



CAHIERS

EUROPÉENS

DE

SCIENCES PO

5

2001

Globalisation des marchés

et précaution :

Le principe de précaution et

le droit alimentaire

de l'Union Européenne

Ellen Vos

Professeur de Droit

Européen,

Université de Maastricht

Globalisation des marchés et précaution :

Le principe de précaution et le droit alimentaire

de l'Union Européenne

Ellen Vos^{*}

1. Introduction

L'ouverture constante des marchés suppose une coopération croissante des autorités de régulation nationales dans le sens d'une adaptation de leur législation aux exigences résultant de la libre circulation des biens sur leurs marchés. Contre toute attente, ces exigences nouvelles n'ont cependant pas conduit à une déréglementation des marchés : dans la 'société de risque' (*Risikogesellschaft*),¹ on observe au contraire une répugnance des autorités nationales à assouplir et/ou abandonner leur législation, celle-ci s'appliquant à garantir la sécurité des produits circulant sur leur marché. Dans le contexte de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), par exemple, les Etats continuent à exiger la conformité des produits entrant sur leur territoire avec leurs normes d'hygiène et de sécurité. Au niveau communautaire, les préoccupations des Etats membres, ainsi que leur attachement à leur réglementation en la matière, furent pris en considération, ce qui se traduit par une activité normative communautaire surabondante. Ces tendances impliquent des règles ainsi que des institutions à même de régir le fonctionnement des marchés.

Dans l'élaboration d'une réglementation juste et rationnelle, les autorités de régulation sont extrêmement dépendantes des apports scientifiques. Tandis que la commercialisation des biens est fortement liée à leur dangerosité, et subséquentement au risque qu'ils comportent pour la santé humaine et l'environnement, la globalisation des marchés implique dans le même temps une internationalisation des compétences scientifiques et des procédures d'évaluation des risques. De ce fait, ainsi que le reconnaissent de plus en plus ouvertement les autorités ainsi que les scientifiques eux-mêmes, il n'existe pas à proprement parler de science « pure » ou « objective », la science étant l'objet de beaucoup de controverses. Face à ces

^{*} Professeur de Droit Européen, Université de Maastricht. Traduction française par Frédéric Fourtoy (Institut Universitaire Européen, Florence).

¹ Cf. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986.

incertitudes et controverses scientifiques, les autorités tendent à recourir au principe de précaution comme instrument de contrôle des marchés.² Elles tendent en effet à invoquer ce principe afin de limiter l'empire des dispositions relatives au libre échange et de préserver leur réglementation, cette tendance s'inscrivant dans leur politique de gestion des risques pour la santé humaine. Dès lors, les autorités nationales vont essentiellement utiliser le principe de précaution dans leur gestion de l'aléa scientifique. Il est cependant fréquemment reproché aux décisions législatives fondées sur ce principe de constituer une forme de protectionnisme économique déguisé.

Le principe de précaution concerne le plus souvent les situations dans lesquelles les autorités nationales sont habilitées à prendre des mesures afin de prévenir la survenance de certains risques malgré l'absence de preuve scientifique indubitable sur l'existence d'un lien de causalité certain avec l'ampleur du dommage potentiel. En somme, le principe de précaution consiste à affirmer qu'il vaut mieux pêcher par excès de prudence (« mieux vaut prévenir que guérir »). Dans cette logique, certaines mesures de sécurité peuvent être nécessaires avant d'obtenir la preuve concrète d'un dommage. En d'autres termes, le défaut de preuve scientifique d'un lien de causalité irréfutable entre cause et dommages potentiels sur l'environnement ou la santé humaine, ne saurait être considéré comme un obstacle à l'adoption de normes de sécurité préventives. Le présent article s'efforcera d'exposer la montée en puissance, à la fois en droit international et en droit européen, du principe de précaution comme instrument de régulation des échanges. Nous verrons ainsi comment droit international et globalisation des marchés ont incité les institutions communautaires à ériger ce principe en « principe général du droit communautaire ». A titre d'illustration, nous nous concentrerons sur la question de l'impact du principe de précaution sur le droit alimentaire de l'Union européenne.

2. La montée du principe de précaution en droit international

2.1. Les conventions internationales sur l'environnement

² Voir par exemple dans la doctrine récente, T. O'RIORDON, J. CAMERON, A. JORDAN (éd), *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron, May 2001 ; J. SCOTT et E. VOS, *The Juridification of Uncertainty: Observations on the Ambivalence of the Precautionary Principle within the EU and the WTO*, dans *Good Governance and Administration in an "Integrated" Market*, R. DEHOUSSE et C. JOERGES (éd.), Academy of European Law 2000, OUP Oxford, 2001 ; J. MORRIS (éd.), *Rethinking Risk and the Precautionary Principle*, BUTTERWORTH et HEINEMANN 2000 ; R. HARDING et E. FISCHER (éd.), *Perspectives on the Precautionary Principle*, The Federation Press 1999.

Le principe de précaution trouve sa source dans le droit allemand de l'environnement (*Vorsorgeprinzip*) où il recouvre une combinaison de préceptes de vigilance, de plans de protection et de mesures de mise en œuvre.³ Le principe s'affirma explicitement en droit allemand en tant que concept lorsque le gouvernement et les scientifiques d'outre-Rhin durent affronter le problème de la « mort des forêts » (*Waldsterben*) et ses causes possibles, parmi lesquelles la pollution de l'air.⁴ Etant donnée la dimension fréquemment internationale des problèmes environnementaux, et face aux incertitudes scientifiques, il n'est pas surprenant que le principe de précaution soit rapidement apparu comme un instrument normatif indispensable des programmes politiques élaborés lors d'actions internationales liées à l'environnement, et ait été intégré dans de nombreuses conventions internationales.⁵ Par le Protocole de Montréal de 1987 sur la réduction des gaz à effet de serre, les Etats signataires ont par exemple convenu de protéger la couche d'ozone en adoptant les mesures nécessaires au contrôle équitable des émissions totales de substances nuisibles. Par la Déclaration Finale de la troisième Conférence Internationale sur la Protection de la Mer du Nord de 1990, les ministres s'engagèrent à continuer à appliquer le principe de précaution, c'est-à-dire à « poursuivre des actions afin d'éviter l'impact dommageable de substances persistantes, toxiques et susceptibles de bioaccumulation, même lorsqu'il n'existe pas de preuve scientifique d'un lien de causalité entre les émissions de telles substances et les effets ». La Déclaration ONU de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, aux fins de protection de l'environnement, dispose que l'approche de précaution doit être largement appliquée par les Etats en fonction de leurs possibilités. Elle prévoit de surcroît qu' « en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures visant à prévenir la dégradation de l'environnement ». ⁶ La Convention cadre des Nations Unies sur le changement climatique de 1992 adopte également le principe de précaution et déclare que les parties à la convention doivent prendre les mesures de précaution nécessaires afin d'anticiper, prévenir et réduire les causes du changement climatique et d'atténuer ses effets nuisibles. Dans cet esprit, il énonce que :

« Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles me-

³ S. BOEHMER-CHRISTIANSEN, *The Precautionary Principle in Germany*, dans O'RIORDAN, T. et J. CAMERON (éd.), *Interpreting the Precautionary Principle*, London, Earthscan, 1994.

⁴ O. GODARD (éd.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris 1997.

⁵ A propos du principe de précaution et du droit international en général, cf. par ex. D. FREESTONE, E. HEY (éd.), *The Precautionary Principle and International Law*, Kluwer Law International, 1996.

⁶ Principe n° 15 de la Déclaration.

sures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible ».

Bien que la Convention sur la diversité biologique de 1992 soit dotée d'une formule semblable dans son préambule, son texte ne mentionne pas le principe de précaution en tant que tel. Cependant, son protocole additionnel, le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques, lequel s'applique à réglementer les mouvements transfrontaliers d'organismes génétiquement modifiés vivants, y fait expressément référence. Il dispose que son objectif – qui consiste à garantir un niveau de protection adéquat s'agissant des transferts, de la manipulation et de l'utilisation d'organismes modifiés au moyen de techniques issues de la biotechnologie moderne, et qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur la préservation et l'utilisation durable de la biodiversité – doit être atteint conformément au « principe de précaution consacré par le Principe n° 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ».⁷ De plus, l'article 10 § 6 du Protocole autorise les parties à poser une interdiction préventive, c'est-à-dire « de précaution », ou d'imposer certaines conditions à l'importation d'organismes génétiquement modifiés (OGM) vivants destinés à être introduit dans l'environnement, dans les hypothèses où il y a une « absence de certitude scientifique due à l'insuffisance des informations et connaissances scientifiques pertinentes concernant l'étendue des effets défavorables potentiels d'un organisme vivant modifié sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans la partie importatrice ». L'article 11 § 8 du Protocole retient une approche similaire à propos de la restriction des importations d'OGM vivants destinés à un usage direct, soit pour l'alimentation humaine, soit pour l'alimentation animale, soit pour transformation. Enfin, la récente Convention de Stockholm de 2001 sur les polluants organiques persistants dispose que le principe de précaution, ainsi que la transparence et la participation publique, sont matérialisés dans le traité. Là encore, on trouve une référence spécifique à la Déclaration de Rio mentionnée ci-dessus.

De ce regard cursif nous pourrions conclure que le principe de précaution est aujourd'hui partie intégrante du droit international de l'environnement.⁸ Il apparaît cependant que les différents instruments juridiques divergent tant à propos de la terminologie élue (i.e. « principe de précaution », « approche de précaution » et « mesures de précaution ») qu'à propos des condi-

⁷ Article 1^{er} du Protocole.

⁸ Cf. J. CAMERON, *The Precautionary Principle in International Law*, dans T. O'RIORDON, J. CAMERON, A. JORDAN (éd.) *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron, May 2001, p. 201.

tions d'application des mesures de précaution. Ceci corrobore l'interprétation au terme de laquelle le principe de précaution, pour l'heure, ne lie pas de manière générale et universelle les Etats et n'est donc pas parvenu au statut de règle coutumière internationale.⁹

2.2. *Les accords OMC*

Ainsi, il ne peut être répondu à la question de savoir si et dans quelle mesure le principe de précaution doit s'appliquer aux échanges commerciaux, en intégrant non seulement la protection de l'environnement, mais encore celle de la santé humaine, que par une analyse des accords commerciaux internationaux pris individuellement, tout particulièrement des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (accords OMC). Dans le mécanisme de l'OMC, il est fait référence au principe de précaution, certes en termes implicites, à travers l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS). En vertu de l'article 5 § 7 SPS, les membres de l'OMC sont habilités, lorsque les éléments de preuve scientifiques adéquats demeurent insuffisants, à adopter provisoirement des mesures sanitaires et phytosanitaires sur le fondement des informations disponibles pertinentes, mesures qui comprennent tant celles élaborées par les organisations internationales compétentes que celles déjà adoptées par d'autres Etats membres. Ce texte n'autorise cependant l'adoption que de mesures provisoires. Bien que cet article n'ait pour l'heure jamais été invoqué par des Etats dans le cadre du mécanisme de règlement des litiges de l'OMC, deux affaires furent d'un intérêt particulier pour le développement du principe de précaution : les différends ayant opposé les Etats-Unis et l'Union Européenne d'une part à propos de la viande de bœufs traités aux hormones et le différend ayant opposé le Japon et les Etats-Unis à propos de certains produits agricoles.¹⁰

Dans l'affaire du « *bœuf aux hormones* », les Etats-Unis contestaient le refus européen de laisser la viande de bœuf traitée aux hormones entrer sur son marché sur le fondement de risques potentiels pour la santé humaine. Il est ici important de relever que, dans sa stratégie de défense, l'Union européenne n'a pas invoqué l'article 5 § 7 SPS. Toutefois, suivant l'Organe d'Appel (OA) de l'OMC, le principe de précaution ne résulte pas seulement de l'article 5 § 7

⁹ Cf. cependant J. CAMERON qui estime que les cas *Southern Bluefin Tuna* du Tribunal International pour le Droit de la mer (cf. www.un.org/depts/los/ITLOS/order-tuna34.htm) révèlent une certaine tendance des tribunaux internationaux à faire appel au principe de précaution comme règle coutumière internationale dans leur œuvre d'interprétation du traité, cf. J. CAMERON, supra note 8, pp. 129-130.

