

La réception juridique du principe de précaution

François Guy Trébulle
Agrégé des Facultés de Droit
Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Institut de Recherches Juridiques de la Sorbonne (IRJS)

Dans une journée consacrée au thème « **Risques sanitaires, précaution et innovation** » il était peut-être aventureux d'accepter d'intervenir à propos de la réception juridique du principe de précaution dans la mesure où le principe de précaution, dans sa conception juridique française a été longtemps entendu comme un principe ayant vocation à s'appliquer en matière de risques environnementaux mais pas en matière de risques sanitaires.

Il y a là un premier paradoxe, mais le principe en connaît d'autres...

- ce serait un principe de peur alors que c'est un principe pour construire la confiance
- ce serait un principe régressif pour l'innovation alors qu'il est en réalité un soutien évident à celle-ci
- ce serait un principe d'abstention alors que c'est un principe d'action
- ce serait un principe conduisant au pouvoir des juges, alors que sa mise en œuvre est construite sur la distinction des légitimités
- ce serait un principe conduisant à la confusion des rôles alors qu'il épouse le contour des compétences des autorités

C'est en tout cas un principe qui a des contempteurs virulents, prêts au besoin à inventer le « précautionisme » pour expliquer que c'est le vrai visage du principe de précaution et qu'il faut le combattre.

Le sujet qui m'est imparti, « la réception juridique du principe de précaution » est a priori le plus rassurant car la réception juridique est très éloignée de la réception médiatique ou sociologique dans lesquelles on peut effectivement identifier des débordements. Comme tout

spécialiste j'aurais donc tendance à penser que ma vision du principe de précaution, celle que je discerne dans ses applications juridiques, est la plus raisonnable, et pour tout dire la seule vraie. Ce serait évidemment faux et l'insertion du droit dans la société interdit de prétendre poser ce genre de jugement. La réception sociologique, la réception économique, même la réception journalistique sont des aspects qu'il ne faut pas mépriser... à condition qu'elles ne prétendent pas se vêtir de ce qui reste l'apanage de la règle de droit, écrite ou formulée par la jurisprudence... précisément cette réception juridique qui seule s'impose à tous parce qu'elle empreinte logiquement au droit ses caractères et ses instruments.

On peut observer que la réception juridique visible du principe de précaution s'est faite au niveau le plus élevé, celui de la Charte constitutionnelle, et au niveau le plus proche des cas individuels, celui de la jurisprudence. Au-delà, il irrigue bien des textes dans lesquels il demeure très discrètement présent, notamment par la traduction d'orientations ou de textes internationaux et européens et particulièrement dans les domaines de la sécurité sanitaire alimentaire et environnementale.

Cette discrétion est illustrée par le fait qu'une recherche textuelle ne révèle que très peu d'occurrences de l'expression dans l'ensemble du droit français. Ainsi on n'en trouve que deux mentions dans le Code de l'environnement à l'article L. 110-1 et à l'article L. 531-2-1 à propos de "La liberté de consommer et de produire avec ou sans organismes génétiquement modifiés, sans que cela nuise à l'intégrité de l'environnement et à la spécificité des cultures traditionnelles et de qualité » et aucune dans d'autres Codes. Les lois ne sont guère plus dissertes.

Peu de présence mais une présence forte. L'article L. 110-1 qui ouvre le Code de l'environnement affirme que selon le principe de précaution « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

Pour la Charte constitutionnelle de l'environnement et son article 5 « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de

procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

On voit ici clairement que le principe de précaution est bien, avant tout, un principe d'évaluation ; d'arrondissement de l'incertitude par des actions sur lesquelles le législateur ne dit rien si ce n'est qu'elles doivent être effectives provisoires et proportionnées et sont orientées vers la prévention de la réalisation du risque.

A l'inverse, il faut rappeler, mais la jurisprudence européenne le fait souvent, que le principe ne vise aucunement à atteindre un hypothétique risque zéro dont tout le monde sait qu'il n'existe pas « La subordination du maintien de l'autorisation d'une substance à la preuve de l'absence de tout risque même purement hypothétique serait à la fois irréaliste - dans la mesure où une telle preuve est en règle générale impossible à fournir du point de vue scientifique, dès lors qu'un niveau de «risque zéro» n'existe pas en pratique - et contraire au principe de proportionnalité »¹

Le principe de précaution apparaît, en droit français comme en droit européen, comme conçu pour répondre aux enjeux environnementaux : Charte de l'environnement, Code de l'environnement, article 191 TFUE qui parle de la politique de l'UE en matière d'environnement... cependant il faut assumer qu'en fait, en France comme en Europe, le cantonnement du principe au seul droit de l'environnement n'a jamais reflété la réalité de ses applications.

La référence au principe de précaution en matière de santé a été faite par le législateur français dans les rapports annexes aux lois de financement de la sécurité sociale pour 2001 et 2002 sur les orientations de la politique de santé et de la sécurité sociale dans lesquels il a insisté sur le fait qu'en matière de **prévention sanitaire** la France « dispose d'un dispositif basé sur les principes de pluridisciplinarité et de qualité scientifique de l'expertise, d'indépendance des experts vis-à-vis des administrations et des pouvoirs économiques, de séparation entre évaluation scientifique et gestion des risques, de transparence des décisions

¹ V. TPICE 21 octobre 2003 Solvay Pharmaceuticals/Conseil, T-392/02, point 130 ; *adde* Pfizer Animal Health/Conseil, point 145, et Alpharma/Conseil, point 158

et, enfin, sur le principe de précaution »² et plus généralement que « La sécurité sanitaire nécessite à la fois l'application stricte du principe de précaution, mais aussi l'affirmation indispensable du principe de responsabilité »³

Surtout, dans l'aire européenne, la Commission dès 2000 dans sa communication sur le principe de précaution (COM(2000) 1, du 2 févr. 2000) l'a bien souligné « ***son champ d'application est beaucoup plus vaste***, plus particulièrement lorsqu'une évaluation scientifique objective et préliminaire indique qu'il est **raisonnable** de craindre que les **effets potentiellement dangereux** pour ***l'environnement ou la santé humaine, animale ou végétale*** soient incompatibles avec le niveau élevé de protection choisi pour la Communauté ». De multiples applications l'illustrent.

Il faut dire que dès son arrêt du 5 mai 1998, la Cour de justice (C 180/96), à propos de l'ESB, a admis (§99) que « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de 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 ». La jurisprudence est constante sur ce point en droit européen. On le comprend, exiger que le danger soit prouvé « serait contraire au principe de précaution, qui impose aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique »⁴

Encore dans l'ordre européen, mais cette fois du Conseil de l'Europe, la Cour EDH a souligné dans son arrêt Tatar c. Roumanie du 27 janvier 2009, l'importance et l'étendue du principe de précaution qui « a vocation à s'appliquer en vue d'assurer un niveau de protection élevée de la santé, de la sécurité des consommateurs et de l'environnement ».

Dans sa résolution sur le principe de précaution du 1^{er} février 2012, discutable à beaucoup d'égards, l'Assemblée Nationale va également dans ce sens⁵.

