitement le droit de chacune des parties à appliquer ses propres principes réglementaires en matière d'évaluation et de gestion des risques. En outre, il reconnaît en note de bas de page le droit aux parties de se référer aux principes inscrits dans le TFUE.⁸³ Par conséquent, malgré l'absence de mention expresse du principe de précaution, cette disposition pourrait néanmoins justifier son utilisation dans la pratique réglementaire. À cela s'ajoute le fait que la coopération réglementaire prévue dans le projet CETA doit être volontaire. Toutefois, toute partie refusant la coopération est tenue de motiver son refus, ce qui limite considérablement l'efficacité de cette clause⁸⁴. En revanche et nonobstant le fait que le projet TAFTA ne prévoit pas que la coopération réglementaire soit volontaire, le chapitre TAFTA sur la coopération réglementaire échappe au règlement des différends prévu par ce projet d'accord⁸⁵.

Par ailleurs, et malgré l'absence d'un conflit juridique direct entre les chapitres relativement vagues sur la coopération réglementaire et le principe de précaution de l'UE, il convient de souligner que le principe de précaution et son application ultérieure ne sont pas pris en compte dans la justification et le contenu sous-jacents des chapitres. Il est possible que dans le contexte d'une coopération future de plus en plus étroite, les décisions réglementaires et les positions basées sur le principe de précaution soient de plus en plus fragilisées.

En effet, plus le programme de réglementation développé dans le cadre de la coopération réglementaire devient concret, plus une garantie et une application du principe de

précaution sont nécessaires. Ceci ne pourra être obtenu sans consécration expresse du principe de précaution dans les textes CETA/TAFTA. En outre, il est urgent que l'Union européenne elle-même affine sa conception du principe de précaution, le mette en œuvre de manière cohérente et le valorise au niveau international.

4. Chapitres sur le commerce et le travail et le commerce et l'environnement

Les deux chapitres du projet CETA qui traitent de la relation entre commerce et travail ou commerce et environnement reflètent, quant à eux, une autre situation.

Dans le cas où des risques ou circonstances, existants ou potentiels, permettent de déterminer raisonnablement l'existence d'un risque de maladie, l'article 23.3, paragraphe 3 du chapitre sur le commerce et le travail du projet CETA interdit que l'absence de certitude scientifique complète ne soit invoquée comme motif pour retarder des mesures de protection du travail économiquement viables. Le chapitre sur le commerce et l'environnement du projet TAFTA comprend, quant à lui, également une formulation correspondante à l'article 24.8, paragraphe 2. Les deux formulations s'inspirent du principe 15 de la Déclaration de Rio⁸⁶, sans toutefois mentionner expressément le terme de précaution.

La présence de ce principe 15 de la Déclaration de Rio dans les chapitres 23 et 24 du projet de CETA constitue – à l'inverse des chapitres SPS et OTC des projets CETA et TAFTA et du chapitre sur la coopération réglementaire du projet CETA – une mention indirecte du principe de précaution de l'UE.

Dans les chapitres sur le commerce et le travail d'une part, et le commerce et l'environnement d'autre part, la référence au droit de réglementer et la présence du principe 15 de la Déclaration de Rio ont un impact très limité. En effet, ces chapitres, non contraignants, spécifient que les directives des chapitres SPS et OTC doivent également être respectées, tout comme les règles du chapitre sur la coopération réglementaire, dans lesquels le principe de précaution n'est pas pris en compte. Le fait que le chapitre sur la coopération réglementaire fasse de son côté référence au chapitre sur le travail et l'environnement ne change presque rien⁸⁷. Cette référence purement globale ne peut pas jeter de « ponts » de contenu entre la référence indirecte au principe de précaution dans les chapitres sur le travail et l'environnement, et le chapitre sur la coopération réglementaire.

En conclusion, il faut retenir qu'avec seulement une mention indirecte du principe de précaution – qui plus est, uniquement dans les deux chapitres non contraignants

sur le commerce et le travail, ainsi que le commerce et l'environnement – les objectifs de protection poursuivis par le principe de précaution de l'UE ne sont aucunement couverts dans les projets CETA et TAFTA. Il convient donc de souligner que les questions de santé publique, extrêmement importantes en droit européen, ne sont prises en compte que de façon très limitée.

5. Conclusion

En guise de résumé, il semblerait donc que le principe de précaution de l'UE n'est pas suffisamment garanti dans les projets CETA et TAFTA actuels. La référence au droit de l'OMC prévue dans les projets CETA et TAFTA concernant les mesures SPS et OTC ne suffit pas à protéger le principe de précaution. En outre, les directives restrictives prévues par l'accord OMC/SPS ainsi que les incertitudes juridiques subsistent dans les projets CETA et TAFTA. Les parties du CETA et du TAFTA n'ont pas tenté d'exploiter certains enseignements jurisprudentiels de l'OMC. De même, la référence à l'accord OMC/OTC ne suffit pas à garantir le principe de précaution de l'UE.

