

Le principe de précaution mérite-t-il tant de défiance ?

Guillaume SAINTENY

*Maître de Conférences à AgroParis Tech
Membre de l'Académie d'agriculture de France*

RÉSUMÉ. — L'auteur montre que le principe de précaution est souvent confondu avec d'autres (notamment principes de prévention ou de préparation). Sa formulation en droit français est restrictive et, même dans cette acception, son application par le législateur ou la jurisprudence est rare. Alors que le principe de précaution exige des évaluations des risques rigoureuses et continues, il est à tort invoqué pour justifier ou critiquer des décisions publiques qui n'en relèvent pas.

MOTS-CLÉS. — Développement durable – étude d'impact

Le développement durable s'ordonne autour de plusieurs principes : principe pollueur-payeur, principe d'intégration de l'environnement dans les politiques publiques, principe d'accès à l'information et à la justice, principe de participation, principe de réversibilité, principe de prévention, équité intergénérationnelle, etc. Curieusement, parmi tous ces principes, un seul, le principe de précaution, concentre les critiques voire la défiance.

Depuis une vingtaine d'années, il suscite, en France, des controverses récurrentes dont l'intensité peut surprendre. On lui reproche régulièrement d'être « obscurantiste », d'« empêcher le progrès », d'engendrer des « conséquences désastreuses », de signifier le refus ou la peur du risque, d'être « susceptible de paralyser l'activité économique », « d'inhiber la recherche fondamentale et appliquée », etc. À l'inverse, d'autres estiment qu'il n'est pas suffisamment appliqué.

Mérite-t-il tant d'attention, de reproches et de méfiance, au point d'accaparer une part importante du débat sur le développement durable ?

D'autres principes du développement durable pourraient prêter à contestations égales voire plus amples, par exemple, le principe de non-régression du droit de l'environnement, plus récemment apparu.

On souhaite ci-après tenter de suggérer que le principe de précaution ne mérite peut-être pas autant de griefs et que ceux-ci pourraient découler de confusions, d'assimilations

contestables et d'une mauvaise connaissance du principe. En effet, en lui-même, ce principe apparaît comme l'inverse de ce pour quoi certains voudraient le faire passer. En France, notamment, sa définition est restrictive et son utilisation très encadrée. Si bien qu'on peut se demander si ce n'est pas autre chose qui est visé à travers les critiques dont il est l'objet.

Le principe de précaution : ce qu'il n'est pas, ce qu'il est

Rappelons d'abord ce que le principe de précaution n'est pas.

Il n'est en rien assimilable à une attitude de passivité. Il ne signifie pas davantage la recherche du risque zéro.

Il est souvent confondu avec d'autres principes. À tel point que, bien souvent, les médias, les hommes politiques ou d'autres qualifient d'application du principe de précaution des mesures qui n'en relèvent pas.

Par exemple, la confusion est fréquente avec le principe de prévention qui concerne tout autre chose : diminuer la probabilité d'occurrence d'un dommage et de ses conséquences. Cette confusion est étrange pour plusieurs raisons. D'abord, les deux principes sont précisément définis tant dans les textes internationaux, européen que français. Ensuite, leur distinction est claire et facilement compréhensible. Le principe de prévention vise les risques avérés dont l'existence est connue. Le principe de précaution ne concerne que les risques non connus, non confirmés, hypothétiques, mal identifiés, c'est-à-dire l'éventualité qu'un risque existe.

Pour prendre un seul exemple d'une référence incorrecte à ce principe, l'annulation du Paris Dakar pour risques de terrorisme sur le trajet prévu est justifiée, selon l'un de ses organisateurs, par le principe de précaution : « C'est l'application pure et simple du principe de précaution : dans le doute, il vaut mieux s'abstenir »¹. Or, d'une part, le principe de précaution ne revient pas à s'abstenir dans le doute. Et, d'autre part, le risque évoqué est un risque connu, identifié dont les conséquences peuvent être évaluées. Si abstention il y a, elle peut donc être justifiée par la prudence ou au nom du principe de prévention, pas du principe de précaution. Une application du principe de précaution, dans ce cas, aurait plutôt conduit à proposer une modification du trajet et/ou un renforcement des mesures de sécurité.

Le principe de précaution se distingue, également de l'approche de prudence². Il n'est pas non plus assimilable au principe de préparation. La préparation (*preparedness*) consiste en des exercices de simulation de catastrophes suivant des scénarios du pire. Mise en place après la Seconde Guerre mondiale dans les milieux de la défense américaine pour se préparer aux attaques nucléaires, elle a été transférée, après la Guerre froide, au domaine de la gestion des risques aussi bien naturels, technologiques que sanitaires. Le principe de préparation n'est pas propre à l'environnement, ni conçu initialement pour s'appliquer à ce domaine. Il ne prescrit pas d'éviter le risque potentiel ni de mieux l'évaluer, ni de le gérer mais de supposer qu'il n'est pas évitable et de s'y préparer en étudiant les conséquences potentielles via des simulations et scénarios³.

¹ *France inter*, 12 janvier 2000.

² Commission des communautés européennes, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, COM (2000) 1 final, 2 février 2000, p. 12.

³ Andrew Lakoff, "Preparing for the next emergency", *Public Culture*, 19, 2, May 2007, p. 247-271 ; *Unprepared: Global Health in a Time of Emergency*, Oakland, University of California Press, 2017.

Ce concept de préparation a, lui-même, donné naissance à celui de préemption. Celle-ci consiste non pas à évaluer le risque, ni à prendre des mesures proportionnées mais à le préempter, c'est-à-dire à intervenir avant même la survenue du risque. Au nom de la préparation et d'une simulation de scénarios, le pire est envisagé et une intervention radicale a lieu. Appliqué au terrorisme, ce concept implique de nettoyer un territoire avant que le risque ou la menace ne s'y déclare⁴. Le concept a, ensuite, été transposé à d'autres champs et, notamment au domaine sanitaire.

Par exemple, l'abattage préventif de toutes les volailles fut préconisé à Hong Kong, en 1997, lors de l'apparition du virus H5N1, pour tenter d'éradiquer son réservoir, d'éviter la transmission du virus à l'homme et une pandémie⁵. Cette mesure radicale relevait du principe de préemption, pas du principe de précaution. De même, les mesures, très critiquées, prises en 2009, en France, pour faire face au virus H1N1, se rattachaient aux principes de préparation et de prévention, non à celui de précaution.

L'apparition de la Covid-19 a ranimé les débats sur le principe de précaution en ressuscitant des critiques opposées. Le principe de précaution n'aurait pas été assez appliqué ou l'aurait trop été. Pourtant, la gestion de cette crise sanitaire ne semble pas avoir obéi au principe de précaution. La crise de la Covid a plutôt révélé une inapplication du principe de préparation⁶. Devant ce constat brutal et tardif, les mesures prises témoignent plutôt d'une volonté de rattraper cette impréparation par une préparation accélérée à retardement.

Le principe de précaution est avant tout un principe actif de gestion des risques incertains.

Il est, d'abord, un principe d'action. Il incite à agir pour mieux évaluer le risque potentiel. Son champ d'application est limité puisqu'il ne peut jouer que lorsque les données scientifiques disponibles ne permettent pas une évaluation complète du risque. Il vise à mettre en place des procédures d'acceptation et de gestion, et non de refus, des risques potentiels. Il n'est pas, en lui-même, défavorable à la prise de risques. Il ne constitue pas un frein à la recherche mais tend plutôt à la favoriser. Il fournit un cadre permettant d'examiner dans quelles conditions et jusqu'à quel point accepter de courir un risque potentiel ou inconnu. Les éventuelles mesures qui découlent de son application doivent être provisoires, proportionnées au risque hypothétique et d'un coût modéré.