La jurisprudence, quant à elle, accueille le principe de précaution dans le cadre de l'ensemble des questionnements associés à la santé environnementale. La formule du Conseil d'Etat à

² Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000

³ Loi n° 2001-1246 du 21 décembre 2001

⁴ CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-269/13, Acino c/ Commission § 71

⁵ <http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0837.asp>

propos d'une antenne-relais est parlante⁶ : « le principe de précaution s'applique aux activités qui affectent l'environnement dans des conditions susceptibles de nuire à la santé des populations concernées » ; Il en a conclu qu'un contrôle de la prise en compte des risques pour la santé humaine liés aux champs radioélectriques devait être opéré au regard des dispositions de l'article 5 de la Charte. On comprend qu'une augmentation de la pollution atmosphérique qui serait susceptible de nuire de manière grave à la santé, justifierait l'application du principe de précaution si elle était établie⁷. La jurisprudence s'attache également à la santé lorsque des règles spécifiques convergent avec ses objectifs comme c'est le cas en présence d'une exigence d'innocuité ou lorsque les risques sont envisagés très largement. Multiples sont, à cet égard, les textes de droit européen ou national qui apparaissent comme des applications particulières du principe de précaution, même si le principe n'y est pas expressément mentionné⁸.

Au-delà, le droit de l'Union européenne considère le principe de précaution comme un principe général du droit⁹. Et l'on peine à comprendre en quoi il y aurait là une singularité européenne....

Principe encore limité mais principe qui renouvelle le rapport à ce qui peut être appréhendé, qui permet de comprendre, notamment, que l'on peut envisager en droit l'incertain, l'éventuel, ce qui a pour effet mécaniquement d'accroître les possibles exigences, notamment pensées en terme de vigilance.

Le Conseil d'Etat l'a rappelé¹⁰, pour le droit de l'Union européenne¹¹ tant l'instauration d'un régime d'autorisation de produits susceptibles de présenter un risque pour la santé humaine, la santé animale ou l'environnement que l'instauration d'une clause de sauvegarde permettant

⁶ CE 8 octobre 2012 commune de Lunel n° 342423, n°3

⁷ V. a contrario CAA Versailles 11 juin 2015 N° 13VE01651-13VE01708

⁸ V. par ex. TPIUE 16 septembre 2013 Animal Trading Company (ATC) BV T-333/10 §77

⁹ TPIUE 16 septembre 2013 Animal Trading Company (ATC) BV T-333/10 §79, « Le principe de précaution constitue un principe général du droit de l'Union, .../... imposant aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques (voir arrêt du Tribunal du 9 septembre 2011, Dow AgroSciences e.a./Commission, T-475/07, Rec. p. II-5937, point 144, et la jurisprudence citée). »

¹⁰ V. CE 1 août 2013 N° 358103

¹¹ not. CJUE Monsanto agricoltura Italia SpA du 9 septembre 2003, C-236/2001, et Gowan Comercio Internacional e Serviços Lda du 22 décembre 2010, C-77/09

d'adopter des mesures d'urgence relatives à ces produits constituent des expressions particulières du principe de précaution¹².

¹² V. par ex. CE, 11 juin 2014, n° 361848, Société Syngenta Seeds SAS

I – Un principe applicable aux situations d'incertitude

On dit que le principe de précaution est un principe issu du droit international et du droit de l'Union Européenne, où il est apparu un peu avant d'être accueilli en droit interne. Il en résulte que sur le strict plan institutionnel le projet parfois esquissé par ses contempteurs, de le sortir de la constitution pour « libérer la croissance » n'aurait, dans la plupart des cas, aucun effet.

Peut-il être justifié de ne pas tenir compte d'éléments sérieux permettant, au terme d'une première évaluation, de suspecter l'existence d'un risque grave et irréversible d'atteinte à la santé ou à l'environnement ? Ceux qui le soutiennent adoptent une vision assez étrange de la hiérarchie des intérêts devant être pris en compte.

Il faut dire qu'ils asseyent leurs positions sur la méconnaissance de ce qu'est le principe de précaution, ce qui facilite la contestation mais pas l'analyse rigoureuse.

Il faut, à cet égard, scruter la jurisprudence pour comprendre quelques éléments. D'une part, le principe de précaution est un principe d'application bornée dans le temps : on entre dans le temps du principe de précaution, lorsqu'on y est, il faut en tirer certaines conséquences ; puis on en sort.

A – Les portes du temps de la précaution

Si l'on peut parler des portes du temps de la précaution c'est que l'on n'y entre pas n'importe comment et qu'il convient de chercher à en sortir.

Cette hypothèse de sortie est la plus simple, trois voies sont envisageables.

- On peut en sortir car le risque d'incertain va devenir avéré : on ne savait pas qu'il y avait risque, les études scientifiques permettent de confirmer. Il n'y a alors plus

aucunement lieu de s'interroger sur le principe de précaution, le temps est désormais celui de la prévention : comment faire pour que ce risque ne se réalise pas, ou en tout cas pour que les probabilités de réalisation soient les plus faibles possibles.

- On peut sortir du temps de la précaution car le risque d'incertain devient improbable : les études réalisés invalident l'hypothèse d'un risque et l'on peut alors considérer, si elles apparaissent suffisantes, qu'il n'est pas besoin de poursuivre des investigations. C'est notamment le cas que l'on rencontrera lorsque les analyses ayant conduit à lancer une alerte seront infirmées.
- On peut sortir enfin du temps de la précaution par ce que les éléments d'incertitude, sans être totalement infirmés apparaissent insuffisants. On est ici en présence plus que d'une sortie du temps de la précaution, d'un affaiblissement de celui-ci et en matière de rayonnements électromagnétiques l'AFSET il y a quelques années s'était interrogée sur le point de savoir si un principe d'attention ne devait pas prendre alors le relais. Cette hypothèse est la moins tranchée mais pas la moins intéressante...¹³

Ceci étant posée c'est bien la **porte d'entrée dans le temps de la précaution** qui dévoile le mieux les exigences de l'analyse juridique.

En France en tout cas, on l'a vu, il faut que le risque invoqué soit en rapport avec l'environnement ce qui a conduit à refuser d'examiner sous cet angle des situations sans lien avec lui : ainsi le Conseil d'Etat a considéré à propos des pistolets à impulsion électrique « la décision attaquée n'affect[ait] pas l'environnement au sens de l'article 5 de la Charte de l'environnement à laquelle le Préambule de la Constitution fait référence » et que les requérants ne pouvaient « utilement se prévaloir de la méconnaissance de ces dispositions constitutionnelles » (CE 2 sept. 2009 n° 318584) ; de même à propos de la réglementation de l'aptitude des pilotes de l'aéronautique civile, il a considéré que « le principe de précaution

¹³ Rappr. En matière nucléaire CE 17 octobre 2014 Comité de réflexion d'information et de lutte anti-nucléaire n° 36131513 « les études ou documents les plus récents versés au dossier, notamment le livre blanc du tritium publié le 8 juillet 2010, qui été rédigé sur la base des réflexions des groupes de travail mis en place en 2008 par l'ASN, et les travaux de l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN), s'ils soulignent la nécessité de poursuivre les recherches, confirment, en l'état des connaissances scientifiques et compte tenu des mesures prises, l'absence de risques graves pour l'environnement ou la santé publique ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que des circonstances nouvelles seraient de nature à remettre en cause l'appréciation portée sur ceux-ci ; qu'ainsi, l'administration n'a pas commis d'erreur d'appréciation dans l'évaluation des risques de l'installation »

énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement n'est susceptible de s'appliquer qu'aux possibles dommages de nature à affecter de manière grave et irréversible l'environnement » (CE 26 juillet 2011 N° 342453).