¹⁰ Cf. J. CAMERON, supra note 8, J. SCOTT, *Trade and Environment in the EU and the WTO*, dans J.H.H WEILER, *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade*, OUP

SPS, mais encore d'autres dispositions tels que le préambule ou l'article 3 § 3 SPS. Il apporta cette précision essentielle : lorsque l'article 5 § 1 SPS exige que les mesures sanitaires et phytosanitaires soient fondées sur le constat d'un risque, cela signifie que les résultats d'une telle évaluation doivent « suffisamment garantir » la mesure en cause. L'OA spécifia que « suffisamment garantir » signifiait « raisonnablement étayer » et qu'il devait y avoir une relation rationnelle entre la mesure et le constat d'un risque.¹¹ En termes de fardeau de la preuve, l'OA confirma qu'il appartenait à la partie qui contestait une mesure SPS de rapporter *prima facie* la preuve de l'absence de risque constaté. Il y eut subséquemment renversement de la charge de la preuve sur la partie défenderesse à laquelle appartenait de démontrer le caractère non fondé des allégations américaines. Il convient par ailleurs de relever un autre point cardinal des conclusions de l'OA : le risque qui doit être établi dans le cadre de l'article 5 § 1 SPS n'englobe pas l'existence d'une incertitude théorique dans la mesure où la science ne pourrait jamais apporter la certitude absolue qu'une substance donnée soit absolument privée d'effets nuisibles sur la santé humaine. L'OA considéra néanmoins qu'en l'espèce l'Union Européenne n'avait pas apporté la preuve scientifique du risque sur la santé humaine, les éléments de preuve rapportés par l'Union étant insuffisamment précis et déterminants. Par conséquent, l'OA ne se pencha pas plus avant sur le fond de l'affaire.

Dans l'affaire *Japan varieties*,¹² l'OA développa les quatre conditions posées par l'article 5 § 7 SPS, confirmant qu'un Etat membre pouvait prendre des mesures SPS provisoires, lorsque ces mesures étaient

- 1) imposées dans les situations où « les informations appropriées sont insuffisantes », et
- 2) adoptées « sur la base des informations pertinentes disponibles ».

En outre, l'OA confirma que de telles mesures provisoires ne pouvaient être maintenues à moins que l'Etat membre les ayant adopté

- 3) s'efforce d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires à une évaluation plus objective du risque,
- 4) et, en fonction de ces informations, reconsidère lesdites mesures dans un délai raisonnable.

2001 ; SCOTT et VOS, supra, note 2; C. JOERGES, *Law, Science and the Management of Risks to Health and National, European and International Level*, Columbia Journal of European Law, 2001, pp. 1-19.

¹¹ Mesures CE relatives aux viandes et produits dérivés de la viande (Hormones) AB-1997-4, Rapport du 16 janvier 1998.

¹² WT/DS76/AB/R, 22 février 1999, Mesures japonaises affectant les produits agricoles AB-1998-8.

Elle précisa que ces quatre conditions étaient cumulatives et d'égale importance quant à l'établissement du caractère justifié des mesures SPS prévues par l'article 5 § 7. Il en résulte cette conséquence essentielle qu'il suffit qu'une seule des conditions précitées fasse défaut pour que la mesure soit déclarée irrégulière et non conforme aux termes de l'article 5 § 7 SPS.¹³ Ainsi, dès lors qu'il est établi que les conditions posées par la seconde phrase de l'article 5 § 7 SPS (conditions 3 et 4) ne sont pas satisfaites, il n'est pas nécessaire de rechercher si la mesure en cause satisfait les conditions posées par la première phrase de l'article.¹⁴ En outre, l'OA souligna que l'article 5 § 7 SPS n'imposait pas que des résultats concrets et présents relativement au risque fussent être obtenus : l'obligation consiste simplement à « s'efforcer d'obtenir » des informations complémentaires. L'article 5 § 7 SPS énonce néanmoins que ces informations complémentaires doivent être recherchées afin de permettre à l'Etat membre « d'établir avec davantage d'objectivité l'existence d'un risque ». L'OA considère ainsi que l'information recherchée doit être suffisamment pertinente pour établir l'existence du risque, il peut par exemple s'agir de l'évaluation par la mesure, de la probabilité d'apparition, d'établissement et de propagation, dans le cas présent, d'un insecte nuisible.¹⁵ De plus, l'OA considère que la question relative à l'interprétation du concept de « délai raisonnable » relève d'une approche au cas-par-cas et dépend ainsi des circonstances de fait propres à chaque espèce, parmi lesquelles les difficultés de réunion des éléments d'informations complémentaires et les caractéristiques de la mesure provisoire en cause.¹⁶

Plus récemment, dans l'affaire de *l'amiante*,¹⁷ l'UE fut sollicitée par la France pour défendre son interdiction générale de l'amiante et des produits contenant de l'amiante, contre les autorités canadiennes, sur la base des règles générales du GATT et de l'Accord sur les Barrières Techniques aux Echanges. Suivant le Canada – le premier exportateur mondial d'amiante blanche (chrysotile) – cette dernière peut-être utilisée sans aucun risque détectable. Le Canada attirait notamment l'attention sur le fait que des fibres de chrysotile avaient été décelées dans un nombre limité de produits où elles se trouvent contenues dans des gangues inertes, sans que ces produits soulèvent le moindre risque pour la clientèle privée, la masse publique ou l'environnement. Le Canada affirmait en outre que l'usage ciblé des fibres de chrysotile, combiné à l'adoption de méthodes efficaces de réduction de la création de poussière, devait

¹³ Ibid., § 89.

¹⁴ Ibid., § 91.

¹⁵ Ibid., § 92.

¹⁶ Ibid., § 93.

donc suffisamment garantir la protection de la santé humaine. Enfin, le Canada affichait un certain scepticisme à l'encontre des conclusions scientifiques sur lesquelles l'interdiction française se fondait. A ce propos, il notait que tant les conclusions du rapport de *l'Institut National de la Science de la Recherche Médicale* (INSERM), sur lesquelles l'interdiction française se fondait, que les méthodes des chercheurs de l'INSERM, étaient l'objet de vives critiques de la part de plusieurs experts. Ces derniers considéraient que le rapport de l'INSERM ne constituait pas une base crédible susceptible de justifier une interdiction totale de toutes les variétés d'amiante et de tous les usages qui pouvaient en être fait en raison de risques sur la santé publique. Par conséquent, le gouvernement canadien estimait que l'interdiction totale en cause était à la fois irrationnelle et disproportionnée dans la mesure où la fabrication et l'usage de produits modernes contenant de l'amiante ne soulevait aucun risque détectable sur la santé. Suivant le Canada, les données scientifiques sur lesquelles la France avait établi sa position ne justifiaient pas une mesure aussi radicale que l'interdiction des fibres de chrysotile et la prohibition de tous les types d'usage qui peuvent en dériver. A l'inverse, les autorités canadiennes affirmaient qu'un usage contrôlé de l'amiante blanche devait être maintenu.

Le Panel ne partagea pas le point de vue canadien. La manière dont le Panel procéda à l'appréciation des arguments scientifiques est du plus haut intérêt. L'article 13 § 2 du Mémoire sur le Règlement des Différends¹⁸ est ici essentiel : cet article dispose que le Panel doit rechercher toute information issue de toute source pertinente et peut consulter des experts afin d'obtenir leur opinion sur certains éléments de l'espèce. L'article continue en énonçant que, s'agissant des espèces touchant des faits de nature scientifique ou technique soulevés par l'une des parties litigantes, le Panel peut requérir un rapport consultatif rédigé par un groupe d'experts. Les règles et procédures régissant la formation d'un tel groupe d'experts sont prévues à l'Appendice 4 du Mémoire. Conformément à ces règles, le Panel sélectionna quatre experts afin d'examiner les preuves délivrées par le Canada et la France.¹⁹ Sur le fondement de l'avis de ces experts, les membres du Panel conclurent que l'Union européenne avait démontré *prima facie* l'existence d'un risque pour la santé en relation avec l'usage de chrysotile, particulièrement s'agissant du cancer du poumon et de la mesothélioma dans les secteurs d'activité situés en aval du processus de production et de traitement, ainsi que pour les particuliers en général lorsqu'ils sont exposés à des produits contenant du chrysotile amalgamé. Le

¹⁷ WT/DS135/AB/R , 12 mars 2001, Communautés européennes – mesures applicables à l'amiante et aux produits contenant de l'amiante, AB-2000-11.

¹⁸ Article 2 Mémoire.

¹⁹ Cf. point V, p. 236 et s.

Canada n'est pas parvenu à repousser ces éléments de preuve. Par conséquent, le Panel conclut que la réglementation française d'interdiction de l'amiante tombait dans la sphère des normes destinées à protéger la vie ou la santé humaine au sens de l'article XX (b) GATT. L'OA confirma la décision du Panel, soulignant leur pouvoir souverain d'appréciation des preuves qui leur étaient soumises et du poids qu'il convenait de leur donner. En outre, l'OA entérina la défense par l'UE des mesures d'interdiction françaises, confirmant qu'elles étaient nécessaires à la protection de la santé humaine au sens de l'article XX (b) GATT et constituaient de ce fait une barrière aux échanges acceptable. L'OA confirma les conclusions du Panel affirmant qu'il était parfaitement légitime pour un Etat membre de s'efforcer d'éliminer l'usage d'un produit éminemment périlleux et d'encourager l'utilisation d'un produit alternatif moins dangereux. De la même manière, elle confirma les conclusions du Panel suivant lesquelles, sur le fondement des preuves scientifiques versées au dossier, les niveaux d'exposition pouvaient, dans certaines circonstances, être encore suffisants pour constituer un risque résiduel significatif de développer les maladies liées à l'amiante.²⁰

Il apparaît que, sur la base de ces décisions, les Etats membres disposent d'une certaine latitude pour l'adoption de mesures de précaution. Cependant, les conditions d'application précises du principe de précaution demeurent imprécises. Ce problème est reconnu par les partenaires de l'OMC et il n'est ainsi pas surprenant que l'UE ait fait appel au Comité agricole de l'OMC afin qu'il clarifie le principe de précaution en matière de sécurité alimentaire, et ce, à plusieurs fins : il s'agit d'abord de garantir l'application correcte de ce principe, ensuite d'obvier à toute forme de protectionnisme déguisé, enfin de minimiser la fréquence des litiges au niveau de l'OMC. L'UE formula sa demande tout en soulignant qu'il ne saurait y avoir aucun compromis s'agissant de la sécurité alimentaire pour les consommateurs.²¹

3. La montée du principe de précaution en droit communautaire

Le développement du principe de précaution en droit international et en droit allemand de l'environnement ne fut pas sans influence sur l'Union Européenne. Le principe de précaution apparut pour la première fois au niveau de l'Union lors d'une déclaration du Conseil européen en 1990. Il fut ensuite explicitement introduit en 1992 par le Traité de Maastricht dans le droit de l'environnement communautaire en complément des principes de prévention et du

²⁰ Ibid. § 175.

²¹ *Communiqué de presse de la Commission européenne (IP/01/1060)*, 24 Juillet 2001.

« pollueur payant » (article 174 (2) CE), et fut également intégré dans le Cinquième programme d'action communautaire sur l'environnement de 1993.²² Ces principes ne semblent pas devoir lier les seules institutions communautaires dans l'exercice de leurs pouvoirs normatifs relatifs à l'environnement, ils lient également les Etats membres dans l'exercice de leur devoir de mise en œuvre de la législation communautaire.²³

3.1. *Le principe de précaution dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*

Certaines traces du principe de précaution peuvent être décelées dans plusieurs arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) relatifs à certaines dispositions nationales concernant les critères de conformité des produits. De nombreux litiges relatifs à l'article 28 CE impliquaient des controverses sur le degré de risque inhérent à certains produits et sur la nécessité d'adopter des mesures de protection.²⁴ Dans ces affaires, la Cour avait procédé à un contrôle des dispositions nationales de restriction aux échanges, en examinant si elles étaient nécessaires, proportionnées et constituaient le moins restrictifs des moyens envisageables pour atteindre l'objectif en question (contrôles d'indispensabilité, de proportionnalité et d'interchangeabilité). Cependant, certaines difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit d'effectuer ce contrôle dans un contexte d'incertitude scientifique. Par exemple, il est malaisé d'apprécier si la nécessité ou le caractère suffisant d'une mesure doit être affirmé de manière péremptoire ou, dans l'hypothèse de preuves contradictoires sur l'existence ou l'importance du risque, s'il convient d'évaluer la proportionnalité d'une mesure.²⁵ Cependant, la Cour n'a pour sa part jamais éprouvé de difficultés d'application du contrôle. Dans de nombreuses affaires, elle s'est abstenue de s'aventurer trop avant dans des considérations d'ordre scientifique, préférant simplement confirmer les pouvoirs de décision des Etats membres en matière de niveau de protection, « tant que les incertitudes persistent en l'état actuel des connaissances scientifiques ».²⁶

²² JOCE 1993 C-138.