G. Effets possibles du CETA et du TAFTA sur l'application du principe de précaution de l'UE dans la protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs

Dans les paragraphes précédents, les projets CETA et TAFTA ont été examinés à l'aune du principe de précaution de l'UE. Il s'agit maintenant d'examiner les effets de ces deux projets d'accords transatlantiques sur certains domaines de réglementation européenne afin de pouvoir adéquatement évaluer leur portée.

1. Droit européen de l'alimentation

Le droit européen de l'alimentation a pour but de garantir un haut degré de protection de la santé au moyen de normes strictes concernant les aliments et fourrages, ainsi que de fournir une information claire aux consommateurs de manière à assurer le respect du principe de concurrence.

Depuis les années 1990, on a pu observer une tendance européenne à l'application de normes de sécurité alimentaire plus strictes que celles adoptées aux États-Unis et au Canada. Il faut cependant distinguer selon les secteurs et les types de risques⁸⁸. En 2011, par exemple, les États-Unis ont adopté le « Food Safety Modernization Act » (FSMA), réformant à cette occasion leur réglementation alimentaire en profondeur. Le FSMA organise un contrôle préventif plus strict pour environ 80% des denrées alimentaires, rapprochant ainsi la législation américaine du droit de l'UE en matière d'alimentation⁸⁹. Malgré ces récents rapprochements, les tendances européennes et américaines restent contrastées, et rien n'indique qu'un changement radical soit à prévoir.

Notons que le principe de précaution est un principe général, juridiquement contraignant, du droit européen de l'alimentation. En outre, la validité des mesures de l'UE et de ses États membres dépend du respect des normes inscrites dans le règlement établissant les principes généraux de la législation alimentaire⁹⁰. Le principe de précaution est également d'application dans certains domaines couverts par des actes spécifiques du droit européen de

⁸² Art. 21.5 alinéa 2 du projet de CETA : « Cet examen n'empêche aucune des Parties d'adopter des mesures différentes ou de choisir des approches différentes, en raison notamment de démarches institutionnelles et législatives différentes, ou de circonstances, de valeurs ou de priorités propres à une Partie. »

⁸³ Art. x.1 par. 3 lettre c et note 2 du projet de TAFTA (coopération réglementaire).

⁸⁴ Art. 21.2 par. 6 du projet de CETA.

⁸⁵ Art. x.9 du projet de TAFTA (coopération réglementaire).

⁸⁶ Consultable à l'adresse <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm> (consulté pour la dernière fois le 05.10.2015).

⁸⁷ Art. 21.1 du projet de CETA.

⁸⁸ Vogel, *The Politics of Precaution*, 2012, p. 66 ss.

⁸⁹ European Parliament's Committee on Environment, Public Health and Food Safety, *Food Safety Policy and Regulation in the United States*, IP/A/ENVI/2015-05, 2015, p. 11 f., 23 ss.

⁹⁰ Considérants 20 et 21 et art. 6 par. 3, art. 7 du règlement UE 178/2002 ; voir Skajkowska, *The Impact of the Definition of the Precautionary Principle in EU Food Law*, in : *Common Market Law Review* 2010, p. 173 (182).

l'alimentation⁹¹, et ce même si ceux-ci ne le mentionnent pas explicitement.

Dans ce contexte, la procédure d'autorisation de mise sur le marché des aliments peut être interprétée comme l'expression du principe de précaution. Les nouveaux aliments, dans la mesure où ils ne sont pas déjà inscrits sur une liste positive de l'UE, doivent être contrôlés scientifiquement par l'Autorité Européenne de Sécurité des Aliments avant de recevoir une autorisation de mise sur le marché⁹². On remarquera également qu'une disposition similaire est d'application pour les additifs de l'alimentation humaine ou animale⁹³, ainsi que pour les arômes de fumée utilisés ou destinés à être utilisés dans ou sur les denrées alimentaires⁹⁴.

Par ailleurs, le principe de précaution doit, d'après le règlement, également être pris en considération dans le contexte de la gestion des risques. Dès lors, le principe de précaution doit être entendu comme requérant une évaluation préalable des risques au stade de la procédure d'adoption d'éventuelles mesures. L'article 7, paragraphe 1^{er} du règlement précise que :

« Dans des cas particuliers où une évaluation des informations disponibles révèle la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion du risque, nécessaires pour assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, peuvent être adoptées dans l'attente d'autres informations scientifiques en vue d'une évaluation plus complète du risque. »

Le deuxième paragraphe de l'article 7 poursuit :

« Les mesures adoptées en application du paragraphe 1 sont proportionnées et n'imposent pas plus de restrictions au commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté, en tenant compte des possibilités techniques et économiques et des autres facteurs jugés légitimes en fonction des circonstances en question. Ces mesures sont réexaminées dans un délai raisonnable, en fonction de la nature du risque identifié pour la vie ou la santé et du type d'informations scientifiques nécessaires pour lever l'incertitude scientifique et réaliser une

