

Beatriz Souza Costa
José Antonio Moreno Molina
Roberto Correira da Silva Gomes Caldas
(Coords.)

Desarrollo en Brasil, España y la Unión Europea: hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

**DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA
Y LA UNIÓN EUROPEA:
hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**

**DESARROLLO EN BRASIL, ESPAÑA
Y LA UNIÓN EUROPEA:
hacia la construcción de un nuevo orden global sostenible**

Beatriz Souza Costa

José Antonio Moreno Molina

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

(Coords.)



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2021

Índice

A atuação dos entes subnacionais no processo de integração regional: a paradiplomacia. <i>Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima</i>	17
A atuação socio ambiental das empresas transnacionais na ótica dos direitos humanos. <i>Marcelo Benacchio e Renata Mota Maciel Dezem</i>	35
Avances hacia el derecho global de la contratación pública. <i>José Antonio Moreno Molina</i>	53
Compliance tributario y contratación pública en España. <i>Pedro José Carrasco Parrilla</i>	63
El Constitucionalismo Subnacional en los Estados federales. <i>José Adércio Leite Sampaio</i>	93
El plan estatal para el impulso en España de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. <i>Dr. Francisco Puerta Seguido</i>	115
La economía circular: hacia el completo desarrollo del crecimiento sostenible en la Unión Europea. <i>Carlos Francisco Molina del Pozo</i>	135
L'application du principe de precaution par l'arbitre du mercosur. <i>Liziane Paixão Silva Oliveira</i>	147
La protección del patrimonio cultural inmaterial in Brasil: la fiesta de la vaquejada. <i>Beatriz Souza Costa</i>	159

Los biocarburantes como alternativa energética en el contexto de la Unión Europea y de Brasil. <i>Daniel Amin Ferraz e Izabel Rigo Portocarrero</i>	175
O papel dos programas de ação ambiental para o aperfeiçoamento do espaço ambiental comum europeu. <i>Jamile Bergamaschine Mata Diz, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Bruna Pirfo Lima Fontes</i>	187
O déficit democrático das políticas públicas de combate à biopirataria no Brasil. <i>Rubens Beçak e Guilherme de Siqueira Castro</i>	199

L'application du principe de précaution par l'arbitre du mercosur¹

Liziane Paixão Silva Oliveira²

https://doi.org/10.18239/jornadas_2021.28.08

INTRODUCTION

La protection de l'environnement est une préoccupation croissante dans le Mercosur. L'inscription de la « défense de l'environnement », de « l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles » en vue « d'améliorer la qualité de la vie des habitants du Cône Sud » dans le texte même du préambule du Traité constitutif est révélatrice de cette prise en conscience, réaffirmée avec la ratification subséquente de l'Accord cadre relatif à l'environnement du Mercosur (ACEM).

L'affirmation de la protection de l'environnement comme objectif distinct de celui de la libre circulation des marchandises apparaît donc dans ces deux contextes : dans le traité constitutif d'une part, où il permet aux États de légitimer les limitations à la circulation de marchandises et dans l'ACEM d'autre part, où il sert à circonscrire le début d'une politique de protection de l'environnement au sein du bloc. L'article 4 de l'ACEM précise que « le présent Accord a pour objectif le développement et la protection viables de l'environnement grâce à la coordination des dimensions économiques, sociales et écologiques, contribuant ainsi à relever les normes environnementales et à améliorer la qualité de vie des populations »³.

Ainsi, dans le cadre de l'affaire pneumatiques rechapés II, le Tribunal s'est trouvé confronté à la nécessaire mise en balance de l'obligation de libre échange et du droit de l'environnement. En effet, la partie plaignante (Uruguay) a souligné que « la prohibition imposée par l'Argentine à l'importation de pneumatiques rechapés viole les articles 1^o et 5^o du Traité d'Asunción en interdisant sans justification la libre circulation de biens dans l'espace du Mercosur »⁴ et, de son côté, la partie défenderesse (Argentine) a affirmé que l'exception était centrée sur la protection

1 Pesquisa financiada pela Agência de Fomento Francesa EGIDE no quadro de programa de doutoramento na França.

2 Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, professora do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB, Professora da Universidade Tiradentes e da Universidade de Vila Velha.

3 MERCOSUR. Accord-cadre relatif à l'environnement du Mercosur. Texte original en français tiré du Recueil des traités, V. 2270, I-40442, Nations Unies.