²³ Cf. SCOTT et VOS, supra note 2. Ceci résulte de la jurisprudence de la CJCE : affaires *Peralta* (C-339/92), Rec. 1994, I-3453, et *Standley and Metson* (C-293/97), Rec. 1999, I-2603.

²⁴ Cf. en général C. JOERGES, *Scientific Expertise in Social Regulation and the European Court of Justice*, *Legal Framework for Denationalised Governance Structures*, in C. JOERGES, K.H. LADEUR, E. VOS (éd.), *Integration Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making: National Traditions and European Innovations*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

²⁵ Cf. SCOTT, supra note 10.

Depuis lors, les Etats membres, « en l'absence d'harmonisation », ²⁷ ont toujours joui d'une large marge de discrétion, cependant que la Cour a manifestement toujours été hésitante relativement à l'identification des situations dans lesquelles les mesures communautaires pertinentes sont de telles nature à régir exhaustivement le secteur en cause. ²⁸ Au demeurant, la marge de discrétion des Etats membres n'est pas absolue dans la mesure où ils doivent toujours prendre en considération les contraintes liées à la libre circulation des biens. Il n'est dès lors pas surprenant que la Cour ait constamment insisté sur ceci que la preuve du caractère nécessaire à la protection de la santé humaine et/ou de l'environnement, de la mesure restreignant les échanges, demeurerait à la charge de l'Etat membre concerné. ²⁹ De cette jurisprudence on peut tirer qu'en cas d'incertitudes scientifiques, les Etats membres peuvent, avec une latitude considérable, adopter une politique résolument tournée vers la sécurité, celle-ci dussent elle *a priori* apparaître excessive. S'il semble manifeste que, de par cette jurisprudence, la rigueur des obligations liées à la preuve faiblit, il n'en demeure pas moins que les Etats membres doivent au minimum rapporter la preuve d'incertitudes scientifiques. Ils doivent de surcroît prouver l'existence d'un risque concret et spécifique, et non pas simplement de risques potentiels fondés sur une approche préventive générale. La spécificité du risque doit être établie en considération des habitudes alimentaires particulières à chaque pays. Dans la procédure prévue à l'article 226 CE, procédure par laquelle la Commission peut contester la validité de mesures nationales relatives à la protection de la santé humaine sur le fondement de leur incompatibilité avec les normes communautaires de liberté de circulation, il apparaît cependant que la charge de la preuve demeure sur la Commission. ³⁰

Bien que le principe de précaution soit reconnu comme principe directeur de la politique communautaire de l'environnement, il n'a jusqu'alors jamais été invoqué devant la CJCE lors

²⁶ Cf. *inter alia*, aff. 227/82, *Van Bennekom*, Rec. 1983, p. 3883 ; aff. 174/82, *Sandoz BV*, Rec. 1983, p. 2445.

²⁷ Cf. *inter alia* aff. 104/75, *De Peijper*, Rec. 1976, p. 613, aff. 132/80, *NV United Foods and PVBA Van den Abeele c. Belgian State*, Rec. 1981, p. 995 ; aff. 272/80, *Biologische producten*, Rec. 1981, p. 3277 ; *Sandoz, Van Bennekom* (précités) et, plus récemment : aff. C-293/94, *Brandsma*, Rec. 1996, I-3159 ; aff. C-400/96, *Harpenies*, Rec. 1998, I-5121 ; aff. 55/99, *Commission c. France*, Rec. 2000.

²⁸ Cf. les subtilités dans le raisonnement de la Cour à l'occasion de l'affaire *Motte* (247/84, Rec. 1985, pp. 3887-3903) où elle affirme que « ce n'est que lorsque des règles communautaires prévoient l'harmonisation complète de toutes les mesures nécessaires à assurer la protection de la santé et aménagent des procédures communautaires de contrôle de leurs observations que le recours à l'article 36 du Traité cesse d'être justifié » (§ 16). Cf. plus récemment l'aff. C-400/96, *Harpenies*, *ibid.* Sur l'absence de cohérence de la jurisprudence de la Cour à cet égard, cf. SCOTT, *supra* note 10, et M. DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, CML Rec. 2000, 37, p. 853.

²⁹ Par ex. aff. *Van Bennekom* précitée ; aff. 304/84, *Muller*, Rec. 1986, p. 1511 ; aff. 178/84, *Commission c. Allemagne (Reinheitsgebot)*, Rec. 1987, p. 1227.

³⁰ Aff. 55/99, précitée.

de l'examen de validité d'une mesure communautaire relative à l'environnement. La jurisprudence de la Cour a néanmoins établi clairement que le principe de précaution n'était pas limité à la seule politique de l'environnement, mais s'appliquait également à la protection de la santé humaine. Ceci peut être tiré de la jurisprudence *ESB (Encéphalopathie spongiforme bovine)* à l'occasion de laquelle la Cour affirma que :

« lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »³¹.

Cette décision fut confirmée par l'arrêt *Alpharma* où le Tribunal de Première Instance souligna en outre que les impératifs de santé publique l'emportaient sur les nécessités d'ordre purement économiques.³² Il est intéressant de relever que dans aucune de ces affaires la Cour n'a utilisé les expressions « précaution » ou « principe de précaution ».³³ Dans l'affaire *ESB*, l'approche de la Cour est inférée des articles 130r (1) CE (à présent article 174 (1) CE) et 130r (2) CE (à présent 174 (2) CE). D'une certaine manière, il est singulier que la Cour, en un tel contexte n'ait pas eu recours au principe de précaution mais à l'obligation d'intégration des impératifs de protection de l'environnement dans les autres politiques communautaires et à la nécessité d'adopter en la matière une action préventive.³⁴ Ici, le principe de proportionnalité fut essentiel dans l'appréciation de la validité des mesures communautaires. Dans son contrôle de proportionnalité, la Cour vérifie généralement « si les moyens que la disposition met en œuvre pour réaliser l'objectif qu'elle vise s'accordent avec l'importance de celui-ci et s'ils sont nécessaires pour l'atteindre ».³⁵ Au demeurant, là où les institutions communautaires disposent de pouvoirs discrétionnaires, la Cour a de manière constante appliqué une sorte de contrôle de proportionnalité différencié, se bornant à vérifier si la mesure communautaire en cause n'était pas affectée d'erreur manifeste, d'abus de pouvoirs ou d'un cas manifeste d'

³¹ Aff. C-180/96, *Royaume-Uni c. Commission*, Rec. 1998, I-2265, § 99 ; cf. également aff. C-157/96, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte National Farmer' Union et al.*, Rec. 1998, I-2211, § 63.

³² Aff. T-70/99R, Rec. 1999, II-2027.

³³ Il est intéressant de relever que, dans le même temps, la Cour de l'AELE a explicitement eu à traiter du principe de précaution dans l'affaire E-3/00, *Autorité de Surveillance de l'AELE c. le Royaume de Norvège*. Dans son jugement, qui fut clairement influencé par la Communication de la Commission sur le principe de précaution, la Cour a décidé que l'application du principe de précaution présupposait, premièrement, une identification des conséquences négatives potentielles sur la santé résultant, dans l'affaire en cause, de la fortification de flocons de blé au moyen de substances nutritives, et deuxièmement, une évaluation complète des risques sur la santé basée sur les informations scientifiques les plus récentes. Jugement du 5 avril 2001.

³⁴ Aff. *ESB* précitée § 100.

ultra vires.³⁶ Dès lors, il apparaît que l'examen de la validité du recours au principe de précaution par les institutions communautaires ne peut être que très limité, voir marginal, se bornant au contrôle d'absence d'erreur d'appréciation manifeste par les institutions.³⁷ Dans l'affaire *ESB*, par exemple, le Royaume-Uni avait recherché à annuler l'interdiction aux importations de bœuf et de produits bovins britanniques décidée par la Commission en 1996. Suivant le gouvernement britannique, ces produits ne présentaient pas de danger pour la santé humaine de sorte que l'interdiction ne pouvait être justifiée par l'impératif de protection de la santé humaine ; le risque pour la santé humaine était, prétendait le gouvernement britannique, soit négligeable, eut égard aux mesures déjà adoptées, soit liés à la période antérieure à l'adoption de mesures destinées à contrôler l'ESB. Il soulignait que l'objectif sous-tendant l'interdiction était davantage de nature économique, consistant surtout à stabiliser la situation, rassurer les consommateurs et protéger l'industrie bovine. Partageant l'opinion de la Commission, la Cour estima cependant, sur la base d'expertises scientifiques nouvelles, que l'ESB ne constituait plus seulement un danger pour les bovins, mais également un risque pour la santé humaine, autorisant ainsi la Commission à adopter des mesures de protection fondées avant tout sur des impératifs de protection de la santé humaine. La Cour affirma que l'interdiction des animaux vivants, de la viande bovine et des produits dérivés, décision d'urgence qui avait été prise par la Commission en application de ses pouvoirs discrétionnaires en matière de politique agricole, ne pouvait être légalement contestée que sur le fondement du caractère manifestement inapproprié au but poursuivi de la mesure. En outre, la Cour rejeta l'argument avancé par le Royaume-Uni suivant lequel cette décision de la Commission aurait été disproportionnée par rapport à l'impératif poursuivi de protection de la santé humaine. A partir des rapports effectués par le Comité vétérinaire de la Communauté et du comité britannique, le SEAC, la Cour estima qu'existaient des preuves d'une incertitude scientifique en la matière. C'est sur le fondement de cette incertitude scientifique que la Cour conclut que l'interdiction à l'importation des animaux vivants, de la viande bovine et produits dérivés ne saurait être considérée comme manifestement inappropriée, et que la Commission, en prenant une telle mesure, n'avait pas violé le principe de proportionnalité. Un élément important dans l'appréciation de la Cour semble consister dans le fait que la décision de la Commission cons-

³⁵ Cf. par ex., l'aff. C-118/89, *Lingenfelter*, Rec. 1990, I-2637 ; aff. C-155/89, *Philipp Brothers*, Rec. 1990, I-330.

³⁶ Cf. par ex. les aff. C-331/88, *The Queen c. The Minister of the Agriculture, Fisheries and Food and the Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and other (Fedesa)*, Rec. 1990, I-4023 ; aff. C-405/92, *Etablissement Armand Mondiet SA c. Armement Islais SARL (Mondier)*, Rec. 1993, I-6133 ; aff. C-280/93, *Allemagne c. Conseil*, Rec. 1994, I-4973.

³⁷ Cf. aff. C-341/95, *Gianni Bettati c. Safety Hi-Tech Srl.*, Rec. 1998, I-4355, § 35.

tituait une mesure d'urgence et qu'il convenait, ainsi que le reconnut la Commission elle-même, d'examiner la validité de la décision contestée par une approche de la situation d'urgence dans son ensemble.

