

« Quelle sphère d'efficacité pour le principe de précaution ? »

La décision du Conseil constitutionnel du 19 juin 2008¹ relative aux organismes génétiquement modifiés (dite décision « OGM ») reconnaît l'effectivité directe du principe de précaution. Insérée à l'article 5 de la Charte de l'environnement, cette révision constitutionnelle a permis d'élever au plus haut rang de notre ordre juridique les principes inscrits dans la Charte. Par cette insertion, le principe de précaution semble être revêtu d'un « appareil » constitutionnel à la hauteur des attentes de la société civile. Si la valeur constitutionnelle du principe était évidente depuis l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement en 2005, son effectivité restait à démontrer. En effet, il n'était pas certain que l'insertion de ce principe dans la Constitution puisse avoir un impact direct sur le législateur français. L'insertion de ce principe dans la Constitution suffisait-elle à contraindre le législateur au respect du principe de précaution ? L'insertion de ce principe dans la Constitution suffit-il à rendre efficient le principe de précaution ? Cette décision a deux effets principaux. D'une part, elle reconnaît l'opposabilité du principe de précaution au législateur. Depuis cette décision, le législateur sait qu'il doit respecter la Charte de l'environnement. À défaut, en cas de saisine² du Conseil constitutionnel, le législateur pourra voir censurer ces dispositions législatives comme étant contraires à la Constitution. Les dispositions ne pourront alors pas entrer en application. D'autre part, cette décision renforce la valeur du principe de précaution. Par cette décision, la valeur du principe de précaution est reconnue. Toutefois, la doctrine continue à dénoncer une complexité dans la mise en œuvre du principe de précaution. La sphère d'efficacité du principe apparaît encore incertaine. Nous tenterons ici d'exposer les différentes facettes du principe d'exception. Puis nous tenterons de synthétiser les différentes raisons qui sont susceptibles d'expliquer la complexité de la mise en œuvre du principe de précaution.

I. Les différents visages du principe de précaution :

Le principe de précaution est un principe d'apparence simple. Pourtant lorsqu'il s'agit de comprendre ces conditions d'application, on s'aperçoit que cette simplicité première est loin d'être évidente.

Il s'agirait d'une attitude de prudence à respecter pour éviter un risque éventuel. L'objectif est d'éviter la réalisation d'un risque, alors même que la certitude de sa réalisation n'est pas

¹ Décision du 19 juin 2008 - Décision n° 2008-564 DC Loi relative aux organismes génétiquement modifiés Journal officiel du 26 juin 2008, page 10228, texte n° 3 [Non conformité partielle - effet différé] : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-564-dc/decision-n-2008-564-dc-du-19-juin-2008.12335.html>

² La saisine du Conseil constitutionnel n'est pas automatique voir les articles 61 et 61-1 de la Constitution : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html#titre7>

démontrée. Le principe de précaution serait guidé par « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment* » qui ne devrait 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* ». ³

Comment ce principe a-t-il été inséré dans notre législation ⁴ ?

Ce principe serait né dans les années 1980 en Allemagne « Vorsorge » (qui signifie « précaution » en allemand) ⁵. Il fut rapidement repris sur la scène internationale ⁶. En France, il n'est présent que depuis son insertion dans le Code rural ⁷ par la loi Barnier en 1995 ⁸. Il ne sera consacré constitutionnellement qu'assez tardivement en 2005 ⁹. Le principe de précaution est donc un principe qui apparaît en expansion. Il a fait l'objet d'importantes études doctrinales. Et pourtant

³ La Loi n°95-101 du 2 février 1995 - art. 1 JORF 3 février 1995 a inséré l'article article 200-1 du Code rural définit pour la première fois le principe de précaution qui serait « *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* ». Cet article est devenu l'article L110-1-II 1° ; voir aussi Dominique Bourg, Jean-Louis Schlegel, « Parer aux risques de demain. Le principe de précaution, édition du Seuil, 2001.

⁴ Sur un historique plus poussé du principe de précaution voir notamment M. Boutonnet et A. Guégan, Historique du **principe de précaution**, Annexe 1, in P. Kourilsky et G. Viney, Le **principe de précaution**, Ed. Odile Jacob, La Doc. fr., Paris 2000, p. 253-266.