évaluation plus complète du risque. »⁹⁵

On remarquera que le deuxième paragraphe de l'article 7 du règlement s'inspire clairement de l'accord SPS ici entièrement applicable, et tout particulièrement de son article 5.7. Le règlement contient cependant un ajout par rapport au texte de l'accord SPS, lequel est souligné par l'italique dans la citation. Cet ajout précise ce qu'il faut entendre par « délai raisonnable » le délai dans lequel les mesures provisoires doivent être examinées, avec pour conséquence que de telles mesures doivent être levées si le soupçon n'est pas étayé de manière scientifique. Le caractère raisonnable ou non du délai doit cependant être apprécié en fonction de la nature du risque ainsi que du type d'informations scientifiques nécessaires à l'évaluation dudit risque. Cette formulation permettrait dès lors de faire dépendre le « délai raisonnable » de la gravité des dommages éventuels et de la difficulté de la preuve scientifique. Il n'est cependant pas clairement défini si cette interprétation favorable se maintient devant l'ORD de l'OMC. Comme exposé ci-dessus, certaines de ses décisions semblent toutefois aller dans cette direction⁹⁶. Le chapitre SPS du CETA ne mentionne toutefois pas cette question et il n'existe à ce jour aucune recommandation prévoyant sa mise à l'ordre du jour.

2. Pesticides dans les denrées alimentaires

Les pesticides sont entendus au sens strict du terme comme étant des produits phytopharmaceutiques protégeant les plantes de culture des maladies et nuisibles. Leurs objectifs sont dès lors la diminution des pertes de récolte et l'augmentation de la productivité agricole⁹⁷. Certains résidus des substances utilisées à cet effet peuvent cependant se retrouver dans les denrées alimentaires et éventuellement nuire à la santé des consommateurs.

Pour éviter cela, le droit européen prévoit des règles strictes allant parfois bien au-delà des règles américaines et des normes internationales de la Commission du Codex Alimentarius prévues à cet effet. Ainsi par exemple, selon le règlement européen concernant les produits phytopharmaceutiques, lequel recourt expressément au principe de précaution, les substances utilisées dans les produits phytopharmaceutiques doivent être préalablement autorisées⁹⁸. De manière similaire, le règlement de l'UE concernant les résidus de pesticides dans l'alimentation humaine et animale fixe des limites maximales à la présence de résidus dans les aliments, lesquelles sont répertoriées

⁹¹ Par exemple le règlement CE 2015/2283 relatif aux nouveaux aliments ; règlement CE 2065/2003 relatif aux arômes de fumée utilisés ou destinés à être utilisés dans ou sur les denrées alimentaires ; règlement CE 1935/2004 concernant les matériaux et objets destinés à entrer en contact avec des denrées alimentaires.

⁹² Art. 7 et art. 10 ss. du règlement CE 2015/2283, qui renvoient expressément au principe de précaution au considérant 20 ainsi que dans l'art. 12 par/ 1 lettre b et à l'art. 18 par. 1 lettre b. Au sujet de la situation clairement moins réglementée aux États-Unis, voir European Parliament's Committee on Environment, Public Health and Food Safety, Food Safety Policy and Regulation in the United States, IP/A/ENVI/2015-05, 2015, p. 32.

⁹³ Art. 4, 6 ss. du règlement CE 1333/ avec référence explicite au principe de précaution dans le considérant 5 ; art. 5 par. 1 du règlement CE 1831/2003 avec référence explicite au principe de précaution dans le considérant 6.

⁹⁴ Art. 4, 6, 7 ss. du règlement CE 2065/2003.

⁹⁵ Les caractères en gras ont été ajoutés.

⁹⁶ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, point 7.3245 ss. à la suite du Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, Japon – Mesure visant les produits agricoles, WT/DS76/AB/R, point 93.

⁹⁷ Plus de détails dans l'art. 2 du règlement CE 1107/2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques.

⁹⁸ Art. 4, 7 ss. du règlement CE 1107/2009.

dans une liste en Annexe I dudit règlement⁹⁹. De manière générale, une teneur maximale en résidus de pesticides de 0,01 mg/kg s'applique pour toutes les substances¹⁰⁰. Le règlement concernant les résidus de pesticide, malgré le fait qu'il ne mentionne pas explicitement le principe de précaution, fait cependant expressément référence à la réglementation sur l'alimentation¹⁰¹ qui, pour sa part – comme déjà mentionné – établit le principe de précaution comme un principe fondamental¹⁰².

Dans le projet TAFTA, les limites maximales de résidus adoptées par la Commission internationale du Codex Alimentarius, dès lors plus élevées, sont proposées comme base commune¹⁰³. La référence à la norme du Codex Alimentarius pour la réglementation des produits phytopharmaceutiques met en évidence une tendance à s'orienter vers une culture réglementaire non basée sur le principe de précaution, tendance largement soutenue par le texte du CETA et du projet TAFTA¹⁰⁴.

À moyen terme, cela pourrait entraîner un assouplissement des strictes limites maximales de résidus basées sur le principe de précaution pour les produits phytopharmaceutiques distribués dans l'UE. Cherchant à anticiper la future adoption du CETA et du TAFTA, l'UE aurait proposé un contrôle assoupli des teneurs en résidus de pesticides, après avis de l'Autorité Européenne de Sécurité des Aliments (EFSA), et ce dans l'optique de rendre possible un rapprochement avec la norme du Codex Alimentarius¹⁰⁵.