3.2. *Le principe de précaution, les clauses de sauvegarde et la procédure de notification négative*

C'est à l'occasion de l'affaire *Greenpeace France et autres c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, que la Cour dut pour la première fois traiter du principe de précaution. Ce dernier avait été invoqué par les Etats membres dans une question préliminaire du Conseil d'Etat français à propos de l'interprétation de la directive communautaire relative aux organismes génétiquement modifiés (OGM).³⁸ Concernant cette directive, la Cour affirma que l'obligation d'observer le principe de précaution trouvait son expression *inter alia* :

« dans la faculté de tout Etat membre, prévue à l'article 16 de cette directive, de limiter ou d'interdire, à titre provisoire, l'utilisation et/ou la vente sur son territoire d'un produit qui a fait l'objet d'un consentement dont il a des raisons valables de considérer qu'il présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement ». ³⁹

Il résulte de ce qui précède que même si la Commission avait délivré une autorisation de commercialisation d'un produit type OGM, les Etats membres n'auraient pas été dans l'obligation de consentir à l'entrée sur leur territoire de ces produits si, entre temps, ils avaient obtenu de nouvelles informations indiquant que l'OGM en cause constituait un risque pour la santé humaine et l'environnement.⁴⁰ De cette affaire on peut conclure que le principe de précaution peut également trouver un fondement dans les clauses dites « de sauvegarde » des directives communautaires.

Cette conclusion est conforme au jugement de la Commission relatif à la validité du recours par les Etats membres aux clauses de sauvegarde et à la procédure de l'article 95 (4-9) CE, ci-après qualifiée « de notification négative ». La pratique démontre en effet une tendance croissante des Etats membres à mettre en application leur politique nationale relative aux questions de santé et de sécurité nonobstant l'approche commune adoptée au niveau communautaire. Les Etats membres envisagent de plus en plus les clauses de sauvegarde comme un moyen de

³⁸ Aff. C-6/99, Rec. 2000, I-1651.

³⁹ Ibid. § 44.

dissocier leur action et de s'écarter des règles communes adoptées par les institutions communautaires qu'ils n'acceptent pas. Quasiment toutes les directives relatives à la protection de la santé humaine (cf. art. 95 (10) CE) sont dotées de clauses de sauvegarde.⁴¹ Elles autorisent en général les Etats membres à temporairement restreindre ou interdire l'usage de certains produits sur leur territoire, lorsqu'ils disposent, en raison de nouvelles informations ou d'une réévaluation des informations existantes, de raisons étayées de considérer qu'un tel usage, malgré sa conformité aux directives pertinentes, est susceptible de mettre en péril la santé humaine ou l'environnement.⁴² De telles mesures nationales sont toutefois soumises au contrôle de validité communautaire, lequel exige que les Etats membres notifient sans délai à la Commission l'existence de toute mesure nationale plus sévère qu'ils désirent maintenir ou adopter, en précisant les raisons de leur décision. Conformément à la procédure de comité applicable,⁴³ la Commission prendra les mesures appropriées.⁴⁴ Ainsi que nous avons précédemment conclu à la suite de l'arrêt *Greenpeace* relatif à l'interprétation de la directive OGM, ce type de clause implique le principe de précaution. Bien que la Commission hésite manifestement à confirmer les déviations nationales de la lignes communautaire commune, elle est demeurée très attentive à respecter les avis des Comités scientifiques communautaires et à autoriser les Etats membres à faire appel au principe de précaution lorsque l'incertitude scientifique était établie par les comités scientifiques.⁴⁵ Dès lors, même dans les hypothèses où les comités scientifiques considèrent que l'usage de certains produits ne mettrait pas en danger la santé humaine, la Commission a été contrainte à autoriser les Etats membres à maintenir certaines barrières aux échanges. Tel a par exemple été le cas avec le maïs génétiquement modifié.⁴⁶ L'Autriche, le Luxembourg, l'Allemagne et l'Italie invoquèrent les clauses de sau-

⁴⁰ Ibid. § 45.

⁴¹ Des problèmes similaires, mais pas identiques, se sont posés en matière d'environnement où les mesures communautaires sont par définition des mesures d'harmonisation minimale (art. 176 EC) : les Etats sont subséquemment autorisés à prendre des mesures plus sévères dans la mesure de leur compatibilité avec le Traité et tout particulièrement ses articles 28-30 CE.

⁴² Par exemple, article 12 du règlement relatif aux nouveaux aliments (258/97, JOCE 1997, L 43/1) ; article 16 de la directive relative aux OGM (220/90, JOCE 1990, L 117/15). Des clauses similaires sont prévues par les décisions communautaires relatives à l'alimentation et d'autres questions touchant à la santé humaine et à la sécurité.

⁴³ Bien que la décision du Conseil 468/1999/CE relative à la « comitologie » (JOCE 1999, L 184/23) prévoit une procédure spéciale applicable en matière de clauses de sauvegarde, il n'est quasiment pas fait usage de celle-ci dans le secteur alimentaire. A la place, il fait usage de la procédure de comité de régulation. Cf. par ex. l'article 12 du règlement relatif aux nouveaux aliments.

⁴⁴ Ces cas de figure également ont généralement conduit la Commission à s'interroger sur la nécessité d'une révision des dispositions communautaires en cause.

⁴⁵ Cf. E. VOS, *Differentiation, Harmonisation and Governance*, dans B. De Witte, D. Hanf, E. Vos, *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia 2001, pp 145-179.

⁴⁶ Dans la mesure où le maïs génétiquement modifié ainsi que les produits dérivés du maïs génétiquement modifié ont été approuvés par la Commission nonobstant les objections *inter alia* des Etats membres, il n'est pas surprenant que ces pays aient eu recours à la technique des clauses de sauvegarde. Cf. décision de la Commis-

vegarde contenues à la fois dans la directive relative aux organismes génétiquement modifiés (OGM)⁴⁷ et dans le règlement relatif aux nouveaux aliments.⁴⁸ Bien que tous ces pays aient apporté des preuves scientifiques du caractère nuisible pour la santé humaine et l'environnement du maïs génétiquement modifié plus tôt approuvé par la Commission (par ex. l'Autriche se plaint des effets nocifs de ce maïs sur le Papillon royal), les comités scientifiques compétents conclurent que les informations soumises ne constituaient pas des informations significatives nouvelles qui n'aient déjà été prises en considération dans l'estimation originale du risque.⁴⁹ Bien que cet avis eut été suffisant pour que la Commission rejette l'argumentation de ces Etats, il apparut extrêmement difficile de parvenir à un accord sur ces questions avec les représentants nationaux dans le cadre de la procédure de comité de réglementation. Par conséquent, la Commission décida d'autoriser temporairement ces Etats membres à dévier des règles communautaires dans l'attente de l'adoption de nouvelles règles sur les OGM. Alors qu'une nouvelle directive a été édictée en mars 2001,⁵⁰ la question de savoir si ces Etats membres continuent à adhérer à leurs propres normes nationales plus sévères demeure ouverte.

De surcroît, la pratique démontre que les Etats membres recourent de plus en plus à la procédure de notification négative prévue par l'article 95 (4-9) CE. Cette procédure, qui permet aux Etats membres d'adopter une politique normative divergente de celles imposée par les institutions communautaires et l'impératif d'établissement du marché intérieur, fut introduite par l'Acte Unique Européen sous la forme de l'article 100a (4) CEE afin de contrebalancer l'introduction du vote à la majorité qualifiée des mesures d'harmonisation relatives au marché intérieur. Modifiés par le Traité d'Amsterdam, les nouveaux § 4 et 5 de l'article 95 CE opèrent d'abord une distinction entre les mesures nationales qui existaient déjà au moment de

sion 97/98/CE relative au maïs génétiquement modifié résistant aux herbicides produits par Ciba-Geigy (à présent Novatis), JOCE 1997, L 31/69 ; décision de la Commission 98/292/CE relative aux grains de maïs génétiquement modifié produit par Novatis, JOCE 1998, L 131/28 ; décision de la Commission 98/293/CE relative aux grains et graines de maïs génétiquement modifié produit par AgrEvo, JOCE 1998, L 131/30 ; décision de la Commission 98/294 relative aux maïs génétiquement modifié résistant aux herbicides produits par Monsanto, JOCE 1998, L 131-32 ; décision de la Commission 98/291/CE relative au colza (type rutabaga de printemps) génétiquement modifié produit par AgrEvo, JOCE 1998, L 131/26.

⁴⁷ Directive 90/220, précitée.

⁴⁸ Règlement 97/258, précité.

⁴⁹ À propos du recours de l'Autriche à l'article 16 de la directive relative aux OMG s'agissant du maïs génétiquement modifié produit par Monsanto, cf. l'avis du Comité Scientifique des Plantes du 24 sept. 1999, http://europa.eu.int/comm/food/sc/scp/out49_en.html. A propos du recours de l'Italie à l'article 12 du règlement relatif aux nouveaux aliments s'agissant de l'utilisation de maïs génétiquement modifié en général, cf. l'avis du Comité Scientifique de l'alimentation humaine des 7-9 sept. 2000, http://europa.eu.int/comm/food/fs/sc/scf/out/out66_en.pdf.

⁵⁰ Directive 2001/18/CE, JOCE 2001 L 106/1.

l'adoption de la mesure d'harmonisation (§ 4 nouvelle version) et les mesures nationales introduites après l'adoption d'une mesure d'harmonisation (§ 5 nouvelle version). Conformément au § 4, les mesures nationales qui étaient en vigueur au moment de l'adoption d'une mesure d'harmonisation peuvent être maintenues si elles sont justifiées par les exigences visées à l'article 30 CE ou si elles sont relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail. Il n'est ainsi pas possible de maintenir des dispositions nationales qui seraient moins protectrices que les mesures résultant de l'harmonisation communautaire. En revanche le traité pose des limitations plus importantes à l'introduction de dispositions nationales divergentes postérieures à l'harmonisation. Le § 5 permet aux Etats membres d'adopter de nouvelles mesures nationales seulement si elles sont basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu du travail en raison d'un problème spécifique de l'Etat membre concerné qui serait apparu après l'adoption de la mesure d'harmonisation. L'instrument d'introduction de nouvelles mesures unilatérales ne semble donc pas s'appliquer à la protection de la santé. Lorsqu'un problème de santé publique est soulevé par un Etat membre dans un domaine objet de mesures d'harmonisation antérieures, il doit porter ce problème à l'attention de la Commission qui doit immédiatement examiner s'il est nécessaire de proposer l'adoption de mesures appropriées au Conseil (§ 8).

Il est intéressant de relever que la Commission ait explicitement appliqué le principe de précaution dans ses décisions en réponse aux requêtes formulées par certains Etats membres désireux de « diverger » de mesures d'harmonisation communautaires.⁵¹ Les observations de la Commission relatives à la demande de certains Etats membres de maintien des dispositions nationales plus sévères s'agissant de la créosote, un agent de préservation du bois, pour des raisons liées à la protection de la santé et de l'environnement, sont d'un intérêt particulier. Sur la base de certaines incertitudes scientifiques relativement à l'exposition de cet agent, la

⁵¹ Décision de la Commission 94/753/CE relative à l'interdiction du PCP notifiée par l'Allemagne, JOCE 1994, L 316/43 ; décision de la Commission 92/211/CE relative à l'interdiction du PCP notifiée par le Danemark, JOCE 1996, L 68/32 ; décision de la Commission 1999/5/CE relative à la requête suédoise de dérogation concernant l'usage de certains colorants et édulcorants dans les denrées alimentaires, JOCE 1999, L 3/13 ; décision de la Commission 1999/830/CE relative à la requête danoise de dérogation concernant l'usage de sulfates, nitrites et nitrates dans les denrées alimentaires, JOCE 1999, L 329/1 ; décision de la Commission 1999/832/CE relative à la requête hollandaise de dérogation concernant l'usage de créosote, JOCE 1999, L 329/25 ; décision de la Commission 1999/833/CE relative à la requête allemande de dérogation concernant l'usage de créosote, JOCE 1999, L 329/43 ; décision de la Commission 1999/834/CE relative à la requête suédoise de dérogation concernant l'usage de créosote, JOCE 1999, L 329/63 ; décision de la Commission 1999/835/CE relative à la requête danoise de dérogation concernant l'usage de créosote ; décision de la Commission 1999/831/CE relative à l'interdiction du PCP notifiée par les Pays-Bas, JOCE 1999, L 329/15 ; décision de la Commission 1999/836/CE relative à la requête allemande de dérogation concernant l'usage de laine minérale, JOCE 1999, L

Commission considéra explicitement que les mesures nationales en cause étaient justifiées à la lumière du principe de précaution.⁵²

