



Le principe de précaution entre l'épistémologie et le droit

By/Par	Etienne Brun-Rovet
	Ecole nationale d'administration

ABSTRACT

Despite existing justifications of the logic of the precautionary principle, one important difficulty remains at the level of its application. Indeed, it is not certain that we are able to know that a possible (yet unknown) risk is associated at a given action. This epistemological difficulty might give rise to two criticisms from the legal sphere. First, the principle might be accused of implying an unacceptable reversal of the burden of proof. Second, it is definitely imprecise in its legal formulation. Our examination of the genuine application of the precautionary principle by the Council of State will show that legal decisions manage to delimitate an acceptable field of application for the principle in question. Eventually, it is the analysis of social motivations for a legal interpretation of the precautionary principle that will help us to find the foundations of its correct application.

Keywords: legal practice, social motivation, decision, precautionary principle.

RÉSUMÉ

En dépit des justifications que l'on a pu donner de la logique du principe, il subsiste une difficulté de taille au niveau de son application. En effet, il n'est pas certain que l'on puisse savoir qu'un risque possible (mais inconnu) est associé à une action donnée. Cette difficulté épistémologique pourrait fonder deux critiques juridiques au principe de précaution : la critique selon laquelle le principe implique un renversement inacceptable de la charge de la preuve ; et la critique qui tient à l'imprécision indépassable des tentatives de formulations juridiques du principe. Notre examen de la pratique du principe de précaution par le Conseil d'Etat relèvera que les décisions juridiques réussissent à délimiter un champ d'application acceptable pour le principe en question. C'est en fin de compte l'analyse des motivations sociales pour la traduction juridique du principe de précaution qui nous permettra de trouver les fondements de son application correcte.

Mots clés : pratique juridique, motivation sociale, décision, principe de précaution.

INTRODUCTION

La manifestation la plus directe de l'institutionnalisation du principe de précaution est sans doute le « parcours juridique fulgurant [de ce principe], désormais hissé au plus haut niveau de la hiérarchie des normes juridiques »¹. Si nous pouvons légitimement, suivant Anna Zielinska, nous interroger sur l'applicabilité générale du principe de précaution entendu comme *maxime* ou comme « règle d'action s'appuyant sur un jugement de valeur et constituant un modèle, une règle ou un but » (*Le Petit Robert*), sa formulation juridique met en quelque sorte fin à ces débats dans la mesure où, pour citer la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* :

La loi est l'expression de la volonté générale. [...] Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. (article VI)

Consacrer le principe de précaution sous forme de loi, ou *a fortiori* de texte constitutionnel, revient donc à en faire réellement un *principe* dont l'application générale s'impose à tous.

Mais quelle est exactement la nature de ce principe désormais désigné comme tel par un acte quasi-performatif de nos institutions ? Bernard Reber nous a bien montré combien, peu après son inscription dans des textes juridiques, la compréhension du principe de précaution par les acteurs institutionnels était loin d'être univoque. Par ailleurs, on ne pouvait s'attendre à ce que les critiques scientifiques au principe de précaution, telles qu'elles ont été énumérées par Sabine Plaud, se résorbent du seul fait de sa judiciarisation. Il convient donc d'analyser de plus près la façon dont le principe de précaution est appliqué par nos institutions juridiques.

Cette analyse nous permettra de dégager la thèse suivante. Nous verrons, dans une première partie sur les conditions épistémologiques d'identification du champ d'application du principe de précaution, qu'en dépit des justifications que l'on a pu donner de la logique du principe, il subsiste une difficulté de taille au niveau de son application. En effet, il n'est pas certain que l'on puisse savoir qu'un risque possible (mais inconnu) est associé à une action donnée (ou, plus précisément : il n'est pas certain qu'une hypothèse de risque associée à une action puisse jamais qualifier comme pertinente pour déclencher le principe de précaution). Cette difficulté épistémologique pourrait fonder deux critiques juridiques au principe de précaution : la critique selon laquelle le principe implique un renversement inacceptable de la charge de la preuve ; et la critique qui tient à l'imprécision indépassable des tentatives de formulations juridiques du principe. Or nous verrons dans une deuxième partie que, si le problème de l'identification se traduit en effet dans l'application du principe de précaution par les tribunaux, celle-ci n'est pas pour autant, comme l'ont défendu notamment des juristes