Il semblerait dès lors que la Commission européenne ait dès à présent accepté d'abaisser les normes européennes de protection. Par ailleurs, le lien avec le Codex Alimentarius rend plus difficile l'adoption de nouvelles normes européennes allant au-delà du niveau de protection décidé internationalement par cette commission, dont le travail ne prend pas en compte le principe de précaution.

3. Viande de bœuf aux hormones

Depuis la fin des années 1980, la production et l'importation dans l'UE de viande de bœuf provenant d'animaux traités avec des hormones de croissance sont interdites. Cette décision d'interdiction a cependant été contestée à

l'OMC. Au terme de plusieurs années de procédure, l'organe de règlement des différends de l'OMC a finalement condamné l'UE au motif que son analyse scientifique des risques n'était pas conforme aux règles prévues dans l'accord OMC/SPS¹⁰⁶. L'UE, se référant entre autres au principe de précaution, a cependant retardé l'exécution de la décision de l'OMC, entraînant la mise en place de sanctions douanières de la part des États-Unis et du Canada. Dans les faits, après que la décision de l'OMC ait été rendue, les études scientifiques mandatées par l'UE ont fait apparaître qu'au moins l'une des hormones interdites par mesure de précaution (*oestradiol-17β*) représentait effectivement un risque pour la santé. En conséquence, certaines des mesures de l'UE n'ont finalement pas été contestées devant l'ORD de l'OMC¹⁰⁷. En l'absence d'un accord des parties quant au règlement de leur différend, une procédure ultérieure devant l'OMC fut toutefois nécessaire¹⁰⁸. Ce n'est qu'en 2009 et en 2011 respectivement que l'UE a trouvé un accord avec les États-Unis et le Canada¹⁰⁹. Les accords prévoient différentes phases qui peuvent être mises en œuvre volontairement par les pays impliqués. Le cœur des accords prévoit l'attribution par l'UE de nouveaux quotas d'importation exonérés de droits de douane croissants pour la viande d'animaux non traités aux hormones en provenance des États-Unis et du Canada. En contrepartie, les États-Unis et le Canada se sont engagés à ne pas augmenter leurs sanctions douanières et à envisager une suspension ou suppression définitive de ces sanctions lors des phases ultérieures.

La décision de l'Organe d'appel de l'OMC, qui déclare illégale l'interdiction d'importation décidée par l'UE, est contraignante en vertu du droit international. Cette décision n'est aucunement affectée par le CETA et le TAFTA, dans la mesure où l'accord amiable trouvé entre les parties n'a pas été entièrement exécuté. Dans tous les cas, la poursuite d'un nouveau règlement du différend dans le cadre du CETA et du TAFTA pourrait être envisagée. Un règlement définitif du différend au sujet de la viande aux hormones fait en pratique l'objet de négociations autour du CETA et du TAFTA¹¹⁰. D'après les indications de la Commission européenne, aucune suppression de l'interdiction d'importation de la viande de bœuf traitée aux

⁹⁹ Art. 4 du règlement CE 396/2005 concernant les limites maximales applicables aux résidus de pesticides présents dans ou sur les denrées alimentaires et les aliments pour animaux d'origine végétale et animale.

¹⁰⁰ Art. 18 par. 1 lettre b du règlement CE 396/2005.

¹⁰¹ Considérant 9 et art. 1 du règlement CE 396/2005.

¹⁰² Voir paragraphe 0.

¹⁰³ Art. 7 par. 7 du projet de TAFTA (SPS).

¹⁰⁴ Voir paragraphe F.III.

¹⁰⁵ Voir la réaction du Parlement européen dans Parlement européen, Report containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), A8-0175/2015, 2015, p. 44, lettre U.

¹⁰⁶ Voir paragraphe E.II.

¹⁰⁷ Voir note de bas de page 51.

¹⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320/R ; Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320/AB/R.

¹⁰⁹ OMC, Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), Communication conjointe des Communautés européennes et des États-Unis, WTDS26/28 et WT/DS26/29 ; OMC, Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones), Communication conjointe des Communautés européennes et du Canada, WT/DS48/26.

¹¹⁰ Johnson, The U.S.-EU Beef Hormone Dispute, 2015, p. 15 s.

hormones n'est toutefois prévue¹¹¹. Les parties ont plutôt convenu dans le cadre des négociations du CETA une augmentation considérable par rapport à l'accord amiable existant des quotas d'importation de viande de bœuf sans hormones canadienne, afin d'inciter suffisamment l'industrie canadienne à produire de la viande de bœuf sans hormones en vue de l'exporter vers l'UE¹¹².