⁵ Cf par notamment François Ewald, Nicolas de Sadeleer, Christian Gollier, le principe de précaution, Que Sais-je, presse Universitaires de France, 2008, p 75 mais également Agathe Van Lang, Principe de précaution : exorciser les fantasmagories, AJDA 2015 p.510.

⁶ La Charte mondiale de la nature adoptée et solennement proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 28 octobre 1982, la **déclaration de Bergen** sur le développement durable du 16 mai 1990 définit le principe en son paragraphe 7 ; la déclaration de la conférence de **Rio** sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992 l'insère dans son principe 15 ; Puis le traité de **Maastricht** du 7 février 1992 l'ajoute à la liste des principes qui fondent la politique de l'Union européenne dans le domaine de l'environnement (art. 191-2 Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). En droit interne, la loi dite « Barnier » n°95-101 du 2 février 1995 sur le renforcement de la protection de l'environnement énonce le principe de précaution dans une formulation proche de celle de Rio (art. L. 110-1 II 1°, Code de l'environnement). Cette loi insère l'article article 200-1 du Code rural qui définit pour la première fois le principe de précaution qui serait « *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* ».

⁷ La Loi n°95-101 du 2 février 1995 - art. 1 JORF 3 février 1995 a inséré l'article article 200-1 du Code rural définit pour la première fois le principe de précaution qui serait « *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* ». cf Dominique Bourg, Jean-Louis Schlegel, « Parer aux risques de demain. Le principe de précaution, édition du Seuil, 2001.

https://books.google.fr/books?id=Cwfn9GvuKzoC&pg=PT75&lpg=PT75&dq=code+rural+%C2%AB+selon+lequel+l'absence+de+certitudes,+compte+tenu+des+connaissances+scientifiques+et+techniques+du+moment,+ne+doit+pas+retarder+l'adoption+de+mesures+effectives+et+proportionn%C3%A9es+visant+%C3%A0+pr%C3%A9venir+un+risque+de+dommages+graves+et+irréversibles+%C3%A0+un+coût+économiquement+acceptable+%C2%BB.&source=bl&ots=fIV6BYklsz&sig=RnR2mmhgPB0r3zuhSN33NI_N0Ws&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjKt9i_1PHRAhVE5xoKHWEfB5sQ6AEIJzAE#v=onepage&q&f=false

⁸ Pour une description de la loi dite Barnier n°95-101 du 2 février 1995 vous pouvez consulter un article de Chantal Cans, Grande et petites histoires des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995, Rev. jur. env., Année 1995 Volume 20 Numéro 2 pp. 195-217.

⁹ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005.

la notion demeure ambiguë notamment lorsque l'analyse porte sur ces conditions concrètes d'application.

En effet, l'étude des conditions de mise en œuvre du principe révèle une pluralité d'application du principe.

Quelles sont les conditions de mise en œuvre du principe ?

La Charte de l'environnement, constitutionnalisée en 2005, affirme que « *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.* »¹⁰. Le principe de précaution permettrait d'éviter la réalisation « d'un dommage » qui affecterait « de manière grave et irréversible l'environnement ». Le principe de précaution préconiserait des mesures afin d'éviter le « risque ».

D'après la définition constitutionnelle du principe de précaution, le législateur doit respecter des conditions spécifiques pour ne pas enfreindre le principe de précaution. Le principe de précaution suppose l'existence d'un « risque » ainsi que deux sortes de condition : des conditions de forme (ou de procédure) et des conditions de fond. La condition de forme imposerait ainsi une procédure d'évaluation des risques : « *(...) 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 (...)* »¹¹. La condition de forme contraindrait ensuite les autorités à prendre des « *mesures provisoires et proportionnées.* » afin d'éviter la réalisation du risque le temps que le risque soit écarté. Le principe de précaution impose donc aux autorités de respecter des procédures d'évaluation des risques et de prendre des mesures appropriées et temporaires pour éviter ce risque.

Par exemple, dans la décision OGM du 19 juin 2008¹², le Conseil constitutionnel a jugé que ces conditions avaient été respectées par la loi. Dans son considérant n°21, il vérifie l'existence d'une procédure préalable de contrôle. La loi examinée mettait en place un Haut conseil des biotechnologies chargé d'examiner « *les risques que peut présenter la dissémination pour*

¹⁰ Article 5 de La Charte de l'environnement accessible sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/charte-de-l-environnement-de-2004.5078.html>

¹¹ Cette condition correspond à l'évolution du droit de l'OMC¹¹ et du droit communautaire. Il existe une controverse sur le statut juridique du principe de précaution lorsqu'il est utilisé par l'organisation mondial du commerce (OMC). S'agit-il d'un principe général de droit international ? voir Laurence Boy et al., « Analyse de la communication de la commission européenne de février 2000 au regard des débats actuels sur le principe de précaution », *Revue internationale de droit économique* 2001/2 (t. XV, 2), p. 127-160.