4 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 20.

de la santé et de l'environnement car lorsque les pneumatiques sont stockés à ciel ouvert, ils contribuent à la prolifération de maladies transmises par les moustiques, notamment la dengue, la fièvre jaune et la malaria. De plus, cette accumulation augmente le risque d'incendie dans les décharges publiques et l'on sait que pour chaque pneumatique brûlé, 10 litres de goudron sont libérés pouvant s'infiltrer et contaminer le sol et la nappe phréatique, sans compter les gaz tels que l'oxyde de carbone, les dioxines, les hydrocarbures aromatiques polycycliques et autres substances toxiques et cancérigènes.⁵ Ainsi, selon la partie défenderesse, la Loi n° 25.626 était sous-tendue par le principe de protection de l'environnement auquel se réfère le Préambule du Traité d'Asunción et dans l'Accord Cadre sur l'Environnement du Mercosur.⁶

Dans le différend relatif aux pneumatiques rechapés II, pour la première fois les tribunaux du Mercosur ont eu l'opportunité de prendre position quant à l'application du très controversé sur la scène internationale principe de précaution.⁷

1. LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE DE PRÉCAUTION DANS LE MERCOSUR

S'il est vrai que « l'office du juge reste (...) largement dépendant de sa saisine et des conditions dans lesquelles il est appelé à trancher le litige dont il est saisi »⁸, dans l'affaire Pneumatiques rechapés II, les tribunaux du Mercosur ont, pour la première fois, eu l'occasion de statuer sur le principe de précaution. Le TAHM s'est prononcé en faveur de son application et le TPR l'a rejeté dans ce cas précis.⁹ Les arbitres ont ainsi eu l'occasion de participer à la reconnaissance et à la consolidation du principe de précaution dans le champ du droit du Mercosur. Ils ont été invités à en fixer les paramètres d'application, à définir les mesures de précaution possibles et acceptables.

Pour le TAHM, l'interdiction d'importation de pneumatiques rechapés sanctionnée par la loi argentine n° 25.626 s'appuyait, entre autres arguments, sur le principe de précaution, au sens d'éviter de possibles dommages sanitaires et environnementaux. De fait, bien que le principe de précaution ne soit pas reconnu de manière expresse dans le Traité d'Asunción ni dans l'Accord cadre sur l'environnement, il intègre le droit du Mercosur de manière indirecte dès lors que,

5 ODA, Sandra ; FERNANDES JÚNIOR, José Leomar. «Borracha de pneus como modificador de cimentos asfálticos para uso em obras de pavimentação», *Acta Scientiarum*, Maringá, vol. 23, n° 6, p. 1589-1599, 2001. RODRIGUES JORGE, Maria et.al. «Aproveitamento de borracha de pneus inservíveis na produção de componentes para construção», in *Congresso Brasileiro de Ciência e Tecnologia em Resíduos e Desenvolvimento Sustentável*, Florianópolis, ICTR, 2004.

6 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 35 et 38.

7 Par exemple, sur la scène international (OMC) on peut citer les différends relatif à l'interdiction d'importation de bœuf aux hormones et d'amiante. (OMC, Groupe spécial, Rapport. Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/R) du 18 septembre 2000. OMC, Organe d'appel, Rapport, Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/AB/R) du 12 mars 2001). Sur le principe de précaution voir BOISSON de Chazounes, Laurence. « Le principe de précaution : nature, contenu et limite », in LEBEN, Charles ; VERHOEVEN, Joe (dir.). *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, Paris, 2002. ; VARELLA, Marcelo Dias. « Différences d'interprétation sur un même sujet : le principe de précaution, la CIJ, l'OMC, et la CJCE », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2004, p. 19-29. LEBEN, Charles ; VERHOEVEN, Joe. *Le principe de précaution aspects de droit international et communautaire*, Paris, LGDJ, 2002. ARBOUR, M. « Le principe de précaution », *Les cahiers de droit*, n° 36, 2002. KOURILSKY, Philippe; VINEY. Geneviève. *Le Principe de Précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000.

8 BILLET, Philippe. « Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement » (Rapport de clôture), p. 371-378, in LECUCQ, Olivier ; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.371.

9 NEUMAYER, Eric. «Greening the WTO agreements can the treaty establishing the European Community be of guidance?», *Journal of World Trade*, vol. 35, 2001, p. 156-159.

malgré le passage sous silence, la prise en compte du principe de précaution pourrait se justifier de par le renvoi aux principes de la Déclaration de Rio énoncés dans l'ACEM¹⁰, comme nous l'avons vu dans la première partie de cette étude.¹¹ De telles normes à texture ouverte élargissent le pouvoir d'appréciation des arbitres.¹²

Ainsi, sur fondement du Principe 15 de la Déclaration de Rio, « des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».¹³ Dès lors, l'absence de certitude absolue quant à l'existence d'un lien causal entre la durabilité du pneumatique rechapé et l'augmentation de pneumatiques mis au rebut pour la santé et l'environnement ne doit pas faire obstacle à l'adoption de mesures préventives, ni la retarder.¹⁴ Dans cette optique, selon le TAHM, le principe de précaution peut être défini comme un principe imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels, les exigences liées à la protection pouvant prévaloir sur les intérêts économiques.¹⁵

En ce qui concerne les conditions requises pour déclencher l'application du principe de précaution dans le Mercosur, les tribunaux considèrent qu'il serait applicable dans les cas d'incertitude scientifique et de dommage grave et/ou irréversible.¹⁶ L'opinion du TAHM, dans sa conclusion, est ainsi énoncée : « Le principe de précaution est le corollaire de la constatation de l'incertitude scientifique face au besoin incontestable de la mise en place de politiques environnementales. La précaution détermine que le manque de certitude scientifique ne peut pas nuire à l'objectif de protection de l'environnement. » Ainsi, selon le tribunal, l'incertitude scientifique ne doit pas être « un obstacle à la prise de mesures de précaution », et il va plus loin en soulignant que « les certitudes de l'incertitude scientifique, peuvent, à elles seules, justifier l'adoption de mesures de protection de l'environnement »¹⁷

10 Article 1 e 2 du ACEM (MERCOSUR. Accord-cadre relatif à l'environnement du Mercosur. Texte original en français tiré du Recueil des traités, V. 2270, I-40442, Nations Unies).