4. Droit des OGM

Dans l'UE, une série de règlements et directives traitent spécifiquement des risques relatifs aux OGM¹¹³. En outre, le droit national des États membres s'applique également en partie. Conformément au principe de précaution, les règles européennes prévoient que la dissémination et la mise en circulation d'organismes génétiquement modifiés soient soumises à un processus réglementé d'autorisation. À cet effet, la preuve de l'absence d'effets nocifs sur la santé et l'environnement doit être fournie par l'utilisateur ou l'entreprise¹¹⁴. En outre, en 2015, les États membres ont obtenu le droit d'interdire, dès la procédure d'autorisation de l'UE ou après une procédure d'autorisation de l'UE terminée avec succès, la culture d'organismes génétiquement modifiés – à autoriser ou autorisés – sur leur propre territoire national, et ce, sous réserve de respecter certaines conditions («opt-out»)¹¹⁵. Du fait que cette nouvelle réglementation présente un certain nombre de lacunes et d'ambiguïtés, il est douteux qu'elle corresponde entièrement au principe de précaution¹¹⁶. Cela étant dit, la réglementation européenne des OGM, reposant sur le principe de précaution, est relativement stricte en comparaison avec les normes adoptées par d'autres États ou avec les normes internationales en la matière. Cette remarque est notamment valable par rapport au droit américain, lequel ne prévoit pas de réglementation spécifique et propre aux OGM. Les États-Unis traitent en effet les OGM comme

des produits conventionnels et sûrs en principe¹¹⁷.

L'UE a par ailleurs été condamnée par les organes de règlement des différends de l'OMC pour son retard dans la procédure d'autorisation des OGM¹¹⁸. Les décisions ne se prononcent cependant pas sur l'organisation matérielle du droit européen des OGM. Les obligations internationales de l'UE découlant des décisions de l'OMC se poursuivent malgré la signature du TAFTA et du CETA et pourraient être remplacés par un accord amiable contraignant pour les parties concernées en vertu du droit international. En 2009, l'UE a convenu avec le Canada d'un dialogue sur la réglementation des OGM¹¹⁹, lequel a été repris dans l'accord CETA¹²⁰. Selon cet accord, une obligation de coopération et d'échange d'informations est prévue dans le domaine des OGM et des biotechnologies. Il concerne également les effets commerciaux qui résultent des «autorisations asynchrones de produits biotechnologiques». Les parties au traité listent exhaustivement et explicitement les objectifs communs, l'un d'eux étant la promotion de procédures d'autorisation efficaces et basées sur la science pour les produits biotechnologiques. La collaboration internationale est par ailleurs prise en compte dans les questions de biotechnologie, notamment en ce qui concerne le traitement de quantités négligeables ou d'impuretés OGM¹²¹. Cette thématique est controversée car selon le droit européen des OGM, quand bien même les résidus d'organismes génétiquement modifiés se retrouvant dans des aliments conventionnels sont infimes, ils doivent être pris en considération. Or, bien souvent, la présence de résidus OGM s'explique par l'utilisation de lieux de stockage et de moyens de transport identiques pour les OGM et les produits agricoles conventionnels¹²². Dans leurs grandes lignes, les dispositions prévoyant un dialogue sur la réglementation des OGM permettent d'identifier une domination particulière de l'approche scientifique et une tendance à un traitement moins strict des OGM.

Alors que la position canadienne est très largement prise en compte, le projet CETA ne fait pas référence au Protocole de Carthagène sur la biosécurité, lequel comprend l'accord de l'ONU sur la biodiversité et certaines dispositions particulières concernant le domaine des OGM et la circulation transfrontalière d'organismes génétiquement modifiés. Ce traité prévoit une réglementation explicite et repose sur le principe de précaution dont

¹¹¹ Voir par exemple <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/> (consulté pour la dernière fois le 23.03.2016); http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153004.3%20Food%20safety,%20a+p%20health%20%28SPS%29.pdf (consulté pour la dernière fois le 23.03.2016).

¹¹² <http://www.cbc.ca/news/politics/canada-eu-reach-tentative-deal-on-beef-and-pork-1.1862423> (consulté pour la dernière fois le 23.03.2016).

¹¹³ Notamment la directive 2009/41/CE relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement; le règlement CE 1829/2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés; le règlement CE 1830/2003 concernant la traçabilité et l'étiquetage des organismes génétiquement modifiés et la traçabilité des produits destinés à l'alimentation humaine ou animale produits à partir d'organismes génétiquement modifiés; la directive 2009/41/CE relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés.

¹¹⁴ Art. 4 ss. de la directive 2001/18/CE, art. 4 du règlement CE 1829/2003. Le principe de précaution est expressément mentionné à l'art. 1 de la directive 2001/18/CE, pour le droit des denrées alimentaires dans le règlement fixant les principes fondamentaux du droit alimentaire, voir paragraphe 0.

¹¹⁵ Directive 2015/412 CE modifiant la directive 2001/18/CE sur la possibilité accordée aux États membres de limiter ou d'interdire la culture d'organismes génétiquement modifiés (OGM) sur leur territoire.

¹¹⁶ A ce sujet Krämer, *Genetically Modified Living Organisms and the Precautionary Principle*, 2013, p. 13 ss.