Le recours au principe de précaution par la Commission dans ses décisions est intéressant à plusieurs égards. Il est remarquable que le principe de précaution ait été invoqué par la Commission et non par les Etats membres pour justifier les dérogations nationales. En outre, tandis que la Cour de Justice et les Etats membres continuent de déduire le principe de précaution du principe de proportionnalité, la Commission semble vouloir utiliser le principe de précaution indépendamment du principe de proportionnalité. Elle contrôle dans quelle mesure le principe de précaution peut justifier les mesures nationales, lesquelles, dans un second temps, doivent être en conformité avec le principe de précaution. La Commission paraît ainsi prête à promouvoir un principe de précaution autonome y compris en matière de protection de la santé publique.⁵³ Ceci peut trouver une explication dans le contexte de sa nouvelle approche du principe de précaution et de la réglementation relative aux risques.⁵⁴ De plus, et ceci n'est pas nouveau, la Commission base son approche du principe de précaution avant tout sur les avis rendus par les comités scientifiques communautaires. De surcroît, elle recourt parfois également à des experts externes, par exemple dans les affaires relatives à la créosote et au PCP. Les comités scientifiques sont en général requis pour examiner les preuves scientifiques soumises par les autorités nationales, tout comme les preuves scientifiques externes comme ce fut le cas pour la créosote, préparées à la demande de la Commission. L'influence considérable que ces comités exercent sur le processus normatif communautaire est manifeste : la Commission suit en général « aveuglément » les avis émis par ces comités.⁵⁵ Dans la plupart des cas de requête en « divergence », la Commission fait d'abord usage d'une expertise scientifique externe, laquelle est ensuite soumise aux comités scientifiques communautaires pour examen et évaluation. Dès lors, contrairement à l'évaluation étayant la décision PCP, décision basée uniquement sur un comité ad-hoc externe, la Commission se tourna vers le principe de précaution sur la base de l'avis obtenu auprès du Comité scientifique communautaire. De plus, la Commission accorda une importance particulière au fait que les preuves scientifiques déli-

329/100 ; décision de la Commission 2000/509/CE relative à la requête allemande de dérogation, JOCE 2000, L 205/7.

⁵² Voir, par ex. Décision 1999/835/CE, § 110, supra note 51. Les autres décisions concernant l'usage de créosote contiennent des formules identiques.

⁵³ D'un autre côté, dans son rapport au Conseil « Better Lawmaking 2000 », la Commission se réfère au principe de précaution comme élément du principe de proportionnalité, cf. points 1.2 du rapport, COM(2000) 772 final.

⁵⁴ Cf. Sa Communication relative au principe de précaution (voir § 3.3.).

vrées par les Etats membres contenaient des informations nouvelles. Ainsi, aux yeux de la Commission, le manquement à délivrer de nouvelles preuves scientifiques qui n'existaient pas au moment de l'adoption des mesures communautaires en cause doit conduire à un rejet de la demande de « divergence ». Dans son évaluation, la Commission paraît influencée par la dangerosité des substances en cause : le PCP et la créosote sont réputées dangereuses (dangereuses « per se »),⁵⁶ au contraire des colorants et édulcorants, ne présentant « que » des risques d'allergie potentielle pour certains groupes de personnes spécifiques. Dans l'hypothèse des substances dangereuses, la Commission semble davantage encline à autoriser les Etats membres à adopter une approche de précaution tout en continuant d'exiger que les mesures nationales soient conformes au principe de proportionnalité. Par exemple, lorsqu'un Etat membre prohibe l'utilisation d'additifs dans une catégorie d'aliments mais pas dans une autre, la Commission refusera à cet Etat la possibilité de « diverger » de la législation communautaire.⁵⁷ De plus, un poids particulier – mais pas nécessairement décisif (par exemple dans l'hypothèse de la créosote) – semble devoir être accordé à l'existence de certaines circonstances spécifiques à certains Etats, relativement par exemple à leur génétique, leur environnement ou leurs habitudes alimentaires, ainsi que leur lien de causalité avec les mesures nationales en jeu et l'existence d'un risque spécifique de santé publique sortant de la sphère de prévention générale tracée par la législation communautaire. Tandis qu'aux termes des articles 95 (4) et (5) CE seule une situation particulière par rapport à celle d'un autre Etat membre peut justifier l'introduction de mesures nouvelles, et uniquement de mesures nouvelles, la Commission a également clairement appliqué cette exigence aux mesures existantes.⁵⁸ Finalement, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour, la Commission exige que les mesures nationales répondent à l'existence d'un risque spécifique et ne soient pas que la composante d'une politique générale de prévention.⁵⁹

3. 3. *La Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*

⁵⁵ Ceci apparaît également dans les décisions de la Commission relatives aux autorisations de mise sur le marché d'OGM ou de nouveaux aliments.

⁵⁶ Cf. les requêtes des gouvernements allemand et hollandais dans l'aff. *Heijn* où cette terminologie de substances dangereuses *per se* fut utilisée à propos des pesticides, Aff. 94/83, Rec. 1984, p. 3263 (spéc p. 3279).

⁵⁷ Cf. décision de la Commission relative à la requête danoise de dérogation concernant l'usage de nitrites et nitrates dans les denrées alimentaires, supra note 51.

⁵⁸ On peut se demander si cette interprétation résisterait à un jugement de la CJCE, cf. H. SEVENSTER, *Strenger mag, onder strenge voorwaarden*, NTER 2000, pp. 144-148, spéc. p. 145.

⁵⁹ Cf. la décision de la Commission relative à la requête suédoise de dérogation, supra note 61.

En février 2000, la Commission annonça officiellement son intention de promouvoir le principe de précaution en tant que principe du droit communautaire indépendant. Dans sa Communication sur le recours au principe de précaution⁶⁰ la Commission exposa brièvement son approche concernant l'utilisation du principe de précaution, traça les lignes directrices de son application, de sorte que soit établie une compréhension commune de la manière d'évaluer, de gérer et de communiquer des risques que la science n'est pas encore en mesure d'apprécier pleinement. Il s'agit également d'obvier à un recours abusif au principe de précaution comme forme déguisée de protectionnisme.⁶¹ La compréhension du présent article exige de mettre en exergue certains points importants de la communication de la Commission.⁶² Par cette dernière, la Commission entend apporter sa contribution au débat actuel sur cette question tant au niveau communautaire qu'au niveau international. Elle souligne que le principe de précaution a été politiquement accepté comme une stratégie de gestion des risques dans plusieurs domaines.⁶³ A ce propos, la Commission se réfère aux dispositions spécifiques du Traité CE, les articles 6, 95 (3), 152 et 174 CE, à la jurisprudence de la Cour de Justice (tout particulièrement à l'affaire ESB) ainsi qu'aux orientations politiques, spécialement adoptées dans le secteur de la sécurité alimentaire. Subséquemment la Commission confirme que le principe de précaution s'applique également en dehors de la sphère de la protection de l'environnement et doit être considéré comme

« un principe général qui doit être notamment pris en compte dans les domaines de la protection de l'environnement et de la santé humaine, animale ou végétale ».⁶⁴

De surcroît, cependant, la communication consiste à reconnaître le principe de précaution comme « principe général à part entière du droit international ».⁶⁵ Cette affirmation de principe n'a rien de surprenant si l'on garde à l'esprit le différend OMC ayant opposé les Etats-Unis à l'Union européenne à propos des hormones. Suivant la Commission, les accords OMC sanctionnaient clairement le principe de précaution, ce qui la conduit à la conclusion qu'« au sein de l'OMC, chaque membre dispose du droit de déterminer le niveau de protection de

⁶⁰ COM(2000) 1. L'importance du principe de précaution a été soulignée par le Conseil européen de Nice. Cf. point n° 37 des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Nice des 7-10 décembre 2000 : <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm>. Ici, le Conseil européen se réfère à la résolution du Conseil relative au principe de précaution (Annexe III aux conclusions de la Présidence).

⁶¹ COM(2000) 1, p. 9.

⁶² Cf. également A. JORDAN, *The Precautionary Principle and the European Union*, dans O'RIORDON, J. CAMERON, A. JORDAN éd., *Reinterpreting the Precautionary Principle*, Cameron, May 2001.

⁶³ Communication, supra note 61, p. 9.

⁶⁴ Ibid. p. 10.

l'environnement ou de la santé qu'il considère approprié ». Par conséquent, chaque membre « peut appliquer des mesures, y compris des mesures fondées sur le principe de précaution, qui entraînent un niveau de protection plus élevé que celui qui serait fondé sur les normes ou recommandations internationales pertinentes ». ⁶⁶ De par cette position, la Commission voulait clairement défendre l'interdiction communautaire imposée au bœuf traité aux hormones, interdiction qui peut en effet être justifiée par des preuves scientifiques délivrées par son propre comité scientifique.

La Commission délivre un certain nombre d'éléments qu'embrasse le principe de précaution. La Commission distingue deux aspects dudit principe : d'abord, « la décision politique d'intervenir ou de ne pas intervenir », et ensuite, la décision déterminant « comment agir, c'est-à-dire par quelles mesures résultant de l'application du principe de précaution ». Elle explique subséquemment que le recours au principe de précaution présuppose tant l'identification des effets négatifs potentiels résultant d'un phénomène, produit ou procédé, que l'évaluation scientifique du risque qui « en raison de l'insuffisance des données, de leur caractère non concluant ou encore leur imprécision, ne permet pas d'évaluer avec une certitude suffisante le risque en question ». ⁶⁷ La Commission adhère à cette approche générale de la notion de gestion du risque, c'est-à-dire à cette division entre les responsabilités des scientifiques (évaluant le risque) et celles des organes de décision politique (gérant le risque). La mise en œuvre de cette approche basée sur le principe de précaution doit commencer par une évaluation scientifique aussi complète que possible et, si possible, identifiant à chaque niveau le degré d'incertitude scientifique. Suivant la conception de la Commission, l'application du principe de précaution doit satisfaire également les principes généraux gouvernant la gestion des risques, soit les principes de proportionnalité, non discrimination, cohérence, analyse coût-bénéfice et prise en considération des développements scientifiques.

Ainsi, les mesures fondées sur le principe de précaution ne sauraient être disproportionnées par rapport au niveau de protection désiré sans chercher à atteindre le niveau de « risque zéro » lequel, suivant la Commission, existe rarement. Le principe de non-discrimination signifie que des situations comparables ne sauraient être traitées différemment tandis que des situations différentes ne sauraient recevoir le même traitement, à moins qu'il n'y ai des raisons

⁶⁵ Ibid. p. 11.

⁶⁶ Ibid. p. 11.

⁶⁷ Ibid. p. 15.

objectives de procéder ainsi. En outre, les mesures doivent être cohérentes, c'est-à-dire conformes aux mesures adoptées précédemment dans des circonstances similaires où ayant une approche similaire. De plus, l'examen des coûts et bénéfices des mesures ne saurait, suivant la Commission, être limité à une analyse purement économique, englobant également des données non-économiques. La Commission observe que d'autres méthodes d'analyse, telles que celles tournées vers l'efficacité de certaines alternatives possibles ainsi que leur acceptabilité par le public, doivent également être prises en considération. De cette façon, la Commission semble vouloir accepter d'intégrer l'acceptabilité sociale au cœur du concept de gestion des risques.⁶⁸ En outre, la Commission confirme son intention d'impliquer toutes les parties intéressées le plus tôt possible et de s'appuyer sur des procédures aussi transparentes que possible.⁶⁹ Elle ne donne cependant aucune indication sur la manière dont il sera procédé. Par référence à l'article 5 § 7 SPS, la Commission estime que les mesures basées sur le principe de précaution sont de nature provisoire bien qu'elles doivent être maintenues tant que les données scientifiques en la matière demeurent incomplètes, imprécises et non concluantes et aussi longtemps que le risque est considéré comme trop important pour que la société y soit exposée.⁷⁰ Les mesures basées sur le principe de précaution doivent néanmoins demeurer, suivant l'opinion de la Commission, sous un contrôle vigilant et permanent, avec une prise en considération constante des développements scientifiques nouveaux. De plus, l'application du principe de précaution est consacrée par de nombreuses règles de droit communautaire qui exigent comme préalable à la commercialisation de certains biens, la production d'éléments de preuves scientifiques par les fabricants, entraînant par là même un glissement de responsabilité, et donc de la charge de la preuve, sur ceux-ci.

