LE PRINCIPE DE PRECAUTION, UNE RADICALISATION FRANÇAISE[1]

PHILIPPE PIERRE[*]

RESUME

Le principe de précaution, tel que celui-ci s'est progressivement implanté en droit français après avoir été affirmé dans des déclarations internationales telles que celle de Rio de Janeiro en 1992, impose une obligation d'agir, de prendre des mesures, face à un risque simplement soupçonné, qu'il soit notamment de nature sanitaire ou environnementale. Ainsi présentée, la précaution est un principe d'action qui va bien au delà du traditionnel devoir de prévention d'un risque scientifiquement établi, même s'il n'est pas encore réalisé. Le présent article se propose d'étudier le principe de précaution en France au travers de sa «radicalisation».

MOTS-CLÉS: Principe de précaution; environnement; France

RESUMO

O princípio da precaução, tal como tem sido progressivamente implementado no direito francês, após ter sido reconhecido pelas declarações internacionais, como a do Rio de Janeiro de 1992, impõe uma obrigação de agir, de tomar medidas diante de um suposto risco, seja um risco para a saúde ou para o meio ambiente. Desse modo, a precaução é um princípio de ação que se aplica para além do tradicional dever de prevenir um risco cientificamente previsto, mesmo que ainda não tenha se realizado. O presente artigo se propõe a estudar o princípio da precaução na França a partir de sua «radicalisação».

PALAVRAS-CHAVE: princípio da precaução; ambiente; França

ABSTRACT

The precautionary principle, which has been progressively implemented in French law, after being recognized by the international declarations, such as the Rio de Janeiro 1992, imposes an obligation to take action in the face of an alleged risk, whether to health or to the environment. Thus, the precautionary principle is an action that applies beyond the traditional duty to prevent scientifically predicted risks, even when it has not yet occurred. This article proposes to study the precautionary principle in France from its 'radicalization'.

KEYWORDS: precautionary principle; environment; France.

---

[1] Ce texte reproduit une communication présentée au Congrès national de la Société Française de Cardiologie, Chantilly, le 11 octobre 2011, coordonné par le Dr. Serge Cazeau, Ancien Président du Groupe de Rythmologie de la SFC.

[*] Professeur à l'Université de Rennes 1, Directeur de l'IODE (UMR CNRS 6262).

SOMMAIRE

I. une radicalisation verticale. A) une radicalisation immédiate. B) une radicalisation exponentielle? II. une radicalisation latérale?. A. une problématique. – Applicabilité directe entre acteurs prives? – Quelles implications juridiques? B. Une réception ambiguë par le droit positif.

Lorsque ce sujet de réflexion m'a été proposé, j'ai conçu – brièvement ! – une certaine perplexité face à son énoncé. De fait, tant le substantif que l'adjectif associés à l'étude du principe de précaution, qui plus est sans le moindre point d'interrogation, peuvent nourrir l'embarras !

– **Le principe de précaution : une radicalisation ?** La difficulté naît ici en forme de pléonasme. Le principe de précaution, quelle que soit l'opinion positive ou négative que l'on formule à son égard, se caractérise d'emblée par son radicalisme[1]. Celui-ci lui est consubstantiel, et comment dès lors le radicaliser encore ? De fait, il n'est pas question ici de renvoyer à un standard de conduite classique, où la précaution renvoie au précautionneux, à ce bon père de famille - ce bon médecin - agissant prudemment ou réputé agir comme tel depuis les siècles et les siècles dans un environnement familier et maîtrisé. La précaution érigée au rang de principe d'action plus que d'abstention intervient désormais bien en amont, non pas en tant qu'instrument de prévention d'un risque scientifiquement avéré, mais comme l'obligation d'agir, de prendre des mesures, face à un risque simplement soupçonné. Il s'agit de prendre le risque environnemental, sanitaire… à sa racine, et donc d'être radical au sens étymologique du terme, du latin *radicalis* qui vient précisément de *radix*, racine… On ajoutera que le principe de précaution, radical par sa nature, l'est aussi par ses enjeux, d'emblée portés au plus haut niveau de la polémique : dans cette « *heuristique de la peur* », selon la fameuse formule d'Hans Jonas[2], d'aucuns dénoncent sans ambages un « *précautionnisme* »[3] ou une « *incantation législative et le développement d'interdits qui protègent du choc des idées, du choc des carrosseries automobiles, des chutes dans les piscines, des méfaits du tabac..* »[4], on y ajoutera du sang contaminé, des

[1] F. Ewald, Le Monde, 9 janv. 2010 : « *Le principe de précaution est en soi-même excessif ! Il commande de donner le plus grand poids au plus petit risque. Il oblige à exagérer la menace* ».

[2] Le Principe responsabilité, (1979), Traduction française éd. du Cerf,1990

[3] M. Tubiana, Politique de santé et principe de précaution, *Quo Vadis* ? *in* Politique de santé et principe de précaution, PUF, Essais et débats, Quadrige - Juin 2011

[4] B. Matthieu, La constitutionnalisation risquée du principe de précaution, *in* Mélanges

organismes métamorphosés et autres animaux affolés… Ceci conduira inéluctablement à la paralysie de l'initiative scientifique, comme à celle des échanges économiques dépouillés de la liberté qui en font la vertu. D'autres, bien au contraire, y trouvent un principe de raison proportionnée dans l'action, un renouvellement du rapport de l'homme à la science et à l'expertise, la matrice de disciplines nouvelles telles que les cyndiniques, voire le germe d'une nouvelle démocratie participative permettant d'armer un corps social confrontés à des choix délicats, qui requièrent le meilleur bilan avantages/coûts[5].

– Le principe de précaution: une radicalisation **française?** Le premier paradoxe de l'adjectif tient à ce qu'il inscrit le sujet dans une perspective nationale, alors même que ses enjeux dépassent par leur nature les périmètres étatiques, français et autres, se posant avec la même acuité pour toute société de développement scientifique et technologique comparable. Pas plus que le nuage de Tchernobyl, le principe de précaution ne saurait refluer à l'approche d'une frontière nationale ! Et de fait, sur un plan strictement juridique, force est d'observer que le principe de précaution a d'abord prospéré sur un plan international : on trouve notamment l'une de ses premières manifestations dans la deuxième conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord en 1987, puis une réitération en 1992 dans la déclaration de Rio de Janeiro sur l'environnement, issue de la conférence des Nations Unies, et dont l'ambition était de jeter les bases d'un nouvel ordre environnemental mondial. Cette entrée sur la scène mondiale, *via* la instruments de la *soft law*, s'est poursuivie par une juridicisation qu'atteste la conclusion de multiples traités multilatéraux visant à la protection des milieux aquatiques et marins, la lutte contre la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, la préservation de la diversité biologique… De même, l'on se doit de constater que les institutions européennes ont aussi été pionnières en ce domaine, le principe de précaution ayant été envisagé dans le Traité de Maastricht de 1992 comme l'un des principes qui doivent fonder la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement[6]. Pour autant, cette approche multiforme, multi traités, pêche par son hétérogénéité, le principe de précaution étant très diversement

Jaqueline Morand Deviller, Montchrestien, 2007, p. 891 .