¹¹⁷ European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, *Legal Implications of TTIP for the Acquis Communautaire in ENVI Relevant Sectors*, 2013, p. 23.

¹¹⁸ Voir paragraphe E.II.

¹¹⁹ Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, Notification de solution convenue d'un commun accord, WT/DS292/40.

¹²⁰ Chapitre 25, art. 25.2 du projet de CETA.

¹²¹ Art. 25.2 par. 2 lettre b du projet de CETA.

¹²² Art. 3 du règlement CE 1829/2003, voir TRIBUNAL, aff. C-442/09, Rec. 2011, I-7419 – Karl Heinz Bablok entre autres/Freistaat Bayern, n° 103 ss.

s'est largement inspiré le droit européen des OGM¹²³. Alors que l'UE et ses États membres font partie des 170 signataires du Protocole de Carthagène, les États-Unis et le Canada font partie de la petite minorité d'États n'ayant pas ratifié ce Protocole. Cette situation a joué un grand rôle dans le différend entre l'UE et le Canada porté devant l'OMC et concernant les OGM. L'UE a tenté d'invoquer le Protocole, mais en l'absence d'engagement de la part des États-Unis et du Canada, son argumentation n'a pas été suivie¹²⁴. Le chapitre sur le commerce et l'environnement du projet CETA précise, il est vrai, que le droit de réglementer cette matière, incombant à chacune des parties, comprend également le droit de s'engager par accords environnementaux internationaux. Ces normes doivent toutefois être conformes avec l'accord CETA¹²⁵. Ceci fait également partie du chapitre SPS du projet de CETA, qui, tout comme l'accord OMC/SPS, ne laisse qu'une marge de manœuvre très restreinte aux parties¹²⁶. L'UE ne peut donc pas s'appuyer sur le Protocole de Carthagène et son principe de précaution pour justifier sa conduite vis-à-vis du Canada.

On remarquera cependant que si le dialogue prévu en matière d'OGM et de biotechnologie vise manifestement à rapprocher les parties sur des questions controversées de réglementation des OGM, on ne trouve que des points de vue canadiens, sans mention du principe de précaution de l'UE ou de l'adhésion de l'UE et de ses États membres au Protocole de Carthagène, lequel fait référence à ce principe. Il peut en être déduit que de futures règles faisant application du principe de précaution de l'UE, par exemple pour l'élargissement de l'étiquetage, devraient être plus compliquées à adopter d'un point de vue politique.

5. Législation en matière de produits chimiques – REACH

Le principe de précaution est expressément à la base du règlement européen REACH, qui régit l'enregistrement, l'évaluation, l'autorisation et la restriction de produits chimiques industriels. Dans ce contexte, les entreprises doivent, dès lors que leur production dépasse une certaine quantité, s'assurer que les produits chimiques fabriqués ou mis en circulation n'influencent pas négativement la santé humaine ou l'environnement. Lesdites entreprises doivent, ensuite, prouver leurs dires vis-à-vis de l'Agence européenne des produits chimiques¹²⁷. D'autres mesures

¹²³ Préambule et art. 1 du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques de la Convention sur la diversité biologique; en détails Stoll, *Controlling the Risks of Genetically Modified Organisms: The Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement*, in: *Yearbook of International Environmental Law* 199, p. 82 (82 ss.).

¹²⁴ Voir paragraphe E.II.

¹²⁵ Voir paragraphe F.IV.

¹²⁶ Voir paragraphes E.I, E.II et F.I.

¹²⁷ Art. 1 par. 3 du règlement CE 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH).

sont également possibles si, par exemple, il n'existe pas de données scientifiques permettant de déterminer le risque avec suffisamment de certitude ou s'il n'est pas possible d'assembler des données scientifiques suffisantes à cet effet dans un délai raisonnable¹²⁸. L'application du principe de précaution fait du règlement REACH l'une des réglementations de produits chimiques les plus strictes au monde. Cette observation est pertinente lorsque l'on compare le règlement avec le «Toxic Substances Control Act» américain, qui part du principe de l'innocuité des produits chimiques¹²⁹. Par conséquent, il n'est pas surprenant que ce règlement REACH soit largement critiqué par d'autres États membres de l'OMC¹³⁰.

En ce qui concerne le TAFTA, la Commission européenne prend en compte les différences de cultures réglementaires dans ce domaine et n'envisage aucune harmonisation complète ni reconnaissance mutuelle¹³¹. Elle pense toutefois qu'une plus grande rationalisation («*greater rationalization of the regulatory work of both sides*») et une meilleure acceptation des disciplines internationales («*greater acceptance of international disciplines*») sont souhaitables¹³². En outre, la Commission européenne prône une coopération réglementaire, notamment en amont des règles futures. Une coopération réglementaire aussi précoce que possible est ainsi visée pour certains domaines particulièrement controversés. Ainsi, les perturbateurs endocriniens, les nanomatériaux (voir les deux paragraphes suivants) et la toxicité des mélanges chimiques peuvent être cités en exemple¹³³. Il faut néanmoins craindre qu'en raison de la procédure de coopération réglementaire, le principe de précaution de l'UE à ces domaines sera retardé et/ou compliqué.