Il doit conduire à améliorer la qualité de la décision publique puisqu'il suppose de développer les connaissances sur ce qui est mal ou insuffisamment connu et de réexaminer les éventuelles mesures prises à la lumière des nouvelles connaissances scientifiques. Il suppose aussi d'évaluer les conséquences potentielles aussi bien de l'action que de l'absence d'action

⁴ Melinda Cooper, "Pre-empting Emergence. The Biological Turn in the War on Terror", *Theory, Culture & Society*, 23, 4, 2006, p. 113-135.

⁵ Kennedy F. Shortridge, "Avian Influenza Viruses in Hong-Kong: Zoonotic Considerations", *Wageningen UR Frontis Series*, 8, 2005, p. 9-18.

⁶ Comme l'a constaté le président de la République lui-même qui emploie à plusieurs reprises les mots prêts ou préparés, dérivés de préparation : « Étions-nous préparés ? À l'évidence, pas assez » : Emmanuel Macron, *Allocution du 13 avril 2020* ; « Personne n'était prêt, personne, personne, personne. [...] Nous étions moins prêts que d'autres continents. », Emmanuel Macron, *Entretien à BFMTV du 18 mai 2020*.

face à un risque, y compris en examinant le rapport coûts/avantages des mesures envisagées aussi bien que celui de l'absence de mesures.

Il vise à établir un équilibre entre les libertés et droits des personnes physiques et morales et la réduction de risques potentiels. Cet équilibre suppose nécessairement des mesures proportionnées, fondées sur les meilleures données scientifiques disponibles.

Une définition française restrictive

La conception du principe de précaution, telle qu'elle est définie par les textes, apparaît plus restrictive en France que celle découlant des textes internationaux.

Sans se lancer dans un inventaire des mentions et définitions du principe de précaution en droit international, on peut en citer quelques-unes.

La *Déclaration de Rio* de 1992 le mentionne ainsi :

« Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. »⁷

La *Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, adoptée à la même date, précise :

« Il incombe aux Parties de prendre des mesures de précaution pour prévoir, prévenir ou atténuer les causes des changements climatiques et en limiter les effets néfastes. Quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de telles mesures, étant entendu que les politiques et mesures qu'appellent les changements climatiques requièrent un bon rapport coût-efficacité, de manière à garantir des avantages globaux au coût le plus bas possible. »⁸

Le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* s'y réfère également :

« La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. »⁹

En France, le principe de précaution est introduit dans le droit par la loi Barnier du 2 février 1995 puis constitutionnalisé par la *Charte de l'environnement* de 2005. Que disent ces textes ? L'article de la loi Barnier, tel que modifié par l'article 132 de la loi du 27 février 2002, figure désormais à l'article L 110-1 du code de l'environnement dans les termes suivants :

⁷ Organisation des Nations-Unies, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, 1992, Principe 15.

⁸ Organisation des Nations-Unies, *Convention cadre des Nations-Unies sur le changement climatique*, 1992, art. 3. Il est également présent dans d'autres textes internationaux qu'il n'est pas possible de tous citer : notamment, Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985, Convention sur la diversité biologique de 1992 et son Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques de 2000, Convention de Paris pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est de 1992.

⁹ *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, art. 191

« I – Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. »

II – Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion 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. »¹⁰

En droit français, pour que le principe de précaution puisse être évoqué ou mis en cause, il faut donc qu'existe une absence de certitudes. Cette absence de certitudes ne peut s'appliquer que compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment. Cela signifie que l'on ne peut pas juger d'une situation s'étant déroulée en 2000 au vu des connaissances scientifiques et techniques de 2010 ou 2020. Cela est important dans des domaines où le savoir scientifique et technique se développe rapidement (changement climatique, biodiversité, etc.).

Cette absence de certitudes contextualisée ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées. Il s'agit donc de mesures proportionnelles à l'ampleur éventuelle du risque telle qu'on peut l'envisager à ce moment-là, compte tenu des connaissances de l'époque.

Seuls les dommages graves et irréversibles, critères cumulatifs, sont visés par ces éventuelles mesures de précaution : ce ne sont ni les dommages légers ou réversibles, ni les dommages graves mais réversibles, ni les dommages irréversibles mais légers.

C'est seulement si ces conditions sont réunies qu'un retard ne doit pas être apporté à l'adoption de mesures.

En outre, ces mesures proportionnelles doivent être prises uniquement, à un coût économiquement acceptable. Cela signifie que, dans tous les cas, même en cas de mesures graves et irréversibles, ces mesures devront rester d'un coût modéré.

On voit donc qu'un luxe de « précautions » – c'est le cas de le dire – a été pris pour que ce principe de précaution ne soit pas maximaliste. Il ne s'agit pas de juger d'une situation d'après des connaissances postérieures à cette situation. Le principe ne conduit pas à ne rien faire, à demeurer passif. Il s'agit de ne pas attendre une absolue certitude de connaissance scientifique qui pourrait n'intervenir que plusieurs dizaines d'années après un évènement pour prendre des mesures. Mais ces mesures ne seront pas disproportionnées, elles devront rester proportionnées à la fois au risque de dommage et au degré de connaissance du moment.

Voilà qui limite étroitement les risques de dérive du principe de précaution.

L'article 5 de la *Charte de l'environnement* apparaît plus mesuré encore :

« 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

¹⁰ Code de l'environnement, art. L. 110-1.

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. »¹¹

Ici aussi, pour que l'application du principe de précaution puisse être envisagée, il faut :

- qu'existe une incertitude par rapport à l'état des connaissances scientifiques du moment, pas de celles postérieures ;
- que le risque de dommage puisse affecter de manière grave et irréversible (critère cumulatif) l'environnement.

Mais, en outre, de façon encore plus restrictive par rapport au code de l'environnement, c'est-à-dire par rapport à la loi :

- ce sont uniquement les autorités publiques qui sont tenues d'agir, pas les personnes physiques, ni les entreprises ;
- elles ne mettent en œuvre que des procédures d'évaluation des risques et des mesures non seulement proportionnées mais aussi provisoires ;
- elles ne doivent appliquer le principe que dans les domaines qui relèvent de leurs attributions respectives.¹²

Si l'on compare les textes français avec les textes internationaux et européens, on constate que l'approche française est la plus stricte.

Les deux textes français fixent des conditions restrictives pour que le principe de précaution puisse être invoqué :

- la situation doit être évaluée compte tenu des connaissances du moment et non compte tenu des connaissances postérieures ;
- les mesures à prendre doivent être proportionnées au risque de dommages, voire être provisoires ;
- il ne peut être invoqué que s'il existe un risque de dommages à la fois graves et irréversibles ;
- les mesures à adopter doivent l'être à un coût économiquement acceptable.

À l'inverse, selon la Déclaration de Rio et la CNUCC, le principe s'applique en cas de risque de dommage grave ou irréversible, de façon alternative. Le TFUE ne demande expressément aucune de ces deux conditions. En France, l'application du principe nécessite, au contraire, le cumul des deux conditions.

La mention du coût économique acceptable ne figure pas dans la Déclaration de Rio ni dans le TFUE, alors qu'elle conditionne la mise en œuvre du principe en France.

La Déclaration de Rio et la CNUCC ne préconisent pas explicitement des mesures provisoires et proportionnées.

Bien que le TFUE ne fasse allusion qu'à l'environnement, la Cour de Justice de l'Union européenne et la Commission européenne ont considéré que, dans le droit européen, l'application du principe de précaution s'étendait aussi aux domaines de la santé humaine, animale et végétale, aux aliments et à la politique de la consommation¹³. En France, en tant

¹¹ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, art. 5.