Surtout, et la jurisprudence récente l'a souligné, on ne peut pas utilement invoquer le principe de précaution dans des situations **dans lesquelles il n'existe pas d'incertitude sur la réalité et la portée des risques en l'état des connaissances scientifiques**. Cela a été jugé à propos de risques d'inondation (CAA LYON 23 avril 2015 n° 13LY03096, n°23), singulièrement lorsque des plans de prévention des risques auront été adoptés (CAA Marseille 30 mai 2013 n° 11MA00138, n°7) ou encore à propos de la lessivage des mâchefers routiers (Conseil d'État 14 novembre 2014 N° 356205). Il en va de même des risques d'incendie¹⁴.

Il ne suffit pas de faire état « en termes généraux et non étayés par des pièces probantes, d'incertitudes existantes » pour pouvoir invoquer utilement une méconnaissance du principe de précaution (CAA Marseille 17 mars 2015 N° 12MA03179). Cela vaut évidemment lorsque les risques sont connus et ne présentent donc pas de caractère incertain, comme c'est le cas à propos de stockage de gaz (CAA Douai 30 janvier 2014 N° 12DA00449, n°24) ou de risques de glissement de terrain dont l'existence est établie (CAA Nantes 3 avril 2015 N° 13NT01609)

Ne relèvent pas du principes les risques regardés comme **insuffisamment graves et irréversibles** tels que ceux liés à la **chute de billes de plomb** dans un périmètre limité lié à un ball-trap (CAA Bordeaux 3 décembre 2013 N° 12BX00306) ou ceux liés à la **seule exploration de mines d'hydrocarbures** liquides ou gazeux dès lors qu'elle « ne présage d'aucune autorisation future d'extraction de matières premières à des fins d'exploitation » : la seule recherche ne permet pas d'invoquer l'art ; 5 de la Charte avec des moyens « fondés sur les conséquences graves et irréversibles pour l'environnement du recours à la technique de fracturation hydraulique de la roche et de l'utilisation de processus de transformation des matières premières extraites à des fins d'exploitation » (CAA Paris 19 mars 2015 N° 13PA02466, n°27).

En matière d'éoliennes la jurisprudence récente a pu considérer qu'un projet de parc ne risquait pas d'affecter de manière grave et irréversible l'environnement au sens du principe de

¹⁴ CAA Douai 28 novembre 2012 N° 12DA00711 [] les risques invoqués par le maire, liés aux risques incendie, ne sont pas de la nature de ceux pris en compte au titre du principe de précaution ;

précaution (CAA Bordeaux 10 février 2015 N° 13BX02313 n°32 (6 arrêts) ; CAA Marseille 19 juillet 2013 N° 11MA00431CAA Nancy 8 mars 2013 N° 12NC00630), ce qui a été également retenu à propos de l'instauration d'une zone de développement de l'éolien (CAA Bordeaux 14 janvier 2014 N° 12BX02132)

Au regard de ces éléments on comprend l'importance de l'analyse développée par les juridictions de l'U.E et imposant que l'entrée dans le temps de mise en œuvre du principe de précaution passe nécessairement par une **évaluation scientifique préalable**.

Ceci signifie que confronté à l'éventualité d'un risque, la personne en position de mettre en œuvre le principe va devoir se fonder sur une telle analyse préliminaire : pour les juridictions européennes « une application correcte du principe de précaution présuppose l'identification des conséquences potentiellement négatives d'un produit et une évaluation complète du risque fondée sur les données scientifiques les plus fiables et les résultats les plus récents de la recherche internationale »¹⁵

Comme affirmé depuis 2002¹⁶ et rappelé récemment¹⁷ « l'évaluation scientifique des risques, réalisée par des experts scientifiques, doit donner à la Commission une information suffisamment fiable et solide pour lui permettre de saisir toute la portée de la question scientifique posée et pour déterminer sa politique en connaissance de cause. Par conséquent, sauf à adopter des mesures arbitraires qui ne sauraient en aucun cas être légitimées par le principe de précaution, la Commission doit veiller à ce que les mesures qu'elle prend, même s'il s'agit de mesures préventives, soient fondées sur une évaluation scientifique des risques aussi exhaustive que possible compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce ».

A ce stade, il est important de souligner que le TPIUE et la CJUE ont donné des lignes très claires pour comprendre à quel risque le principe s'applique ; il s'agit de comprendre que s'il a vocation à s'appliquer au **risque incertain**, c'est-à-dire non exactement quantifié ou dont l'existence même n'est pas parfaitement établie, il ne s'appliquera en revanche **jamais au risque hypothétique**. Ainsi que cela a été dit dans les conclusions de l'avocat général

¹⁵ National Farmers' Union et autres du 5 mai 1998, C-157/96, Royaume-Uni c. Commission du 5 mai 1998, C-180/96 et Commission c. France du 28 janvier 2010, C-333/08

¹⁶ TPICE 11 septembre 2002, Pfizer Animal Health/Conseil, T-13/99, point 162

¹⁷ TPIUE 14 novembre 2013 International Cadmium Association (ICdA), T-456/11, n°52

Mengozi le 22 mars 2011 (Aff. C-58/10 à C-68/10 Monsanto SAS et autres n°66) « Il faut qu'existe un risque significatif, c'est-à-dire qui ne soit pas purement hypothétique, d'incidences négatives pour la santé ou l'environnement ». On peut identifier en droit de l'Union Européenne une **véritable interdiction d'adopter des mesures de protection en se fondant sur une approche purement hypothétique du risque**, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées¹⁸. La CJUE a exprimé l'idée selon laquelle le principe de précaution va pouvoir être appliqué lorsque les résultats des études menées sont de « nature insuffisante, non concluante ou imprécise » mais « que la **probabilité d'un dommage réel** pour la santé publique **persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait** » (CJUE 8 juill. 2010 Afton Chemical (C-343/09) n°61). On voit ainsi apparaître l'idée d'un **test de probabilité, de plausibilité**, dont le moins que l'on puisse dire est qu'il est très éloigné de l'arbitraire parfois évoqué par les contempteurs du principe.

Lors même que le test de plausibilité est positif, cela n'implique pas que l'activité en cause soit interdite ; c'est d'ailleurs précisément le résultat qui a été appliqué en matière de lignes THT par la jurisprudence administrative¹⁹. De même, en matière d'antennes-relais, la jurisprudence du Conseil d'Etat considère que l'invocation du principe de précaution est pertinente mais ne permet pas de contester des autorisations dès lors qu'il n'y a pas d'éléments de nature à **accréditer l'hypothèse de risques pour la santé publique pouvant résulter de l'exposition** du public aux champs électromagnétiques émis par les antennes relais, fonctionnant dans le respect des règles en vigueur.²⁰

B – Agir dans le corridor de l'incertitude

Il est évident que dès lors qu'une incertitude suffisamment étayée a été identifiée, les autorités compétentes vont pouvoir agir sans être obligée de fonder leur décision sur la preuve scientifique de la certitude du risque, ce qui serait la négation même du principe. Elles devront

¹⁸ v. parmi beaucoup d'autres CJUE 23 septembre 2003, Commission/Danemark (C-192/01, Rec. p. I-9693, point 49) l'évaluation du risque ne peut pas se fonder sur des considérations purement hypothétiques (renvoyant à CJUE 9 septembre 2003, Monsanto Agricoltura Italia e.a., C-236/01 point 106).