¹ Laurence Baghestani-Perrey, « La constitutionnalisation du principe de précaution dans la Charte de l'environnement ou la consécration d'un principe à effet direct », *Les Petites Affiches*, 30 juillet 2004, n°152, p. 4.

américains, « arbitraire et capricieuse »². Notre examen de la pratique du principe de précaution par le Conseil d'Etat relèvera que, par-delà les arguments juridiques (qui reposent notamment sur des analogies parfois peu concluantes), les décisions juridiques réussissent à délimiter un champ d'application acceptable pour le principe en question. Mais, si ce succès ne tient pas à la nature même de la loi (ou de la Constitution), c'est donc qu'une autre instance régulatrice surplombe les textes. C'est en fin de compte l'analyse des motivations sociales pour la traduction juridique du principe de précaution qui nous permettra de trouver les fondements de son application correcte. Mais nous insisterons sur le fait que cela n'implique pas une remise en cause de la généralité du principe de précaution, du moins dans sa forme juridique.

LE PROBLEME DE L'IDENTIFICATION D'UN CHAMP D'APPLICATION POUR LE PRINCIPE DE PRECAUTION

Nous avons eu l'occasion de le voir : il y a deux acceptions du principe de précaution en droit interne Français :

Article 1^{er} de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (article L.110-1 du Code de l'environnement) :

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 économique acceptable.

Article 5 de la Charte de l'environnement :

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.

Nous avons par ailleurs vu que ces formulations du principe de précaution débouchaient sur un principe d'*action*. En effet, le risque n'est pas condamné en lui-même mais doit être accompagné de « mesures effectives et proportionnées » ou « de procédures d'évaluation des risques et [...] de mesures provisoires et proportionnées ».

Cependant, on peut légitimement s'interroger sur les conditions qui permettraient aux acteurs institutionnels de déterminer si le principe de précaution est bien applicable dans un cas donné. C'est en effet à ce niveau, c'est-à-dire au niveau de la détermination du seuil de

² Gary E. Marchant et Kenneth L. Mossman, *Arbitrary and Capricious : The Precautionary Principle in the European Courts*, Washington D. C. : The AEI Press, 2004.

déclenchement, que peut être soulevée la question de l'effectivité propre du principe. Ainsi que le soulignait le rapport Kourilsky-Viney, le principe de précaution implique, par rapport au principe de prévention, un abaissement du seuil de déclenchement de l'intervention :

Dans le cas de la précaution, il s'agit de la probabilité que l'hypothèse soit exacte, dans le cas de la prévention, la dangerosité est établie et il s'agit de la probabilité de l'accident³.

Mais pour évaluer la probabilité de l'hypothèse de risque, encore faut-il l'avoir préalablement identifiée. Comment, concrètement, procède-t-on à cette identification ? Le Conseil d'Etat, dans son rapport public de 2005 sur le thème de la responsabilité et de la socialisation du risque, interprétait l'article 5 de la Charte de l'environnement de la manière suivante :

On peut voir dans cette définition un principe d'action orienté vers l'évaluation et l'amélioration de la connaissance du risque, dont l'un des principaux apports est de guider les comportements de l'administration en renforçant l'expertise, la transparence, l'anticipation. Le caractère provisoire des mesures, au demeurant variées, qui peuvent être prises, implique un mouvement d'aller-retour entre des mesures permissives (autorisation de mise sur le marché) et des mesures conservatoires (moratoire, retrait d'autorisation...) lesquelles ne visent qu'à prendre le temps nécessaire à l'acquisition des connaissances et doivent être conçues comme réversibles. Les mesures doivent être « proportionnées » au risque éventuel qu'il s'agit de réduire et à la gravité du dommage redouté.⁴