¹² C'est notamment ce qui explique qu'un maire ne puisse interdire la culture d'OGM dans sa commune au nom du principe de précaution.

¹³ CJUE, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Commission des Communautés européennes*, C-180/96, 5 mai 1998 ; Commission des communautés européennes, *op cit.*

que norme constitutionnelle, il est strictement restreint à l'environnement et ne s'applique pas à la santé ou à un autre domaine.

La suppression du principe de précaution de la *Charte de l'environnement* ou sa réécriture au sein de cette charte, réclamées par certains, n'engendrerait, probablement, que des effets limités. D'une part, parce que le principe demeurerait inscrit dans le code de l'environnement (sauf si on l'y supprime également, bien sûr). Or, il joue peu au niveau constitutionnel, c'est-à-dire vis-à-vis des lois. D'autre part, parce qu'il resterait inscrit dans le droit international et le TFUE où il est rédigé en termes moins restrictifs que dans le droit français. Sans faire application de la théorie de la loi écran, on peut donc considérer que le principe de précaution, tel qu'il est rédigé dans le droit français, est davantage encadré et circonscrit que dans les textes internationaux et européen et permet de limiter les dérives vers le précautionnisme bien plus qu'il ne les favorise.

Le principe de précaution est aussi beaucoup plus encadré que le principe de prévention.

Ce dernier est défini ainsi, respectivement dans le code de l'environnement et dans la *Charte de l'environnement* :

« 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. »¹⁴

« Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences. »¹⁵

Tel que rédigé en droit français, le principe de prévention, contrairement au principe de précaution, ne se limite donc pas à des mesures proportionnées et provisoires. Il ne tient pas compte des connaissances scientifiques et techniques du moment. Il ne s'applique pas qu'aux risques graves et irréversibles. En tant que principe constitutionnel, il ne concerne pas uniquement les autorités publiques. Il est particulièrement exigeant en matière de biodiversité puisqu'il doit viser une absence de perte nette de biodiversité qui implique l'application de la séquence éviter-réduire-compenser¹⁶.

Bien que beaucoup moins restreint que le principe de précaution, le principe de prévention ne semble guère faire l'objet de critiques équivalentes à celles auxquelles fait face le principe de précaution.

¹⁴ Code de l'environnement, art. L. 110-1.

¹⁵ Loi constitutionnelle, art. 3.

¹⁶ Voir Code de l'environnement, art L. 110-1-II-2° et L. 163-1 et s.

Un principe souvent évoqué mais peu utilisé

Si le principe de précaution est souvent invoqué dans le débat public, il semble peu utilisé par le législateur et peu sanctionné par le juge.

Le législateur respecte-t-il le principe de précaution ?

La Charte ayant bien un statut constitutionnel comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel lui-même¹⁷, les autorités publiques sont tenues d'appliquer son article 5, de façon générale mais chacune dans son domaine d'attribution. Parmi les autorités publiques, se trouve le législateur, concerné au premier chef par la constitutionnalité des lois. Or, le domaine d'attribution du législateur est, notamment voire essentiellement, d'examiner les projets de loi, de les voter, de les rejeter voire d'en refuser l'examen au motif d'une étude d'impact incomplète.

En vertu du principe de précaution, il devrait, d'une part, évaluer les risques potentiels des dispositions législatives qu'il examine et, d'autre part, adopter des mesures de précaution vis-à-vis de leurs éventuels risques. Le fait-il ? Force est de constater que le législateur français ne s'est guère emparé du principe de précaution, alors que, pourtant, sa constitutionnalisation avait principalement pour but que la loi s'y conforme.

On peut prendre un exemple, parmi d'autres, d'un cas dans lequel le législateur ne semble pas avoir appliqué ce principe constitutionnel dans son domaine de compétence.

Le PLF et le PLFSS pour 2018 proposaient au Parlement une réforme fiscale d'ampleur. Il serait trop long de la détailler ici. Pour la résumer, du point de vue de l'environnement, cette réforme aboutissait à diminuer grandement la taxation du patrimoine polluant et émetteur de gaz à effet de serre et de ses revenus et à augmenter la taxation du patrimoine dépolluant ou dépollué et de ses revenus : les espaces naturels, même protégés, et la valeur verte découlant de la rénovation thermique des bâtiments. Elle prévoyait notamment que le détenteur d'un portefeuille d'actions d'entreprises d'énergies fossiles voit ses revenus et ses plus-values taxés à 30 %¹⁸ et ne soit pas soumis à IFI, tandis que le détenteur d'écosystèmes, permettant de filtrer l'eau, de limiter les crues, d'atténuer le changement climatique, ou un bailleur de logements ayant investi dans leur rénovation thermique, voyaient leurs revenus taxés au taux marginal jusqu'à 62,2 %, leurs plus-values taxées à 36,2 % et était soumis à l'IFI.

Si l'on évaluait grossièrement les conséquences environnementales de cette réforme, elle conduisait à diminuer la rentabilité nette après impôts des espaces naturels, y compris protégés ou puits de carbone, déjà très faibles voire nuls, incitant davantage à leur artificialisation, à leur mise en production ou à l'intensification de celle-ci¹⁹. Elle augmentait la taxation de l'immobilier après rénovation thermique donc de la valeur verte conférée par celui-ci, allongeait le temps de retour sur investissement de la rénovation thermique, désincitant donc d'effectuer celle-ci. Elle accroissait la rentabilité des investissements dans l'industrie pétrolière, gazière, charbonnière, minière, etc.

¹⁷ CC, Décision n° 2008-564 du 19 juin 2008 ; Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009.

¹⁸ Le taux de l'impôt sur les sociétés était, en outre, diminué au même moment.

¹⁹ Guillaume Sainteny, *Fiscalité et biodiversité*, Note de la Fondation pour la recherche sur la biodiversité, 2019, www.fondationbiodiversite.fr.

Factuellement, la réforme engendrait donc des impacts environnementaux certains. Était-elle, pour autant, contraire au principe de précaution ?

Tout d'abord, le législateur n'aurait-il pas dû évaluer les risques potentiels sur l'environnement des mesures du PLF et du PLFSS en vertu de l'article 5 de la Charte ?

Comme on l'a rappelé, l'une des façons d'appliquer le principe de précaution consiste à effectuer des évaluations des effets des mesures envisagées. Elles permettent, notamment, de mieux cerner le risque potentiel desdites mesures sur l'environnement. Or, en France, les lois organiques du 1^{er} août 2001 et du 15 avril 2009 instituent précisément l'obligation de joindre une étude d'impact aux projets de loi, y compris la partie recettes des PLF et PLFSS, et de les transmettre au Parlement avec ceux-ci. Ces études d'impact doivent permettre d'évaluer, au préalable « les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales ainsi que les coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques ou morales intéressées »²⁰.

Même si elles ont été élaborées principalement pour d'autres raisons, ces deux lois organiques, adoptées dans la même période que la *Charte de l'environnement*, sont cohérentes avec son article 5, voire en facilitent l'application.

En l'espèce, les deux études d'impact ont bien été réalisées en 2017 mais elles ne répondent pas aux exigences des lois organiques. Les impacts sur l'environnement n'ont pas été évalués pour les articles concernés dans les deux projets de loi de finances.