¹⁹ CE, 12 avril 2013, Association coordination interrégionale Stop THT et autres N°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748, 342821 §38 « il ressort des pièces du dossier que si aucun lien de cause à effet entre l'exposition résidentielle à des champs électromagnétiques de très basse fréquence et un risque accru de survenue de leucémie..., dans ces conditions, l'existence d'un tel risque doit être regardée comme une hypothèse suffisamment plausible en l'état des connaissances scientifiques pour justifier l'application du principe de précaution » v. égal. CAA NANTES 14 mars 2014 N° 12NT03053

²⁰ V. not. CE 19 juillet 2010 N° 328687

seulement pouvoir établir qu'elles se fondent « sur une évaluation des risques aussi complète que possible compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce »²¹

En droit Européen la jurisprudence a dégagé une analyse processuelle au terme de laquelle « trois étapes successives peuvent être distinguées : premièrement, l'identification des effets potentiellement négatifs découlant d'un phénomène, deuxièmement, l'évaluation des risques pour la santé publique, la sécurité et l'environnement qui sont liés à ce phénomène, troisièmement, lorsque les risques potentiels identifiés dépassent le seuil de ce qui est acceptable pour la société, la gestion du risque par l'adoption de mesures de protection appropriées. »²²

1 – Evaluer

La seule véritable obligation découlant du principe de précaution ; après que l'évaluation initiale ait validé l'existence d'un risque incertain suffisamment étayé, est de poursuivre le travail d'évaluation qui permettra de sortir du temps de la précaution.

L'évaluation est conçue comme scientifique et devant « se fonder sur les meilleures données scientifiques disponibles et être menée de manière indépendante, objective et transparente »²³

En droit de l'Union Européenne on considère que « l'évaluation scientifique des risques est un processus scientifique qui consiste, autant que possible, à identifier un danger et à caractériser ledit danger, à évaluer l'exposition à ce danger et à caractériser le risque »²⁴

Le rôle de l'évaluation a été pris en compte dans la décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008 (2008-564 DC) relative à la loi sur les OGM, par laquelle le Conseil a souligné la valeur constitutionnelle des dispositions de l'article 5 de la Charte et en a déduit l'existence d'une obligation, pour le législateur, de prendre « des mesures propres à garantir son respect par les autres autorités publiques » (§18). A été décisif dans la décision le fait que le HCB alors mis en place instituait « les conditions d'une surveillance continue, par l'autorité administrative, de l'état sanitaire et phytosanitaire des végétaux et de l'apparition éventuelle

²¹ V. CJUE Monsanto SAS et autres du 8 septembre 2011, C-58/10 à C-68/10

²² TPIUE 12 avril 2013 Du Pont de Nemours (France) SAS T-31/07 §136

²³ TPIUE 12 avril 2013 Du Pont de Nemours (France) SAS T-31/07 § 141 ; CJUE du 8 juillet 2010, Afton Chemical, C-343/09, point 60 ; TPICE Pfizer Animal Health/Conseil, et Alpharma/Conseil

²⁴ COM (2000) 1 final sur le recours au principe de précaution ; Pfizer Animal Health/Conseil et Alpharma/Conseil rappelés par TPIUE 12 avril 2013 Du Pont de Nemours (France) SAS T-31/07, §138

d'effets non intentionnels des pratiques agricoles sur l'environnement » et que l'autorité pouvait réagir à la découverte de nouveaux risques pour l'environnement postérieurement à une autorisation, y compris par des mesures de suspension.

Dès lors que l'évaluation et le suivi étaient assurés le Conseil y voyait un élément important de constitutionnalité du dispositif.

Tout l'intérêt du principe de précaution réside dans le fait qu'il interdit de cacher ce que l'on ignore ou de se contenter de son ignorance. Principe d'évaluation il va, au contraire conduire à prendre en compte de manière complète et objective l'état des connaissances scientifiques relatives au risque potentiel identifié ; il pourra conduire à exiger que de nouvelles évaluations soient réalisées et, à tout le moins, que des dispositifs de surveillance et de réévaluation soient mis en place.

Au titre des mesures prises en compte pour l'évaluation des risques d'une ligne THT on a ainsi pu considérer que pouvait satisfaire l'obligation d'évaluation des risques la mise en place de telles structures auxquelles le maître de l'ouvrage avait ajouté « un dispositif spécifique de mesure de l'intensité du champ électromagnétique et de suivi médical après la mise en service de la ligne »²⁵.

2 – Réagir

L'idée exprimée dans certains arrêts, notamment de la CJUE est clairement que la réaction autorisée est orientée vers la protection . Ainsi « lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, des mesures de protection peuvent être prises sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »²⁶

On se trouve ici dans une perspective de gestion du risque vu comme « l'ensemble des actions entreprises par une institution qui doit faire face à un risque afin de le ramener à un niveau jugé acceptable pour la société eu égard à son obligation, en vertu du principe de précaution,

²⁵ CE, 12 avril 2013, Association coordination interrégionale Stop THT et autres N°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748, 342821

²⁶ CJUE 9 septembre 2003, Monsanto Agricoltura Italia e.a., C-236/01, Rec. p. I-8105, point 111 ; 26 mai 2005, Codacons et Federconsumatori, C-132/03, Rec. p. I-4167, point 61 ; 12 janvier 2006, Agrarproduktion Staebelow, C-504/04, Rec. p. I-679, point 39 ; cités par CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-269/13, Acino c/ Commission

d'assurer un niveau élevé de protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement »²⁷.

Outre l'évaluation en elle-même, les réactions associées au principe de précaution pourront assez naturellement être **l'information du public et/ou des populations exposées au risque potentiel** et, dans la mesure du possible l'évitement des risques les plus flagrants. Ainsi en va-t-il de l'éloignement des établissements accueillant des personnes particulièrement exposées au risque potentiel (ex. rayonnements²⁸)

Il ne faut cependant pas se tromper : réagir ce peut être s'abstenir de toute action en attendant que des informations suffisantes soient disponibles d'ailleurs les juristes le savent bien : l'abstention dans l'action peut être analysée comme une action. Un bon exemple de cette faculté de gérer l'expectative sans dissimulation a été donné par l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 février 2014²⁹, à propos des fibres courtes d'amiante .

Le Conseil raisonne en deux temps. En premier lieu il considère que contrairement aux fibres longues pour lesquelles le principe de prévention s'impose car on les sait dangereuses « en l'absence d'études permettant d'apprécier les effets propres sur l'environnement et la santé humaine des fibres courtes et de les différencier de ceux des autres types de fibres, dont la toxicité est avérée, **la présence de ces fibres courtes dans les immeubles bâtis doit être regardée comme susceptible de conduire à la réalisation d'un dommage qui, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait porter, dans ces immeubles, une atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé** ». On est donc là au cœur du principe. Fallait-il alors que le gouvernement agisse ? C'est là que le deuxième temps de l'analyse se déploie pour proposer une réponse négative.