Bien que la Commission se soit efforcée de clarifier l'utilisation du principe de précaution dans une certaine mesure, les conditions précises auxquelles il peut y être fait appel demeurent incertaines. Par exemple, la question de savoir si un risque purement théorique pourrait être à la base d'une mesure SPS telle que prévue par l'article 5 § 7 SPS reste sans réponse.⁷¹ De même, le point de savoir quand l'évaluation scientifique rend impossible de déterminer avec « une certitude suffisante » le risque en question demeure peu clair ; dès lors, quelles sont les données scientifiques incomplètes, imprécises et non concluantes ? En outre, quel

⁶⁸ SCOTT et VOS, supra note 2. Pour un avis très critique, cf. G. MAJONE, *The Precautionary Principle and Regulatory Impact Analysis*, 2001.

⁶⁹ Communication, supra note 61, p. 17.

⁷⁰ Ibid. p. 20-21.

⁷¹ SCOTT et VOS, supra note 2.

« degré d'incertitude scientifique » pourrait légitimer le recours aux mesures de précaution ? Quelles parties intéressées doivent être consultées et comment prendre en considération les données non-économiques dans l'analyse coût-bénéfice ? Dans quelle mesure peut-on considérer les mesures en cause comme « provisoires » lorsqu'elles peuvent dans le même temps être maintenues aussi longtemps que les données scientifiques demeurent incomplètes, imprécises et non concluantes, et aussi longtemps que le risque est considéré comme trop élevé pour être imposé à la société ? De plus, tandis que, ainsi que le souligna la Commission, les sociétés sont sans doute prêtes à « payer un coût plus élevé afin de protéger un intérêt, tel l'environnement ou la santé publique, qu'elles considèrent comme prioritaires », ⁷² on doit s'interroger sur l'impact d'une telle politique sur les pays en voie de développement. ⁷³ Enfin, il est frappant que la communication de la Commission néglige la question de savoir comment les Etats membres pourraient appliquer le principe de précaution. ⁷⁴ Ceci confirme l'interprétation suivant laquelle la Commission s'est avant tout efforcée d'apporter une réponse au différend OMC relatif au bœuf traité aux hormones. Les conditions auxquelles le risque doit être évalué, géré et faire l'objet d'une information adéquate exige de ce fait une analyse plus approfondie. ⁷⁵

4. Le principe de précaution et la réglementation de l'Union Européenne en matière alimentaire

Il convient donc d'analyser comment la Commission a élaboré sa position relative au principe de précaution. Pour ce faire, nous nous pencherons sur une branche d'une importance particulière pour l'intégration des marchés dans l'Union européenne : celle des denrées alimentaires.

4. 1. Les enseignements de la crise « de la vache folle » de 1996

Lors de la crise dite « de la vache folle » de 1996, tant le gouvernement britannique, et tout spécialement le Ministre de l'Agriculture de la Pêche et de l'Alimentation, que les autorités

⁷² Communication, supra note 61, p. 20.

⁷³ Cf. MAJONE, supra note 68; ce point fut également soulevé par H. ULLRICH durant le Colloque de Rennes sur le thème Mondialisation et Droit Economique, organisé par l'Association Internationale de Droit Economique, tenue les 27-29 septembre 2001.

⁷⁴ Le Conseil européen de Nice, cependant, considéra que le principe de précaution s'appliquait à la fois à la Communauté et aux Etats membres et concernait l'action par les autorités publiques tant au niveau des institutions communautaires que des institutions des Etats membres. Cf. conclusions du Conseil européen, supra note 60, § 2.

⁷⁵ Ainsi que l'affirme la Commission elle-même, cf. Communication, supra note 61, p. 22.

communautaires, furent accusés d'avoir donné la priorité aux intérêts économiques et agricoles par rapport à l'impératif de protection de la santé publique. En Grande-Bretagne, ceci a conduit à une réorganisation des ministères et à la création d'une nouvelle *Food Standards Agency*. Des réformes similaires étaient également nécessaires au niveau communautaire ainsi que l'a clairement démontré la Commission d'Enquête parlementaire sur l'ESB ayant mis en lumière le fait que, là où des intérêts politiques importants étaient en jeu, l'approche *ad hoc* du problème de l'alimentation par la Commission n'était pas suffisante pour garantir une politique de sécurité alimentaire efficace et légitime ainsi qu'un processus décisionnel libre de toute manipulations. En 1997, la Commission initia d'abord une réorganisation interne, plaçant tous les comités scientifiques compétents sous l'autorité de la Direction Générale de la Santé et de la Protection du Consommateur (DG SANCO) afin de parer à une future confusion entre intérêts économiques (politiques industrielle et agricole) et protection de la santé, et afin de discipliner l'action de ces comités.⁷⁶

De plus, la Commission annonça sa volonté de développer une nouvelle approche des problèmes liés à la santé des consommateurs et à la sécurité alimentaire dans sa communication de 1997 relative à ces questions.⁷⁷ Cette approche pose trois principes sur lesquels la Commission basera son approche : séparation des responsabilités législatives de celles relevant de la consultation scientifique, séparation des responsabilités législatives de celles relevant du contrôle, renforcement de la transparence et de la diffusion de l'information tout au long du processus décisionnel et des activités de contrôle. L'analyse du risque, suivant la conception de la Commission, consiste en une procédure systématique comprenant l'évaluation, la gestion et la communication du risque. De cette manière, la Commission déclare baser l'avis scientifique sur les principes d'excellence, d'indépendance et de transparence. Il est remarquable de relever que la Commission affirme expressément être guidée par le principe de précaution dans des cas où les bases scientifiques sont insuffisantes où lorsqu'une certaine incertitude demeure.⁷⁸ La Commission soutient à nouveau cette position dans son Livre Vert de 1997 relatif aux principes généraux du droit de l'alimentation de l'UE.⁷⁹ La Commission déclare que « lorsqu'il ne peut être procédé à une évaluation du risque, les mesures doivent être basées sur le principe de précaution ». De plus, dans son plan d'action relatif aux consomma-

⁷⁶ Décision de la Commission 97/579/CE, JOCE 1997, L 327/18.

⁷⁷ COM(97), 183 *final*.

⁷⁸ Ibid. p. 20.

⁷⁹ Livre Vert de la Commission relatif aux principes généraux du droit de l'alimentation de l'UE, COM(97) 176 *final*.

teurs 1999-2001, la Commission souligna le besoin d'une approche cohérente au niveau de l'Union de l'analyse du risque en général, cette approche impliquant par exemple une application correcte du principe de précaution, laquelle permettrait à l'UE de contribuer plus efficacement au niveau international aux débats sur cette question, ou encore l'adhésion aux standards posés par le *Codex Alimentarius*.⁸⁰ Dans son Livre Blanc sur la sécurité alimentaire du 12 janvier 2000, la Commission, à nouveau, réitéra son engagement relativement au principe de précaution, affirmant que « lorsque cela sera approprié, le principe de précaution sera appliqué aux décisions relatives à la gestion du risque ». ⁸¹ En outre, elle mis l'accent sur la dimension internationale du principe, et considère que :

« La Communauté joue un rôle actif au sein du Comité SPS et d'autres comités de l'OMC pour veiller à ce que les règles internationales favorisent et défendent les droits des pays à maintenir des niveaux élevés de santé publique en matière de sécurité alimentaire. Dans cette optique, la Communauté a pour objectif de clarifier et de renforcer les règles existantes de l'OMC concernant l'application du principe de précaution dans le domaine de la sécurité alimentaire, notamment dans l'optique d'une méthode concertée pour le champ d'action au titre de ce principe. L'adoption d'une approche globale de la sécurité alimentaire telle qu'elle est définie dans le présent Livre Blanc contribuera à renforcer le rôle de la Communauté au sein de l'OMC.

Certains pays tiers avancent des arguments sanitaires et phytosanitaires dépourvus de fondement scientifique pour refuser l'accès sur leur marché de produits alimentaires provenant de la Communauté. L'Accord SPS prévoit le droit d'obtenir l'évaluation des risques sur laquelle se fonde la mesure prise par un pays tiers. Cette évaluation des risques devrait être soigneusement analysée en temps utile pour en déceler les incohérences et les faiblesses et entamer la procédure de consultation prévue par l'Accord SPS ». ⁸²

4.2. *La proposition de la Commission de règlement établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire*

C'est dans cet esprit que doit être envisagée la proposition adressée au Parlement et au Conseil par de la Commission de règlement posant les principes généraux et les prescriptions

⁸⁰ La discussion concernant les activités assumées dans ce contexte par le Codex sortent du champ de cet article. Cf. en général <http://codexalimentarius.net/>. Cf. plus spécifiquement le Programme commun sur les standards alimentaires FAO/WHO, le Comité Codex sur les Principes Généraux, lequel développe *inter alia* les principes de travail sur l'analyse du risque, parmi lesquels l'application du principe de précaution. Cf. par ex. la 16^e session, Paris, 23-27 avril 2001, ftp://ftp.fao.org/codex/ccgp16/gp01_03e.pdf. Durant sa 24^{ième} session à Genève les 2-7 juillet 2001, le Codex adopta une position appliquant le principe de précaution à son propre travail, décidant que lorsque la preuve est rapportée de l'existence d'un risque sur la santé humaine mais que les données scientifiques sont insuffisantes où incomplètes, la Commission ne doit pas agir afin d'élaborer un standard, mais doit envisager l'élaboration d'un texte relatif, tel un code de pratique, étant entendu qu'un tel texte serait étayé par les données scientifiques disponibles (§ 83) ; ftp://ftp.fao.org/codex/alinorm01/al01_41e.pdf.

⁸¹ COM(1999) 719 *final*, § 14.

d'une législation alimentaire, proposant la création d'une Autorité Alimentaire Européenne, et fixant les procédures relatives à la sécurité alimentaire.⁸³ La proposition, qui a récemment été modifiée,⁸⁴ met pour la première fois en œuvre la Communication de la Commission relative au principe de précaution dans un secteur spécifique.⁸⁵

4.2.1. Le principe de précaution

La référence expresse au principe de précaution par la proposition – référence qui constitue un élément absolument inédit dans l'histoire du droit communautaire des denrées alimentaires – est d'une importance particulière pour notre étude. Dans le memorandum d'interprétation de la proposition, la Commission reconnaît le principe de précaution comme « une option ouverte pour les gestionnaires de risques lorsque des décisions doivent être prises pour protéger la santé ou l'environnement, mais que les informations scientifiques sur le risque ne sont pas convaincantes ou pas complètes ».⁸⁶ Le § 1 de l'article 7 de la proposition modifiée énonce ainsi que :

« Dans les cas où une évaluation des informations disponibles permet d'identifier la possibilité d'effets nocifs sur la santé, mais où il subsiste une incertitude scientifique, des mesures provisoires de gestion des risques, 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 § 2 de cet article prévoit subséquemment son attachement aux principes de proportionnalité et des moyens les moins restrictifs, et requiert qu'il soit tenu compte de la faisabilité technique et économique et d'autres facteurs « jugés légitimes en fonction des circonstances en question ». Il exige que ces mesures soient :

« 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 ».

⁸² COM(1999) 719 *final*, § 110.

⁸³ COM(2000) 716 *final*.

⁸⁴ COM(2001) 475 *final*.

⁸⁵ Cf. également dans le secteur de la réglementation européenne de la pêche : communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Application du principe de précaution et mécanismes pluri-annuels la fixation des TAC, COM(2000) 803 *final*.

⁸⁶ COM(2000) 716, points 1.5, p. 9.

La formulation du principe de précaution est essentielle dans la mesure où elle semble autoriser la Communauté ainsi que les Etats membres à invoquer le principe, cependant toujours dans les limites du principe de proportionnalité. De la même manière que l'article 5 § 7 de l'accord SPS, elle indique que les mesures adoptées doivent avoir un caractère temporaire, n'étant applicables que jusqu'à ce que de nouvelles informations scientifiques utiles à une évaluation plus complète soit disponibles. Au demeurant, l'appréciation de ce qu'il convient d'entendre par l'expression « dans un délai raisonnable » demeure délicate. Cette formule rappelle également celle de l'article 5 § 7 SPS, à laquelle d'ailleurs la Commission se réfère expressément dans sa communication. Dès lors, l'interprétation de cette exigence doit probablement s'inspirer de celle offerte *inter alia* par la décision de l'OA dans l'affaire *Japan Varietals*.⁸⁷ La formule est également critiquable en ce qu'elle ne précise pas *quand* l'information scientifique doit être considérée comme suffisamment incertaine pour justifier l'adoption de mesures provisoires, et *qui* doit établir s'il y a incertitude scientifique (autorités nationales ou communautaires). Il est donc probable que certains litiges naissent à propos de ces questions.