En ce qui concerne l'évaluation préalable du PLF, au point 4.1.6, « Incidences environnementales », pour les articles 11 (PFU) et 12 (IFI), on trouve cette unique mention « Cette mesure n'a pas d'incidence environnementale »²¹. En ce qui concerne l'évaluation préalable du PLFSS, pour l'article 7 (CSG), on trouve, à la rubrique « C) impacts sur l'environnement », les deux mots suivants : « Sans objet »²². Les deux évaluations préalables considèrent donc, pour les trois articles concernés, qu'ils n'ont aucune conséquence sur l'environnement, ce qui est clairement inexact.

En outre, contrairement à ce que demandent les dispositions organiques, « les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales ainsi que les coûts et bénéfices financiers attendus » ne sont pas « évalués au préalable pour chaque catégorie de personnes physiques ou morales intéressées ». Elles ne le sont pas, par exemple, pour les propriétaires ou gestionnaires d'espaces naturels protégés ou non, ni pour les propriétaires d'immobilier bâti venant ou sur le point d'en effectuer la rénovation thermique, ni pour les professions, entreprises et associations agréées liées à l'immobilier bâti et à la rénovation thermique ou aux espaces naturels qui représentent toutes des « catégories de personnes physiques ou morales intéressées ». Ces catégories de personnes sont, non seulement, intéressées, au sens général, par toute réforme fiscale susceptible d'entraîner des répercussions pour elles. Mais, du point de vue de l'environnement, elles y sont intéressées en tant qu'acteurs environnementaux détenteurs des milieux naturels, lesquels délivrent, le plus souvent

²⁰ Voir, respectivement, Loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, art. 51 ; Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1,39 et 44 de la Constitution, art 8.

²¹ *Projet de loi de finances pour 2018. Évaluations préalables des articles du projet de loi*, 2017, p.103,122.

²² *Projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2018, Annexe 10 Fiche d'évaluation préalable des articles du projet de loi*, 2017, p. 28.

gratuitement, des services écosystémiques. Or, ces actifs naturels font partie du patrimoine commun de la nation et leur protection, restauration, gestion, sont d'intérêt général²³. Les risques que font peser les mesures des PLF et PLFSS pour 2018 sur la capacité de ces acteurs détenteurs et gestionnaires de milieux naturels, y compris protégés, à exercer leurs tâches de façon conforme à l'intérêt général ne sont ni évalués ni pris en compte dans les études d'impact. Cela semble d'autant plus gênant que ces mesures entravent également leur « devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement »²⁴. Or, ce devoir constitutionnel dont le Conseil constitutionnel a tiré une obligation de vigilance environnementale²⁵ semble beaucoup plus impératif de la part de détenteurs et de gestionnaires d'espaces naturels dont la préservation est d'intérêt général. D'autres catégories détiennent des actifs et encaissent des revenus provenant, au contraire, d'activités dommageables à l'environnement (actions d'entreprises fossiles, etc.) dont le PLF pour 2018 prévoit la baisse notable du niveau de taxation, incitant ainsi à leur expansion. Le risque potentiel pour l'environnement qui découlerait de celle-ci n'est pas davantage évalué.

La réforme fiscale proposée dans les deux projets de loi était donc défavorable à la biodiversité et à la rénovation thermique et favorable aux actions d'entreprises fossiles.

Il n'est pas certain que les articles concernés du PLF et du PLFSS affectent « de manière grave et irréversible » l'environnement. Mais il est possible qu'ils accentuent la raréfaction ou la disparition d'espèces menacées ou d'écosystèmes relictuels – ce qui peut être « grave et irréversible » et ce qui constitue bien un risque potentiel et non pas certain –, en incitant à l'artificialisation des espaces naturels, à leur mise en production ou à leur valorisation à titre professionnel. Dissuadant de la rénovation thermique, ces articles risquent aussi de freiner la réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) et donc l'atténuation du changement climatique. Et, visant à encourager l'investissement dans les valeurs mobilières, au détriment de l'immobilier bâti et non bâti, ils risquent de favoriser l'investissement dans les entreprises fossiles, incitant ainsi à accroître les émissions de GES et de polluants atmosphériques. Or, le changement climatique constitue bien un risque grave. C'est un risque réversible à long voire à très long terme mais irréversible à court et moyen terme. La durée de vie des gaz à effet de serre est telle que, même en cas d'arrêt immédiat des émissions de la totalité des GES, les tendances du changement climatique en cours se poursuivraient durant plusieurs décennies.

L'article 5 indique bien que c'est précisément l'incertitude de la réalisation d'un *dommage* qui suppose l'action. Cela correspond bien aux mesures de ces PLF. Dès lors, « les autorités publiques » auraient dû, à tout le moins, veiller « à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques » et adopter des « mesures proportionnées » ce qui signifiait, *a minima*, une étude de leurs impacts sur l'environnement, également requise par les lois organiques précitées qui n'a pas été réalisée. En l'espèce, le législateur n'a pas mis en œuvre ces procédures d'évaluation.

²³ I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. [...] 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 [...] », Code de l'environnement, art. L 110-1.

²⁴ *Charte de l'environnement*, art. 2.

²⁵ CC, Décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011.

On peut donc considérer que l'absence de mention des impacts environnementaux de ces articles des deux PLF dans leurs études d'impact n'est pas conforme à l'article 5 de la *Charte de l'environnement*.

Or, en vertu de l'article 39-4 de la Constitution et de l'article 9 de la loi organique de 2009, la conférence des présidents peut constater, à l'occasion du dépôt d'un projet de loi, que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. Cela concerne notamment l'incomplétude de l'étude d'impact prévue par la loi organique de 2009. En ce cas, le président de ladite assemblée ou le Premier ministre peuvent saisir le Conseil constitutionnel. Le caractère lacunaire des études d'impact des deux projets de loi pouvait donc conduire le législateur à utiliser cette procédure²⁶. Le fait d'accepter d'examiner, de débattre du projet de loi et de le voter sur la base d'une étude d'impact défailante et donc en l'avalisant relève bien de la responsabilité du législateur.

L'article 5 indique bien que les autorités publiques veillent « à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques ». Or, l'étude d'impact contribue à l'évaluation des risques. Si les risques de l'adoption d'une loi sont insuffisamment évalués, le législateur peut ne pas voter le projet de loi et/ou faire remarquer l'insuffisance de l'étude d'impact et, pour ce motif, refuser de l'examiner.

L'article 5 prévoit « l'adoption de mesures provisoires et proportionnées ». Rejeter une étude d'impact ou s'abstenir de voter un article d'un projet de loi dont les risques et les conséquences n'ont pas été correctement évalués, en vertu tant de l'article 5 de la *Charte de l'environnement* que des dispositions des lois organiques, semble bien « provisoire ». Cela permet, en effet, de compléter l'étude d'impact qui facilitera un examen ultérieur mieux informé du projet de loi par le législateur et son vote dans de meilleures conditions. Cela semble bien également « proportionné » puisque cela n'empêche pas de voter les autres dispositions du projet de loi.

Si l'application du principe de précaution conduit à améliorer la qualité des études d'impact des projets de loi qui s'en plaindraient ?

Dès lors, on peut tenir deux raisonnements alternatifs.

Soit l'article 5 signifie une obligation positive à destination du législateur, de créer un ou des instruments permettant la mise en œuvre d'une procédure d'évaluation des risques et l'adoption de mesures provisoires et proportionnées vis-à-vis de ces risques potentiels. En ce cas, on peut constater que le législateur n'a pas mis en œuvre cette procédure. Soit on considère que le processus législatif actuel contient lui-même ces conditions et que l'étude d'impact des projets de loi constitue cette procédure. En ce cas, on se doit de constater qu'elle n'a pas été correctement appliquée. Les études d'impact étant défectueuses, le Parlement disposait du pouvoir de les rejeter. Il ne l'a pas exercé.