¹² Décision du 19 juin 2008 - Décision n° 2008-564 DC Loi relative aux organismes génétiquement modifiés Journal officiel du 26 juin 2008, page 10228, texte n° 3 [Non conformité partielle - effet différé] : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-564-dc/decision-n-2008-564-dc-du-19-juin-2008.12335.html>

l'environnement » d'organismes génétiquement modifiés¹³. La loi permettait également de prendre des mesures pour écarter le risque. Elle prévoyait que les autorités pouvaient interdire la culture en plein champ d'organismes génétiquement modifiés « *en l'état des connaissances et des techniques* », c'est-à-dire le temps que le risque soit écarté. D'après le Conseil constitutionnel par cette loi, la haute autorité peut prendre des mesures proportionnées à tout moment qui peuvent aller jusqu'à la suspension¹⁴. Donc cette loi mettait en place une procédure et des mesures qui permettaient d'éviter le risque en encadrant « *les conditions techniques d'introduction dans l'environnement de végétaux génétiquement modifiés* »¹⁵. Le risque demeurait sur la culture « en plein champ » de ces organismes génétiquement modifiés, or ici la loi ne permettait pas la mise en culture en « plein champ » sans autorisation préalable de la haute autorité. La loi précisait en outre qu'en cas de doute la culture de ces organismes devait être confinée¹⁶.

De la même manière, le Conseil d'État dans une décision « Association STOP THT »¹⁷ expose le « protocole à suivre »¹⁸ par l'administration afin de respecter le principe de précaution. Le Conseil d'État subordonne ainsi la déclaration d'utilité publique d'un projet de réalisation de

¹³ Décision du 19 juin 2008 - Décision n° 2008-564 DC
Loi relative aux organismes génétiquement modifiés : « 21. Considérant, d'une part, que ces dispositions fixent les principes qui encadrent les conditions techniques d'introduction dans l'environnement de végétaux génétiquement modifiés après qu'ils ont été légalement autorisés ; qu'il ressort des articles L. 533-2, L. 533-3 et L. 533-5 du code de l'environnement, tels qu'ils sont modifiés par la loi déferée, que « toute introduction intentionnelle dans l'environnement d'un organisme génétiquement modifié, pour laquelle aucune mesure de confinement particulière n'est prise pour en limiter le contact avec les personnes et l'environnement », est soumise à un régime d'autorisation préalable ; que cette autorisation est délivrée par l'autorité administrative préalablement soit à une dissémination volontaire qui n'est pas destinée à la mise sur le marché, soit à la mise sur le marché du produit génétiquement modifié ; **qu'elle est donnée après avis du Haut conseil des biotechnologies « qui examine les risques que peut présenter la dissémination pour l'environnement »** ; qu'en outre, l'article L. 532-2 impose que toute utilisation d'organisme génétiquement modifié qui peut présenter des dangers ou des inconvénients pour l'environnement soit réalisée de façon confinée ; que ces dispositions ont pour objet d'interdire la culture en plein champ d'organismes génétiquement modifiés qui, en l'état des connaissances et des techniques, pourraient affecter de manière grave et irréversible l'environnement ; que, dès lors, le fait que les conditions techniques auxquelles sont soumises les cultures d'organismes génétiquement modifiés autorisés n'excluent pas la présence accidentelle de tels organismes dans d'autres productions, ne constitue pas une méconnaissance du principe de précaution ; » (souligné par nous.)