4.2.2. Une Autorité Alimentaire Européenne

Dans le même temps, la Commission accorde une grande importance à la qualité de l'information scientifique, laquelle, suivant son opinion, est essentielle pour rétablir la confiance des consommateurs dans le droit alimentaire. A cette fin, la Commission propose de créer une Autorité Alimentaire Européenne (AAE)⁸⁸. Cette institution sera destinée à remplacer et absorber le système communautaire de comités scientifiques. L'AAE, soutenue par le Conseil européen de Nice,⁸⁹ sera chargée de fournir aux institutions communautaires des données scientifiques indépendantes et de premier ordre, de réunir et analyser ces données, de gérer le système communautaire d'alerte rapide et de communiquer le risque. De plus, elle jouera un rôle clé dans la gestion des situations de crise tombant dans le champ de responsabilités de la Commission. L'AAE devrait être dotée du « niveau le plus élevé d'excellence scientifique, d'indépendance et de transparence »⁹⁰ et serait au centre d'un réseau de contacts scientifiques, c'est-à-dire des organismes et institutions scientifiques nationaux. Dans les hy-

⁸⁷ Cf. supra note 12.

⁸⁸ Pour un compte-rendu très récent de l'historique de cette proposition, cf. F. D. LAFOND, *La création de l'Autorité Alimentaire Européenne : enjeux institutionnels de la régulation des risques*, Problématiques Européennes n°10, Novembre 2001, <http://www.notre-europe.asso.fr/Probl10-fr.pdf>.

⁸⁹ Conclusions de la Présidence, cf. supra note 60, § 36.

pothèses où la consultation de l'AAE n'est pas obligatoire, le Parlement européen et les Etats membres, tout comme la Commission, peuvent adresser leurs requêtes à l'AAE afin d'obtenir un avis scientifique. Bien que la question de l'AAE dépasse le cadre de la présente étude, deux points méritent d'être exposés.

En premier lieu, deux propositions particulières semblent dans une certaine mesure mettre en pratique l'engagement communautaire à la fois dans la science et dans la transparence, et dans la participation et l'acceptabilité sociale. Sa proposition d'introduire dans la composition du Conseil d'administration de l'AAE quatre représentants des consommateurs et de l'industrie désignés par la Commission, en plus des quatre représentants nommés par le Conseil des quatre nommés par la Commission et des quatre nommés par le Parlement,⁹¹ est non seulement essentielle mais encore tout à fait novatrice. Ceci, suivant l'opinion de la Commission, permettra de faciliter « la participation des nombreuses et diverses parties intéressées à l'AAE, l'indépendance par rapport aux personnes externes, la transparence et la responsabilité envers les institutions démocratiques ».⁹² C'est en particulier cette proposition qui a causé, et continue de causer, beaucoup de débats et controverses entre les institutions communautaires. Le Conseil aurait souhaité un Conseil d'administration des organismes plus « traditionnel », c'est-à-dire essentiellement composé de représentants nationaux. Cependant, dans sa proposition modifiée, la Commission maintient la composition initialement prévue du Conseil d'administration. L'AAE est en outre chargée de la communication relative aux questions alimentaires tombant dans sa sphère de compétence, même si la Commission demeure responsable de la communication des décisions relatives à la gestion du risque. L'AAE doit ainsi s'assurer que soit rapidement transmise au public ainsi qu'à toute partie intéressée « une information objective, fiable et aisément compréhensible ».⁹³ Bien que ces propositions soient loin de résoudre les tensions entre la raison scientifique et le raisonnement d'intervenants non-scientifiques à la législation alimentaire, elles peuvent être considérées comme la première tentative destinée à apaiser ces tensions.

⁹⁰ COM(2000) 716, Point 2.1.

⁹¹ Article 25 de la proposition modifiée, supra note 84.

⁹² COM(2000) 716, Point 2.3.

⁹³ Article 40 de la proposition modifiée, supra note 84.

En second lieu, la très intéressante proposition de la Commission concerne les cas de divergences d'opinions scientifiques⁹⁴ entre organismes nationaux et communautaires.⁹⁵ Ainsi que nous l'avons précédemment relevé, il est probable que ce type de situations se multiplie. L'exemple le plus manifeste de cette tendance consiste dans le conflit opposant la France, le Royaume-Uni et la Commission à propos du refus français, en 1999, d'autoriser le bœuf britannique à pénétrer son marché. Dans cette affaire, sur la base de l'avis rendu par le Comité Directeur Scientifique, la Communauté décida de lever l'interdiction à l'exportation du bœuf britannique suivant un schéma d'exportation spécifique applicable à partir du 1^{er} août 1999.⁹⁶ Cependant, la France, à laquelle se joint par la suite l'Allemagne, refusa de lever l'interdiction dans la mesure où, suivant les preuves scientifiques apportées par son propre organisme sanitaire (l'*Agence Française de Sécurité Sanitaire des Aliments*⁹⁷), le bœuf britannique présentait toujours un risque pour la santé humaine. Face à ce conflit, la Commission déploya d'importants efforts afin de dégager une solution qui soit respectueuse du droit communautaire tout en satisfaisant les autorités françaises et allemandes. Toutefois, déçue par la lenteur des négociations, la Commission avança une action contre la France devant la CJCE le 4 janvier 2000.⁹⁸ Parallèlement à son action judiciaire, la Commission rechercha néanmoins une solution politique à ce conflit.

Ainsi, avec ses propositions, la Commission s'est efforcée de sortir de cette impasse politique, de rétablir la confiance des Etats membres et des citoyens européens dans son système d'évaluation des risques, et de renforcer la participation des Etats membres (et de leurs autorités compétentes) dans ce système. Dans ce contexte – sans précédent dans l'histoire de la législation communautaire – la Commission proposa que l'AAE joue un rôle déterminant dans l'anticipation des conflits entre organismes communautaires ou comités scientifiques, et entre l'AAE et les organismes nationaux. De manière extrêmement sage, la Commission n'habilite pas l'AAE à intervenir comme arbitre scientifique final de tels conflits, mais introduit une

⁹⁴ Dans sa proposition initiale, la Commission utilise la qualification d'opinion scientifique « conflictuelles ».

⁹⁵ Article 30 de la proposition modifiée, supra note 84.

⁹⁶ Décision de la Commission 514/1999/CE, JOCE 1999, L 195, 42.

⁹⁷ Cf. son dossier : <http://www.afssa.fr>.

⁹⁸ Aff. 1/100 pendante. Cf. opinion de l'Avocat Général Mischo du 20 septembre 2001 qui considère que, s'agissant de produits en provenance directe de la Grande-Bretagne, la France ne pouvait s'opposer à la levée de l'interdiction. En revanche, pour ce qui concerne les produits en provenance de la Grande-Bretagne via d'autres Etats membres, la France pouvait refuser de lever l'interdiction dans la mesure où elle ne pouvait rétablir la traçabilité du produit et organiser le renvoi d'une expédition contaminée.

obligation de coopération.⁹⁹ Dans l'hypothèse d'une divergence au fond, cet organisme sera contraint de coopérer avec les organismes nationaux et, soit de résoudre le conflit avec eux, soit de présenter un document clarifiant les divergences d'opinions. Pareille obligation de coopérer peut en effet fonctionner comme un système de « mise en garde précoce » et permettre une forme de « processus d'apprentissage » analogue à celui prévu par la directive relative à l'information,¹⁰⁰ tout en offrant une source d'innovation par le partage des connaissances. Même s'il apparaissait que l'AAE n'était pas capable de résoudre de tels conflits scientifiques, cette procédure permettrait dans tous les cas à la Commission de comprendre clairement les données scientifiques du conflit ainsi que les zones de litiges. Cette procédure, dès lors, sera appropriée chaque fois qu'un Etat membre invoquera le principe de précaution. Il est probable que lorsque les avis scientifiques continueront de diverger, ou lorsque avis scientifique et opinion publique seront en conflit, cela aboutira à une impasse dont il ne sera possible de sortir qu'au moyen d'une solution politique.

4.3. Les OMG

Le principe de précaution gagna une importance particulière avec le débat sur les OGM. En considération des difficultés relevées précédemment à propos des clauses de sauvegarde, il est surprenant que la nouvelle directive 2001/18/CE concernant les OGM soit traversée par le concept de précaution. En effet, le Préambule précise d'entrée que le principe de précaution a été pris en considération lors de la rédaction de la directive et qu'il devra également être observé lors de sa mise en œuvre.¹⁰¹ Subséquemment, l'article 1^{er} dispose que :

« Conformément au principe de précaution, la présente directive vise à rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres et à protéger la santé humaine et l'environnement :

- lorsque l'on procède à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement à toute autre fin que la mise sur le marché à l'intérieur de la Communauté,
- lorsque l'on place sur le marché à l'intérieur de la Communauté des OGM en tant que produits ou éléments de produits ».

⁹⁹ Article 30 (3) de la proposition modifiée, supra note 84. Bien que ce point ne soit pas mentionné par la Commission, cette obligation peut être appréciée à la lumière de l'article 10 CE.

¹⁰⁰ Directive 98/34/CE (JOCE 1998, L 204) complétée par la directive 83/189/CEE telle que modifiée principalement par les directives 88/182/CEE et 94/10/CE. Pour une analyse du système pourvu par cette directive, cf. S. WEATHERILL, *Compulsory Notification of Draft Technical Regulations: the Contribution of Directive 83/189 to the Management of the Internal Market*, 1996, 16, *Yearbook of European Law*, pp. 129-202 ; J. PELKMANS, E. VOS et L. di MAURO, *Reforming Product Regulation of the EU: a Painstaking, Iterative Two-Level Game*, dans G. GALLI et J. PELKMANS (éd.), *Regulatory Reform of the Better Functioning of Markets*, Edward Elgar, 2000.

¹⁰¹ Directive 2001/18/CE, supra note 50, point 8.

L'article 4 pose subséquemment à la charge des Etats membres une obligation d'agir en conformité avec le principe de précaution. Il énonce que :

« Les Etats membres veillent, conformément au principe de précaution, à ce que toutes les mesures appropriées soient prises afin d'éviter les effets négatifs sur la santé et l'environnement qui pourraient résulter de la dissémination volontaire ou de la mise sur le marché d'OGM. Les OGM ne peuvent être volontairement disséminés ou mis sur le marché que selon les dispositions prévues respectivement dans la partie B ou C ».

La directive modifiée renforce les dispositions précitées, en particulier par l'introduction d'une consultation impérative du public, l'étiquetage obligatoire, la traçabilité à tous les niveaux de mise sur le marché des produits, et la surveillance de leurs effets à long terme. La directive impose également que l'évaluation du risque sur l'environnement (ERE) respecte le principe de précaution. A cette fin, l'Annexe II de la directive définit d'abord les principes applicables à l'évaluation des risques pour l'environnement et affirme que les objectifs de cette évaluation consistent, sur la base d'une approche au cas-par-cas, à mesurer les effets négatifs potentiels des OGM, qu'ils soient directs ou indirects, immédiats ou différés, que la dissémination volontaire ou la mise sur le marché d'OMG pourrait avoir. L'un des objectifs de l'ERE devrait être de déterminer s'il est nécessaire de mettre en place une gestion des risques et, dans l'affirmative, quelle sont les méthodes les plus appropriées pour ce faire. Dès lors, elle requiert, lorsqu'il est procédé à l'ERE et conformément au principe de précaution, de respecter les principes généraux suivants :

- « les caractéristiques identifiées de l'OGM et de son utilisation qui peuvent avoir des effets négatifs devraient être comparées avec celles que présente l'organisme non modifié dont il est dérivé et avec l'utilisation de celui-ci dans des situations correspondantes,
- l'ERE devrait être effectuée de manière transparente selon une méthode scientifique fiable, fondée sur les données scientifiques et techniques disponibles,
- l'ERE devrait être effectuée cas par cas ; autrement dit, les informations requises peuvent varier en fonction du type d'OGM concerné, de l'usage prévu et de l'environnement récepteur potentiel, compte tenu, entre autres, des OGM déjà présents dans l'environnement,
- si de nouvelles informations concernant l'OGM, concernant ses effets sur la santé humaines ou l'environnement deviennent disponibles, il se peut que l'ERE doive être revue afin : de déterminer si le risque a changé ; s'il est nécessaire de modifier en conséquence la gestion des risques ».