[5] O. Godard, Le principe constitutionnel de précaution en France, la Souveraineté réaffirmée, Les Petites Affiches, 22 janvier 2009, p. 43.

[6] Article 130-R-2. Article 174 CE

défini[7], voire posé sans la moindre définition à l'échelle européenne. Dans un tel contexte, une intégration nationale des principes défrichés en droit international ou européen pouvait trouver tout son sens et donner une cohérence normative au principe de précaution, participant de l'élaboration d'ensemble d'un droit de l'environnement.

Restée longtemps étrangère au débat, la France a, à tout le moins, rattrapé son retard vis à vis d'autres systèmes internes tels que celui de nos voisins allemands, qui, dès 1971, avaient inscrit la précaution (*vorsorge*) à l'endroit des générations dans le Programme du Gouvernement fédéral. Et l'idée de rattrapage va de pair avec celle d'accélération normative. Que de chemin parcouru depuis que la « loi Barnier » du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, a inscrit le principe dans notre Code rural en énonçant que « *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*…»[8]. Il a été justement souligné que ce texte n'était doté que d'une portée indirecte car se bornant à « *inspirer la législation de l'environnement… dans le cadre des lois qui en définissent la portée*»[9]. Nous étions loin encore de la rédaction de la Charte de l'environnement, dont l'article 5 vise à son tour le principe de précaution, de sa soumission aux deux Assemblées en 2004 et de son élévation à hauteur de norme constitutionnelle par le Parlement réuni en Congrès le 28 février 2005, au terme d'un vote qui, à une écrasante majorité, introduisit la Charte dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958. Après avoir sauté en retard dans le train des réformes, la France y fait désormais figure de locomotive[10]

---

[7] Ainsi, la Déclaration ministérielle de la Deuxième Conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord (1987), qui énonce que "l'approche de précaution [...] peut requérir l'adoption de mesures de contrôle", n'oblige qu'à considérer le risque potentiel et ne concerne que les substances les plus dangereuses. En revanche, la Déclaration ministérielle de la Troisième Conférence internationale sur la protection de la Mer du Nord (1990) se rapproche d'une formulation faisant du "principe de précaution" une norme impérative, une obligation de faire au service d'un objectif plus précis. Il s'agit en effet de " prendre des mesures pour éviter les impacts potentiellement dommageables " (*op. cit.* p. 20)

[8] C. rural, art. L. 200-1. C. environnement, art. L. 110-I 2°.

[9] P. Kourilsky et G. Viney, Le principe de précaution, Rapport au premier ministre, 15 oct. 1999, La documentation française, p. 21.

[10] En Allemagne (art. 20) et au Brésil (art. 225), le principe de précaution est aussi évoqué soit au titre de la loi fondamentale soit à titre constitutionnel, mais d'une façon beaucoup

A la vérité, puisque l'idée de radicalisation, tout comme son périmètre français, peuvent donc être considérés comme des hypothèses de travail acceptables, il faut alors en décliner les implications. Une première voie de réflexion procède presque de l'évidence : la constitutionnalisation du principe de l'enracine comme norme suprême, dont vont découler, et auxquels devront se conformer, les décisions publiques et leur traduction juridique, légale ou réglementaire. Cet enracinement, cette radicalisation au sens étymologique du terme, s'aperçoit dès lors par sa **verticalité même (I).** Cela étant, radicaliser revient aussi – si l'on se fie ici à une acception plus commune que nous livrent également les dictionnaires – à gagner en efficacité – ou en intransigeance – selon le parti adopté. Ce gain d'effectivité ne se mesure plus alors par la hiérarchie des normes, mais par la conquête d'une forme d'influence horizontale, **latérale**, qui implique alors les rapports entre personnes privées et prend la forme d'une responsabilité potentiellement accrue **(II).** Toutefois, nous serons alors confrontés à plus d'interrogations que de certitudes, à supposer celles-ci présentes dès la première étape de cette réflexion.

I UNE RADICALISATION VERTICALE

L'adossement du principe de précaution à la Constitution française s'est donc accompli par le truchement de l'article 5 de la Charte de l'Environnement – intégrée dans le bloc de constitutionnalité – lequel dispose que : « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veilleront, par application du principe de précaution, et dans leurs domaines d'attribution, 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* ».

Cet enracinement dans la norme juridique suprême a provoqué des effets immédiats (A) et d'autres seront vraisemblablement perceptibles à plus ou moins longue échéance (B).

---

moins explicite (ex.: l'article 20 L. Fond. All. dispose qu' «*assumant ses responsabilités pour les générations futures, l'Etat protège les fondements naturels de la vie*»).

A) Une radicalisation immédiate

La valeur constitutionnelle du Principe de précaution implique sans nul doute qu'il soit désormais pris en compte par tout acte de politique législative. *Brevitatis causa*, la réforme de 2005 accroît la verticalité du principe, entendue comme son aptitude à engendrer la sanction que constituent les possibilités d'engagement de la responsabilité des pouvoirs publics, par suite de sa méconnaissance. Il serait naturellement faux d'affirmer, qu'auparavant, aucun contrôle de l'action publique n'était opérable faute d'élévation de la précaution au statut de norme souveraine.

Le Conseil d'Etat avait, à différentes reprises, appliqué les articles L. 200-1 C. Rural et/ou L. 110-I 2° C. Env. en tant que principe législatif dans le contentieux de la légalité de décisions administratives. Il en fut ainsi en 1998 de l'arrêt *Greenpeace* ordonnant le sursis à exécution de l'arrêté qui avait inscrit, au catalogue officiel des espèces et variétés de plantes cultivées en France, trois variétés de maïs génétiquement modifié[11]. L'analyse de telles décisions a montré que le contrôle, souvent lié à des procédures d'urgence, se restreignait à la sanction d'erreurs manifestes d'appréciation, essentiellement pour méconnaissance des procédures (absence de recueil de l'avis des instances compétentes dans la constitution du dossier technique ou avis défavorable)[12]. Ainsi que l'a résumé F. Ewald, « *ce qui compte ce n'est pas tant le résultat de telle ou telle expertise que le fait qu'elles aient été suivies rigoureusement* »[13]. A défaut de certitude scientifique, l'on recherche la – fausse ? – sécurité des certitudes procédurales.