Cette caractérisation est tout à fait conforme à la logique du principe de précaution. Cependant, elle me semble partiellement utopique. Rien dans ce compte rendu n'explique comment le « regard » de l'administration doit être orienté vers une hypothèse de risque qui nécessiterait un approfondissement scientifique accompagné de mesures appropriées. Le Conseil d'Etat donne d'ailleurs un exemple des limites du principe de précaution : le traitement de l'épidémie d'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) au Royaume-Uni. En effet, en l'état des connaissances scientifiques de la fin des années soixante-dix, l'application du principe de précaution n'aurait probablement pas conduit à l'interdiction des farines animales ; elle aurait plutôt motivé des modifications dans les procédures de fabrication de ces farines. L'hypothèse la plus probable, fournie après les faits, selon laquelle l'ESB serait due à une mutation génétique des bovins et à une dissémination par le recyclage des déchets bovins, était tout simplement inenvisageable avant la crise.

En d'autres termes, l'affirmation d'un principe de précaution ne permet pas, à elle seule, d'identifier les hypothèses de risque susceptibles de déclencher les mesures et procédures d'accompagnement des évolutions scientifiques. De plus, les hypothèses retenues sont toujours celles qui sont considérées, au vu des connaissances scientifiques du moment, comme relativement plausibles. L'idée même d'une modification génétique des bovins aurait été accueillie, en 1980, comme invraisemblable.

D'un point de vue épistémologique, le principe de précaution contient donc des « points morts » dans la mesure où les hypothèses de risque qui sont évaluées en son nom ne sont considérées comme pertinentes que dans le cadre de la connaissance scientifique du moment.

³ Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution : rapport au Premier ministre*, Paris : Odile Jacob, 2000, p. 18.

⁴ Rapport public du Conseil d'Etat, 2005, p. 280.

Ce point est implicitement souligné dans le Rapport du Conseil d'Etat par une défense de l'efficacité supposée du principe de précaution s'il avait été correctement appliqué *après* le déclenchement de la crise de l'ESB. Olivier Godard est cité à cette fin :

L'application plus rigoureuse et cohérente d'une stratégie de précaution proportionnée et plus attentive à l'évolution des informations et connaissances scientifiques aurait [alors] significativement réduit l'ampleur de l'épidémie et son incidence possible pour la santé humaine, même si elle n'avait pas pu la tuer dans l'œuf. Le principe de précaution est une exigence de prise en compte précoce de risques potentiels, mais sa contrepartie est bien l'adoption de mesures effectives et proportionnées, comme le demande la loi française⁵.

On pourrait ajouter : « de prise en compte précoce des risques, mais pas trop précoce ». En effet, à l'aune de ce type d'exemple, on pourrait prétendre que, si le principe de précaution se distingue logiquement de la prévention par le caractère incertain des connaissances scientifiques au moment de la prise de décision, *dans les faits*, il se traduit plutôt par une prévention active au moment de l'émergence d'une connaissance scientifique. Dès lors, le problème épistémologique de l'identification du champ d'application du principe de précaution pourrait sembler insurmontable.

LE PRINCIPE DE PRECAUTION A L'AUNE DES INSTITUTIONS JURIDIQUES

Les conséquences de la traduction du principe de précaution dans le droit

Cependant, la judiciarisation du principe de précaution permet de répondre en partie au problème épistémologique de l'identification des hypothèses de risque pertinentes. Dès lors que ce principe est inscrit dans un texte juridique, il devient en effet invocable devant les juridictions compétentes. Or les questions dont sont saisis les tribunaux, notamment ceux de l'ordre administratif, portent justement sur les mesures permissives ou conservatoires qui étaient visées dans le compte rendu que donnait le Rapport du Conseil d'Etat du principe de précaution : autorisations de mise sur le marché, moratoire, retrait d'autorisation... On pourrait d'ailleurs voir dans cette possibilité qu'ont les administrés à saisir le juge administratif une condition de possibilité de l'application du principe de précaution : c'est notamment par le biais de ces saisines que les institutions auront l'occasion de procéder à l'évaluation des risques environnementaux associés à une innovation technologique. La saisine oriente donc partiellement le « regard » de l'administration et permet aux acteurs de la société civile de peser dans la délibération publique en matière environnementale. Notons à ce sujet que le premier arrêt du Conseil à considérer le principe de précaution comme un moyen invocable au contentieux, arrêt qui portait sur une demande de sursis à exécution d'une décision d'autorisation de la culture des maïs transgénique, avait pour partie requérante l'Association Greenpeace France⁶. Rachel Vanneville et Stéphane Gandreau