L'arrêt retient que « à la date du décret attaqué, les connaissances disponibles ne permettaient pas de définir un seuil, dit de gestion, pertinent pour les fibres courtes d'amiante et qu'en tout état de cause, la fixation d'un tel seuil conduirait à imposer la réalisation de travaux de désamiantage et de confinement exposant eux-mêmes, en l'état des moyens dont disposaient, à la date de la décision, les opérateurs susceptibles de les réaliser, les intervenants voire les occupants au risque de relâchement de fibres dans l'air », manière de dire à la fois que les

²⁷ TPIUE 12 avril 2013 Du Pont de Nemours (France) SAS T-31/07 §148

²⁸ Conseil d'État 14 novembre 2014 N° 363005

²⁹ Conseil d'État 26 février 2014 N° 351514 : *Association Ban Asbestos France*, Lebon ; AJDA 2014. 476 , et 1566 , note D. Deharbe ; RDI 2014. 331, obs. A. Van Lang

connaissances étaient insuffisantes et que le remède risquait d'être pire que le mal.

Il conclut en reconnaissant que le temps de la précaution, peut très bien être un temps d'attente active : pendant que l'on cherche il peut-être opportun de ne pas engager d'action qui pourrait être néfaste : *« le Premier ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en s'abstenant, dans l'attente d'éléments complémentaires ainsi que du développement de nouveaux moyens techniques, de prévoir une valeur, dite de gestion, propre aux fibres courtes d'amiante »*

Des mesures pouvant être prises

Au titre des mesures pouvant être prises, il faut évidemment faire une place **aux refus** qui peuvent être opposés à une demande semblant se heurter au principe. Toutefois, la jurisprudence est exigeante et, peut considérer qu'un refus appartient à une autre catégorie que les « procédures d'évaluation des risques et les mesures provisoires et proportionnées » (CAA Nantes 13 février 2015 N° 13NT01745) et, alors même que la possible application du principe ne serait pas en débat, exige que l'autorité compétent fonde son éventuel refus sur des « éléments circonstanciés faisant apparaître, en l'état des connaissances scientifiques, des risques, même incertains, de nature à justifier un tel refus » (CAA Nantes 13 février 2015 N° 13NT01745) à défaut ledit refus serait irrégulier.

Dans les termes de la jurisprudence de la CJUE ³⁰ « lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie **l'adoption de mesures restrictives** »

On peut trouver un bel exemple de **mesures restrictives** avec l'arrêt du CE du 11 juin 2014 relatif au thiaméthoxam suspecté d'être responsable de la disparition de colonies d'abeilles³¹ en présence d'une étude scientifique remettant en cause le modèle méthodologique préexistant et malgré des remarques sur l'étude elle-même et le besoin d'investigations complémentaires identifié par l'ANSES qui n'a « formulé aucune réserve à l'édition de la

³⁰ V. not. National Farmers' Union et autres du 5 mai 1998, C-157/96, Royaume-Uni c. Commission du 5 mai 1998, C-180/96 ; 23 septembre 2003, Commission/Danemark (C-192/01) ; Commission c. France du 28 janvier 2010, C-333/08 ; CJUE, 10 avr. 2014, aff. C-269/13, Acino c/ Commission, n°58

³¹ CE, 11 juin 2014, n° 361848, Société Syngenta Seeds SAS n°7

mesure d'interdiction envisagée », le Conseil considère que « le ministre n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant, au vu de ces éléments, qu'existait, outre l'urgence, une situation susceptible de présenter un risque grave pour l'environnement, de nature à justifier l'interdiction, à titre conservatoire et provisoire, de l'utilisation et la mise sur le marché pour utilisation sur le territoire national des semences de crucifères oléagineuses traitées avec des produits phytopharmaceutiques contenant la substance active thiamethoxam ».

Des mesures nécessairement provisoires

Si l'article L. 110-1 C.env. parle de mesures « effectives et proportionnées », l'article 5 de la Charte de l'environnement vise, lui des mesures « provisoires et proportionnées ». Il n'y a pas de réelle différence entre ces formulations dans la mesure où il n'a jamais été sérieusement mis en doute que les mesures liées au principe de précaution étaient nécessairement provisoires, contingentées par l'état des connaissances sur le risque en cause.

Toutefois, dans une vision probablement exagérément réductrice, le Conseil constitutionnel s'est laissé aller à une vision littérale de la formule de la charte en considérant dans ses décisions n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013 (société Schuepbach Energy LLC³²) et n° 2014-694 DC du 28 mai 2014 (Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié³³) que le principe de précaution ne peut permettre de contrôler des mesures qui ne seraient pas « provisoires ». Dès lors que l'on sait bien qu'aucune législation ne peut désormais être considérée comme « définitive » cette vision semble marquée une réticence peu compréhensible à un contrôle qui pourtant pouvait s'opérer³⁴.

La Cour de Justice est, quant à elle, assez sourcilleuse sur le fait que les mesures prises en application du principe de précaution doivent être proportionnées, non discriminatoires et

³² « Est en tout état de cause inopérant le grief tiré de ce que l'interdiction pérenne du recours à tout procédé de fracturation hydraulique de la roche pour l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux méconnaîtrait le principe de précaution »

³³ « Les dispositions du paragraphe I de l'article unique de la loi déférée ont pour objet d'interdire, sans limitation de durée, la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié ; qu'est, dès lors, inopérant le grief tiré de ce que l'interdiction pérenne de la mise en culture de ces variétés de maïs méconnaîtrait le principe de précaution »

³⁴ V. RJEP 2014, chron. 3 note S. Caudal.

objectives³⁵. La proportionnalité est présentée comme un des principes généraux du droit de l'Union, imposant « que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »³⁶

Depuis quelques années les mesures adoptées en application du principe de précaution sont également de plus en plus fréquemment présentées comme devant respecter le « principe de prééminence de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement sur les intérêts économiques »³⁷

³⁵ arrêts Commission/Danemark, 23 septembre 2003, (C-192/01) point 52, et Commission/France du 28 janvier 2010, C-333/08), point 93

³⁶ TPIUE 16 septembre 2013 Animal Trading Company (ATC) BV T-333/10, n°98 citant CJUE 8 juillet 2010, Afton Chemical, C-343/09, Rec. p. I-7027, point 45, et la jurisprudence citée

³⁷ V. not. TPIUE 16 septembre 2013 Animal Trading Company (ATC) BV T-333/10 §101 ; TPICE 26 novembre 2002, Artegoda e.a./Commission, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. p. II-4945, points 183 et 184 ; TPICE 21 octobre 2003, Solvay Pharmaceuticals/Conseil, T-392/02, Rec. p. II-4555, point 121 ; TPIUE 12 avril 2013 Du Pont de Nemours (France) SAS, T-31/07 § 134

II – Un principe irriguant l'action

Dans sa formulation de l'art. L. 110-1 C.env., le principe n'est pas assorti de précision et l'on perçoit que la loi qu'il inspire peut avoir des effets sur les acteurs publics comme sur les acteurs privés. En revanche, l'art. 5 de la Charte de l'environnement est très clair, il s'adresse aux « autorités publiques ... dans leurs domaines d'attributions ». Si certains ont pu croire que le principe de précaution ne s'appliquait qu'à la décision publique, cette vision est inexacte et l'on observera que les acteurs privés eux-aussi doivent, à l'évidence, tenir compte de l'existence de risques alors même qu'ils ne seraient pas encore avérés. On le verra mais cela peut se déduire, en tout état de cause de la décision du Conseil constitutionnel qui a retenu que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par les articles 1 et 2 de la Charte « s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes » et en a déduit « que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité » (décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011). La formule dit assez clairement qu'elle recouvre au moins pour partie le domaine du principe.