Dans un tel contexte, on pouvait légitimement se demander quelle serait l'incidence du nouveau contrôle dévolu au Conseil Constitutionnel, portant sur la soumission de l'ensemble de la politique législative au principe de précaution (art. 5 de la Charte). S'agissait-il de réitérer un contrôle d'obligations d'ordre procédural ou de promouvoir un contrôle substantiel ? L'arrêt du Conseil Constitutionnel du 19 juin 2008[14], de nouveau relatif aux organismes génétiquement modifiés, est riche de multiples enseignements. Cet

[11] CE, 25 sept. 1998, req. n° 194348.
[12] B. Mathieu, La constitutionnalisation risquée du principe de précaution, *op. cit.,* p. 893.
[13] La construction juridique du principe de précaution, D. 2008, p. 1548.
[14] Décision n° 2008-564.

arrêt, qui statue sur la loi relative aux OGM du 26 juin 2008, et en déclare deux articles inconstitutionnels, commence pourtant par une apparente tautologie : « *l'article 5, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle* » (considérant 18). Fallait-il cet arrêt pour rappeler cette force de l'évidence ? Comme le souligne Yann Aguila, « *il aurait été paradoxal que l'élévation au niveau constitutionnel (des droits et devoirs de la Charte) ait pour principale conséquence une régression quant à leur effectivité* »[15]. Pour autant, d'autres constats s'imposent au delà de la simple évidence, qui nourrissent la perspective de la radicalisation.

– En premier lieu, il faut souligner l'immense saut qualitatif – le jour après la nuit ! – que permet aujourd'hui le contrôle direct de Constitutionnalité (Constitution Fr., art. 61). Il suffit pour s'en convaincre de comparer la décision du 19 juin 2008 et celle rendue par les sages de la rue Montpensier le 4 juillet 2001, dite loi IVG[16], où était critiqué l'allongement à douze semaines du délai de pratique de l'IVG lorsque la femme enceinte se trouve dans une situation de détresse. Parmi d'autres arguments, il était reproché à la loi de méconnaître « *en ignorant les obligations de prudence qui s'imposent au législateur en l'absence de consensus médical sur ces questions,* ***le principe de précaution*** *qui constituerait un objectif de valeur constitutionnelle résultant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». En vain selon le Conseil, car « *le principe de précaution ne constitue pas un objectif de valeur constitutionnelle* », ne figurant à l'époque que dans le *corpus* législatif et ne pouvant donc être extrapolé d'une norme constitutionnelle le visant, l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen n'emportant qu'une définition générique de la liberté humaine qui « *consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ».

– En second lieu, l'analyse de la décision du 26 juin 2008, qui ne censure pas la loi OGM pour atteinte au principe de précaution – même si d'autres dispositions sont déclarées inconstitutionnelles au nom de la Charte – permet de saisir la portée que le Conseil entend accorder audit principe. On y retrouve cumulativement un examen procédural et substantiel de la loi :

Procédural, car il est vérifié que le Haut Conseil des

[15] Droit constitutionnel et droit de l'environnement, Constitutions, 2010, p. 493.
[16] CC, 4 juillet 2001, n° 2001-449, à propos de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, JO 7 juillet 2001, p. 10835.

Biotechnologies, instauré par la loi (art. 3) afin d'éclairer le gouvernement sur les risques « pour l'environnement et la santé publique » que peut présenter le recours aux OGM, respecte le principe de précaution notamment en ce qu'il est prévu une évaluation transparente des risques « *par une expertise collective menée selon des principes de compétence, pluralité, transparence et impartialité* ».

Substantiel, car l'avis préalable de ce Haut Conseil, ou d'autres mesures préalables à l'autorisation d'introduction des OGM telles que le confinement de la culture en cas de danger ou inconvénients (C. Env., art. L. 532-2) contribuent à respecter le principe de précaution nonobstant « *le fait que les conditions techniques auxquelles sont soumises les cultures d'organismes génétiquement modifiés autorisés n'excluent pas la présence accidentelle de tels organismes dans d'autres productions* ». C'est bien ici le fond de la précaution qui est soupesé, au terme d'un bilan qualitatif avantages/coûts. La démarche de contrôle de constitutionnalité s'est donc enrichie, et le principe de précaution a accru son enracinement normatif, en tant que principe matériel. Et ceci d'autant plus que la double nature du contrôle constitutionnel se triple de son applicabilité directe [17] « *aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif* » : preuve supplémentaire de radicalité[18], contrairement à d'autres articles de la Charte, il ne dépend pas de la seule loi pour sa mise en œuvre et se diffuse directement dans tout l'ordre normatif, permettant à un particulier de l'invoquer devant les juridictions ordinaires, au moins – à ce stade (V. *infra*, II) – de l'ordre administratif[19].

---

[17] « *Seul principe énoncé comme tel au sein de la Charte, seul, également, à faire l'objet d'une définition « technique » qui le soustrait à la possibilité de ne voir en lui qu'un objectif, et épargné par l'intervention du législateur quant aux conditions de sa mise en oeuvre, le principe de précaution semble clairement être d'applicabilité directe* » K. Sanchez, La diversité des discours attachés au principe de précaution, Congrès de droit constitutionnel, Montpellier, p. 2 (http//.www.droitconstitutionnel.org/congres).

[18] M. Tubiana, Politique de santé et principe de précaution, *quo vadis* ? *op. cit.*, p. 7, évoquant « la suppression de garde-fous ».

[19] V., immédiatement après la décision OGM, cet arrêt du Conseil d'Etat du 3 octobre 2008 (n° 297931) : « *depuis la date d'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, une disposition réglementaire ne peut intervenir dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement que pour l'application de dispositions législatives, notamment parmi celles qui figurent dans le code de l'environnement et le code de l'urbanisme, que celles-ci soient postérieures à cette date ou antérieures, sous réserve, alors, qu'elles ne soient pas incompatibles avec les*

B) Une radicalisation exponentielle?

La constitutionnalisation avérée du principe de précaution, juridiquement indiscutable désormais, n'a pas été sans susciter de vives inquiétudes. De fait, sa pénétration - et quelle pénétration ! - dans l'ordre juridique établi n'est-elle pas contre nature, contre la nature même de la norme ? Jean-Pierre Théron soutient, non sans à propos, que *« la norme juridique repose sur la certitude, la prévisibilité, sa fonction première est d'assurer un minimum de sécurité, excluant dans la mesure du possible, toute idée de risque…Comment le droit pourrait-il saisir ce qu'il a pour objet de combattre ? »*[20]. Comment sanctionner l'absence de mesures, fussent-elles provisoires, dont la carence même décerne acte du fait que l'on évolue dans l'hypothétique ? Quelle forme d'expertise reconnaître à l'appui de procédures qui se veulent rassurantes par leur édiction, mais qui déportent sur l'expert une démarche qui, qu'on le veuille ou non, finit toujours dans le champ du politique ? « *La particularité de l'expertise en matière de principe de précaution est qu'elle fait apparaître la vérité d'une incertitude, et non la certitude d'un risque* »[21]. Le mode de production du droit est ici en question, en enjeux et en jeu, par le risque de sa subversion, de son asservissement à une science qui, pourtant, avoue en l'occurrence ses limites cognitives… Il en est de même d'un danger de dévoiement du juridique vers le politique, le respect formel et expertal de démarches de précaution permettant, au final, de légitimer des mesures (enfouissement de déchets radioactifs, création de décharges dites contrôlées…) faussement rassurantes.