⁵ Olivier Godard, « L'impasse de l'approche apocalyptique de la précaution. De Hans Jonas à la vache folle », *Ethique Publique* 4(2), éd. Liber, octobre 2002, pp. 7-23.

⁶ CE, 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France* : sursis à exécution fondé sur le fait que la décision a été prise sur la base d'un avis rendu au vu d'un dossier incomplet ;

soulignent que, quatre ans plus tard, un commissaire du gouvernement se félicitait de cette décision à l'occasion d'une autre affaire :

Nous pensons que le Conseil d'Etat a eu raison de s'engager dans la voie d'une prise en compte juridique du principe de précaution (...) parce que vos décisions s'inscrivent toujours dans un contexte particulier et que vous ne pouvez rester indifférent à la gravité de certaines crises sanitaires récentes qui ont mis en évidence une carence des autorités publiques, notamment dans l'expertise, au regard de cette exigence élémentaire de sauvegarde de la santé publique⁷.

Certes, le fait d'élargir les sources d'expertise en accueillant au sein des juridictions administratives des requêtes invoquant le principe de précaution ne résout pas entièrement la question de l'identification des hypothèses de risque envisageables ; il permet cependant d'ouvrir au sein des pouvoirs publics un forum permanent d'évaluation des risques potentiels susceptibles d'être invoqués.

De plus, la traduction juridique du principe de précaution est tributaire du problème épistémologique d'identification des hypothèses de risque. Cette contamination du versant juridique du principe de précaution est caractérisée par trois critiques récurrentes du principe dans le domaine du droit :

1/ Une première critique insiste sur le **renversement inacceptable de la charge de la preuve** qu'introduirait le principe de précaution dans l'argumentation juridique. Cette critique est associée à l'interprétation maximaliste du principe selon laquelle la précaution impliquerait la recherche du risque zéro. Dans ce cadre, il faudrait prouver l'inexistence d'un risque hypothétique pour pouvoir agir. Si nous avons vu que les formulations françaises du principe de précaution se démarquaient de cette interprétation en invoquant un principe d'action, l'effet pervers de cette formulation est le rejet d'hypothèses de risques potentiellement vraies (par exemple : la dangerosité des antennes de téléphonie mobile) au titre de l'acceptabilité du risque (cf. *infra*). Les « points morts » épistémologiques du principe de précaution trouvent donc leurs corrélats dans la charge de la preuve en droit.

2/ Une deuxième critique mobilise l'argument des « points morts » **pour conclure à l'effet juridiquement paralysant du principe de précaution**. Ainsi, Cass R. Sunstein souligne que :

Le principe de précaution peut guider [l'action] seulement si nous nous mettons des ceillères et nous bornons à regarder un sous-ensemble des dommages impliqués. Dans les controverses du monde réel, un défaut de régulation serait contraire au principe de précaution parce que des risques potentiels sont en jeu. Mais la régulation aussi provoque des risques potentiels – c'est donc que la régulation elle-même sera contraire au principe de précaution. Il en va de même pour tous les degrés intermédiaires d'action, entre la régulation et l'absence de régulation. Ainsi, le principe de précaution en son sens plein est à proprement parler paralysant : il interdit toute action imaginable, y compris l'inaction⁸.

⁷ Cité dans Rachel Vanneville et Stéphane Gandreau, *Le principe de précaution saisi par le droit*, Paris : La Documentation française, 2006, p. 116 ;

⁸ Cass R. Sunstein, *Risk and Reason*, Cambridge : Cambridge University Press, 2002, pp. 103-104.