Ce cas est naturellement extensible à bien d'autres.

²⁶ Elle l'a déjà été, par le Sénat en juin 2014 à propos du projet de loi relatif à la délimitation des régions.

Une jurisprudence prudente

Peu utilisé, le principe de précaution est également peu retenu par la jurisprudence.

Sur le plan constitutionnel, l'article 5 de la Charte s'impose aux pouvoirs publics mais pas aux personnes privées. Peut-il, dès lors, motiver une question prioritaire de constitutionnalité ? L'article 61-1 de la Constitution précise :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

Pour pouvoir donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité, il faudrait donc que le principe de précaution fasse naître un droit garanti par la Constitution dont les requérants pourraient se prévaloir à l'encontre d'une loi en vigueur. Le principe de précaution figure-t-il au nombre de ces droits ? L'article 5 assignant une obligation aux seuls pouvoirs publics, laquelle ne donne pas naissance à un droit au profit des citoyens, cela est loin d'être certain. Le Conseil constitutionnel ne l'a pas explicitement admis jusqu'à présent. Cette restriction, si elle se confirme, réduit très sensiblement la portée du principe de précaution.

Autre restriction majeure, le Conseil constitutionnel se refuse à considérer que des dispositions législatives instaurant des mesures autres que provisoires pourraient être contrôlées à l'aune du principe de précaution²⁷. La rédaction très encadrée du principe de précaution produit ses effets. Et elle est contrôlée très strictement par le juge constitutionnel.

Quant au Conseil d'État, il veille étroitement à rejeter toute invocation du principe de précaution par une autorité en dehors de son champ de compétence²⁸.

Par ces différentes restrictions, on le voit, la jurisprudence encadre très étroitement l'usage du principe de précaution.

Au-delà de ces aspects et pour prendre l'exemple de quelques sujets notables et conflictuels, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu l'application du principe de précaution à l'égard de la loi sur les OGM²⁹ et l'a considéré inopérant à l'égard de la loi sur la fracturation hydraulique³⁰.

En matière d'antennes-relais, le principe de précaution a été invoqué à plusieurs reprises. Le Conseil d'État a d'abord considéré qu'il ne pouvait pas être pris en compte par un maire pour refuser de délivrer une autorisation d'urbanisme nécessaire à une antenne-relais³¹. Puis, infléchissant sa jurisprudence, il a considéré qu'il devait l'être mais que, dans le cadre de ce principe, la seule évocation d'un risque incertain ne permet pas à un maire de s'opposer à l'installation d'une antenne-relais et qu'il devait faire état d'éléments circonstanciés faisant apparaître, *via* les procédures d'évaluation, des risques, même incertains, de nature à justifier

²⁷ CC, Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013 ; Décision n° 2014-694 DC du 28 mai 2014.

²⁸ Voir, par ex., CE, *Commune de Saint-Denis*, n° 326492, 26 oct. 2011.

²⁹ CC, Décision n° 2008-564 du 19 juin 2008 ; Décision n° 2014-694. Mais, auparavant le Conseil d'État avait suspendu en référé, se basant, notamment sur le principe de précaution, un arrêté du ministre de l'Agriculture autorisant la commercialisation de trois variétés de maïs OGM : CE, *Association Greenpeace France*, n° 194348, 25 sept. 1998.

³⁰ CC, Décision n° 2013-346.

³¹ CE, *Société Bouygues Telecom*, n° 248233, 20 avril 2005 ; *Société française du radiotéléphone*, n° 310548, 2 juil. 2008.

un tel refus, en l'état des connaissances scientifiques³². En cette matière aussi, la jurisprudence confirme bien que le principe de précaution n'est en rien un principe d'abstention ou d'empêchement mais, au contraire, incite à la recherche et à l'étude d'impact. En outre, beaucoup des décisions de justice rendues en la matière l'ont été par les juridictions de l'ordre judiciaire, sur le fondement du trouble anormal de voisinage³³, sans aucun rapport avec le principe de précaution.

En revanche, on peut noter un début d'application du principe par la jurisprudence en matière de biodiversité. Cela n'est pas une surprise totale puisque, dès 1992, la *Convention sur la diversité biologique* se réfère au concept dans son préambule :

« Notant également que lorsqu'il existe une menace de réduction sensible ou de perte de la diversité biologique, l'absence de certitudes scientifiques totales ne doit pas être invoquée comme raison pour différer les mesures qui permettraient d'en éviter le danger ou d'en atténuer les effets. »³⁴

Récemment, le principe de précaution a été retenu, en matière de biodiversité, en référé, par le Tribunal administratif de Basse-Terre, par la Cour de Justice de l'Union européenne et, en référé, par le Conseil d'État.

Le premier a suspendu un arrêté préfectoral autorisant la chasse du pigeon à couronne blanche, espèce endémique aux Caraïbes, pour plusieurs raisons dont le mauvais état de conservation de l'espèce au niveau mondial et régional, l'absence d'étude scientifique permettant d'évaluer sa population actuelle et sa dynamique dans le département et la méconnaissance du principe de précaution dans ce contexte³⁵. La deuxième a considéré que, dans le cas d'une espèce d'intérêt communautaire menacée, si les données scientifiques laissent subsister une incertitude sur l'impact d'une dérogation à sa protection stricte, le principe de précaution ne permet pas sa mise en œuvre³⁶. Le troisième a suspendu l'arrêté ministériel autorisant la chasse à la tourterelle des bois pour plusieurs raisons dont le mauvais état de conservation de l'espèce, la recommandation du comité d'experts sur la gestion adaptative de ne pas ouvrir sa chasse et le principe de précaution³⁷.

Au vu de ces décisions, la jurisprudence semble donc considérer que, lorsque les études scientifiques ne permettent pas d'apprécier correctement ou exactement les conséquences d'un prélèvement sur une espèce en mauvais état de conservation et qui présente donc un risque d'extinction, il convient, en attendant des études scientifiques plus précises, de ne pas autoriser ce prélèvement.

³² CE, *Association du quartier les Hauts de Choiseul*, n° 328687, 19 juil. 2010 ; *Société Orange c. Commune de Noisy-le-Grand*, n° 344992, 30 janv. 2012.

³³ Voir, par ex., TGI Nanterre, *SA Bouygues Telecom*, n° 07/02173, 18 sept. 2008 ; TGI Carpentras, *SFR Cegetel*, n° 08/00707, 16 fév. 2009 ; CA Versailles, *SA Bouygues Telecom*, n° 08/08775, 4 fév. 2009.

³⁴ Organisation des Nations-Unies, *Convention sur la diversité biologique*, 1992.

³⁵ TA Basse-Terre, *Association pour la protection des animaux sauvages, Association pour la sauvegarde et la réhabilitation de la faune des Antilles, Ligue pour la protection des oiseaux*, Ordonnance de référé n° 190133031, 31 oct. 2019.

³⁶ CJUE, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola Pohjois-Savo – Kainuu ry*, C-674/17, 10 oct. 2019.

³⁷ CE, *Ligue pour la protection des oiseaux, Association One Voice*, Ordonnance de référé, 11 sept. 2020. Le Conseil d'État avait néanmoins adopté une position inverse un an auparavant, à propos de la chasse à la glu : CE, *Ligue de protection des oiseaux*, n° 4190632, 8 déc. 2018.