Mais à l'opposé, il est loisible de soutenir que le principe de précaution, en tant qu'épiphénomène d'un droit subjectif - plus général – à la sûreté[22] dans un contexte d'accroissement des

---

exigences de la Charte… en l'espèce, ces dispositions (susvisées) n'avaient pas pour objet de déterminer les conditions et limites d'application des principes d'accès aux informations et de participation du public s'imposant au pouvoir réglementaire pour la délimitation des zones concernées ; qu'en l'absence de la fixation par le législateur de ces conditions et limites, le décret attaqué du 1er août 2006, dont les dispositions, qui prévoient, outre la mise en oeuvre d'une enquête publique, des modalités d'information et de publicité, concourent de manière indivisible à l'établissement d'une procédure de consultation et de participation qui entre dans le champ d'application de l'article 7 de la Charte de l'environnement, a été pris par une autorité incompétente ».

[20] Jean-Pierre THERON, « Le risque technologique saisi par le droit », *in* « La maîtrise de l'agroalimentaire face aux défis technologiques », PUSS Toulouse, 2003.

[21] F. Ewald, La construction juridique du principe de précaution, *op. cit.*, p. 1549.

[22] C. Radé, Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile (2) Les voies de

risques, devait inévitablement surgir sur un plan normatif afin de répondre à une demande sociale renouvelée… Tout comme la survenance de l'homme était, peut-être, en germe dans la construction progressive de notre univers, la survenance le principe de précaution était, peut-être, en germe dans la construction progressive de notre société.. Mieux vaut alors, somme toute, s'en saisir à bras le corps par le truchement de la norme la plus radicale, en l'affectant de conditions précises ou présentées comme telles – *danger d'atteintes graves et irréversibles, réplique par l'adoption de mesures provisoires et proportionnées* (art. 5) – contrôlées et régulées par le Conseil Constitutionnel.

Néanmoins, cette perspective rassurante se heurte immédiatement à plusieurs interrogations. Comme l'a excellemment montré Maurice Tubiana, l'exigence de « proportionnalité » jure avec appréhension « dure » et donc radicale qui, contrairement à celle en vigueur dans le Traité de l'Union, ne vise que les risques encourus sans les assortir d'une pondération par les possibles bénéfices de la mesure[23] : ce qui, en terme de décisions publiques, peut conduire à des campagnes vaccinales telles celle engagée à propos de la grippe A H1/N1, d'un rapport coût bénéfice au bilan très défavorable. De surcroît, la régulation constitutionnelle du principe de précaution postule, *a minima*, que soient déterminées ses frontières *rationae materiae*, au sein duquel prospéreront les exigences précitées. L'on se doit alors de constater aussitôt que ce champ d'application de l'article 5 de la Charte fait débat, au péril d'une « *instabilité normative* »[24]. De prime abord, les choses devraient être claires : la précaution n'est exigée que lorsque « *la réalisation d'un dommage… pourrait affecter.. l'environnement* », elle est promue par la Charte de l'*environnement*. Au même titre que la loi Barnier, le principe constitutionnel ne vise ainsi, littéralement, que les possibles atteintes aux milieux naturels. Cette conception écocentrée de la précaution libérerait le législateur, dès que serait franchi le cap des mesures exclusivement environnementales. Nul n'ignore pourtant que le besoin de précaution ne se limite pas à ce type de risque, tant sont diverses et variées les activités susceptibles d'exposer l'homme à des menaces qui ne porteront pas seulement sur son environnement

---

la réforme : la promotion du droit à la sûreté, D. 1999, p. 323.

[23] *Op. cit*., p. 7. Selon l'article 174 3 TUE : « *Dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, la Communauté tient compte: des données scientifiques et techniques disponibles.. des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action…* »

[24] K. Sanchez, *op. cit*., p. 5.

naturel : risques technologiques - de la centrale nucléaire dite de nouvelle génération aux nanotechnologies -, risques sanitaires de tous ordres, alimentaires, sanguins, médicamenteux, vaccinaux...[25]

Convient-il dès lors de s'arc-bouter sur la stricte protection du milieu naturel ou d'admettre l'extension du contrôle constitutionnel à toutes les dispositions légales susceptibles d'affecter l'être humain, qu'il y ait ou non risque environnemental ? Un consensus, *a minima*, s'est dégagé en la matière : une loi d'incidence à la fois environnementale et sanitaire ressort de l'examen du Conseil constitutionnel. Il est en effet artificiel de cloisonner risque sanitaire et risque environnemental au nom d'un objet législatif apparent, mais dont l'incidence est en réalité plus vaste. La loi OGM, telle que soumise à la décision précitée, instaure un Haut conseil des biotechnologies chargé, selon l'article L. 531-2-1 du Code de l'environnement, de mettre en œuvre « *une évaluation préalable indépendante et transparente des risques pour* ***l'environnement et la santé publique****... assurée par une expertise collective* »[26]. Tout comme l'environnement tangente souvent la santé, la santé tangente fréquemment l'environnement… Tout comme la législation relative aux OGM peut impacter la santé humaine, des dispositions légales à finalité *prima facie* sanitaire, telles que la réglementation des autorisations de mise sur le marché de médicaments, auront aussi à terme une incidence environnementale, en ce que les rejets ultimes de ces produits de santé se diffuseront dans les milieux aquatiques, puis faunistiques et floristiques…

Est-il envisageable de pousser les feux au delà de cette approche duale – née d'un constat d'intrication extrême des enjeux – afin de soumettre à l'exigence constitutionnelle de précaution les dispositions à finalité cette fois strictement sanitaire ? Peut-on par exemple traiter à l'identique, sous l'ombrelle de la définition de précaution par la Charte, les OGM, les cellules souches embryonnaires et autres domaines de la génétique humaine ? Les

[25] Selon un inventaire « à la Prévert », dressé par S. Q. Wood et R. A. Wood, peuvent être en cause : « *la pollution de l'air, de la mer, des sols, les déchets dangereux, les produits chimiques, les insecticides et pesticides, le changement climatique, l'énergie notamment nucléaire ou l'électricité à haute tension, la téléphonie mobile et les phénomènes ondulatoires, la pêche, l'agriculture, les organismes génétiquement modifiés, la protection des consommateurs, les médicaments, l'alimentation, les droits de l'homme, la défense planétaire, le terrorisme, le tourisme, les assurances, la technologie* » ! (rapport américain au Congrès de la Netherlands Comparative Law Association, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, Déc. 2007).