11 Sur l'origine de la technique de précaution dans l'OMC voir RICHIERI HANANIA, Lilian. « Le principe de précaution et son application dans l'OMC », in RUIZ FABRI, Hélène ; GRADONI, Lorenzo (dir.). *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection «UMR de droit comparé de Paris», 2010.

12 DE SANDELER, Nicolas. « Quelles balises pour le juge? », in Colloque organisé par l'Union des Avocats Européens (UAE), Les juges et la protection de l'environnement, Bruxelles, Bruylant, 1998.

13 Déclaration finale de la Conférence des nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 16 juin 1992, principe 15. Disponible sur : <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>

14 Par exemple, « les mesures destinées à diminuer le rayonnement des antennes, à les localiser de manière appropriée, voir carrément à les interdire dans certains endroits tels que dans les préaux d'école, constitueraient dans ce cas de figure des mesures de précaution » (FLUCKIGER, Alexandre. « La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution », *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, n° 128, p. 107-127, p. 114). Voir également CAZALA, Julien. *Le principe de précaution en droit international*, Bruxelles, LJDG Anthémis, 2006.

15 GUETTIER, Christophe. « Le principe de précaution », p. 591, in AUBY, Jean-Bernard », *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz 2010. p. 595.

16 Sur cet sujet voir arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du projet Gabacikovo-Nagymaros a relevé que le principe de précaution invoqué par Hongrie est basé sur un péril possible ou éventuel (CIJ, *Affaire du projet Gabacikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, Rec. CIJ, p. 42, para. 54).

17 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine.

Sur l'interprétation de la CJUE voir : ROUZZI, Elisa. « L'application du principe de précaution en droit de l'Union européenne », in RUIZ FABRI, Hélène ; GRADONI, Lorenzo (dir), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection « UMR de droit comparé de Paris », 2010, p. 531.

C'est donc sur ce fondement, considérant que l'incertitude scientifique doit être intégrée aux politiques environnementales, que le TAHM a établi la légitimité de la loi argentine interdisant l'importation de pneumatiques rechapés.¹⁸ Ceci étant, dans quelles situations, pour le tribunal, l'incertitude scientifique se définit-elle ? Fondé sur le cas en référence, l'absence de certitude scientifique a été démontrée par la dichotomie entre les études scientifiques présentées par les parties en présence.

Le TAHM a en effet considéré que, en définitive, « le principe de précaution détermine que les pouvoirs publics utilisent des critères scientifiques objectifs qui conduisent à l'équilibre entre la prise de décision en vue de résultats à long terme et la satisfaction des besoins à court terme. Il doit y avoir une intégration permanente entre la formulation de politiques environnementales et la recherche scientifique. La science est la collaboratrice essentielle afin de justifier de mesures de protection de l'environnement et sert de fondement au développement de politiques environnementales. (...) Ce qu'on appelle incertitude scientifique doit être pondéré lors de la discussion de mesures et de politiques relatives à l'environnement. Il relève du sens commun que la science n'est pas toujours en mesure de nous donner les preuves nécessaires afin d'évaluer – avec certitude – les effets potentiels ou futurs qu'une activité humaine donnée peut provoquer sur l'environnement. »¹⁹

Autrement dit, les arbitres du Mercosur entendent que même face à l'absence de « preuves scientifiques suffisantes », on ne doit pas inhiber les États parties du Mercosur à agir avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques et les dommages pour l'environnement. C'est ainsi que dans sa sentence, le TAHM a établi que le principe de précaution « consiste en l'autorisation à la prise de mesures destinées à éviter et prévenir des risques potentiels (incertains) ». ²⁰ L'application du principe de précaution naît de la nécessité d'agir avant que des dommages graves et irréversibles sur l'environnement ne se produisent et justifie, en outre, l'imposition de mesures restrictives ou d'exception face à l'incertitude scientifique.²¹

Dans un deuxième temps, cependant, le TPR, saisi d'un recours de révision, a modifié la décision de la première instance, rejetant l'application du principe de précaution dans l'affaire Pneumatique II. Le TPR s'est hélas contenté d'écarter l'approche du principe de précaution, sans plus d'explications. D'après lui, le principe de précaution doit servir afin d'éviter un risque de préjudice grave et difficilement réparable, ce qui n'a pas été constaté dans le cas des pneumatiques et dès lors, pour cet organe, l'application du principe de précaution serait d'ores et déjà écartée. L'analyse de la sentence de révision nous permet cependant d'aboutir à deux conclusions : la première est que ce tribunal n'a pas souhaité prendre en considération les justifications environnementales exposées par l'Argentine ; la seconde est que bien que rejetant le recours au principe de précaution dans ce cas précis, il a reconnu la possibilité de son application dans le cadre du droit du Mercosur, dans les cas où la mesure de prévention peut permettre éviter un dommage grave et irréparable.