Pour illustrer sa position, Sunstein donne l'exemple d'un projet de régulation pour l'eau du robinet. En augmentant les exigences en matière de qualité, la facture pour le consommateur sera plus lourde. Or ne risque-t-on pas, en conséquence, d'inciter les ménages les plus démunis à trouver d'autres sources d'eau à usage domestique (puits, eau de pluie, ...), entraînant ainsi des risques sanitaires ? L'application en droit du principe de précaution serait donc tout simplement impossible, de fait même de notre incapacité à identifier pleinement toutes les hypothèses de risque.

3/ Enfin, une troisième critique porte sur **l'imprécision indépassable des tentatives de formulation juridique du principe de précaution**. Cette imprécision découle notamment des tentatives d'énumération de critères d'évaluation des hypothèses de risque ainsi que de la proportionnalité des mesures prises. On remarquera qu'il y a sur ce point une différence importante entre la formulation retenue par la loi Barnier et celle de la Charte de l'environnement : seule la première fait référence à un « coût économique acceptable ». Gary Merchant et Kenneth Mossman (*op. cit.*) soulignent que ces imprécisions sont la cause d'applications arbitraires et capricieuses (selon eux) du principe de précaution par les juridictions communautaires. Cette critique résulte surtout du caractère modal du principe de précaution et de son association à l'incertitude scientifique en général. Mais surtout, dans la mesure où une formulation maximaliste du principe (par exemple : lorsqu'une action est susceptible de provoquer des dommages irréversibles, la charge de la preuve incombe à celui qui souhaiterait entreprendre l'action) capturera non seulement les hypothèses de risque associées à une connaissance scientifique émergente, mais aussi les hypothèses proprement novatrices car inenvisageables en l'état actuel des connaissances scientifiques⁹, on voit en cette difficulté une conséquence du problème de l'identification des hypothèses de risque pertinentes à une action donnée.

Le principe de précaution dans la jurisprudence du Conseil d'Etat

Comment les travaux du Conseil d'Etat traduisent-ils ces difficultés ? L'analyse des conclusions du commissaire du gouvernement¹⁰ dans deux affaires nous permet de mettre en lumière la méthode d'application du Conseil dans des dossiers récents, le premier concernant les risques supposés relatifs à l'implantation d'antennes de téléphonie mobile, le second dans l'affaire des « abeilles folles ».

I/ Dans l'affaire **Société Bouygues Télécom** (arrêt du 20 avril 2005), le commissaire du gouvernement demande l'annulation d'un arrêt de la cour administrative d'appel (CAA) de Marseille qui a annulé un jugement du tribunal administratif de Nice favorable à l'autorisation de travaux de réalisation d'une station radioélectrique à Cagnes-sur-Mer. La CAA avait invoqué le principe de précaution pour justifier l'annulation d'autorisation de travaux.

⁹ Exemple de l'hypothèse selon laquelle une mutation génétique serait la cause de l'ESB.

¹⁰ Les conclusions des commissaires du gouvernement présentent des arguments plus développés que les arrêts du Conseil d'Etat ; présentés par un magistrat du Conseil, ils constituent une proposition indépendante de décision et sont souvent publiés dans des revues de droit administratif.

Ces conclusions sont remarquables à deux titres. En premier lieu, elles soutiennent le principe de l'indépendance des législations : l'autorisation de travaux reposait sur le Code de l'urbanisme ; la CAA aurait donc commis une erreur de droit en invoquant le Code de l'environnement (et donc le principe de précaution). Cet argument, qui a été retenu par le Conseil d'Etat, est important dans la mesure où il implique une limite à l'applicabilité du principe de précaution en droit français. Nous sommes accoutumés à entendre dans le discours public le principe de précaution invoqué à toute sorte d'occasion (justification de l'interdiction de l'homoparentalité ou du retrait de l'autorisation de travail en zone aéroportuaire pour des musulmans). Or ces utilisations sont manifestement impropres à la traduction juridique du principe de précaution dont l'application est très étroite.