Transversal par nature et plus encore depuis qu'il est constitutionnel, le principe de précaution permet de dépasser certaines barrières dont celles découlant de l'indépendance des législations³⁸

A – Un principe d'action publique

S'il doit être pris en compte par les autorités publiques, le principe de précaution n'impose pas la présence dans des organes d'évaluation de l'ensemble des ministères potentiellement concernés³⁹. De même, s'il « appartient à l'autorité administrative compétente de prendre en compte le principe de précaution lorsqu'elle adopte une réglementation susceptible d'avoir une incidence sur l'environnement », la composition d'un organe consultatif ne peut « à elle seule,

³⁸ CE, 19 juill. 2010, n° 328687, *Assoc. Quartier « Les hauts de Choiseul »* : *JurisData* n° 2010-012229

³⁹ CE 30 décembre 2013 N° 362960, absence d'erreur manifeste dans l'application du principe de précaution du fait de l'absence, au sein de la Commission nationale d'orientation, de suivi et d'évaluation des techniques d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures liquides ou gazeux de représentants des ministères chargés de la santé, de l'agriculture et de la recherche

être regardée comme susceptible de porter atteinte au principe de précaution »⁴⁰

On perçoit que l'exigence vis-à-vis des autorités publiques peut aller assez loin et leur imposer, de dépasser ce qui est su pour produire des connaissances. Ainsi, en matière nucléaire⁴¹, le Conseil d'Etat a pu retenir « qu'il incombe à l'autorité administrative compétente en matière d'installations nucléaires de base **de rechercher s'il existe des éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse de risques de dommages graves et irréversibles pour l'environnement ou d'atteintes à l'environnement susceptibles de nuire de manière grave à la santé**, qui justifieraient, en dépit des incertitudes subsistant quant à leur réalité et à leur portée en l'état des connaissances scientifiques, l'application du principe de précaution ».

Précaution et DUP

A propos de la portée du principe de précaution, le Conseil d'Etat a, dans des termes très forts, souligné⁴², au visa des articles 1^{er} et 5 de la Charte, « qu'une opération qui méconnaît les exigences du principe de précaution ne peut légalement être déclarée d'utilité publique » et invite l'autorité compétente, dans chaque cas, à « rechercher s'il existe des éléments circonstanciés de nature à accréditer l'hypothèse d'un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement ou d'atteinte à l'environnement susceptible de nuire de manière grave à la santé, qui justifierait, en dépit des incertitudes subsistant quant à sa réalité et à sa portée en l'état des connaissances scientifiques, l'application du principe de précaution ».

Dans un tel cas, il faudrait alors « veiller à ce que des procédures d'évaluation du risque identifié soient mises en œuvre par les autorités publiques ou sous leur contrôle et de vérifier que, eu égard, d'une part, à la plausibilité et à la gravité du risque, d'autre part, à l'intérêt de l'opération, les mesures de précaution dont l'opération est assortie afin d'éviter la réalisation du dommage ne sont ni insuffisantes, ni excessives »

En l'espèce, les risques potentiels identifiés n'ont aucunement été dissimulés mais, au

⁴⁰ CAA Paris 12 février 2015 N° 13PA03703

⁴¹ CE 17 octobre 2014 Comité de réflexion d'information et de lutte anti-nucléaire n° 361315

⁴² CE, 12 avril 2013, Association coordination interrégionale Stop THT et autres N°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748, 342821 ; CE 14 nov. 2014 Commune de Neuilly-Plaisance- n° 363005

contraire ont donné lieu à une information du public et ont été intégrés à l'étude d'impact qui a pris en compte « de manière complète et objective l'état actuel des connaissances scientifiques relatives au risque potentiel ». Le maître d'ouvrage ayant en outre prévu un dispositif de surveillance, de mesure et de suivi spécifique, établissant, pour le Conseil, le respect de l'obligation d'évaluation des risques et de parer à la réalisation du dommage susceptible de résulter de l'exposition résidentielle à des champs électromagnétiques de très basse fréquence (l'engagement de rachat des habitations situées à moins de cent mètres de la ligne et l'évitement des établissements accueillant des personnes particulièrement exposées à ce risque potentiel ayant été déterminants)⁴³.

Précaution et attribution des différents acteurs

On a pu croire que le principe de précaution impliquerait une certaine confusion dans la mesure où il pourrait être invoqué par chaque autorité publique dans le champ de ses attributions. Une telle perspective aurait pu être source d'insécurité juridique et le Conseil d'Etat a mis en œuvre une dynamique de focalisation du principe de précaution, à chaque fois, en tout cas, qu'il trouvait à se déployer en présence d'une police spéciale.

Il s'en est expliqué, en matière d'antennes relais, en soulignant l'importance de l'existence d'une **police spéciale** des télécommunications **confiée à l'Etat et à des autorités désignées à cet effet et reposant sur un niveau d'expertise et pouvant être assortis de garanties indisponibles au plan local**. Il en a déduit qu'un maire ne saurait, **sans porter atteinte aux pouvoirs de police spéciale ainsi confiés par la loi aux autorités de l'Etat**, adopter sur le territoire de la commune une réglementation portant sur **l'implantation** des antennes relais de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes et que ce maire « ne pouvait, en tout état de cause, utilement invoquer le motif tiré de la mise en œuvre du principe de précaution pour justifier l'adoption, sur le territoire de la

⁴³ V. égal. CE 14 nov. 2014 Commune de Neuilly-Plaisance- n° 36300522. « Considérant que, si les requérantes soutiennent que le nouveau tracé de la ligne de transport d'énergie est de nature à faire courir un risque à la personne humaine, il ressort des pièces du dossier que le maître d'ouvrage a pris en compte, dans l'étude d'impact, l'état actuel des connaissances scientifiques relatives au risque potentiel d'exposition à des champs électromagnétiques de très basse fréquence qu'il a informé le public de ce risque ; qu'il a retenu un tracé éloignant la ligne de la zone résidentielle de la rue Jules Guesde en évitant tout établissement accueillant des personnes particulièrement exposées à ce risque potentiel ; qu'il a mis en place un dispositif de surveillance des ondes électromagnétiques émises par l'ouvrage en cause 23. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les exigences découlant de l'article 5 de la Charte de l'environnement ont été pleinement satisfaites et que le moyen tiré de la méconnaissance de ses dispositions doit être écarté ; »

commune, de la réglementation contestée »⁴⁴

La formule de l'arrêt Commune de Saint-Denis a été très claire « le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions..... ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions»⁴⁵. Elle a été reprise, en matière d'OGM, par le Conseil dans son arrêt du 24 sept. 2012 commune de Valence (n° 342990)⁴⁶.