Dans ces circonstances, on peut affirmer que l'affaire Pneumatiques II marque un moment important pour la protection de l'environnement dans le bloc mercosurien car elle a fourni

18 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 69.

19 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 69. Notre traduction du texte original

20 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 70. Notre traduction du texte original.

21 MARCEAU, Gabrielle. « Le principe de précaution et les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce » (OMC), p. 131-149, in LEBEN, Charles ; VERHOEVEN, Joe. *Le principe de précaution aspects de droit international et communautaire*, Paris, LGDJ, 2002.

l'occasion aux organes de contrôle de statuer pour la première fois sur la protection de l'environnement, ainsi que sur le principe de précaution.

2. LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION ET L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

La sentence arbitrale retenue par le TAHM est innovante en ce qu'elle admet le renversement de la charge de la preuve dans le cadre de l'application du principe de précaution, mais aussi quant à l'appréciation du contenu de la preuve.

2.1. LE RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Le Tribunal ad hoc du Mercosur constitué afin de juger le cas des produits phytosanitaires a considéré que lorsque la protection de l'environnement se présente comme une exception au libre échange, la charge de la preuve des dommages environnementaux résultant d'une activité ou d'un produit incombe à l'État partie qui les invoque.²² Le Tribunal Permanent de Révision a également pris position dans ce sens dans l'affaire Pneumatiques II en révélant à son tour que la charge de la preuve à propos d'un moyen de défense fondé sur l'exception de l'article 50 incombe à la partie défenderesse, en l'occurrence l'Argentine.²³

De telles conclusions suivent la « jurisprudence » de l'OMC selon laquelle, par exemple, c'est à la partie invoquant les exceptions énoncées à l'article XX qu'incombe la charge de la preuve ; c'est-à-dire que la partie défenderesse prouvera que sa mesure est conforme aux prescriptions de la clause introductive de l'article XX, même après que cette partie ait établi que la mesure relevait de l'un des paragraphes du même article.²⁴ Dans la récente affaire Brésil, mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, le Groupe spécial de l'OMC a conclu que « le Brésil, en tant que partie invoquant une exception prévue à l'article XX, est tenu de prouver, premièrement, que la mesure relève du paragraphe b) de l'article XX et, deuxièmement, que la mesure est appliquée d'une manière qui est compatible avec le texte introductif de l'article XX »²⁵.

En suivant ce raisonnement, on pourrait dire qu'à la partie s'appuyant sur l'application du principe de précaution afin de justifier l'interdiction de circulation d'un produit donné incombe la charge de la preuve, et ce serait, pour autant, une obligation de l'Argentine dans l'affaire Pneumatiques II. Toutefois, le Tribunal arbitral ad hoc constitué pour cette affaire a innové en effectuant un renversement de la charge de la preuve dans le cas de l'application du principe de précaution. Pour le tribunal, il incombe à l'État qui envisage de développer une activité nocive ou potentiellement dangereuse pour la santé ou l'environnement de prouver que l'activité ne présente pas de risque, plutôt que d'exiger que l'État défendeur fasse la démonstration du risque encouru. Dès lors, s'appuyant sur le principe de précaution, les arbitres ont décidé du renversement de la charge de la preuve, « de sorte qu'il incombe à la partie (Uruguay) prétendant implanter une activité considérée comme nocive ou potentiellement dangereuse pour l'environnement de prouver que celle-ci est sûre et ne représente aucun risque écologique ».²⁶

22 TAHM, sentence arbitrale du 19 avril 2002, affaire relative aux Obstacles à l'entrée de produits phytosanitaires argentins dans le marché brésilien, Argentine c. Brésil.

23 TPR, sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine, para. 10.

24 OMC, Organe d'appel, *Rapport États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, pages 23 et 24.

25 OMC, Groupe spécial, *Rapport Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, (WT/DS332/R) du 12 juin 2007, para. 7.38.