On peut considérer qu'il s'agit là d'applications du principe de précaution qui entrent dans le cadre rigoureux fixé par le droit. En effet, une extinction d'espèce est bien irréversible. Elle peut être plus ou moins grave, selon l'espèce. Le coût économique de la suspension de la chasse d'une seule espèce pour une saison est très modeste. Il s'agit bien d'une mesure provisoire puisqu'elle est limitée à une saison. Il s'agit également d'une mesure proportionnée puisque seule l'espèce en danger est concernée. En outre, ces arrêts ne sont pas rendus sur la seule base d'un principe de précaution brandi *ex nihilo* mais, d'une part, dans le cadre d'un contexte de risque potentiel mal évalué et d'incertitude scientifique qu'il convient, *a minima*, de réduire et, d'autre part, en conjonction avec d'autres motifs juridiques.

Dans ces trois cas, le juge ne pousse pas à l'inaction mais, au contraire, à la production d'études scientifiques sur l'état de l'espèce. Donc, loin d'entraver la recherche, il y incite. Il suggère aussi la réalisation d'études d'impact sur les conséquences de l'autorisation de la chasse pour ladite espèce, afin de mieux motiver les décisions, lorsqu'elles seront à nouveau prises par les pouvoirs publics. Or, des études scientifiques et une étude d'impact d'une décision engendrant un risque potentiel sont bien parmi les mesures les plus évidentes et les moins coûteuses à mettre en œuvre dans l'application du principe de précaution.

Le principe de précaution, rempart contre le précautionnisme ?

On peut considérer que le principe de précaution, au lieu de favoriser une culture de précaution, la recherche du risque zéro, la peur du risque, l'immobilisme, vise, au contraire, à limiter ces dérives, et à susciter la mise en place d'une démarche active de gestion des risques.

Selon l'estimation de la probabilité et du degré de gravité du risque, l'application du principe de précaution peut se traduire soit par l'absence de mesures de précaution, soit par la décision d'attendre de nouvelles données scientifiques permettant de mieux apprécier le risque, soit par des mesures légères telles que la simple information des populations concernées sur les possibles risques, encore mal évalués, de l'utilisation d'un produit ou d'une technique ou la décision de lancer et financer un programme de recherche sur la technique en question et/ou ses risques potentiels. D'autres réponses possibles sont des recommandations à destination des populations exposées au risque potentiel, la fixation provisoire de limites d'émissions, une réduction de l'exposition au produit ou à la technique considérée, la substitution des produits ou des techniques dont les conséquences ne sont pas encore bien appréciées, etc.

Les mesures de réduction du risque potentiel envisagées comme l'éventualité de l'absence de mesures doivent être précédées d'un examen coûts/bénéfices de façon à ce que leur coût ne soit pas supérieur aux avantages engendrés par la nouvelle technique ou le nouveau produit et à ce que les mesures appliquées soient en mesure d'apporter un bénéfice global³⁸. Dans tous les cas, les mesures à prendre en vertu du principe de précaution prises doivent être proportionnelles au risque potentiel et au degré de protection souhaité vis-à-vis de lui. Elles ne peuvent être disproportionnées par rapport à eux, ni viser le risque zéro.

Cette appréciation du niveau de risque acceptable par une population, une société, un État, n'est pas une donnée juridique. Il s'agit d'un choix qui précède le principe de précaution et son application et qui est éminemment politique. On en trouve la confirmation dans le fait

³⁸ Commission des communautés européennes, *op cit.*

que, selon les États, les sociétés, les populations, les régimes politiques, les traditions socio-culturelles, les valeurs collectives, le niveau de risque potentiel accepté et le niveau de protection souhaité par rapport à ce risque potentiel sont très différents. De nombreux exemples historiques le démontrent. À la fin du XX^e siècle, le niveau de risque nucléaire potentiel acceptable était moins élevé dans les démocraties occidentales que dans l'URSS de Tchernobyl. Durant la Seconde Guerre mondiale, les aviations britannique et américaine géraient différemment leur exposition au risque et équilibraient différemment les risques encourus par elles et ceux que leurs missions engendraient. Les bombardiers britanniques volaient plus souvent à basse altitude mais de nuit pour mieux cibler leurs bombardements et tenter de réduire le risque de pertes humaines civiles. L'aviation américaine bombardait plus souvent à plus haute altitude et de jour, ce qui exposait moins ses pilotes mais entraînait des dégâts collatéraux plus importants sur les populations civiles. Les arbitrages entre deux types de risque potentiels n'étaient pas effectués de la même façon.

Si les mesures prises sont considérées par certains comme disproportionnées, ce n'est donc pas tant l'application du principe de précaution qui est en cause que, en amont, le désir d'un niveau de protection élevé voire excessif ou la recherche du risque zéro, dans telle ou telle société.

L'application du principe de précaution semble avoir été globalement plus souvent bénéfique que nocive.

Les situations lors desquelles la mise en œuvre de ce principe a conduit à prendre des mesures alors que des études postérieures ont conclu qu'il n'existait finalement pas de risque sont moins nombreuses que les situations inverses. Les premières sont souvent alléguées mais semblent rares en pratique. Ainsi l'Agence européenne de l'environnement montre que sur 88 allégations de situations de ce type, seules 4 y correspondaient réellement. L'application du principe de précaution dans ces situations a naturellement engendré des conséquences négatives (régulations excessives par rapport à la réalité ou l'inexistence du risque telle que connue après). Mais ce sont, en général, des conséquences économiques de court terme qui affectent peu d'acteurs. En outre, les mesures de précaution mises en œuvre ont pu stimuler l'innovation, même quand le risque n'était pas réel ou moins grave que cru au départ. Les situations inverses d'alertes précoces concernant un risque postérieurement confirmé sans que des mesures de précaution n'aient été prises ont engendré des conséquences qui sont à la fois économiques et sociales et portent sur un plus grand nombre d'acteurs³⁹.

C'est d'autant plus le cas que les coûts des mesures prises pour faire face à des risques potentiels qui ne se produisent pas sont bien plus visibles que les coûts évités, grâce à des mesures permettant de diminuer des risques, lesquels sont sous-estimés puisque, justement, les mesures de précaution ont permis de les réduire ou de les minimiser.

³⁹ Steffen Foss Hansen, Joel A. Tickner, « The precautionary principle and false alarm-lessons learned » in European Environmental Agency, *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation*, Luxembourg, Office of the European Union, 2013, p. 17-45.

Le principe de réception réceptacle d'autres critiques ?

Les critiques du principe de précaution visent-elles bien le principe lui-même ?

Paradoxalement, elles semblent s'adresser au principe qui a, précisément, pour objet de borner, de limiter, de canaliser ce que les critiques du principe de précaution redoutent : la culture de précaution, la recherche par certains du risque zéro, la quête d'une sécurité excessive, la crainte de la prise de risques. En incriminant le principe de précaution, les auteurs de ces critiques ne se trompent-ils pas de cible ? Ils visent l'un des remèdes au phénomène qu'ils dénoncent et non le phénomène lui-même.

De nombreuses enquêtes montrent que l'on assiste à une demande de plus en plus importante de protection contre les risques, de la part des individus et à une inquiétude des populations envers certaines techniques (nucléaire, éoliennes, OGM, 5G, vaccination, antennes-relais, Linky, etc.). Mais on observe, dans le même temps, une perte de confiance envers les institutions publiques ou privées, voire les experts eux-mêmes, en charge de l'évaluation et de la maîtrise des risques et de la protection envers eux. Les réactions depuis le début de la crise sanitaire de la Covid le confirment, si besoin était.