6. Perturbateurs endocriniens

Les perturbateurs hormonaux ou endocriniens sont des produits chimiques ou des mélanges de produits chimiques qui perturbent le fonctionnement biochimique naturel des hormones et peuvent donc provoquer des

¹²⁸ En détails Milieu Ltd/T.M.C. Asser Institute/Pace for DG, *Considerations on the application of the Precautionary Principle in the chemicals sector*, 2011, p. 23 ss.

¹²⁹ Motaal, *Reaching Reach: The Challenge for Chemicals entering International Trade*, in: *Journal of International Economic Law* 2009, p. 643 (647 s.).

¹³⁰ Motaal, *Reaching Reach: The Challenge for Chemicals entering International Trade*, in: *Journal of International Economic Law* 2009, p. 643 (656).

¹³¹ EU Commission, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Regulatory Issues, EU position on chemicals*, 2014, p. 1, point 1, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/may/tradoc_152468.pdf (consulté pour la dernière fois le 10.05.2016).

¹³² Idem, p. 1, point 2.

¹³³ EU Commission, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), Regulatory Issues, EU position on chemicals*, 2014, p. 3, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/may/tradoc_152468.pdf (consulté pour la dernière fois le 10.05.2016).

effets négatifs¹³⁴. Dans l'UE, ces substances sont spécifiquement couvertes par le règlement REACH, le règlement sur les biocides et le règlement sur les pesticides. D'après le règlement REACH, les perturbateurs endocriniens peuvent être soumis à autorisation en tant que produits chimiques s'ils sont classifiés comme des substances très préoccupantes dans le cadre d'une procédure européenne¹³⁵. D'après les règlements sur les biocides et les pesticides, les perturbateurs endocriniens ne peuvent être utilisés comme biocides ou pesticides qu'à titre exceptionnel¹³⁶. Dans tous les cas, le législateur européen avait chargé l'UE de fixer les critères pour l'identification de substances devant être qualifiées en tant que perturbateurs endocriniens. Sans une identification claire et précise de ces critères, les dispositions de protection concernées ne pourraient avoir aucun effet. Les délais fixés à cet effet ont cependant expiré¹³⁷. Le Tribunal a donc condamné la Commission européenne en vertu du règlement sur les biocides, après qu'une plainte de la Suède, soutenue par la France, ait été déposée pour faire suite à l'absence de fixation de ces critères d'identification¹³⁸. C'est seulement en juin 2016 que la Commission a publié sa liste de critères. Une telle inaction pourrait être encouragée par la coopération réglementaire telle que prévue par TAFTA et CETA.

On remarque ainsi que l'UE a pu retarder l'application de cette mesure pour rassurer les États-Unis qui craignaient que la fixation de critères pour les perturbateurs endocriniens puisse constituer un obstacle non tarifaire au commerce dans le cadre du TAFTA¹³⁹. C'est notamment la raison pour laquelle la Commission européenne a été condamnée en carence par le Tribunal. À cet égard, on peut dire que la perspective de la signature du TAFTA a influencé l'application du principe de précaution pour ce volet du droit dérivé. Enfin, les obligations de justification et une clause de reconnaissance mutuelle dans le cadre de la coopération réglementaire sur la base du TAFTA et du CETA pourraient à terme remettre en question l'application du principe de précaution, y compris pour le domaine de la réglementation des perturbateurs endocriniens.

¹³⁴ Office fédéral de l'environnement (Umweltbundesamt), <http://www.reach-info.de/endokrin.htm> (consulté pour la dernière fois le 23.03.2016); plus en détail WHO, State of the Science of Endocrine Disrupting Chemicals, 2012.

¹³⁵ Art. 57 lettre f du règlement CE 1907/2006.

¹³⁶ Art. 5 par. 3 et art. 19 par. 4 lettre d du règlement CE 528/2012; Annexe II point 3.6.5 du règlement CE 1107/2009.

¹³⁷ Voir art. 138 par. 7 du règlement CE 1907/2006, art. 5 par. 3 du règlement CE 528/2012, Annexe II point 3.6.5 du règlement CE 1107/2009.

¹³⁸ TRIBUNAL, aff. T-521/14 – Suède/Commission.

¹³⁹ Stéphane Horel/Corporate Europe Observatory, A Toxic Affair, 2015, p. 14 ss.; au sujet du point de vue américain par exemple United States Trade Representative, 2014 Report on Technical Barriers to Trade, 2014, p. 68 ss.