Tandis que les dommages et le danger potentiels des OGM, et tout spécialement ses effets sur la santé et sur l'environnement dans le futur, continuent d'être débattus, la Communauté européenne a décidé d'opter pour une approche libérale mais contrôlée de la question des OGM et des aliments génétiquement modifiés. Elle autorise la commercialisation de ces derniers¹⁰² lorsqu'ils ont obtenu un agrément conformément aux procédures communautaires applicables, considérant que le consommateur demeure libre de consommer ou non ces produits. Par conséquent, le droit communautaire exige que le consommateur soit dûment informé sur la nature du produit par un étiquetage idoine.¹⁰³ L'article 4 (6) de la directive relative aux OGM exige des Etats membres qu'ils garantissent la traçabilité des OGM à tous les niveaux de leur mise sur le marché. Cette disposition est précisée et étendue par la Commission à tous les produits issus d'OGM par le biais de sa proposition de règlement relatif à la traçabilité et l'étiquetage des OGM.¹⁰⁴ Dans la mesure où les Etats-Unis ont généreusement autorisé les OGM sur le marché sans aucune exigence d'étiquetage, la question de la traçabilité et de l'étiquetage sera probablement à l'origine des principaux différends internationaux relatifs aux échanges ces prochaines années.

5. Remarques finales

Il apparaît que la globalisation des marchés ait un impact important sur le développement du principe de précaution comme instrument de réglementation du concept de risque. Le rôle de la précaution comme base légitime de cette réglementation, et plus particulièrement dans le secteur de la sécurité alimentaire, n'est cependant débattu que depuis une période récente. Tandis qu'aujourd'hui la plupart des autorités s'accordent à considérer que les décisions relatives à la sécurité alimentaire sont et doivent être basées sur le principe de précaution, il est patent qu'au delà de ce point, l'unanimité prend fin. Ceci trouve une illustration topique dans les débats toujours en cours regardant les hormones de croissance, les OGM et aliments génétiquement modifiés, l'étiquetage de ces produits entre les Etats-Unis et l'Union européenne, tout comme les débats relatifs à l'ESB et les OGM entre la Communauté et les Etats membres. Ce seront avant tout les différends internationaux relatifs aux échanges qui auront

¹⁰² Cf. pour les aliments génétiquement modifiés la proposition de la Commission de règlement du Parlement et du Conseil européens, modifiant le règlement relatifs aux nouveaux aliments, COM(2000) 425 *final*.

¹⁰³ Cf. par ex. également le règlement 49/2000 de la Commission, JOCE 2000, L 6/13 ; règlement 50/2000 de la Commission, JOCE 2000, L 6/15 ; proposition de la Commission de modification du règlement relatifs aux nouveaux aliments, renforçant les dispositions actuelles et les étendant aux produits d'alimentation animale génétiquement modifiés, JOCE 2001, C 304/221.

¹⁰⁴ COM(2001) 182, *final*.

conduit la Communauté à placer le principe de précaution à un niveau plus élevé dans la hiérarchie juridique communautaire. Le développement du principe de précaution dans le contexte communautaire semble particulièrement influencé par les règles de l'OMC et leur interprétation par les organes de règlement des litiges de l'OMC. Ceci résulte de la Communication de la Commission relative au principe de précaution et à son application dans le domaine de la sécurité alimentaire. Pris dans ce contexte, le principe de précaution a été parfois perçu comme un instrument politique utilisé par la Commission pour justifier certaines barrières aux échanges créées pour des raisons économiques, sociales et politiques.¹⁰⁵

Du point de vue purement juridique, le principe de précaution traite dans une large mesure des questions relatives à la charge de la preuve et aux procédures à suivre. Par essence, le principe de précaution exige des autorités qui l'invoquent de démontrer *prima facie* l'existence d'un risque pour la santé ou l'environnement en relation avec l'usage de produits ou substances spécifiques. Ceci signifierait que dans des situations de désaccord entre les autorités légiférantes (à la fois celles de la Communauté et des Etats membres) et les producteurs, c'est-à-dire les pollueurs potentiels, l'aléa scientifique pourrait jouer au désavantage de ces derniers si le principe n'était pas appliqué. De cette manière, le principe de précaution peut avoir pour conséquence de placer la charge de la preuve de l'absence de dommage sur la partie qui cherche à briser le *status quo*.¹⁰⁶ Sous cet angle, il n'est pas surprenant que le recours au principe de précaution soit accusé d'étouffer l'innovation et l'utilisation de techniques de production innovantes.

De la jurisprudence de la Cour de Justice on peut essentiellement retenir que le principe de précaution appliqué par les institutions communautaires sera vraisemblablement soumis à un contrôle marginal limité à l'erreur manifeste d'évaluation et concentré sur les procédures. Du point de vue juridique, le principe de précaution peut ainsi être considéré comme un principe essentiellement procédural.¹⁰⁷ Dès lors, il n'est pas impossible que la Cour de Justice, dans un futur proche, soit appelée à trancher au fond un différend touchant une situation d'opinions scientifiques divergentes ou conflictuelles. Bien que la Cour de Justice, en raison de sa capacité d'enquête scientifique limitée, ne soit clairement pas capable d'apprécier le contenu scientifique des mesures en cause, et que cela ne soit d'ailleurs pas souhaitable, elle pourrait vou-

¹⁰⁵ JORDAN, supra note 62, p. 159.

¹⁰⁶ CAMERON, supra note 8, p. 120.

¹⁰⁷ Ainsi que l'avança G. MARTIN durant le Colloque de Rennes sur le thème « Mondialisation et Droit Economique », organisé par l'Association Internationale de Droit Economique, tenue les 27-29 septembre 2001.

loir se tourner vers des experts externes. Dans ce contexte, il serait possible de se référer à la procédure de sélection applicable au Panel de l'OMC. Sans doute, la question des modalités de sélection de ces experts serait du plus haut intérêt. Par conséquent, cette procédure devrait faire l'objet d'un examen attentif et être soumise aux principes d'indépendance, de transparence et d'excellence. Ceci permettra sans aucun doute de renseigner efficacement la Cour sur la validité des arguments avancés par les parties ainsi que sur l'existence éventuelle d'un ensemble d'opinions indépendantes et honorables que les risques possibles ou les incertitudes au sujet du risque justifient une politique d'utilisation fortement limitée ou de non-utilisation. Ainsi que le Dr. Henderson, l'un des experts requis dans l'affaire OMC de l'amiante, l'affirma :

« Etant données l'étendue et la complexité de la littérature scientifique – comprenant les observations contradictoires sur certains problèmes importants et les incertitudes liées aux trous des données tirées des observations – il est presque inconcevable que cette controverse puisse être résolue par le Groupe spécial de l'OMC, ou, le sera-t-elle vraiment dans un futur prévisible ? (en partie parce qu'aucun groupe témoin sans exposition à l'amiante ne peut être réuni pour s'assurer du vrai taux de mésothéliome spontané).

Le point à souligner est qu'il existe un nombre important de scientifiques et des avis médicaux indépendants – incorporés dans les autorités de santé nationale et internationale – pour qui le chrysotile est cancérigène avec un seuil non délinéé ; qu'il ne peut pas être contrôlé à tous les stades de l'utilisation finale ; et qu'il existe des preuves scientifiques montrant que des matériaux de substitution plus sûrs sont disponibles.

En ce qui me concerne, cet ensemble d'opinions n'est pas un artifice tendancieux conçu seulement pour retenir un avantage commercial. Dans ma vision des choses, c'est peut-être le problème crucial du principe de précaution ainsi appelé, étant donné que d'un côté comme de l'autre, on n'est pas prêt à concéder que le cas est prouvé avec un haut degré de probabilité scientifique. En d'autres termes, la question n'est pas beaucoup de savoir s'il existe un risque prouvé pour la santé ou s'il n'y a virtuellement aucun risque provenant de l'utilisation continue du chrysotile, mais s'il existe un ensemble d'opinions indépendantes et honorables que les risques possibles ou les incertitudes au sujet du risque justifient une politique d'utilisation fortement limitée ou de non-utilisation.

De ce point de vue, la limitation du chrysotile à très peu d'applications spéciales seulement – ou son interdiction – est une mesure raisonnable et défendable élaborée comme une approche prudente et de précaution en matière de politique de santé au travail et de santé publique ».¹⁰⁸

Ce n'est pas seulement le rôle de la science qui devra être défini : celui des parties intéressées et de l'opinion publique dans l'évaluation du risque et dans la gestion des procédures exigent également une étude approfondie. Ici, il conviendra d'insister sur les mécanismes de dia-

¹⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, point E, remarques supplémentaires du Dr. Henderson, points 5.654 à 5.657, supra note 17.

logue qu'il conviendra de mettre en place afin de permettre l'expression de l'opinion publique et faciliter l'intégration de points de vues non-étatiques.¹⁰⁹ Avant tout, il convient de garder à l'esprit que l'application du principe de précaution aura probablement un impact sur le droit de la responsabilité et les schémas d'assurances. Par exemple, on peut se demander si la règle du droit de la responsabilité civile basée sur la faute sera compatible avec ces nouvelles formes de risques. Cette responsabilité basée sur la notion de faute et qui implique donc que le producteur ait eu connaissance du risque et ait délibérément exposé les consommateurs à un produit dangereux, semble difficile à établir dans l'hypothèse d'incertitude scientifique. Même là où la directive relative à la responsabilité du fait des produits dangereux a établi un régime de responsabilité objective s'agissant des produits défectueux, la responsabilité demeure exclue dans les hypothèses où le producteur peut démontrer que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où le produit fut mis en circulation ne permettait pas de détecter l'existence du défaut.¹¹⁰ La question du caractère assurable de ces risques est fortement liée à ce problème.¹¹¹ A la suite des attaques du World Trade Center du 11 septembre 2001, nous avons été les témoins de problèmes de cette nature concernant les compagnies aériennes. La responsabilité pénale peut également subir l'influence du besoin croissant de contrôler les risques et d'appliquer le principe de précaution. Dans le domaine de l'environnement par exemple, il est possible que nous constations une augmentation de la demande de gestion des risques par le droit pénal.¹¹² A ce propos, les questions relatives à la responsabilité des autorités publiques – qui par exemple émettent les autorisation d'entrée sur le marché ou dans l'environnement de certains produits sans suffisamment de contrôles ou qui ne parviennent pas à garantir un respect efficaces de leur propre réglementation y relative – acquièrent également une importance nouvelle. Sans doute ces questions devront-elles être prises en considération à l'occasion des débats actuels sur la définition et l'impact du principe de précaution dans le contexte des marchés globalisés.

¹⁰⁹ Cf. pour plus détails SCOTT et VOS, supra note 2.

¹¹⁰ Art. 7 (e) de la directive 85/374/CEE, JOCE 1985 L 210/29 telle que modifiée par la directive 1999/34/CE, JOCE 1999, L 141/20.

¹¹¹ M. FAURE, *Milieuaansprakelijkheid in de risicomaatschappij*, Justitiële Verkenningen, 1996, pp. 35-60 ; M. FAURE et T. HARTLIEF, *Remedies for Expanding Liability*, Oxford Journal of Legal Studies, 1998, pp. 681-706.

¹¹² Cf. par ex. M. FAURE et T. de ROOS (éd.), *De berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel uit milieudelicten*, Den Haag, SDU Uitgevers, 1998 ; T. de ROOS, *Strafrecht als risicomanagement*, dans Muller, E.R. en Stolker, C.J.J.M. (red), *Ramp en Recht, Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom, 2001, pp. 221-235.