26 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 70, Notre traduction

De manière générale, on peut trouver qu'il y a une similitude entre la procédure établie par le TAHM sur le renversement de la charge de la preuve et celles suivies lors de certaines décisions individuelles de juges de la CIJ, lors de décisions du Supérieur Tribunal de Justice brésilien (STJ).²⁷ Selon le juge Weeramantry à la CIJ, le renversement de la charge de la preuve s'explique du fait que la plupart des informations sur un produit ou une activité sont plus facilement accessibles par celui qui développe le produit ou l'activité. Pour le Supérieur Tribunal de Justice, l'application du principe de précaution justifie le renversement de la charge de la preuve du fait de transférer au développeur de l'activité potentiellement dangereuse le coût de démontrer la sécurité de l'entreprise.²⁸ Cette analyse suit le positionnement majoritaire des auteurs qui se prononcent pour le renversement de la charge de la preuve.²⁹ Pour certains auteurs, toutefois, il est contestable d'exiger de l'entrepreneur de prouver l'absence de risque, soit encore d'apporter une preuve négative³⁰, car « il ne peut être rationnel de soumettre des personnes à des exigences impossibles à satisfaire, sauf si l'on entend les berner ou les paralyser ».³¹

D'ailleurs, la sentence de révision du Tribunal Permanent de Révision du Mercosur a modifié sur ce point la sentence prononcée par le Tribunal ad hoc. Le TPR n'admet pas la procédure de renversement instaurée par le TAHM. Selon lui, une telle façon de procéder a clairement été arbitraire, à tous points de vue. Ceci étant, le TPR a souligné ce qui suit : « a) dans le droit d'intégration, l'inversion du coût de la charge de la preuve n'existe pas pour des allégations liées aux exceptions au libre commerce ; b) l'inversion du coût de la charge de la preuve ne peut avoir juridiquement lieu que lorsque le texte de loi l'autorise expressément comme, par exemple, dans le domaine spécifique du droit des brevets ou du droit du travail ; c) invoquer à ce propos le concept d'incertitude scientifique est une évocation clairement arbitraire (...) nous ne voyons aucune justification dans le cas présent et moins encore comme fondement pour une supposée inversion de coût de la charge de la preuve ; d) même dans l'hypothèse niée par ce tribunal qu'il pourrait exister une incertitude scientifique dans le cadre des pièces du dossier, cela ne permet pas de justifier en soi l'application d'une mesure spécifique telle que la prohibition d'importation. Ce que, dans ce cas, l'incertitude permet de faire, c'est de prendre certaines mesures, mais pas exactement n'importe lesquelles. Plus précisément, dans ces cas-là, l'applicabilité d'une telle mesure sera toujours sujette à l'examen de la teneur des critères de rigueur en référence »³².

27 En portugais Superior Tribunal de Justiça.

28 BRASIL. STJ, 2009a. *Resp*972902 / RS. RECURSO ESPECIAL, 2007/0175882-0, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 25/08/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 14/09/2009, RSTJ vol. 216 p. 257.

Sur ce sujet voir également BRASIL, STJ. 2005a. *REsp* 605323 / MG RECURSO ESPECIAL 2003/0195051-9, Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105), Relator(a) p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124), Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 18/08/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 17/10/2005 p. 179. RNDJ vol. 73 p. 87.

29 BOYLE, Alan. BIRMIE, Patricia. *International law and the environment*, 3ème éd., Oxford, OUP UK, 2009. DEGUERGUE, M. « La responsabilité administrative et le principe de précaution », *RJE*, 2000, p. 115. ; LABROT, Véronique. « La précaution : prudence environnementale et réalisme social, ou à propos d'un concept durable », in GOUZIEN, Annie ; LOUARN, Patrick. (dir.), *Environnement et politique*, Rennes, PUR, 1996, p. 171.

30 CALAZA, Julien. *Le principe de précaution en droit international*, Paris, LGDJ, 2006, p. 389 ss.

31 GODARD, Olivier. « L'ambivalence de la précaution », in GODARD, Olivier. *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, MSH – INRA, 1997, p. 58.

32 TPR, sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine, para. 20 Notre traduction.

2.2. L'ANALYSE DU CONTENU DE LA PREUVE

Les preuves présentées par les parties au cours du procès n'ont pas pour intention d'instaurer une vérité absolue, mais plus exactement de gagner l'opinion du juge, de l'aider à trancher le différend. Ainsi, les éléments de preuves scientifiques apportés sont indispensables afin que le tribunal analyse les données des risques et statue sur l'application du principe de précaution. Si, d'un côté, la présentation de preuves documentaires et la participation d'experts est indispensable pour aider le juge à établir l'existence ou non d'un dommage environnemental, d'un autre, les contradictions entre les preuves présentées rendent souvent difficile la tâche du tribunal qui devra définir, parmi les données – généralement techniques – présentées, celles qui serviront de fil conducteur à la procédure de jugement.³³

Dans l'affaire Pneumatiques II, les parties ont soumis au Tribunal arbitral ad hoc du Mercosur un vaste ensemble de preuves, constitué de documents, de données statistiques, de considérations techniques et d'avis d'experts.³⁴ Cet ensemble portait principalement sur la durabilité des pneumatiques rechapés et les dommages environnementaux occasionnés par les pneumatiques mis au rebut en fin de vie.