7. Nanotechnologie

Le concept de nanotechnologie désigne l'utilisation technologique de structures et de processus dans le domaine de l'échelle nanométrique¹⁴⁰. Les propriétés biologiques, physiques et chimiques modifiées – notamment le rapport élevé entre les surfaces par rapport au volume – constituent la principale différence des nanomatériaux par rapport aux macro-substances¹⁴¹. Bien que ces propriétés modifiées permettent justement des technologies et des produits innovants, elles sont également la cause d'une évaluation scientifique incertaine des risques pour l'homme et l'environnement. Le conseil d'experts en questions environnementales a ainsi constaté en 2011 qu'il existait encore beaucoup de questions scientifiques ouvertes sur les effets des nanomatériaux sur la santé et l'environnement, mais qu'il y avait déjà l'«indication d'un risque potentiel élevé et donc un risque abstrait au sens juridique» pour certains nanomatériaux¹⁴².

En raison de ses nombreuses possibilités d'utilisation, la nanotechnologie est traitée dans un grand nombre de règles européennes¹⁴³ sans qu'il n'existe de régime réglementaire transversal pour les nanomatériaux. Plusieurs actes juridiques secondaires européens abordent ainsi les nanomatériaux, sans traiter expressément de ceux-ci par des dispositions propres. Le règlement REACH¹⁴⁴ et la directive Seveso III¹⁴⁵ en sont, à cet égard, deux exemples. Dans les dernières approches réglementaires, les nanomatériaux sont toutefois régis de façon spécifique, par exemple dans le règlement sur les cosmétiques¹⁴⁶. Ces règles reposent sur le principe de précaution, même si le conseil des experts en questions environnementales a constaté en 2011 qu'il y avait encore des «déficits généraux en matière de précaution».

Le principe de précaution devrait à l'avenir garder toute son importance pour la réglementation de la nanotechnologie, surtout étant donné l'étendue des incertitudes scientifiques s'attachant à ce domaine. Dans le cadre de l'élaboration et du développement d'une stratégie

¹⁴⁰ Un nanomètre correspond à un milliardième de mètre (10⁻⁹ m).

¹⁴¹ Sachverständigenrat für Umweltfragen, Vorsorgestrategien für Nanomaterialien, 2011, point 3 ss.

¹⁴² Sachverständigenrat für Umweltfragen, Vorsorgestrategien für Nanomaterialien, 2011, point 711.

¹⁴³ À propos des exemples suivants, voir en détail Schulz, Nanomaterialien als Risiko? – Herausforderungen an das Europarecht, 2015.

¹⁴⁴ Règlement CE 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques.

¹⁴⁵ Directive 2012/18/UE concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

¹⁴⁶ Art. 2 par. 1 lettre k, art. 2 par. 3, art. 13 par. 1 lettre f, art. 16, art. 19 par. 1 lettre g du règlement CE 1223/2009 relatif aux produits cosmétiques, qui évoquent clairement le principe de précaution dans les considérants dans un contexte général. Il existe d'autres exemples dans le règlement CE 2015/2283 relatif aux nouveaux aliments, dans le règlement CE 1169/2011 concernant l'information sur les denrées alimentaires et dans le règlement CE 1333/2008 sur les additifs alimentaires, qui reposent tous sur le principe de précaution.

réglementaire pour l'Union dans un domaine technologique encore incertain comme celui-là, les mécanismes de coopération réglementaire prévus dans le CETA ou le TAFTA sont particulièrement critiques. Les obligations d'information et de présentation en amont de l'adoption des futures règles ainsi que la promotion d'une participation précoce peuvent grever les processus de traitement et le consensus, rendant les parties moins disposées à prendre des mesures de précaution.

8. Conclusion

Dans le résumé et l'examen des différents domaines de réglementation, il ressort clairement que la politique réglementaire européenne est marquée par un souci de protection sanitaire et environnemental qui se traduit par la reconnaissance du principe de précaution. Ce principe influence tant l'adoption de nouveaux régimes que l'interprétation de règles existantes. Dans ses propositions pour le TAFTA, la Commission européenne évoque une série de projets, notamment les perturbateurs endocriniens et les nanomatériaux. Il est à craindre que les règles européennes existantes et futures dans ces domaines et bien d'autres soient remises en question ou entravées par les dispositions de l'accord CETA ou dans son état actuel (au regard des propositions de l'UE) par celles du TAFTA. Dans ces deux traités, le principe de précaution de l'UE et son application dans les textes réglementaires ne sont pas suffisamment définis. Les chapitres sur les mesures SPS, les obstacles techniques au commerce et la coopération réglementaire s'inspirent d'une approche réglementaire qui ne correspond pas au principe de précaution de l'UE. S'agissant des perturbateurs endocriniens et des résidus de pesticides, c'est déjà le cas. Manifestement, par rapport aux négociations en cours, la Commission européenne a retardé la définition des substances perturbatrices et a pour cela été condamnée en carence par le Tribunal de l'UE. Dans le deuxième cas, un abaissement des valeurs résiduelles est en vue. Dans les deux cas, les procédés employés de la Commission européenne divergent de ses déclarations publiques, selon lesquelles aucune norme européenne de protection ne sera abaissée par le TAFTA ou le CETA.



foodwatch France
3 rue de l'arrivée 75749 paris 15 France
tél. : +33(0) 1 43 20 86 49
email : info@foodwatch.fr
www.foodwatch.fr



foodwatchFR



@foodwatch_fr