¹⁴ Décision du 19 juin 2008 - Décision n° 2008-564 DC
Loi relative aux organismes génétiquement modifiés : « 22. Considérant, d'autre part, que l'article 3 de la loi institue le Haut conseil des biotechnologies (...) que les dispositions de l'article 9 de **la loi instituent les conditions d'une surveillance continue**, par l'autorité administrative, de l'état sanitaire et phytosanitaire des végétaux et de l'apparition éventuelle d'effets non intentionnels des pratiques agricoles sur l'environnement ; **qu'il ressort enfin des articles L. 533-3-1 et L. 533-8 du code de l'environnement qu'en cas de découverte de risques pour l'environnement, postérieurement à une autorisation, l'autorité administrative peut prendre les mesures appropriées allant jusqu'à la suspension** ; que, par l'ensemble de ces dispositions, le législateur a pris des mesures propres à garantir le respect, par les autorités publiques, du principe de précaution à l'égard des organismes génétiquement modifiés ; »

¹⁵ Décision du 19 juin 2008 - Décision n° 2008-564 DC
Loi relative aux organismes génétiquement modifiés considérant n°21.

¹⁶Décision du 19 juin 2008 - Décision n° 2008-564 DC
Loi relative aux organismes génétiquement modifiés considérant n°21.

¹⁷ CE, ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT et autres*, n° 342409, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000027300300&fastReqId=208547311&fastPos=1>

¹⁸ Expression tiré de l'article d'Elise Carpentier, Principe constitutionnel de précaution et expropriation : mode d'emploi par l'administration et modalités de contrôle par le juge, *Constitutions* 2013. 261.

ligne à haute tension. Il explique dans son considérant 37 que la déclaration d'utilité publique ne peut être donnée que si l'autorité publique a recherché « *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* ». La première étape consiste en la recherche par l'autorité publique d'un risque de dommage grave et irréversible pour l'environnement. Deuxième étape, si « *cette condition est remplie* », l'autorité doit « *veiller à ce que des procédures d'évaluation du risque identifiées soient mises en œuvre* » puis l'autorité doit vérifier que « *les mesures de précaution (...) ne sont ni insuffisantes, ni excessives* ». Le juge doit donc vérifier dans cette deuxième étape qu'une procédure d'évaluation des risques soit correctement effectuée afin de mettre en place des mesures qui permettent d'éviter le risque. Le Conseil d'État explique enfin comment le juge administratif doit contrôler la mise en œuvre du principe de précaution : « *qu'il appartient au juge, saisi de conclusions dirigées contre l'acte déclaratif d'utilité publique et au vu de l'argumentation dont il est saisi, 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* »¹⁹.

Le juge exercerait un contrôle dit « approfondi » des conditions de forme, c'est-à-dire qu'il contrôlerait d'avantage le respect des procédures que les conditions dites « de fond »²⁰. Le juge vérifierait alors l'existence d'une procédure d'évaluation des risques (conditions de forme), puis il exercerait un « contrôle dit de l'erreur manifeste ». Il vérifie alors seulement si l'administration n'a pas commis une erreur « manifeste » ; il faut comprendre « une erreur grossière » d'appréciation sur le choix de la mesure de précaution retenue pour éviter la réalisation du risque.

Certains auteurs justifient cette intensité du contrôle par le fait que le principe de précaution renvoie au « risque » qui ne peut être évalué que par un expert ; or le juge ne peut se substituer à un expert. Le juge prend en compte le jugement de l'expert quant à l'existence d'un risque. La réalisation du principe de précaution dépend donc du jugement de « l'expert » et non plus seulement du juge. Ainsi, seule la vérification du respect de la procédure, relève du juge uniquement.²¹

¹⁹ CE, ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT et autres*, n° 342409, considérant 37, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000027300300&fastReqId=208547311&fastPos=1>

²⁰ Laurent Fonbaustier, *Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution*, D. 2007. 1523 ; François Ewald, Nicolas de Sadeleer, Christian Gollier, *le principe de précaution*, Que Sais-je, presse Universitaires de France, 2008, p.96 et suivant ; O.Sachs, *Principe de précaution et contrôle de légalité*, CJEG, décembre 1999, p 420 ; Chantal Cans, *Le principe de précaution nouvel élément e légalité*, RFD adm,15 juillet-Aout 1999, p 750, A. Rouyère, *L'exigence de précaution saisie par le juge*, RFD adm, 16, mars-avril 2000, p 266-283.

²¹ Notamment Laurent Fonbaustier, *Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution*, D. 2007. 1523 .