En ce qui concerne la durabilité des pneus rechapés, l'Uruguay a présenté une étude réalisée par l'Institut de Recherches Technologiques (Université de São Paulo – Brésil) démontrant que les pneumatiques rechapés avaient la même durée de vie que les pneumatiques neufs³⁵, tandis que l'Argentine a avancé une étude de l'Institut National de Technologie Industrielle argentin selon lequel un pneumatique rechapé n'aurait que 30% de durée de vie utile par rapport à un neuf.³⁶ Face aux preuves avancées, le TAHM a entendu que « un pneumatique rechapé a une durabilité variant de 30 à 100% par rapport à un pneumatique neuf. Qu'un pneumatique rechapé est moins cher qu'un pneumatique neuf. Qu'un pneumatique rechapé ne peut plus être redessiné une nouvelle fois ».³⁷

Enfin, fondé sur les éléments de preuve communiqués par les parties, le TAHM a souligné que, dans une première approche, les pneumatiques neufs et rechapés se ressemblent quant aux critères de sécurité mais qu'une approche plus détaillée sur les caractéristiques de ces pneumatiques dévoile des distinctions. La principale différence entre eux est qu'un pneumatique neuf pourra, en fin de vie utile, être rechapé et réutilisé, tandis qu'un pneumatique rechapé devient un déchet après utilisation. De telle sorte que « Par une simple opération d'arithmétique et partant de la perspective la plus optimiste qui considère qu'un pneumatique rechapé peut parcourir les mêmes 60 000 km qu'un pneumatique neuf, on peut conclure qu'au bout de 120 000 kilomètres, un véhicule à quatre roues ayant utilisé des pneumatiques neufs et, par suite, rechapés, aura consommé quatre pneus ; par ailleurs, un véhicule identique ayant recouru à l'usage de pneumatiques rechapés en aura utilisé huit sur le même parcours. À l'évidence, si la vie utile totale d'un pneumatique rechapé est moindre que celle d'un neuf (puisque ce dernier peut être rechapé une fois et l'autre non), l'entrée sur le marché national de pneumatiques rechapés dans un autre pays entraînera, à la longue, une augmentation du passif environnemental ».³⁸

33 Dans arrêt de l'affaire pâte papier la CIJ souligne « quels faits sont à prendre en considération, en apprécier la force probante et en tirer les conclusions appropriées » (CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, para. 168).

34 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 71.

35 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus remoulés, Uruguay c. Argentine, para. 74.

36 Ibidem, para 75.

37 Ibidem, para. 79.

38 Ibidem, para. 98. Notre traduction.

En 2007, deux ans après cette sentence arbitrale prononcée par le TAHM, l'Organe d'Appel de l'OMC, lors du jugement de l'affaire Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, souligne également qu'« une différence importante entre les pneumatiques neufs et les pneumatiques rechapés est que ces derniers ont une durée de vie plus courte et atteignent donc plus vite le stade où ils deviennent des déchets »³⁹.

Après avoir analysé les différences entre les pneumatiques neufs et rechapés, les arbitres sont passés à l'analyse des témoignages des experts et des preuves relatives aux impacts environnementaux, ainsi que pour la santé publique, résultant de l'accumulation de pneumatiques au rebut.⁴⁰ Les spécialistes indiqués par l'Argentine ont répondu aux questions des deux parties sur les aspects juridiques relatifs à la préservation de l'environnement, sur l'impact causé par la disposition finale des pneumatiques au rebut, ainsi que sur les mesures techniques adoptées afin de minimiser le problème. En accord avec les témoignages entendus et non contestés par l'Uruguay, il a été prouvé que les pneumatiques en fin de vie occasionnent des problèmes environnementaux ainsi que sanitaires car on ne dispose pas encore de processus de recyclage économiquement viable capable d'absorber la quantité de pneumatiques hors d'usage produite. Quels sont les risques émanant de l'accumulation des pneumatiques au rebut ?

Parmi les principaux problèmes résultant de l'accumulation de pneumatiques usagés on distingue : la décomposition lente – des recherches ont démontré qu'un pneumatique met approximativement 500 ans pour se décomposer et, tout au long de ce processus, il libère certaines substances nocives pour la santé et l'environnement ; leur volume rend difficile leur entreposage dans les sites d'enfouissement technique et, lorsqu'ils sont entreposés à l'air libre, ils contribuent à la prolifération d'insectes vecteurs de maladies telles que la dengue, la fièvre jaune ou la malaria. De plus, ils libèrent des substances toxiques et cancérigènes lorsqu'ils sont brûlés.⁴¹

Outre ces problèmes, la disposition de pneumatiques au rebut en sites techniques, ou leur empilage, ne s'est révélée ni sûre, ni environnementalement durable. Des études ont montré que lorsqu'ils sont enterrés dans des sites, les pneumatiques ont tendance à remonter à la surface, portant préjudice au compactage du sol et à sa réhabilitation ; ils peuvent également provoquer une combustion et des incendies, libérant des substances chimiques et organiques potentiellement nocives.⁴² Parmi les solutions de substitution, on trouve les options de recyclage et la récupération énergétique.