[26] V. aussi l'article 1 de la Charte consacrant le droit pour chacun de vivre « *dans un environnement… respectueux de la santé* ».

technologies en milieu ouvert et en milieu médical ? Cette extension a été consacrée en d'autres lieux juridictionnels, à l'instar de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Contrairement au juge de l'OMC, non supranational, le juge communautaire n'a pas hésité à sortir du strict confinement environnemental en énonçant que « *le principe de précaution a… un champ d'application plus vaste ; il a vocation à s'appliquer, en vue d'assurer un niveau de protection élevé* ***de la santé,*** *de la sécurité des consommateurs* ***et*** *de l'environnement, dans l'ensemble des domaines d'action de la Communauté* »[27]. Ainsi que l'a soutenu Maryse Deguergue[28], le principe de précaution peut alors devenir un « *paradigme hégémonique de l'action publique* », la radicalisation *racinaire* cédant dès lors le pas à la radication *tyrannique*…

Néanmoins, nombre de raisons attisent le scepticisme à l'égard d'une telle expansion. Aussi bien, il n'existe pas de pendant à l'article 174 § 1 du Traité CE, qui fait de la protection de la santé des personnes un objectif de politique communautaire. Le seul dommage visé par la Charte est bien environnemental, et l'intention du Constituant est dépourvue d'ambiguïté, pour qui « *une atteinte directe et exclusive à la santé humaine n'entre pas dans le champ d'application de l'article 5* »[29]. Tout au plus, mais avec la précarité qui s'attache à un mode de raisonnement indirect, pourrait-on suggérer de faire de la précaution sanitaire un objectif de valeur constitutionnelle, extrapolé à partir de la Charte et d'autres dispositions du bloc de constitutionnalité telles l'article 11 de la Constitution[30], aux termes duquel la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ». Dans cette attente, ou dans cette crainte, une intervention du législateur imposant des mesures de précaution sanitaire *motu*

[27] CJCE, arrêt Artedogan e.a C/commission, 26 nov. 2002, T74/00. Là-dessus : A. Trouche, Le principe de précaution entre unité et diversité : étude comparative des systèmes communautaire et OMC, Cahiers de droit européen, Bruxelles, a.44n.3-4(2008), p. 279-338

[28] M. Deguergue, rapport français au Congrès de la Netherlands Comparative Law Association, *Electronic Journal of Comparative Law*, préc.

[29] Rapport Parlementaire n° 1595, préalable à la réforme constitutionnelle, p. 99.

[30] La décision C.Const. du 4 juillet 2001, dite loi IVG, précitée, avait certes écarté la notion d'objectif de valeur constitutionnelle, mais à une époque où le principe de précaution n'avait pas encore atteint le bloc de constitutionnalité. Pour un exemple de contrôle *via* cet objectif en matière de logement décent : C.Const., n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, Loi relative à la diversité de l'habitat. « La possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle ».

proprio, en l'absence de tout risque environnemental, à l'exemple de celles qui seraient liées aux ondes électromagnétiques, est évidemment possible, mais au prix d'une rétrogradation de la norme et de sa sectorisation[31].

Quoi qu'il en soit, l'application verticale du principe de précaution, en tant que norme supérieure s'imposant à tous les décideurs publics, pourrait voir sa portée démultipliée si elle se trouvait consacrée à l'horizontale, cette fois dans les rapports interindividuels.

II UNE RADICALISATION LATERALE ?

La radicalité rime ici avec le raidissement, dont la perspective impose de se saisir d'une problématique nouvelle (A) et de la confronter à un droit positif pour le moins nuancé (B).

A) Une problématique

L'hypothèse d'une latéralisation de la précaution peut être formulée en deux étapes : une application directe entre acteurs privés (1) est-elle envisageable et si oui, quelle en serait la traduction juridique (2) ?

1) **Applicabilité directe entre acteurs privés ?**

Il s'agit là de la question dite de l'invocabilité des principes figurant dans la Charte de l'Environnement. Pris en tant que norme juridique – et sous réserve des discussions précédentes sur son champ d'application – le principe de précaution peut-il être invoqué dans n'importe quel type de contentieux, judiciaire inclus, et plus seulement du chef d'un contrôle de constitutionnalité des lois ou de légalité des actes administratifs ? La doctrine est très partagée, soulignant parfois la lettre de la Charte, qui vise les « autorités

[31] R. Hanicotte, Le principe de précaution à l'aune du contrôle de constitutionnalité : les sages et le risque, Politeia 2009, n° 16, p. 39. Le Conseil d'Etat, qui s'était au demeurant penché, à ce niveau normatif, sur l'exigence de précaution en santé, en avait reconnu l'effectivité (V. not. C.E. 21 avril 1997, n° 180274, Madame Barbier). Mais la Haute juridiction administrative, par un arrêt du 2 septembre 2009 (n° 318584, Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme) a refusé à une association de se prévaloir de l'article 5 de la Charte contre une décision n'affectant pas l'environnement (équipement des forces de l'ordre par des « tisers »).

publiques » [32], entendues comme l'Etat, les collectivités territoriales et autres détenteurs de prérogatives de puissance publique. Il s'agirait ici d'une obligation de « rendre compte » contrepartie de telles prérogatives, dont sont dépourvus les acteurs privés, personnes physiques et entreprises. En sens opposé, la technicité de l'énoncé du principe – soumis à des conditions et des critères précis (V. *supra*, I) – l'éloigne du simple objectif de politique publique et le « juridicise » à tous les échelons normatifs. De plus, on rappellera, au titre de sa radicalité normative, que la précaution est énoncée dans la Charte sans qu'il soit besoin d'une intervention législative pour la mettre en œuvre. Un particulier pourrait donc demander réparation à l'administration des conséquences de la méconnaissance du principe dans son action, voire assigner une autre personne privée devant le juge judiciaire du fait de cette même méconnaissance. Tout cela dès le premier niveau juridictionnel, sans s'engager dans les arcanes de la Question Prioritaire de Constitutionnalité[33], d'une finalité différente de l'indemnisation, car elle vise à permettre l'abrogation d'une disposition inconstitutionnelle à l'occasion d'un contentieux civil ou administratif[34].

2) Quelles implications juridiques ?

Dans cette seconde logique, l'acclimatation du principe de précaution impliquerait sur un plan civil, indemnitaire, une inversion de la charge de la preuve, au détriment des responsables d'une activité dont les adversaires, et/ou les victimes, soutiendraient les effets dommageables actuels ou potentiels. Il s'agirait, pour ceux-ci, de démontrer la parfaite innocuité d'un produit, d'un service, d'une

[32] Bertrand MATTHIEU, *« Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement »*, in Etudes et doctrine, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15. En sens opposé, dubitatif, not., Yves JEGOUZO, *« Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement »*, réf. préc.