Le juge judiciaire applique différemment le principe de précaution. En matière de responsabilité civile, le principe de précaution est utilisé de manière variable²² car il se superposerait aux différents recours déjà existant. Le principe de précaution servirait la reconnaissance de la faute. Ainsi, l’invocation du principe de précaution peut accompagner la reconnaissance d’un trouble anormal du voisinage²³. La doctrine civiliste²⁴ affirme que le principe de précaution jouait un rôle implicite depuis de nombreuses années. Mais, le recours au principe de précaution fut admis ensuite de manière autonome que depuis un arrêt du 3 mars 2010²⁵. Le juge admettait qu’étant donné que « *le principe de précaution invite les décideurs à éviter la réalisation de risques graves, malgré l’incertitude scientifique* » le trouble consiste en « *une impossibilité de garantir l’absence de risque* »²⁶. Les affaires qui portent sur les antennes-relais constituent une part importante du contentieux en responsabilité civile.

Cette variabilité du principe se manifeste également dans le choix des fondements juridiques pour asseoir le principe de précaution²⁷. Ils utilisent parfois uniquement la charte de l’environnement, d’autres utilisent exclusivement²⁸ l’article L ; 110-1, II, 1° du code de l’environnement²⁹ ou les deux³⁰. Le choix des deux fondements paraît pertinent. Alors que l’article 5 de la Charte de l’environnement prévoit que le principe de précaution doit être respecté par les autorités publiques (donc pas les particuliers), l’article du code de l’environnement ne prévoit pas de destinataire à la disposition.³¹

²² Mathilde Boutonnet, Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Recueil Dalloz, 2010, p.2662.

²³ Pour une explication de la notion de trouble anormal du voisinage voir notamment Valérie Gaillot Mercier, troubles de voisinage, Répertoire de droit civil, 2015.

²⁴ Notamment Mathilde Boutonnet, Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Recueil Dalloz, 2010, p.2662 ; voir aussi sur la décision de TGI de Versailles, 14^e ch., 4 févr. 2009, SA Bouygues Télécom c/ Lagouge et autres, J.-V. Borel, Antenne-relais de téléphonie mobile, un risque troublant, JCP E 2009. 1336 ; Patrice Jourdain, RTD civ. 2009, p.327.

²⁵ N° 08-19.108, Bull. civ. III, n° 53 ; D. 2010. 706, obs. G. Forest, 2419, note E. Bouchet-Le Mappian, 2186, obs. N. Reboul-Maupin, et 2474, obs. F. G. Trébulle ; AJDI 2010. 573, obs. S. Prigent ; JCP G 2010. 658, note D. Tapinos.

²⁶ Pour un exemple : TGI Nanterre, 8^e ch., 18 sept. 2008, n° 07/02173, commenté au Recueil Dalloz par Mathilde Boutonnet, 2008, p.2916.

²⁷ Mathilde Boutonnet développe clairement ce point dans son article : Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Recueil Dalloz, 2010, p.2662.

²⁸ Ord. TGI Aix-en-Provence 9 juin 2009, préc.

²⁹ Article L110-1 de l’environnement prévoit dans le titres Ier intitulé « les principes généraux » : « (...) II. - *Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu’ils fournissent sont d’intérêt général et concourent à l’objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s’inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivants :*

1° Le principe de précaution, selon lequel 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 ; »

³⁰ En ce sens, TGI Lyon 15 sept. 2009, préc. ; Ord. TGI Angers 5 mars 2009, préc.

³¹ Pour aller plus loin parmi une bibliographie très importante, voir notamment : G. Viney et P. Kourilsky, Le principe de précaution, Rapport au Premier ministre, O. Jacob, 2000 ; A. Guégan, L’apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile, RJE 2000. 147 ; P. Jourdain, Principe de précaution et responsabilité civile, LPA 30 nov. 2000. 51 ; M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, LGDJ, t. 444, 2005, préf. C.

Par exemple à l'occasion de l'utilisation d'un produit à destination des enfants, si un dommage survenait (comme une maladie rare ou une réaction allergène) dont le lien avec le produit n'était pas encore certain mais qu'il existait, avant sa commercialisation, des études qui mettaient en garde contre des risques éventuels de son utilisation, les parents pourraient utiliser le principe de précaution à l'appui de leur demande en réparation du dommage sur les fondements de responsabilité civile classique³². Afin de faire cesser le « risque », les consommateurs ou une association de consommateur pourraient demander au ministère de la santé (les autorités publiques) de vérifier que le principe de précaution a bien été mis en œuvre. De même, pour l'utilisation de nouveaux pesticides pour lequel il existerait un doute quant au risque pour la santé. Le principe de précaution renforce des moyens juridiques existants. C'est pourquoi certains auteurs décrivent le principe de précaution comme un « principe directeur ». Toute la difficulté est dans la preuve du « risque ».