On pourrait par ailleurs se demander si les différences de formulation entre le principe de précaution dans le Code de l'environnement et sa consécration constitutionnelle dans la Charte de l'environnement pourraient étendre l'application du champ du principe de précaution en matière environnementale. L'article 5 de la Charte, contrairement aux articles 3 (principe de prévention) et 4 (principe de réparation), ne renvoie pas expressément aux « conditions définies par la loi » pour son application ; il est donc probablement d'application directe et pourrait rentrer en conflit avec le principe d'indépendance des législations. Certes, les « autorités publiques » sont chacune soumises au principe de légalité : il n'est donc pas certain que les deux formulations du principe de précaution puissent rentrer en conflit. Mais cette question n'a pas encore été tranchée par le Conseil d'Etat qui, pourtant, fait maintenant figurer l'article 5 de la Charte de l'environnement dans ses considérants¹¹ au même titre que l'article L.110-1 du Code de l'environnement. Il en résulte que des décisions portant sur des faits postérieurs à la constitutionnalisation du principe de précaution (ce qui n'est pas le cas pour l'affaire Bouygues Télécom) pourraient donner des résultats différents du fait des imprécisions ou des différences dans la formulation du principe.

Enfin, le commissaire du gouvernement envisage la réponse que pourrait apporter le Conseil d'Etat s'il devait néanmoins retenir le moyen issu de l'article L.110-1 du Code de l'environnement. Même dans ce cas, le commissaire du gouvernement propose l'annulation de l'arrêt de la CAA car :

Il nous semble que la manière dont la cour applique le principe de précaution va trop loin. [...] C'est un véritable renversement de la charge de la preuve auquel procède la cour : elle exige la preuve d'un « risque zéro ». Une telle conception du principe de précaution pourrait aboutir, comme le craignait Michel Franc [...] « à une paralysie progressive de l'action publique comme de l'initiative privée » [...] A ce compte-là, pour reprendre également la formule de notre collègue Catherine Bergeal, « pourquoi ne pas aussi interdire la circulation automobile » ? [...] Ou, pour reprendre un autre exemple : peut-on établir avec certitude qu'il n'existe aucun risque de tremblement de terre dans le Sud-Est ? Va-t-on pour autant y interdire à tout jamais toute construction ? [...] Le principe de précaution, c'est agir, même si l'on n'est pas certain de l'existence d'un risque. Ce n'est pas ne rien faire tant que l'on n'est pas certain de l'absence du risque.

Nous voyons là un exemple d'un effet pervers du refus du renversement de la charge de la preuve : une hypothèse potentiellement vraie mais non prouvée (la dangerosité des antennes-

¹¹ CE, 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux*.

relais de téléphonies mobile) peut ainsi se trouver écartée. On aurait vraisemblablement écarté au même titre l'hypothèse de la modification génétique des bovins dans le cas de l'ESB. Mais c'est peut-être là la condition nécessaire de l'applicabilité du principe de précaution par les juridictions administratives :

Le principe de précaution, pour être viable, doit être compris de façon raisonnable et réaliste, et conçu comme un principe d'action plus que d'abstention ou d'inaction¹².

Institutionnalisé, le principe de précaution s'auto-limite, rendant ainsi apparemment inopérantes les deux premières critiques invoquées à son encontre.

2/ Dans l'affaire **Union nationale de l'apiculture française** (arrêt du 9 octobre 2002), une décision ministérielle de refus d'abrogation de l'autorisation de mise sur le marché du « Gaucho » pour le maïs a été annulée par le Conseil d'Etat, qui invoquait le principe de précaution. Le commissaire du gouvernement souligne que :

la question qui vous est soumise aujourd'hui se prête parfaitement aux critères d'appréciation applicables au principe de précaution : il s'agit bien d'apprécier si, compte tenu des éléments scientifiques dont il disposait, le ministre n'a pas exagérément retardé l'adoption de mesures visant à prévenir, à un coût économiquement acceptable, un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement. Nous sommes presque en présence d'un cas d'école d'application de ces critères énoncés par l'article L. 110-1 du code de l'environnement.