Pour ce qui est des décisions individuelles relatives à des installations d'antennes, le Conseil d'Etat⁴⁷ considère que le principe de précaution « ne permet pas de refuser légalement la délivrance d'une autorisation d'urbanisme en l'absence d'éléments circonstanciés sur l'existence, en l'état des connaissances scientifiques, de risques, même incertains, de nature à justifier un tel refus d'autorisation » ce qui laisse une marge de manœuvre aux autorités locales ; pour autant la marge est très réduite et il a considéré notamment que le maire ne pouvait pas exiger « que soit jointe au dossier de la déclaration préalable de travaux une estimation du niveau maximum de champ électromagnétique reçu sous forme d'un pourcentage par rapport à la valeur de référence de la recommandation européenne » parce que « la Charte de l'environnement n'habilite pas, par elle-même, le maire d'une commune à exiger la production de documents non prévue par les textes législatifs ou réglementaires en vigueur, ni à instaurer une procédure, elle-même non prévue par les textes en vigueur »⁴⁸

Il va de soi que le respect des attributions et compétence des différents acteurs publics, s'il est logique en droit interne, l'est tout autant en droit de l'Union Européenne et c'est sans surprise qu'après la CJUE, le Conseil d'Etat, le 1^{er} août 2013⁴⁹ a considéré que lorsque le principe de précaution est mis en œuvre en droit de l'Union, « eu égard à sa nature et sa portée, ce

⁴⁴ CE 26 octobre 2011 N° 329904 COMMUNE DES PENNES-MIRABEAU ; CE 26 décembre 2012 (n°352117) le maire ne saurait, sans porter atteinte aux pouvoirs de police spéciale conférés aux autorités de l'Etat, prendre sur le territoire de la commune une décision relative à l'implantation d'une antenne relais de téléphonie mobile ou au niveau d'émission des champs d'électromagnétiques de cette antenne et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par cette antenne

⁴⁵ CE 26 octobre 2011 N° 326492 COMMUNE DE SAINT-DENIS

⁴⁶ V. déjà OGM : une illustration de la mise en oeuvre du principe de précaution, Environnement 2004, n°10, p.9

⁴⁷ Conseil d'Etat 21 octobre 2013 N° 360481 ; Conseil d'Etat 27 août 2014 N° 364525

⁴⁸ Conseil d'Etat 21 octobre 2013 N° 360481 préc. ; CAA Marseille 4 février 2015 N° 13MA02654 ; CAA Nantes 12 décembre 2014 N° 14NT00434

⁴⁹ Conseil d'Etat 1 août 2013 N° 358103

principe, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, garantit l'effectivité du respect du principe de précaution énoncé à l'article 5 de la Charte de l'environnement » et par voie de conséquence il n'est pas possible de maintenir une solution appliquant le principe d'une manière opposée à celle mise en œuvre au niveau de l'Union ;

B – Un principe rejaillissant sur les acteurs privés

Il est évident qu'à partir du moment où le principe de précaution irrigue l'ensemble du droit applicable aux questions d'environnement et de santé, il a forcément des conséquences sur les acteurs de droit privé, ce que la Cour de cassation elle-même admet depuis 2010 au moins par a contrario en décidant que le principe ne pouvait trouver à s'appliquer entre personnes privées en présence d'un risque de pollution ayant été formellement exclu par l'expert judiciaire⁵⁰

Indépendamment du principe dans sa formulation la plus récente, les personnes privées sont, de toute façon, tenue d'une obligation de vigilance vis-à-vis de risques connus et identifiés sur le plan scientifique mais aussi de risques établis d'une manière imparfaite en présence de résultats discordants⁵¹

Le principe de l'admission de l'invocation du principe devant les juridictions judiciaires est d'autant moins problématique que la Cour de cassation a souligné en 2011⁵² que « la charte de l'environnement et le principe de précaution ne remett[ent] pas en cause les règles selon lesquelles il appart[ient] à celui qui sollicite l'indemnisation du dommage [lié à un risque incertain] d'établir que ce préjudice [est] la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, [peut] résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes

Alors même que, logiquement, les cas d'invocation du principe sont tout de même assez rares en droit privé, c'est un arrêt de la Cour d'appel du 4 février 2009⁵³ qui a déclenché l'ire des contempteurs du principe alors même que cet arrêt, ayant ordonné le démantèlement d'une

⁵⁰ Cass. 3e civ. 3 mars 2010 n°08-19108

⁵¹ Cass. 1ere civ. 7 mars 2006 n°04-16179 Bulletin 2006 I N° 142 p. 130 ; v. Expertise et causalité entre santé et environnement Environnement 2013, n°7 p.17

⁵² Cass. 3e civ. 18 mai 2011 n°10-17645

⁵³ N° de RG: 08/08775

antenne-relais vu la solution qu'il arrêta infirmée par la jurisprudence ultérieure du tribunal des conflits⁵⁴ comme de la Cour de cassation : en présence d'une police administrative encadrant spécifiquement un aspect relevant du principe (ici l'exposition du public aux rayonnements) c'est le juge de l'autorisation qui doit connaître du contentieux fondé sur le principe.

A l'inverse, c'est bien l'état des connaissances scientifiques à l'époque des faits qui a assez largement justifié la solution arrêtée par la Chambre criminelle dans le volet pénal de l'affaire de l'amiante⁵⁵. Face à des connaissances admises comme encore imparfaite, les directeurs du travail poursuivis ont pu établir avoir initié des actions d'encadrement et avoir réagi aux études alarmantes. L'infraction poursuivie supposait que les mis en examen n'aient pas pu ignorer le risque alors que ce qui leur est principalement reproché, la poursuite d'une politique d'utilisation contrôlée de l'amiante, « sans distorsions marquées et durables par rapport aux préconisations européennes, **ne peut être l'occasion de reprocher aux requérants d'avoir eu pour seul objectif, en la poursuivant, de différer sciemment la mise en place d'une interdiction de l'amiante en parfaite connaissance de la particulière gravité du risque auquel ils exposaient indirectement autrui**». La solution vaut par ce qu'elle dit et par ce qu'elle suggère...

Pour la Chambre criminelle ont été déterminants le fait d'une part que la chambre de l'instruction a retenu « d'une part, l'absence de négligences leur étant imputables dans la surveillance de la réglementation » et d'autre part, admis que les personnes en cause n'avaient pas pu « dans le contexte des données scientifiques de l'époque, mesurer le risque d'une particulière gravité auquel elles auraient exposé les victimes ».

Il reste à savoir ce qu'il en serait en présence d'un risque suspecté mais non pris en considération...

C – Un principe placé sous le contrôle du juge

A propos du rôle du juge, le Conseil d'Etat vient, le 4 mars 2015 (CE 4 mars 2015 n° 368402) de souligner que le moyen tiré de la méconnaissance du principe de précaution n'est pas

⁵⁴ Tribunal des Conflits 14 mai 2012N° C3844, 3846,3848, C3850, 3852, 3854 ; v. Cass. 1^{ère} civ., 17 octobre 2012 : JCP G 2013, n°1, p.16

⁵⁵ Cass. Crim. 14 avril 2015 N°: 14-85333 Publié

d'ordre public et ne peut donc pas être relevé d'office par le juge.

Adhérant à une vision qui le cantonne dans un contrôle restreint, le Conseil d'Etat⁵⁶ considère qu'il ne lui appartient que de « vérifier que l'application du principe de précaution est justifiée, puis de s'assurer de la réalité des procédures d'évaluation du risque mises en œuvre et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des mesures de précaution ».