II. Qu'est-ce qui explique la complexité du principe de précaution ? (Les raisons avancées pour expliquer la complexité du principe de précaution)

Le principe de précaution est souvent critiqué pour sa complexité. Sa mise en œuvre peut apparaître obscure pour le justiciable et la société civile. Les conditions sont jugées « floues »³³, elles manqueraient de « clarté »³⁴.

Plusieurs raisons peuvent expliquer la complexité de la notion³⁵.

La complexité du principe de précaution s'expliquerait par une évolution de ces objectifs initiaux causés par la généralité de la formulation du principe :

La doctrine soulève depuis son insertion dans notre droit français la complexité de ce dernier. Dès 1995, le principe de précaution était déjà jugé « d'emberlificoté »³⁶. La définition posée par la Charte de l'environnement ne règle pas le problème puisqu'elle est jugée « ambivalente »³⁷. Dans les travaux préparatoires de la Charte de l'environnement, la lettre du

Thibierge. Plus récemment, D. Tapinos, Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, préf. N. Molfessis, 2008. Pour des illustrations de la jurisprudence : 1ère chambre civile, Cour de cassation, N° 04-16.180, Bull. civ. I, n° 131, et 04-16.179, Bull. civ. I, n° 130 ; D. 2006. 812, obs. I. Gallmeister ; RTD civ. 2006. 565, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2006. 906, obs. B. Bouloc..

³² A l'appui de la mise en œuvre de la responsabilité du fait personnel l'article 1240 et 1241 du Code civil (ancien article 1382 et 1283 du Code civil) ou sur le fondement des produits défectueux nouvel article 1245 du Code civil (ancien article 1386-1 du Code civil) ou encore responsabilité contractuelle article 1231 du Code civil (ancien article 1146 du Code civil).

³³ C. Noiville et M.-A. Hermitte, La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement : une première application du principe de prudence, Rev. jur. envir. 1993. 391.

³⁴ Mathilde Boutonnet, Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Recueil Dalloz, 2010, p.2662.

³⁵ Nous énumérons les raisons qui nous paraissent les plus fondamentales car une étude exhaustive devrait faire l'objet d'un travail beaucoup plus poussé.

³⁶ François Ewald, Nicolas de Sadeleer, Christian Gollier, le principe de précaution, Que Sais-je, presse Universitaires de France, 2008, p 91.

³⁷ Agathe Van Lang, Principe de précaution : exorciser les fantasmagories, AJDA 2015 p.510.

ministre de l'écologie au professeur Coppens du 8 juillet 2002 entendait « proposer aux Français « une charte de l'environnement **adossée** à la Constitution. »³⁸. Dès l'élaboration de la Charte de l'environnement, la volonté des constituants était clairement de donner au droit de l'environnement une protection équivalente aux droits et libertés fondamentaux jusqu'alors reconnus par la Constitution. Les auteurs s'accordent aussi à considérer que le principe de précaution était voulu d'application directe. C'est-à-dire que contrairement à d'autres textes de la Charte de l'environnement les auteurs de la Charte ne conditionnaient pas son applicabilité à un encadrement législatif supplémentaire. La simple insertion du principe de précaution dans la Charte suffisait à rendre obligatoire le principe de précaution³⁹.

La complexité serait due à une « absence de consensus originel du principe de précaution »⁴⁰ quant à ses conditions d'application. La doctrine critique alors le fait que le principe de précaution serait une règle au contenu indéterminé⁴¹. Le principe de précaution serait un « standard juridique », « *une norme a contenu variable dans laquelle l'administration, le juge, voire l'administré, vont trouver un sens particulier.* »⁴² Les auteurs dénoncent les limites posées dans la loi qui ne manqueraient « *pas d'être contradictoires avec l'objectif recherché.* » Sa définition dépendrait de l'époque et du contexte⁴³.

Le principe est encore jugé « imprécis », « imprévisible »⁴⁴. Le principe de précaution serait complexe car son domaine serait « indéterminé ». Le principe de précaution est devenu un principe qui a transcendé les différents domaines juridiques alors que les travaux préparatoires font apparaître la volonté de cantonner le principe de précaution à l'environnement⁴⁵. La formulation retenue à l'article 5 de la Charte de l'environnement va entraîner une extension du principe au

³⁸ Rapport commission COPPENS.