Dans cette situation de contestation de ces techniques ou produits, le principe de précaution est parfois invoqué, souvent à tort ou de façon abusive voire à contre sens. En outre, certaines des mesures prises qui n'en relèvent pas sont néanmoins justifiées en se référant à lui. Et, de ce fait, il peut être interprété par certains comme un principe d'abstention ou d'interdiction qu'il n'est pas. Le principe de précaution pourrait donc servir de vocable-réceptacle regroupant des inquiétudes qui n'en relèvent pas et des critiques qui ne le concernent guère lui-même.

En outre, les publics non experts et non sachants réclament davantage qu'auparavant d'être informés sur la situation voire de participer à la prise de décision dans ce genre de configurations

Face à cela, la gestion de ce type de risques incertains par les pouvoirs publics ne semble pas sans défaut.

Différentes solutions partielles ou adaptations de mécanismes existants ont été essayées ou sont prônées (débat public, étude d'impact, concertation, enquête publique, conférences de consensus, conventions citoyennes, référendum d'initiative populaire, expertises collectives, création d'autorités administratives indépendantes, en matière de risques, d'environnement, de santé, etc.). Aucune de ces tentatives n'a semblé suffisante en elle-même ni n'a permis de rassurer ou de convaincre les citoyens.

Dans ces situations, les pouvoirs publics sont accusés de négligence ou de sous-estimation des risques et de timidité excessive dans l'action pour les maîtriser mais aussi de précautionnisme sans frein et de dissuader la prise de risque. Les réactions des uns et des autres, depuis le début de la crise de la Covid, confirment ces critiques et cette ambivalence des attentes.

Ce n'est pas tant l'application du principe de précaution qui semble critiquée dans ces situations. C'est plutôt la difficulté de la sphère publique à gérer l'incertitude. C'est aussi sa difficulté, ainsi que celle de la société, à décider du niveau de risques qu'une population est prête à accepter en situation d'incertitude, ce dont découlent le degré et le type de mesures de précautions à prendre. S'ajoute à cela la complexité, pour la société, d'arbitrer entre les différents risques potentiels en situation budgétaire contrainte, sachant que leur probabilité

d'occurrence est différente et que se mêle à cela une part subjective importante puisque les différents risques ne touchent pas les mêmes populations⁴⁰.

Des difficultés de mise en œuvre demeurent

Si le malaise autour du principe de précaution ne semble pas prioritairement relever du principe lui-même ni de ses applications jusqu'à présent, il reste que plusieurs difficultés demeurent dans sa mise en œuvre.

D'abord, les mesures relevant du principe de précaution ne sont pas évaluées et ressenties de la même manière aux niveaux individuel et collectif.

Une application modérée du principe de précaution au niveau collectif peut nécessiter des mesures de précaution paraissant trop fermes au niveau individuel. Si certaines des personnes concernées par ces mesures de précaution n'en retirent pas de protection individuelle contre le risque potentiel, à la hauteur des mesures prises, elles peuvent considérer celles-ci comme excessives, sur le plan personnel, par rapport au niveau de risque qu'elles encourent, alors même que ces mesures peuvent être nécessaires collectivement.

C'est typiquement ce genre de problème qu'on peut observer, en ce moment, avec la faible application des mesures de distanciation et du port du masque par les jeunes dans la crise de la Covid. Certains d'entre eux ressentent la contrainte comme trop élevée par rapport à leur mode de vie et à leur désir de liberté, au regard du risque potentiel qu'ils courent personnellement, lequel semble moins élevé que pour les personnes âgées ou adultes. Pourtant, ils sont aussi des vecteurs de transmission du virus, même lorsqu'ils sont porteurs asymptomatiques.

Dans ces cas, l'action, rationnelle sur le plan collectif, n'apparaît pas telle sur le plan individuel et inversement.

Ces difficultés sont propres à celles de l'action collective en général. Pour un individu rationnel, recherchant son intérêt personnel, la perspective d'un intérêt commun ou d'un bien collectif ne suffit pas à motiver son engagement dans l'action collective⁴¹. Il y faut, en outre, un avantage individuel⁴².

Le problème se complique davantage encore du fait que la probabilité d'occurrence du risque n'est pas la même à court terme et à long terme globalement mais aussi selon les sous-populations. L'arbitrage à faire qui en découle n'est pas le même selon ces sous-populations.

Pour reprendre l'exemple de la Covid, à court terme, le risque est plus faible pour les individus jeunes. Donc le coût psychologique ou en restrictions à la liberté individuelle peut être ressenti, par eux, comme trop important. Mais, à plus long terme, au fur et à mesure que le

⁴⁰ Sur ces points, voir, not., Alain Grangé-Cabanne, Brice Laurent, *Précaution et compétitivité : deux exigences compatibles ?* Paris, Presse des Mines, 2014 ; La Fabrique de l'industrie, *Résumé du rapport du groupe de travail « Risques et précaution »*, s.d.

⁴¹ Mancur Olson, *The Logic of collective action*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

⁴² Voir, par ex., Edward Muller, Karl D. Opp, « Rational choice and Rebellious Collective Action », *American Political Science Review*, 80, 2, June 1986, p. 471-487 ; David A. Snow, Louis A. Zurcher, Sheldon Eklund-Olson, "Social Networks and Social Movements: A Micro-structural Approach to Differential Recruitment", *American Sociological Review*, 45, 5, October 1980, p. 747-801 ; Burton A. Weisbrod, "What Might Public Interest Law Accomplish: Distributional Effects" in Burton A. Weisbrod *et al.*, *Public Interest Law*, Berkeley, University of California Press, 1978, p. 102-147 ; Clifford Russel (ed.), *Collective Decision Making, Applications from Public Choice Theory*, Baltimore, John Hopkins University, 1979.

virus circule et se répand, le risque d'être infecté s'accroît pour chacun, y compris en dehors des populations les plus vulnérables.

Dans le même temps, si les mesures de prévention ne sont pas appliquées par les sous-populations jeunes, considérant que leur risque potentiel personnel d'être infecté, ou que les conséquences d'une infection soient graves pour eux, est faible par rapport aux mesures de distanciation et de protection qui leur sont demandées, l'épidémie se développe plus rapidement. Cela risque d'entraîner des situations de saturation qui peuvent conduire à ne pas soigner d'autres affections urgentes ou non ou à en reporter le traitement⁴³. Or, ces autres affections peuvent également concerner des populations jeunes qui, de ce fait, verraient l'apparente rationalité personnelle de leur arbitrage initial, risque potentiel personnel/mesures de prévention, remis en cause, y compris à leur propre niveau individuel.

D'une manière générale, les mesures prises en vertu du principe de précaution ne peuvent se limiter aux risques immédiats mais doivent aussi envisager les effets potentiels à long terme. Les risques envers les écosystèmes sont particulièrement concernés puisqu'ils se produisent souvent à long terme.

La portée temporelle du principe de précaution est même bien plus large puisqu'il peut aussi concerner les générations futures.

Pour prendre un exemple, si notre génération fait disparaître une espèce animale, la ou les générations futures ne pourront plus en profiter. Or, il est très possible que l'on découvre tardivement que cette espèce délivrait ou était en capacité de délivrer des services écosystémiques éminemment utiles à l'humanité, par exemple, possédait des propriétés thérapeutiques, lesquelles ne pourront pas être utilisées par la ou les générations futures. Cette éventualité n'est pas théorique. 40 à 50 % de la pharmacopée aujourd'hui utilisée provient directement ou indirectement de substances naturelles. Des espèces disparaissent avant même qu'on ne connaisse leur existence et leurs propriétés. Et sur un nombre estimé de 8,7 millions d'espèces⁴⁴, sans prendre en compte les bactéries, l'homme n'en a répertorié, à ce jour que 2 millions.