Mais est-ce vraiment un cas d'école ? Le commissaire ouvrait ses conclusions ainsi :

Les abeilles françaises sont frappées, depuis plusieurs années, par un mal encore mystérieux qui décime les essaims. Rien ne permet d'affirmer que le fléau aurait une cause unique, mais les apiculteurs mettent en accusation une nouvelle catégorie d'insecticides, dits systémiques.

Cependant, les arguments invoqués pour soutenir la demande d'annulation du refus d'abrogation du ministre invoquent des rapports scientifiques qui font ressortir la nocivité, au-delà d'un certain seuil, de l'imidaclopride pour les abeilles. Une suspension de l'autorisation du Gaucho avait été précédemment accordée pour le tournesol ; le ministre soutenait que les abeilles étaient plus fortement attirées par le tournesol que par le maïs ; or le commissaire du gouvernement considère que :

Les motifs de sa décision [refus de suspension pour le maïs], qui placent le maïs et le tournesol sur des plans foncièrement différents au regard de leur attractivité pour les abeilles, nous paraissent entachés à tout le moins d'une erreur sur la matérialité des faits pour avoir écarté à tort les risques potentiels d'une exposition à l'imidaclopride contenu dans le pollen [du maïs].

Il semblerait presque que le fléau qui frappe les abeilles est loin d'avoir une cause mystérieuse ! Certes, d'autres causes pourraient, selon l'argumentaire du commissaire du gouvernement, avoir contribué à la nocivité du Gaucho. Il n'empêche que nous avons là un cas qui ressemble plutôt à une extension du principe de prévention à partir de connaissances scientifiques émergentes sinon quasi-manifestes. Il y a, semble-t-il, une continuité dans leurs applications entre le principe de précaution et le principe de prévention.

¹² Rapport public du Conseil d'Etat, 2005, cité par le commissaire du gouvernement dans cette affaire.

Les deux affaires reflètent donc la difficulté liée à l'identification des hypothèses de risque pertinentes. D'une part, l'argument du renversement de la preuve apparaît comme à double tranchant, dans la mesure où, dans une formulation « raisonnable » du principe de précaution, il exclut de fait des hypothèses dont la vérité (si elle était établie) justifierait une action immédiate. D'autre part, le conflit entre les différentes formulations du principe, même entre les deux formulations en droit interne, pourrait entraîner des évolutions dans la jurisprudence, voire un conflit entre principes juridictionnels. Enfin, l'application du principe de précaution, lorsque son évocation est acceptée par le Conseil d'Etat, repose sur un faisceau d'indices scientifiques déjà consistant, de telle sorte à faire apparaître la continuité entre principe de précaution et principe de prévention.

Notons cependant que le principe de précaution n'est pas pour autant dénué d'efficacité. Il fonde des décisions qui n'auraient pas donné les mêmes résultats s'il n'avait pas existé (nous n'avons pas encore la preuve de la nocivité du Gaucho). Il repose sur des arguments analogiques qui renvoient à l'état des connaissances scientifiques du moment et à la disproportion de certaines mesures (si on interdisait les antennes-relais, pourquoi ne pas aussi interdire les automobiles ?). Et surtout, il inspire une réflexion continue, dans un cadre institutionnel clairement délimité, sur le degré de risque acceptable dans la société. A ce titre, le principe de précaution, tel qu'il est saisi par le droit, a bien un domaine d'application propre.

LES CONDITIONS SOCIALES DE LA BONNE APPLICATION DU PRINCIPE DE PRECAUTION

Je souhaiterais brièvement conclure sur trois points relatifs à l'interaction entre le principe de précaution dans sa forme judiciarisée et nos institutions sociales.

I/ En premier lieu, il me semble que le principe de précaution, entendu comme moyen d'action dans le cadre de l'incertitude scientifique, n'est intelligible que dans le contexte d'une institution. S'il nous est possible d'envisager de façon abstraite la logique de ce principe, son application nécessite l'existence d'instances de délibération au sein desquelles l'évaluation des risques liés à une proposition d'action peut-être opérée et révisée. A ce titre, il me semble que les juridictions administratives françaises réussissent à remplir les conditions requises pour une bonne application du principe de précaution.