[33] Constitution française, art. 61-1 : « *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'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

[34] La première rencontre de l'environnement et du Conseil Constitutionnel est au demeurant apparue comme une « occasion manquée » (V. Rebeyrol, D. 2011, p. 1258), la décision du 8 avril 2011 ayant considéré, suite à la QPC posée sur l'exonération de la responsabilité pour nuisances du premier occupant des lieux (C.C.H., art. L. 112-16), que ce texte était conforme à la Charte de l'Environnement (articles 2, 3, 4) car n'excluant pas la responsabilité pour faute.

prestation, sinon certes dans l'absolu, du moins vis à vis de tous les soupçons qui pèsent sur elle. L'inversion porterait à la fois sur la preuve de la faute, la violation du principe de précaution devenant présumée du seul fait d'un comportement à risque – même si celui-ci est simplement suspecté car non encore établi – sur la causalité entre cette faute et le risque encouru et sur son incidence dommageable. En paraphrasant le célèbre article 1382 C. civ.[35] : « *tout fait quelconque de l'homme susceptible de faire courir un risque à autrui oblige celui par la faute duquel il pourrait arriver à le prévenir…* ». A défaut de parvenir à apporter cette preuve inversée, les responsables seraient contraints, au mieux, à exécuter en nature certaines obligations de sécurisation ou au pire, à soumettre leurs projets à un moratoire, à cesser les actions illicites déjà engagées voire à indemniser les tiers y ayant un intérêt légitime.

Assurément, cette configuration est une forme de *probatio diabolica*. Car satisfaire à de telles exigences revient, *primo*, à apporter la preuve d'un fait négatif, l'absence de danger, ce qui est par construction beaucoup plus délicat que la démonstration d'un fait positif, tel que l'exécution d'une mesure dont l'adversaire soutient la carence. *Secundo,* la preuve de l'innocuité ne saurait se satisfaire du respect des procédures de sécurisation ordinaires, lesquelles postulent *a minima* un risque identifié et se situent dans une logique de prévention, non pas de précaution. Cette preuve diabolique altèrerait autant la démonstration de l'absence de faute que celle de l'absence de lien de causalité entre le comportement reproché et le risque, puisqu'il appartiendrait au défendeur d'établir – face à la présomption de causalité qu'infère le soupçon – que son activité ne peut être créatrice de risque, lors même que la démarche de précaution postule qu'on ne peut ni établir, ni exclure, l'occurrence de ce risque ! Enfin, on soulignera que l'exigence ordinaire d'un dommage subi par la victime, qui subordonne l'action en responsabilité civile, ne se plie guère à la poursuite, nécessairement très en amont des préjudices, des atteintes à la précaution, et que « *l'on peine à envisager une responsabilité sans victime, sans préjudice et sans indemnisation* »[36] !

C'est pourquoi, face à de telles contorsions de la responsabilité traditionnelle, certains auteurs ont soutenu une

[35] « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».
[36] Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Lexis-Nexis LITEC, 2009, 2ème éd., n° 15, p. 11.

position encore plus radicale, s'affranchissant des considérations ordinaires de la responsabilité pour bâtir un régime de responsabilité directement fondé sur le principe de précaution[37]. En substance, dans le cas de risques de dommages graves et irréversibles pour l'environnement ou la santé, sur la base du soupçon sérieux de tels risques, il serait possible d'obtenir *ipso facto* du responsable poursuivi (entreprise…) qu'il cesse son activité et/ou répare en nature (par destruction des sources de danger..) ses conséquences potentielles. Il ne saurait être en revanche question d'entrer dans un processus d'indemnisation, une telle responsabilité « pour l'avenir » tournée vers la protection des générations futures[38], se distinguant radicalement des canons habituels, Somme toute, il y aurait là une forme d'extension à l'activité privée des obligations qui pèsent à ce jour sur les décideurs publics (V. *supra*, I).

Sur un plan répressif, l'invocabilité du principe de précaution pourrait produire des résultats contrastés : il serait susceptible d'apparaître tantôt comme le fait justificatif d'une action délictueuse, tantôt comme de nature, par symétrie avec le droit civil, à renverser la présomption d'innocence, en présence de délits qui admettent dorénavant la sanction de la mise en danger de la personne d'autrui, en amont des coups et blessures traditionnellement réprimés (C. pénal, art. 121-3) [39].

B) Une réception ambiguë par le droit positif

1) En matière pénale, le spectre d'une radicalisation telle qu'elle ruine la présomption d'innocence, elle-même de valeur constitutionnelle car assise sur la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (art. 9), apparaît peu crédible en l'état. La prise en compte croissante des dommages potentiels – par le délit de «mise en danger d'autrui» – devrait, afin de réprimer l'atteinte à la précaution, aller jusqu'à assimiler «danger» et «risque de risque», si l'on se fie aux définitions les plus communément admises de la précaution. Il semble improbable que la présomption d'innocence, principe cardinal du droit et de la procédure pénale

[37] M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Th. Orléans 2003, LGDJ 2005, préf. C. Thibierge.

[38] C. Thibierge, Libres propos sur l'évolution de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile), RTDciv. 1999, p. 561.

[39] « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* ».

française, puisse subir une restriction d'une telle ampleur, qui contredirait également le fait que le doute doit profiter à l'accusé, règle constamment vérifiée lorsque, par exemple, un doute sur la certitude du lien causal interdit de sanctionner pénalement la seule perte d'une chance. A l'opposé, le principe de précaution, cette fois conçu comme justifiant une infraction par l'état de nécessité (C. pénal, art. 122-7), a pu recevoir l'onction judiciaire : l'affaire des « faucheurs d'OGM » s'est soldée par une relaxe devant les tribunaux correctionnels de Chartres (5 juin 2008) et d'Orléans (9 déc. 2005)[40], motif pris que la dégradation volontaire des plants de maïs transgénique répondait « *à l'état d'une nécessité résultant de cette situation de danger* ». D'autres tribunaux, s'ils admettent la constitution d'une infraction qui a au demeurant évolué en distinguant cultures ouvertes et en milieu confiné, ne prononcent que des sanctions symboliques, à l'instar du tribunal correctionnel de Marmande le 16 novembre 2010[41]. Tout cela, analyse Maurice Tubiana[42], « *révèle chez les magistrats l'existence d'une profonde méfiance envers la science et les scientifiques, et au contraire une grande confiance envers les groupes hostiles à la science… La vérité est que la lutte contre les OGM est une affaire politique* ». Si le prémisse de ces affirmations est encore affaire d'opinion, leur conclusion en est désormais devenue vérifiable : par une mesure de précaution dont on peut de nouveau discuter la méthodologie avantages/coûts, la France a activé, depuis janvier 2008, la clause de sauvegarde et a imposé une suspension de la culture du maïs Mon 810, céréale développée par l'agrochimiste américain Monsanto.