Par absence de mesures de précaution⁴⁵, notre génération peut faire disparaître une ou plusieurs espèces, soit parce qu'elles sont considérées comme « nuisibles », soit en les sur-exploitant pour une utilisation considérée comme « normale », « rationnelle », « légitime » aujourd'hui, en fonction de l'état des connaissances sur cette espèce et de la manière dont elle estime souhaitable de l'utiliser et d'en profiter. Mais une génération future peut découvrir qu'existe dans le patrimoine génétique de cette espèce des propriétés thérapeutiques permettant de soigner telle ou telle maladie et/ou de diminuer les coûts de traitement de telle ou telle maladie, rendant possible, à la fois, une amélioration de l'état de santé de l'humanité et une diminution des dépenses des systèmes de santé. Dès lors, l'utilisation thérapeutique de cette

⁴³ Par exemple, 5 millions de cancers n'auraient pas été soignés ou l'auraient été avec retard dans le monde depuis les mesures de confinement. En France, les hospitalisations pour infarctus ont chuté de 30 % pendant le confinement, Jules Mesnier *et al.*, « Hospital admissions for acute myocardial infarction before and after lockdown according to regional prevalence of COVID-19 and patient profile in France: a registry study », *The Lancet*, 17 sept. 2020, Open Access Published: DOI: [https://doi.org/10.1016/S2468-2667\(20\)30188-2](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(20)30188-2).

⁴⁴ Certaines estimations, moins consensuelles parviennent à un nombre d'espèces existantes dix fois supérieur.

⁴⁵ Il s'agit bien, dans ce cas, de l'application du principe de précaution.

espèce aurait probablement plus de bienfaits et de valeur que son utilisation par une génération précédente, pour un autre usage qui a pu causer sa disparition⁴⁶.

Dans ces cas au moins, une conception intergénérationnelle du principe de précaution supposerait que ne soient pas épuisées les chances des générations futures d'utiliser cette espèce différemment, avec une utilité supérieure à l'usage qui en a été fait par la génération précédente et que des mesures de précaution soient prises pour éviter, *a minima*, l'extinction totale de cette espèce voire, si possible, pour favoriser son maintien en bon état de conservation.

Cela pose non seulement le problème de l'équité entre les générations mais aussi celui de la comparaison intergénérationnelle des utilités au nom du principe de précaution.

Le principe de précaution peut donc conduire à des mesures pour tenter de maintenir ce que les économistes appellent une valeur d'option au profit des générations futures.

D'autant plus que la *Charte de l'environnement* indique bien qu'« afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ». Le principe de précaution de l'article 5 peut se lire en conjonction avec cet alinéa et se combiner avec lui.

C'est un problème voisin qui se pose en matière de gestion des déchets nucléaires. Les débats qui ont opposé les partisans des différentes solutions techniques sont liés à ces aspects.

Les trois solutions envisagées – stockage en surface, en subsurface ou en souterrain profond – sont aussi soutenues par tel ou tel groupe en fonction de la temporalité des risques associés et de leur réversibilité. L'incertitude vient, ici, non pas du risque lui-même qui est bien connu et géré par les principes de prévention et de préparation et non de précaution. Elle vient de l'inconnue quant à la permanence ou à l'éventuelle atténuation future de ce risque.

La solution du stockage en souterrain profond a l'avantage de réduire les risques de court et moyen terme. Elle a l'inconvénient de laisser les déchets exposés aux risques géologiques de très long terme et d'être plus difficilement réversible du fait de l'éventuelle difficulté d'accès accrue aux déchets. Le stockage en surface expose à des risques à court ou moyen terme (chute d'avion, vols de déchets par des terroristes, etc.) mais offre une facilité d'accès. Le stockage en subsurface offre une apparente meilleure sécurité que le stockage en surface pour les risques de court et moyen termes et une meilleure accessibilité que le stockage en souterrain profond.

En l'état actuel des techniques de retraitement, la durée de vie de la radioactivité des déchets nucléaires est longue et le stockage souterrain a été préféré, par la plupart des États, par exemple la Finlande ou la Suède. Mais il est fort possible que les techniques évoluent et que les générations futures trouvent un ou des moyens de réduire la durée de vie des déchets radioactifs ou de diminuer la teneur radioactive de ces déchets. En ce cas, il peut apparaître souhaitable qu'elles puissent accéder facilement aux déchets nucléaires que notre génération leur a légués pour les retraiter de façon à en diminuer la radioactivité et la dangerosité ou à diminuer la durée de cette radioactivité.

Il s'agit également là d'une sorte d'application dérivée du principe de précaution combinée avec le principe de réversibilité. Notre génération traite et stocke les déchets nucléaires en fonction des techniques de retraitement aujourd'hui maîtrisées et de leurs risques potentiels.

⁴⁶ Ce raisonnement ne prend en compte que l'aspect anthropocentrique de l'utilité d'une espèce pour l'homme.

Ces techniques ne sont pas pleinement satisfaisantes puisqu'elles laissent subsister un risque non négligeable surtout à très long terme. Mais si les connaissances techniques à venir permettent de réduire la dangerosité de ces déchets ou la durée de vie de leur radioactivité, cela diminuerait leurs risques potentiels. Si une génération future trouve une technique de retraitement de ce genre, une mesure de précaution équitable consisterait à lui laisser la possibilité d'appliquer cette nouvelle technique aux déchets que nous lui avons légués, de façon à ce qu'elle puisse en diminuer le risque auquel elle demeure exposée et celui auquel resteraient exposées les générations qui la suivront si elle n'agit pas. Il s'agit bien, dans ce cas, du principe de précaution puisque l'évolution des connaissances techniques peut conduire à diminuer le degré et/ou la durée du risque et donc à réapprécier les mesures à prendre ou à poursuivre après cette évolution des connaissances.



Le principe de précaution apparaît donc très encadré.

On ne peut y recourir qu'en cas de risque potentiel et non avéré. On ne peut y faire appel qu'en l'absence ou en l'insuffisance de données scientifiques permettant de mesurer le risque en question, sa gravité, sa probabilité, son irréversibilité. Sa première conséquence est d'inciter à effectuer des recherches si elles n'existent pas ou à les approfondir si elles apparaissent insuffisantes. Loin d'entraver le progrès scientifique, il peut, au contraire, l'accélérer voire inciter à le financer. D'autant plus que les mesures à prendre doivent être provisoires, dans l'attente de nouveaux résultats scientifiques, qui, de ce fait, sont à nouveau encouragés.

Dès lors, beaucoup des critiques formulées à son encontre ne semblent pas le concerner lui-même mais plutôt résulter de situations précédant sa mise en œuvre et d'un contexte sociétal global.

Le principe de précaution n'est pas un prétexte à la passivité. Il s'analyse comme un principe d'action et non d'inaction face à l'incertitude et au risque potentiel. Il incite à un mode de gestion des risques incertains. Il favorise une saisine précoce du risque potentiel de dommages graves. Son application devrait permettre d'éviter le précautionnisme excessif et injustifié. Se saisir, dans les conditions strictement encadrées par le droit qu'on a rappelées d'un risque qui, malgré des incertitudes scientifiques, a été considéré comme pouvant être à la fois grave et irréversible n'a rien d'extravagant. Cela apparaît un mode assez sain de gestion des risques potentiels.

Rédigé dans les termes dans lesquels il l'est en droit français, le principe de précaution ne semble guère antagoniste avec le développement de la recherche, le progrès technique, l'économie de marché ou la libre entreprise. Au contraire, il cherche à concilier le libre arbitre et l'épanouissement de la personne humaine avec le respect de la biosphère et le souci de l'avenir et des générations futures.