Les options de recyclage, telles que la fabrication de revêtement d'asphalte caoutchouté sont encore balbutiantes et économiquement trop onéreuses. Pour exemple, seulement 2% des résidus de pneumatiques sont destinés à l'asphalte caoutchouté aux États-Unis. Les pneumatiques usagés peuvent également être utilisés comme combustible dans les cimenteries ou les fabriques de papier. Toutefois, bien que solutionnant en partie le problème du stockage, cette option n'est pas exempte de pollution. Certaines études ont démontré que cette combustion augmente de deux à cinq fois les émissions de dioxines.⁴³ « La CE, dans sa Directive sur l'incinération des

39 OMC, Organe d'appel, *Rapport Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, (WT/DS332/AB/R) du 3 décembre 2007, para. 121.

40 D'après le tribunal ad hoc, « les parties ne sont pas en désaccord avec le fait qu'à la fin de leur vie utile, les pneus deviennent un problème environnemental. » (TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus remoulés, Uruguay c. Argentine, para. 95).

41 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 80. Cf. KWEITEL, Juana; SANCHEZ, Michelle R. « Participação da sociedade civil: comércio, saúde e meio ambiente na OMC (CE c. Brasil) o caso dos pneus », *Cadernos de direito GV*, vol. 4, n° 3, 2007.

42 Golder Europe EEIG, Report on Implementation of the Landfill Directive in the 15 Member States of the European Union, 2005. Disponible sur: http://ec.europa.eu/environment/waste/pdf/report_a2.pdf

43 LOHSE, Joachim; WULF-SCHNABEL, Jan. *Expertise on the Environmental Risk Associated with the Co-Incineration of Wastes in the Cement Kiln "Four E" of CBR Usine de Lixhe*. Disponible sur: <http://www.oekopol.de/de/Archiv/Anlagenbezog%20US/CBRBelgien/cbrBelgien.pdf>

résidus, a établi des limites plus rigides pour les fours de cimenteries utilisant des pneumatiques et autres résidus comme combustible et a effectivement interdit qu'après 2008, les anciens fours de cimenteries brûlent des pneumatiques sans aménagements. »

Afin de fonder sa demande et fournir la preuve des dommages résultant du stockage des pneumatiques à ciel ouvert et sur sites techniques, l'Argentine a recouru à la Directive européenne (2000/53/CE)⁴⁴ afin de justifier du danger du rejet des pneumatiques dans des lieux inadéquats, et à la Directive (1999/31/CE) du Conseil, selon laquelle l'Union européenne interdit l'enfouissement de pneumatiques entiers, en morceaux ou hachés.⁴⁵ On retrouve cette même méthode dans l'affaire relative à l'amiante⁴⁶, par exemple, dans laquelle la conformité de la mesure française est appréciée sur le fondement des résultats d'études scientifiques internationales⁴⁷.

Cette modalité de la preuve reçue par le TAHM comme preuve de dommage grave et irréparable de l'accumulation de pneumatiques a été rejetée sans explications par le TPR, selon lequel l'Argentine n'a pas fait la preuve de l'existence d'un dommage. Soit encore que la flexibilité du Tribunal arbitral de prendre en considération les études internationales a été abandonnée par le Tribunal de révision, restant ainsi à la charge de la partie défenderesse de prouver l'existence de dommages environnementaux résultant de l'importation de pneumatiques rechapés sur son territoire. Peut-être le TPR a-t-il entendu qu'il appartiendrait à l'Argentine de démontrer, comme l'a fait le Brésil dans l'affaire Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, « l'existence de risques pour la santé et la vie des animaux et la préservation des végétaux liés aux émissions toxiques causées par les incendies de pneumatiques. Il constate aussi que les risques pour la santé et la vie des animaux que présente au moins une maladie transmise par les moustiques (la dengue) sont liés à l'accumulation de pneumatiques de rebut »⁴⁸.

Sans être discordant sur les dommages environnementaux et sur la santé, l'Uruguay a préféré éviter le débat environnemental, affirmant seulement : « qu'il s'agisse de pneumatiques neufs, usagés ou rechapés, ils se transforment tous en carcasses inemployables arrivés en fin de vie et causent des dangers semblables à la santé des personnes et à l'environnement »⁴⁹. Réaffirmant l'objet central du litige, l'État plaignant a souligné qu'« il ne s'agit pas, dans cet arbitrage, de discuter de l'importation de pneumatiques usagés mais de pneumatiques rechapés, qui seront destinés à l'usage et non pas immédiatement transformés en résidus problématiques pour l'environnement. La prétention de l'Uruguay se limite à obliger l'Argentine à continuer d'importer des pneumatiques rechapés produits en Uruguay, du fait que ceux-ci présentent une durabilité et une sécurité semblables à des pneumatiques neufs, qui ont toujours eu libre accès au territoire argentin et ne signifient pas un impact environnemental différent de celui causé par les

REISMAN, Joel ; LEMIEUX, Paul. «Air Emissions from Scrap Tire Combustion», *Environmental Protection Agency*, Oct. 1997.

44 Directive 2000/53/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on end-of-life vehicles - Commission Statements. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:269:0034:0042>.

45 Directive 1999/31/CE du Conseil du 26 avril 1999 concernant la mise en décharge des déchets, *JOCE*, L 182 du 16 juillet 1999, p. 1. BRÉSIL, Resolução CONAMA 258/1999.