Cependant, je pense avoir montré que, dans le contexte de l'incertitude scientifique, une version institutionnalisée du principe de précaution restait toujours très liée au principe de prévention. Une version « réaliste » du principe de précaution, pour reprendre les termes du Conseil d'Etat, nous permet de porter notre regard au-delà des connaissances scientifiques, mais ce regard est très limité et se rattache nécessairement à des connaissances scientifiques en gestation. Ainsi, le principe de précaution dans les institutions aurait sans doute permis, comme le soutient Olivier Godard, de réduire la portée de la crise de l'ESB, mais n'aurait probablement pas empêché la réalisation de la crise. De même, dans le cas du Gaucho, le principe de précaution pourrait s'appliquer pour étendre une interdiction, mais seulement de

façon graduelle, voire temporaire (il y a de forts avantages environnementaux à l'utilisation des insecticides systémiques en termes de pollution des sols car, en dépit de leurs effets potentiels sur les abeilles, ils réduisent considérablement la pollution de l'eau).

2/ De même, j'espère avoir montré qu'il existait des limites aux arguments invoqués par la jurisprudence administrative. Ceux-ci, notamment en ce qui concerne la compatibilité des formulations du principe de précaution applicables ou la réversibilité de l'argument de la charge de la preuve, sont vraisemblablement sous-tendus par des conditions sociales qui apparaissent assez clairement dans le Rapport public de 2005, dans ses considérations sur la relation entre le principe de précaution et le régime de responsabilité pour faute. En effet, on pourrait envisager une utilisation du principe de précaution qui consisterait à chercher *a posteriori* les responsables d'un défaut de précaution afin de dédommager les victimes. Or une telle démarche irait à l'encontre de l'évolution de la jurisprudence administrative qui tend plutôt à indemniser les victimes d'un tort indépendamment de l'attribution d'une faute. En cela, je rejoins les conclusions du rapport Kourilsky-Viney selon lesquelles :

La théorie du risque et le principe de précaution ayant comme objectif commun d'améliorer la protection du public contre les risques, il serait paradoxal qu'ils entrent en conflit et que le principe de précaution ait pour effet de revenir sur les régimes de responsabilité sans faute que cette doctrine a permis d'aménager [...] Bien plus, il semble même que [le principe de précaution] incite à franchir une nouvelle frontière en favorisant la création de régimes d'indemnisation totalement indépendants de toute affirmation, non seulement d'une faute, mais même d'une responsabilité quelconque.

Le principe de précaution, entendu comme principe d'action *a priori*, participe donc à une « socialisation du risque », socialisation qui n'est elle-même envisageable que dans un cadre institutionnel.

3/ Enfin, l'exemple de la judiciarisation du principe de précaution indique, selon moi, que la procédure juridictionnelle, rendue possible par l'inscription du principe de précaution dans la loi, et qui permet de déterminer si le principe est applicable à une situation donnée, *est en soi une application du principe de précaution*. En effet, c'est dans ce cadre institutionnel que le « mouvement d'aller-retour entre des mesures permissives (...) et des mesures conservatoires (...) qui visent (...) à prendre le temps nécessaire à l'acquisition des connaissances et doivent être conçues comme réversibles » devient apparent. Certes, le cadre juridictionnel a ses limites propres (délais de recours, sauf en matière de retrait d'autorisation de certains produits ; délais de prescription). Mais c'est aussi le lieu de confrontation entre hypothèses de risque et connaissances scientifiques, ou entre société civile et expertise. En dernière analyse, le Conseil d'Etat est un des lieux où sont prises des décisions contraignantes mais révisables. On serait presque tenté, du moins en ce qui concerne la judiciarisation du principe de précaution, de rejoindre les conclusions de Bruno Latour dans son ouvrage sur le fonctionnement du Conseil d'Etat¹³ : c'est par (et en dépit) un processus d'hésitation que le droit s'y construit et que l'action émerge de l'incertitude (scientifique).

¹³ Bruno Latour, *La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris : Editions La découverte, 2004.