³⁹ Voir notamment : Voir Y. Jégouzo, Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement, Cah. Cons. const. 2003, n° 15, p. 129 ; B. Mathieu, La portée de la Charte pour le juge constitutionnel, AJDA 2005. 1173 ; V. Mansuy, Le principe de précaution : un principe en quête de méthodologie ?, Environnement, n° 6, juin 2004, étude n° 11.

⁴⁰ Agathe Van Lang, Principe de précaution : exorciser les fantasmagories, AJDA 2015 p.510.

⁴¹ François Ewald, Nicolas de Sadeleer, Christian Gollier, le principe de précaution, Que Sais-je, presse Universitaires de France, 2008, p 75.

⁴² François Ewald, Nicolas de Sadeleer, Christian Gollier, le principe de précaution, Que Sais-je, presse Universitaires de France, 2008, p 95.

⁴³ François Ewald, Nicolas de Sadeleer, Christian Gollier, le principe de précaution, Que Sais-je, presse Universitaires de France, 2008, p 91.

⁴⁴ Jégouzo AJDA 2012 sur CE du 30 janvier 2012, *Société Orange France* req. n° 344992, AJDA 2012. 183 : « *Tous ceux qui se sont intéressés au principe de précaution ont vite décelé les risques contentieux qu'il pouvait générer. C'était le sort promis à un texte qui collationne des concepts et des standards aussi **imprécis que « réalisation incertaine** ».*

⁴⁵ Rapport commission COPPENS p 16 et suivants : « *Il est apparu à la Commission que cette Charte devait s'inscrire dans la lignée des grands textes fondateurs qui sont évoqués dans le préambule de la Constitution. (...) La Charte de l'environnement doit marquer, en 2003, une nouvelle étape du pacte de la Nation en complétant ces textes fondamentaux.* »

domaine de la santé⁴⁶. Dans une décision du 8 octobre 2012 le Conseil d'État utilisera expressément l'article 1^{er} de la charte de l'environnement⁴⁷ pour étendre au domaine de la santé⁴⁸.

Ainsi alors qu'une partie de la doctrine souhaitait « doter le droit de l'environnement d'un corps de principes directeurs » pour guider l'élaboration de la norme juridique, la décision du juge et de la politique publique, on lui reproche aujourd'hui d'être trop adaptable⁴⁹.

⁴⁶ Agathe Van Lang, Principe de précaution : exorciser les fantasmagories, AJDA 2015 p.510.

⁴⁷ Article 1^{er} de la Charte de l'environnement : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. »

⁴⁸ CE 8 octobre 2012, n°342423 Commune de Lunel : « 3. *Considérant qu'il résulte des dispositions ainsi rappelées que le principe de précaution s'applique aux activités qui affectent l'environnement dans des conditions susceptibles de nuire à la santé des populations concernées ; que, par suite, en jugeant, par un motif qui n'était pas surabondant, que la circonstance, à la supposer établie, que les champs radioélectriques émis par les relais de téléphonie mobile porteraient atteinte à la santé humaine n'était pas de nature à faire regarder les dispositions de l'article 5 de la Charte comme ayant été méconnues, le tribunal administratif a entaché son jugement d'une erreur de droit ; que la commune de Lunel est, dès lors, fondée à demander pour ce motif, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'annulation du jugement qu'elle attaque ;* » <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000026476231&fastReqId=1710285248&fastPos=1> ou encore CE 12 avril 2013 n°34240 : « 36. *Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la Charte de l'environnement : " Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé " ; qu'aux termes de 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 oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage " ; qu'aux termes du 1° du II de l'article L.110-1 du code de l'environnement, la protection et la gestion des espaces, ressources et milieux naturels s'inspirent notamment du " principe de précaution, selon lequel 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 " ;* <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000027300300&fastReqId=1706923995&fastPos=1> ; CE 19 juillet 2010 n°328687 : « 3. *Considérant qu'il résulte des dispositions ainsi rappelées que le principe de précaution s'applique aux activités qui affectent l'environnement dans des conditions susceptibles de nuire à la santé des populations concernées ; que, par suite, en jugeant, par un motif qui n'était pas surabondant, que la circonstance, à la supposer établie, que les champs radioélectriques émis par les relais de téléphonie mobile porteraient atteinte à la santé humaine n'était pas de nature à faire regarder les dispositions de l'article 5 de la Charte comme ayant été méconnues, le tribunal administratif a entaché son jugement d'une erreur de droit ; que la commune de Lunel est, dès lors, fondée à demander pour ce motif, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, l'annulation du jugement qu'elle attaque ;* » <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000026476231&fastReqId=1445578874&fastPos=1> :