2) <u>En matière civile,</u> peu de textes sont en réalité disponibles. Les textes du Code Napoléon étant – et pour cause ! – insensibles au concept de précaution, il faut se tourner vers les régimes spéciaux contemporains de responsabilité afin d'y déceler des dispositions exploitables. La loi du 19 mai 1998, gouvernant la responsabilité du fait des produits défectueux, fait certes du « *risque*

[40] Les Petites Affiches 2006, n° 83, p. 17, note A. Capitani.
[41] Les prévenus étaient poursuivis pour destruction de biens en réunion, les faits ont été requalifiés en destruction de parcelle OGM autorisée, conformément à une loi de 2008 spécifique aux fauchages qui prévoit une peine maximale de trois ans de prison et 150 000 euros d'amende. Un jugement du Tribunal correctionnel de Poitiers, rendu le 28 juin 2011 (inédit), a joué sur l'ambiguïté du texte pour prononcer une nouvelle relaxe des prévenus.
[42] Politique de santé et principe de précaution, *Quo vadis* ? *op. cit.*, p. 20.

de développement » une cause d'exonération du producteur (C. civ., art. 1386-11). Mais cette atténuation de la responsabilité, en toute hypothèse inapplicable aux produits issus du corps humain – tels que les produits sanguins (art. 1386-12) - ne doit pas bercer d'illusions dès qu'on la confronte à la radicalité de la précaution. L'exonération n'est en effet envisageable qu'à condition que « *l'état des connaissances techniques et scientifiques, au moment où (le producteur) a mis le produit en circulation,* ***n'ait pas permis de déceler*** *l'existence du défaut* ». Le plus léger soupçon pesant sur le produit litigieux suffira dès lors à écarter l'irresponsabilité, étant de surcroît observé que le défaut d'un produit se définit comme l'absence de « *sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* » (art. 1386-4 al. 1), notion si floue qu'elle accueillera sans difficulté, nous semble-t-il, un niveau de sécurité intolérant à la moindre suspicion. Ici comme ailleurs, la fortune de la précaution est en réalité affaire prétorienne.

Précisément, l'examen de la jurisprudence permet à la fois de déceler l'influence, indirecte mais certaine, de l'exigence de précaution, et de constater la plus grande prudence lorsque le principe est cette fois directement invoqué devant les juridictions civiles.

– Indirectement, le principe de précaution – épée de Damoclès ou bon génie du droit – s'est sans nul doute instillé dans le droit ordinaire de la responsabilité civile. C'est à cette influence, occulte mais réelle, qu'il convient ainsi de rattacher les décisions qui, en matière de produits de santé, admettent que le lien de causalité entre son administration et la dégradation de l'état du patient puisse être établi sur la base d'un jeu de présomptions « précises, graves et concordantes », fondées sur des éléments positifs – bref délai entre la l'injection et l'affection – et négatifs – absence de facteurs prédisposants de la victime, tels que des antécédents familiaux, absence de toute autre cause explicative.. Telle fut la solution adoptée dans l'emblématique affaire du vaccin contre l'Hépatite B, les demandes de victimes ayant contracté une sclérose en plaques ayant été admises par la Cour de cassation, après de longues hésitations car il s'agissait de reconnaître une causalité juridique – présumée – en l'absence de certitudes quant à la causalité scientifique. Cette jurisprudence, qui se cherche encore au demeurant[43], contrarie les règles d'administration de la preuve qui,

[43] Not. Cass. 1ère civ., 25 nov. 2010, D. 2011, p. 316, note Ph. Brun

tant en droit commun (C. civ., art. 1382 et 1147) qu'en droit spécial (C. civ., art. 1386-9) en imputent le fardeau à la victime, sauf à considérer que l'objet de cette démonstration est accompli lorsque sont étayés les indices au soutien des présomptions antéjudiciaires. Cet inversement de la charge de la preuve s'observe semblablement au stade du fait générateur, lorsque, dans l'affaire dite « du Distilbène », la Haute juridiction judiciaire a alourdi les obligations à la charge des laboratoires pharmaceutiques en leur imputant un « devoir de vigilance » qui aurait dû, dans le doute sur l'innocuité absolue de ce médicament à l'époque de la gestation de la demanderesse, commander son retrait du marché. Le doute, qui prévalait sans conteste sur le plan scientifique, n'a pas en l'espèce bénéficié au défendeur. On objectera, certes, que l'influence du principe de précaution achoppe sur la finalité des actions engagées, qui ne sont ni d'anticipation, ni même de prévention, et qui ne poursuivent pas – *ex ante* – la cessation d'une activité possiblement dommageable mais – *ex post* – l'indemnisation d'un dommage effectivement subi. Toutefois, cette troisième exigence traditionnelle du droit de la responsabilité civile subit elle-même, depuis peu, une évolution qui trouble les lignes amont/aval du dommage. La Cour de cassation ne vient-elle pas de consacrer dans le contentieux des victimes de l'amiante une forme nouvelle de dommage, *le préjudice spécifique d'anxiété*, admis au regard d' « *une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante* » amenant les salariés concernés « *à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse* »[44] ? L'angoisse face à des risques en germe, qui amènerait à saisir – le plus souvent en urgence – un juge afin qu'il ordonne une mesure de précaution, ne pourrait-elle à terme, et par extension, faire l'objet d'une réparation, fut-elle symbolique ?

– L'invocation directe du principe de précaution devant le juge judiciaire bénéficie-t-elle de la même fortune ? Le doute est à ce jour permis, qu'il s'agisse d'apprécier le droit de l'invoquer ou la résultante de cette revendication. Il est indéniable que plusieurs juridictions du fond ont succombé aux sirènes de ce principe, soit en admettant leur compétence pour l'apprécier, soit pour se fonder exclusivement sur celui-ci. Un tribunal a ainsi énoncé « *qu'il convient*

[44] Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42241, RTDCiv. 2010, p. 564, obs. P. Jourdain ; C. Corgas-Bernard, Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? Resp. civ. et assur. 2010, Etude, 4.

d'admettre l'existence générale d'un principe de précaution en matière de santé » afin d'imposer, dans le contentieux récurrent des antennes relais de téléphonie mobile, que l'entreprise poursuivie améliore techniquement son installation afin de la rendre acceptable par la population locale ou, à défaut, qu'elle déménage l'antenne dans un autre site moins sensible[45]. La jurisprudence du fond est néanmoins très contrastée, à la mesure des doutes qui affectent la communauté scientifique sur le sujet. D'autres décisions adossent l'étude du principe à des mécanismes mieux balisés, tels la théorie des troubles de voisinage[46], tandis que d'autres encore refusent cette fois de juger l'exposition au risque en dehors de ladite théorie, fut-ce pour aboutir à un résultat identique[47]. Enfin, on extraira de cet ensemble un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, aux termes duquel est indemnisable le préjudice d'angoisse que crée pour les demandeurs l'installation à proximité d'une antenne relais, dommage évalué sur une durée de trois années à 7000 € par couple de victimes[48].