46 OMC, Organe d'appel, *Rapport Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (WT/DS135/AB/R) du 12 mars 2001, para. 168.

47 ROUZZI, Elisa. « L'application du principe de précaution en droit de l'Union européenne », in RUIZ FABRI, Hélène ; GRADONI, Lorenzo (dir.). *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection «UMR de droit comparé de Paris», 2010, p. 541.

48 OMC, Groupe spécial, *Rapport Brésil - mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, (WT/DS332/R) du 12 juin 2007, para. 7.93.

49 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 81.

pneumatiques neufs »⁵⁰. On observe une contradiction dans le discours uruguayen qui affirme, d'un côté, que les pneumatiques en fin de vie provoquent des dommages environnementaux, et d'un autre que l'interdiction argentine est disproportionnée quant à l'objectif de protection de la santé et l'environnement.

Le Tribunal fonde sa décision sur les preuves présentées. Premièrement il affirme que « la reconstruction de pneumatiques est une mesure salubre et doit être encouragée, car elle réduit l'accumulation de pneumatiques usagés. Ce qui est mis en discussion, toutefois, est la pertinence d'importer des pneumatiques rechapés d'un autre pays ou région »⁵¹. Afin d'évaluer cette pertinence, les arbitres partent d'une analyse mathématique afin de décider. Conformément aux preuves présentées, un pneumatique neuf peut rouler 120 000 km, et considérant qu'un pneumatique rechapé puisse rouler pendant 60 000 km, au bout de 180 000 km une voiture ayant utilisé des pneumatiques neufs, puis, postérieurement, des pneumatiques rechapés, aura consommé quatre pneus tandis qu'une voiture utilisant des pneumatiques rechapés aura besoin de plus de huit pneus rechapés pour la même distance parcourue. Le Tribunal en conclut que « dans ce cadre, l'importation de pneumatiques rechapés implique, pour le pays importateur, une accélération de son passif environnemental »⁵².

Cette sentence est innovante car la décision du TAHM n'est pas fondée sur les preuves de dommages environnementaux découlant de l'importation de pneumatiques rechapés en territoire argentin, mais sur les dommages causés par les pneumatiques mis au rebut. Elle considère que « le pneumatique rechapé n'est pas, en soi, un produit qui peut causer de dommage immédiat pour l'environnement. Toutefois, ce même produit reconstruit, sur une structure provenant d'autres régions du monde, aura une durée de vie utile notablement inférieure à celle d'un pneumatique neuf. Il convient de dire qu'il sera transformé en déchet plus rapidement et fera en sorte que l'État récepteur accumule par avance des résidus dommageable pour l'environnement pour lesquels la science et la technologie n'ont pas encore trouvé de solution satisfaisante »⁵³.

En résumé, la sentence arbitrale a accueilli la demande de l'Argentine, et les arbitres ont décidé qu'il était plus prudent de conserver l'interdiction imposée par l'Argentine et de protéger la santé des personnes et l'environnement face aux risques découlant du rejet irrégulier des pneumatiques rechapés⁵⁴.

CONCLUSION

Malgré la nature commerciale du Mercosur, on observe une inclusion graduelle de la dimension environnementale dans le processus d'intégration. Au début, la thématique environnementale était liée à la libéralisation du commerce ; cependant, certaines initiatives politiques récentes plus tournées vers l'environnement ont commencé à être projetées, ouvrant une voie destinée à pousser le Cône sud vers le développement durable.

On observe dès lors que les arbitres du Cône sud expriment leur intérêt d'aligner leurs décisions sur les autres Cours en certaines occasions, même si à d'autres moments ils préfèrent conserver leur indépendance. Dès lors il convient de se demander si cette relation peut aider à

50 Ibidem, para. 81.

51 Ibidem, para. 97.

52 Ibidem, para. 99.

53 TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 101.

54 Sur le conflit entre le principe du libre échange et de la protection de l'environnement voir DIZ, Jamile Bergamaschine M. ; MONTEIRO, Taline do S. « La vieja dicotomía libre comercio x medio ambiente : análisis de los laudos arbitrales del Mercosur e de cómo se decide un tema cadente », *Revista del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales*, 2007, vol. 3, p. 1-20.

la protection de l'environnement dans le bloc du Cône sud. Ces emprunts élargissent incontestablement le champ d'interprétation et d'analyse de l'arbitre. Les arbitres du Mercosur ont cherché à s'inspirer des jurisprudences de l'OMC, de la CJUE et de la CIJ, et on peut espérer, de ce fait, que les réflexions sur la protection environnementale dans l'Union européenne et à l'OMC viendront contribuer au renforcement de la prise en compte de cette préoccupation lors des interprétations du droit environnemental du Mercosur réalisées par ses Tribunaux.

D'une façon générale, on peut dire que l'arbitre du Mercosur devient passeur de frontières régionales afin d'assurer la cohésion de ses décisions avec d'autres jurisprudences, nationales ou internationales.