⁴⁹ Gilles Martin : « Environnement : nouveau droit ou non droit ? in « La Nature en politique ou l'enjeu philosophique de l'écologie », L'Harmattan, 1993 : « « Depuis que l'on parle de droit de l'environnement, comme s'il s'était agit, dès l'origine d'une branche autonome du droit, les auteurs s'emploient à dénoncer l'absence de principes fondateurs qui définiraient en quelque sorte une ligne de conduite à tenir dans l'élaboration de la norme juridique, guidant la décision du juge, la politique des pouvoirs publics, voire les rôles des acteurs sociaux tels que les entreprises ou les associations. » et « Droit sans démocratie, le droit de l'environnement est (aussi) un droit sans éthique » De même le professeur Gilles Martin alors président de la commission d'expertise du Code de l'environnement consulté par le ministre sur l'affirmation de quelques principes fondamentaux affirmait que « ces principes devaient permettre au législateur national d'affirmer sa propre volonté de doctrine, avant de se la voir imposer par la CJCE » et enfin de « doter le droit de l'environnement d'un corps de principes directeurs permettant à la société civile de se saisir de la matière et de la faire vivre » cité par Chantal Cans, Grande et petites histoires des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995, Rev. jur. env., Année 1995 Volume 20 Numéro 2 pp. 195-217.

Il existe surtout dans le débat public une confusion du principe de précaution avec le principe de prévention :

Autre raison qui peut expliquer sa complexité du principe de précaution, c'est la confusion du principe de précaution avec la notion de « prévention ». Le principe de prévention est apparu en France au même moment. Il se définit comme étant le « *principe selon lequel toute activité ou décision susceptible de porter atteinte à l'environnement doit recourir aux meilleurs techniques disponibles pour corriger ces effets à la source plutôt que de les réparer* »⁵⁰ Les deux principes sont d'ailleurs souvent définis dans les mêmes textes. L'article L 110-1 du Code de l'environnement contient dans le même article le principe de précaution et le principe de prévention⁵¹. À la différence du principe de précaution, le principe de prévention suppose l'existence d'un principe certain. « Le principe de précaution, lui, place l'action (positive ou négative) en dehors de toute certitude scientifique, l'incertitude étant même le fondement du principe. »⁵². Les requérants confondent ces deux notions et les utilisent de manière indifférenciée⁵³.

Cette confusion explique l'incompréhension de la société civile militante lorsque le juge refuse de faire droit à leur demande sur le fondement du principe de précaution.

Finalement, la source du débat ne relève-t-elle pas plutôt de ce renvoi « aux données de la science » prévu dans le principe de précaution ? Or, qui détermine les « données de la science » ? La science était-elle unanime ?

Biographie :

Julia Rossigneux est doctorante au laboratoire CEJEP (Centre d'études juridiques et politiques) de l'Université de La Rochelle sous la direction d'Isabelle Boucobza, professeure. Ses travaux de recherche portent sur la détermination des limites aux droits et libertés dans le contrôle de constitutionnalité. Plus précisément, elle tente d'analyser le discours porté sur ce contrôle des limites par le Conseil constitutionnel et la doctrine.

⁵⁰ Chantal Cans, Grande et petites histoires des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995, Rev. jur. env., Année 1995 Volume 20 Numéro 2 pp. 195-217.

⁵¹ Article L 110-1 du Code de l'environnement : « II (...) 1° Le principe de précaution, selon lequel 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 ; 2° Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ; Ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité ; »

⁵² Laurent Fonbaustier, Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution, D. 2007. 1523.

⁵³ Laurent Fonbaustier dans son article (Le contrôle de légalité à la française comme mode de traitement du principe de précaution, D. 2007. 1523) cite quelques décisions CE 26 avr. 2006, ASPAS, req. n° 274339 ; Pour une illustration dans le domaine des OGM, V. CE 1er oct. 2001, Assoc. Greenpeace France, req. n° 225008.