La place du juge est compliquée car s'il va intervenir sur des risques incertains il n'est ni scientifique ni celui auquel le droit donne le pouvoir de décider sur les risques. En effet, seules les institutions politiques ont la légitimité pour déterminer le niveau de protection adapté, et corrélativement « déterminer le seuil critique de probabilité des effets adverses pour la santé publique, la sécurité et l'environnement et le degré de ces effets potentiels qui ne leur semble plus acceptable pour cette société et qui, une fois dépassé, nécessite, dans l'intérêt de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, le recours à des mesures préventives malgré l'incertitude scientifique subsistante »⁵⁷

La ligne retenue en droit de l'Union européenne et au-delà est celle d'un contrôle restreint de la décision publique par le juge⁵⁸ : alors que les autorités publiques doivent « procéder à une **évaluation scientifique des risques et d'apprécier des éléments factuels d'ordre scientifique et technique hautement complexes** », « le **contrôle juridictionnel** relatif à l'accomplissement de cette tâche par les institutions communautaires **doit être limité** » et le juge européen s'en explique : le juge, aucun juge, ne peut « **substituer son appréciation** des éléments factuels **à celle des institutions communautaires** à qui, seules, le traité a conféré cette tâche ».

Le point essentiel ici réside dans le fait qu'il s'agit de respecter la légitimité des intervenants :

- les experts ont la légitimité pour dire le risque,
- les institutions politiques celles de statuer sur les risques, de fixer leur acceptabilité...
- le juge n'est, lui, investit que de la mission de s'assurer que les garanties procédurales ont bien été respectées :

⁵⁶ CE, 12 avril 2013, Association coordination interrégionale Stop THT et autres N°s 342409, 342569, 342689, 342740, 342748, 342821 ; Conseil d'État 14 novembre 2014 N° 363005

⁵⁷ TPIUE 12 avril 2013 Du Pont de Nemours (France) SAS T-31/07, §145 et les références citées

⁵⁸ TPICE 11 septembre 2002 Alpharma, Inc. V. égal. 11 septembre 2002 Pfizer Animal Health

Ces garanties sont identifiées

- obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce⁵⁹
- obligation de motivation⁶⁰
- garanties liées à l'évaluation des risques « aussi **exhaustive** que possible sur la base d'avis scientifiques fondés sur les principes d'**excellence**, de **transparence** et d'**indépendance** »⁶¹ ;
- garantie du respect de la cohérence des éléments pris en compte ; ce qui a fait dire à la Cour de justice que les institutions compétentes doivent être « en mesure d'établir devant la Cour que l'acte a été adopté moyennant un exercice effectif de leur pouvoir d'appréciation, lequel suppose la prise en considération de **tous** les éléments et circonstances pertinents de la situation que cet acte a entendu régir »⁶².

Même si le débat portait sur la prévention et non sur le principe de précaution car la condamnation n'a visé que la période au-delà de laquelle on n'avait plus réellement de doute⁶³, il est difficile de ne pas voir dans la condamnation de l'Etat pour carence dans l'affaire du Médiateur⁶⁴, un lien avec les enseignements du principe qui peut faire obligation d'agir avant même d'avoir acquis des certitudes : a été déterminant le fait que « *le signalement en février 1999 d'un cas d'hypertension artérielle pulmonaire et en juin 1999 celui d'un cas de valvulopathie cardiaque imputables au benfluorex auraient dû faire tenir les dangers du benfluorex comme suffisamment caractérisés pour conduire à la suspension ou au retrait de l'autorisation de mise sur le marché du Médiateur* » (on observera toutefois qu'il n'y a pas de certitude) C'est, en tout état de cause, une condamnation qui sanctionne une défaillance du dispositif de vigilance avec la place qu'il laisse à l'alerte

⁵⁹ TPIUE 16 septembre 2013 Animal Trading Company (ATC) BV T-333/10 n°84

⁶⁰ TPIUE 16 septembre 2013 Animal Trading Company (ATC) BV T-333/10

⁶¹ v. égal. CJUE 8 juill. 2010 Afton Chemical (C-343/09) Dans un cadre environnemental technique complexe à caractère évolutif le législateur de l'Union dispose d'un large pouvoir d'appréciation notamment quant à l'appréciation des éléments factuels d'ordre scientifique et technique hautement complexes pour déterminer la nature et l'étendue des mesures qu'il adopte, tandis que le contrôle du juge communautaire doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si le législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation

⁶² . CJUE 8 juill. 2010 Afton Chemical (C-343/09)

⁶³ Sara Brimo, La responsabilité administrative, dernière victime du Mediator ? AJDA 2014 p. 2490 ; Agathe Van Lang, Principe de précaution : exorciser les fantasmagories AJDA 2015 p. 510

⁶⁴ TA PARIS 3 juillet 2014N° 1312345/6

Il est difficile pour le juge de sortir d'une dynamique essentiellement procédurale pour aller plus loin en matière de précaution. Un exemple de cette difficulté a été fourni par l'affaire que l'on peut appeler « du court noué » par laquelle la destruction d'essais de l'INRA visant à utiliser les modifications génétiques pour vaincre une maladie de la vigne a été portée en justice. Si les faucheurs et autres adeptes de la « précaution radicale » sont immanquablement condamnés par la Cour de cassation, désormais avec la bénédiction de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, il se trouve des juridictions du fonds qui peuvent donner l'impression d'avoir une certaine bienveillance à leur égard. Si la Cour d'appel de Colmar dans son arrêt 14 mai 2014 avait bien identifié l'infraction de destruction de parcelle d'OGM autorisé, elle n'était pourtant pas entrée en voie de condamnation en raison d'une exception d'illégalité de l'autorisation invoquée par les destructeurs.

Dans son arrêt du 5 mai 2015, la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁶⁵ pointe du doigt ce qui semble être une confusion des rôles opérée par la Cour d'appel en lui reprochant de ne pas avoir procédé « à une analyse de l'ensemble des éléments du dossier de demande d'autorisation » et surtout d'avoir écarté « sans s'en expliquer, l'avis du Haut conseil des biotechnologies » et d'avoir retenu « certaines études scientifiques ciblant le risque de recombinaison des virus sans aucune référence ». La cessation prononcée va relancer l'incertitude mais surtout illustre un phénomène que l'on rencontre parfois et qui ne peut que troubler, la tentation du juge de trier entre les études, les avis contradictoires. Or le juge ne l'est pas de la science. Il n'a ni la légitimité scientifique ni la légitimité démocratique, on l'a dit et c'est bien sur le terrain des procédures qu'il faut qu'il cantonne son analyse, garant de l'exhaustivité des démarches d'autorisation ou de refus et soumis lui aussi à cette exigence.

C'est ainsi que le juge pourra identifier une erreur manifeste d'appréciation dans des situations dans lesquelles l'autorité compétente conclurait à l'existence de risque pour la santé humaine ou l'environnement qui nécessiterait une action sans avoir évalué tous les éléments et circonstances pertinents de la situation en cause⁶⁶

⁶⁵ Cass. Crim. 5 mai 2015 N° de pourvoi: 14-83738

⁶⁶ TPIUE 14 novembre 2013 International Cadmium Association (ICdA), T-456/1171