Face à ce paysage à tout le moins contrasté, voire désordonné, une intervention régulatrice de la Cour de cassation était espérée. Force est de reconnaître, à ce jour, que les deux décisions disponibles ne permettent pas de vider la querelle ! Un premier arrêt, en date du 3 mars 2010, a suscité l'espoir des thuriféraires de la précaution : la Haute juridiction, statuant sur la demande d'une société d'eau minérale qui avait assigné le propriétaire voisin afin que soit fermé le forage qu'il avait pratiqué, créateur de risques de pollution, a énoncé sous le visa de l'article L. 110-1 C. env. que le principe de précaution ne pouvait s'appliquer en l'espèce, l'expertise diligentée ayant exclu tout risque de pollution[49].

---

[45] TGI Nevers, 22 avril 2010, Resp. civ. et assur. 2010, comm. 274, note C. Sintez

[46] Not. : TGI Grasse, 17 juin 2003, Resp. civ. et assur. 2003, chr. n° 29, par S. Kowohvith, visant clairement cependant « le principe de précaution renforcée ».

[47] Not. : CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004, D. 2004, p. 2678, note M. Boutonnet. La même Cour, le 15 septembre 2008, a refusé de condamner l'opérateur sur le fondement du principe de précaution (JCP G 2009, I, 123, n° 4, obs. Ph. Stoffel-Munck). En ce sens également, mais après avoir reconnu leur compétence sur ce fondement : CA Bordeaux, 26 oct. 2004, Resp. civ. et assur. 2005, comm. 3, note C. Radé ; CA Chambéry, 4 fév. 2010, JCP G 2010, 531, note B. Parance.

[48] CA Versailles, 4 fév. 2009, Resp. civ. et assur. 2010, comm. 75, note G. Courtieu. Le fondement est ici la théorie des troubles anormaux de voisinage.

[49] Cass. 3ème civ., 3 mars 2010, n° 08-19108, D. 2010, p. 2183, note N. Reboul-Maupin. La société invoquait à la fois le principe de précaution et l'abus de droit de propriété : « *attendu, que selon l'article L. 110-1 II 1° du code de l'environnement, le principe de précaution est celui selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption*

La solution de la Cour régulatrice, interprétée *a contrario*, pouvait ainsi laisser augurer l'invocabilité directe du principe de précaution…

Et pourtant, une deuxième décision, fort récente, vient tempérer cette interprétation. Saisie cette fois d'un litige relatif aux dangers des ondes électromagnétiques à proximité d'une ligne haute tension, source alléguée de problèmes sanitaires ressentis par les animaux de l'élevage voisin, la Cour de cassation a approuvé les juges d'appel « *ayant énoncé à bon droit que la charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes* »[50]. En l'espèce, le doute scientifique était tel que le jeu des présomptions a été rejeté, et les demandeurs déboutés de leurs prétentions. Cette décision a été très diversement interprétée : certains y ont vu le cantonnement définitif de la précaution aux décisions publiques[51], d'autres ont tenté d'articuler la solution avec la jurisprudence « antennes relais » en distinguant les demandes d'indemnisation, pour lesquelles – comme en l'espèce – le principe de précaution est inopérant, et celles d'anticipation, où il peut atténuer la rigueur probatoire en provoquant le renversement de la charge de la preuve du lien causal[52]. D'autres enfin se sont avoués en attente de décisions plus éclairantes[53].

Il nous semble que le principe de précaution n'est pas à ce

---

de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ; qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que le forage, qualifié d'improductif par l'expert, avait été exécuté par une entreprise spécialisée dans les règles de l'art et le respect des autorisations administratives, et que l'expert avait conclu que ce forage se situant à l'aval du captage des eaux minérales de Saint-Jean Lachaud sans lien direct par faille avec celui-ci, n'avait aucune possibilité de polluer les eaux exploitées par le captage, même si l'on y précipitait des produits nocifs ou des germes délétères, la cour d'appel qui a retenu, à bon droit, que le risque de pollution ayant été formellement exclu par l'expert judiciaire, le principe de précaution ne pouvait trouver application, a pu en déduire que les époux X... n'avaient pas commis de faute ».

[50] Cass. 3ème civ., 18 mai 2011, sur lequel : M. Bary, Le principe de précaution et la responsabilité, à propos des champs électromagnétiques, Resp. civ. et assur. 2011, étude 11; D. 2011, p. 2089, note M. Boutonnet

[51] M. Bary, étude préc.

[52] M. Boutonnet, D. 2011, p. 2089, préc.

[53] B. Parance, Le principe de précaution et la responsabilité civile, RLDC 2011/86, n° 4374.

jour formellement exclu du champ des relations privées, mais que la perspective de sa radicalité amène la Cour de cassation à en limiter autant que faire se peut la portée. Aussi bien, une faute de vigilance pourra peut-être, dans l'avenir, être plus facilement caractérisée sur la foi d'un manquement à ce principe, sans inversion complète du fardeau probatoire, tandis que l'assouplissement de la preuve du lien causal restera circonscrit aux seuls dommages encore en germe. Le droit de la responsabilité restant peu accoutumé à ce principe, le risque de paralysie économique étant réel et les enjeux indemnitaires confus, une voie de progression pourrait s'ouvrir sous la forme d'un Fonds de garantie *ad hoc*, « pour aléas scientifiques »[54], pendant du Fonds « pour aléas thérapeutiques »[55] et forme de mutualisation des risques qui accompagnent inévitablement le progrès de la science. Le droit positif ne cesse de favoriser leur éclosion, au gré des urgences sociales, au point de parfois provoquer des inversions d'optique spectaculaires : le très médiatisé « Fonds médiator »[56] se constitue ainsi sur la base de données médicales semble-t-il indiscutées, mais alors qu'aucune certitude juridique n'est à ce jour acquise, en l'absence de condamnation définitive tant civile que pénale ! Il y a là comme le décalque inversé du principe de précaution, imposé juridiquement dans un contexte scientifique parfaitement incertain…

[54] Morgan Rigal, Principe de précaution et responsabilité civile, http://www.groupe-cea.com.

[55] Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM), instauré par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

[56] Loi de finances rectificative pour 2011, article 57, étendant la compétence de l'ONIAM à l'indemnisation des victimes du Benfluorex. Là dessus, Ph. Pierre, De la responsabilité à la solidarité nationale, RGDM 2012, n° spécial, p. 83.